
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 995 — SP
(Registro nº 3.484.548)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Relator para o Acórdão: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Autor: *José Bicudo*

Rê: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*

Advogados: *Drs. Sid Riedel de Figueiredo e outros*

EMENTA: Trabalho. Aposentadoria por tempo de serviço. Empregado optante pelo FGTS. Extinção do Contrato de Trabalho.

A aposentadoria por tempo de serviço extingue o contrato de trabalho, não sendo devida a indenização anterior à opção pelo FGTS, ainda que a aposentadoria voluntária seja requerida na vigência da Lei nº 6.887/80 e o empregado contasse com mais de dez anos de serviço à data da opção pelo FGTS.

Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Assis Toledo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de maio de 1987 (data do julgamento).

GUEIROS LEITE, Presidente — ASSIS TOLEDO, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: 1. José Bicudo propõe esta ação, via da qual objetiva rescindir sentença do MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo e obter nova decisão na reclamação trabalhista que ali pro-

pusera contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, no sentido da procedência do seu pedido indenizatório, em virtude de rescisão imotivada do seu contrato de trabalho.

2. Diz que, empregado estável da empresa reclamada, veio a ser dispensado, sem justa causa, por motivo de lhe haver sido deferido benefício de aposentadoria previdenciária. Ocorre que, na época em que a empresa recebera do órgão da previdência social a comunicação de que lhe havia sido deferido o benefício, estava em vigor a nova redação do art. 10 da Lei 5.890, de 08 de junho de 1973, com a modificação introduzida pela Lei 6.887, de 10 de dezembro de 1980, que passou a permitir a concessão de aposentadoria previdenciária sem necessidade do afastamento do empregado do seu emprego, devendo continuar em vigor o respectivo contrato de trabalho.

2.1. Em consequência, pede verbas indenizatórias, discriminadas na ação de origem e nesta reproduzidas.

3. A empresa contestou, dizendo que praticou o ato de dispensa do autor, tendo em vista disposição do Decreto regulamentar da Previdência Social, nº 85.745, de 23 de fevereiro de 1981, em seu art. 48, que empresta à comunicação da data do início do pagamento do benefício o poder de desfazer o contrato de trabalho.

4. Disse o autor sobre preliminar de carência de ação, argüida na contestação, que tem como relacionada com o mérito.

5. Requisitei os autos da ação de origem, para o exato exame da causa ali posta.

6. Sem necessidade da produção de provas, antecipo o julgamento, nos termos do art. 330, I, combinado com art. 491, do Código de Processo Civil.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A preliminar de carência de ação, argüida na contestação, envolve o próprio mérito da causa, posto que fundada, exatamente, na rescisão obrigatória de contrato de trabalho, em decorrência da concessão do benefício de aposentadoria.

Era exigência da lei previdenciária que o segurado se afastasse de sua atividade, para obter o benefício de aposentadoria, embora pudesse requerê-la ainda em serviço, contudo, os efeitos patrimoniais do mesmo somente teriam início com a cessação do contrato de trabalho.

Posteriormente, porém, a Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980, de inspiração conhecida, veio a admitir a concessão do benefício, independentemente da continuação da atividade do segurado, passando, para efeitos previdenciários, as contribuições recolhidas a constituir um pecúlio em favor do aposentado que continua a trabalhar.

E a lei previdenciária não poderia dispor sobre a ruptura de vínculo de emprego, em consequência da aposentadoria do segurado, muito menos o seu regulamento.

O que ocorria antes é que, a percepção do benefício ficava condicionada ao afastamento do segurado da atividade, ou seja, forçaria o beneficiário, para recebê-lo, a rescindir o seu contrato com o empregador, jamais daria a este o poder de declarar essa rescisão, a qual é regida por normas outras, previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, que não podem ser atropeladas por exigências da lei previdenciária.

Como a legislação da previdência passou a permitir que o aposentado, em gozo do respectivo benefício, continuasse a trabalhar, claro restou que não poderia a empresa reclamada dizer que o fato de haver o reclamante pedido e obtido o benefício a que tinha direito, importasse em pedido de rescisão do seu contrato de emprego.

Assim, tenho que a sentença rescindenda ofendeu literalmente a regra do art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que o reclamante, embora optante pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, já contava, ao manifestar a opção, vinte e quatro anos de serviço à empresa, não podendo ser dispensado, senão por motivo de falta grave, devidamente apurada em inquérito judicial.

Das verbas pedidas, a empresa reclamada contestou apenas a relativa a salários retidos, posto que efetivara o pagamento dos que devia, por ocasião da rescisão do contrato, pelo motivo ora examinado, apresentando-se como devidos os dos demais itens, ou seja, indenização de antigüidade em dobro, quanto ao período até à opção pelo FGTS, e aviso prévio, com integração da gratificação semestral na remuneração, para fins indenizatórios.

Isto posto, voto no sentido de julgar procedente a ação, para rescindir a sentença impugnada e julgar procedente a reclamação, para condenar a empresa reclamada nas verbas do pedido, salvo quanto a honorários de advogado da reclamação, por indevidos, com a compensação do que já foi pago por ocasião da ilegal rescisão do contrato, incidindo correção monetária, segundo a lei específica, deferido o levantamento do depósito, pelo autor.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em síntese, o que se discute nestes autos é se o empregado estável, que opta pelo regime do FGTS e, posteriormente, é desligado da empresa em virtude de sua aposentadoria voluntária por tempo de serviço, tem ou não direito à indenização do tempo anterior à opção, aviso prévio, férias e gratificação natalina proporcionais.

A sentença rescindenda decidiu que a aposentadoria voluntária por tempo de serviço extingue o contrato de trabalho, não sendo devida qualquer reparação por despedida injusta.

Na inicial da presente ação rescisória (fls. 02/14), o autor sustenta que a sentença rescindenda violou a literalidade da Lei n.º 6.887, de 10 de dezembro de 1980, que, ao dar nova redação ao § 3º do art. 10 da Lei n.º 5.890/73, estabeleceu que a aposentadoria por tempo de serviço é devida a partir do requerimento, não dependendo mais do desligamento do emprego.

O voto do Exmo. Sr. Ministro Relator é no sentido de que a sentença rescindenda ofendeu, literalmente, a regra do art. 492 da CLT, uma vez que o reclamante, embora optante pelo regime do FGTS, era estável à época da opção, não podendo ser dispensado a não ser por motivo de falta grave, apurada em inquérito judicial.

Ocorre que o único fundamento da rescisória é a alegação de ofensa ao art. 10, § 3º, da Lei 5.890/73, com a redação dada pela Lei 6.887/80, não tendo sido apontada, na inicial, violação ao art. 492 da CLT.

O artigo de lei que se aponta como literalmente ofendido pela sentença rescindenda está assim redigido pela Lei 6.887/80:

«Art. 10. A aposentadoria por tempo de serviço será concedida aos trinta anos de serviço.

.....

 § 3º A aposentadoria por tempo de serviço será devida a partir da data de entrada do requerimento.»

Verifica-se que, literalmente, o dispositivo apontado como fundamento da rescisória apenas diz do momento em que a aposentadoria, uma vez deferida, passa a ser devida pelo INPS.

A lei indicada não preceituou que o empregado estável que opta pelo FGTS e, posteriormente, se aposenta voluntariamente tenha direito à indenização anterior à opção.

É certo que o autor constrói a sua interpretação no sentido afirmativo. Mas trata-se de interpretação, o que, por si só, seria insuficiente à admissibilidade da rescisória.

A tese da sentença rescindenda, de que a aposentadoria voluntária extingue o contrato de trabalho, não sendo devida qualquer indenização, ainda que estável o empregado, optante ou não, embora discutida por alguns, tem sido sufragada pela maioria dos autores e por copiosa jurisprudência da Justiça Especializada do Trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento, em sua «Iniciação ao Direito do Trabalho», LTr, 1984, à página 184, preleciona:

«Há divergências doutrinárias sobre a natureza da aposentadoria, porém, predomina a orientação de que é uma forma de extinção do contrato de trabalho.

Essa é a teoria melhor. A CLT (art. 453) impede a soma do tempo de serviço do aposentado que volta a trabalhar para o mesmo empregador, com o que dá suporte a tal entendimento. Com a aposentadoria cessa o contrato de trabalho. Inicia-se um novo vínculo jurídico entre as mesmas partes.

A aposentadoria, como forma de extinção do contrato de trabalho, não é um ato instantâneo. É um ato complexo. O empregado pode aguardar no serviço o desfecho do seu requerimento dirigido ao INPS para obter aposentadoria por tempo ou idade. O INPS faz a comunicação do deferimento ao empregador. Este, por sua vez, informa e desliga o empregado, momento em que estará extinto o contrato. Caso resolva o empregado não aguardar no emprego o resultado de seu requerimento, a extinção se consumará evidentemente na ocasião do seu afastamento.»

Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *in* Curso de Direito do Trabalho, Forense, 9ª edição, 1984, à pág. 423, analisam assim a tese em exame:

«Quanto à aposentadoria voluntária, ou por tempo de serviço, a doutrina tem vacilado não a respeito da extinção do contrato, mas sim a propósito da volta do aposentado ao emprego, e conseqüente contagem do tempo de serviço anterior ao novo contrato. Uns articulistas entendem que essa contagem se justifica nos termos da Lei nº 6.887, de 10-12-1980, que teria revogado a Lei nº 6.204, de 29-4-1975 (C. C. Paulon); outros afirmam que a *aposentadoria voluntária* é, por força de lei (art. 453 da CLT), *causa impeditiva* da contagem de tempo de serviço em períodos descontínuos, conseqüentemente, a referida Lei nº 6.887 não revogou a de nº 6.204 (Nestor Balbino).

Com efeito, a Lei nº 6.887 é declaradamente lei de Previdência Social, alterativa da Lei Orgânica da Previdência Social, e visou dar uma disciplina legal aos inúmeros casos de regresso à atividade do aposentado, amparando-lhe na mesma empresa onde trabalhava, ou noutra, com um *pecúlio* corrigido monetariamente e com juros (4%). Não é, assim, lei que regulou a mesma matéria de que trata o art. 453 da CLT, o qual não foi atingido pela mesma.»

A jurisprudência do TST é copiosa e iterativa, em consonância com a doutrina prevalente, como se pode verificar pelas mais recentes decisões:

«Estabilidade. Opção pelo FGTS. Aposentadoria. Inexistência ao direito à indenização pelo tempo anterior à mudança do regime.

Recurso provido.»

(RR nº 774-PA, Rel. Min. Marcelo Pimentel, DJ de 13-3-87).

«O autor teve seu pedido de aposentadoria voluntária deferido pela previdência social, e nos termos do art. 477 consolidado, apenas tem direito à indenização por tempo de serviço, os empregados que não derem causa à rescisão do respectivo contrato. O Decreto 59.820/76 ao regulamentar a norma do art. 16 da Lei 5.107/66, na qual fundou-se o pedido, estabeleceu, *litteris*, que a indenização referente ao tempo de serviço anterior à opção se dará na rescisão «para a qual não haja dado motivo» o empregado. Revista provida para julgar improcedente a reclamação.» (RR n.º 9.723-DF, Rel. Min. Orlando Lobato, *DJ* de 27-2-87).

«A indenização relativa ao tempo anterior à opção estabelecida no art. 16 da Lei 5.107/66, não é devida na hipótese de extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria voluntária do empregado.» (RR n.º 2.234, Rel. Min. Hélio Regato, *DJ* de 14-11-86).

No mesmo sentido, os acórdãos n.ºs RR n.º 704-PA, Relator Min. Marcelo Pimentel, *DJ* de 20-02-87; RR n.º 8.011-RJ, Rel. Min. Marcelo Pimentel, *DJ* de 20-02-87; RR n.º 7.657, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 7-2-86; RR n.º 6.572, Rel. Min. Marcelo Pimentel, *DJ* de 22-2-85; e RR n.º 9.723-DF, Rel. Min. Orlando Lobato, *DJ* de 27-2-87.

Da doutrina e da jurisprudência acima referidas, resulta a conclusão de que a tese da sentença rescindenda, se não é a melhor, reveste-se de razoabilidade tal que a pretensão rescisória tira qualquer sentido, inclusive por sua fundamentação na Lei n.º 6.887/80 que disciplina questão previdenciária e não de direito do trabalho que, para a hipótese, tem lei específica, que é a Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966.

Por estas razões, incorrendo violação à literalidade da Lei 6.887/80, único fundamento da pretensão deduzida em juízo, julgo improcedente a presente ação rescisória, condenando o autor nas custas, com a devida vênia do eminente Relator.

É o meu voto.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, para que não pareça que fui leviano ao proferir o meu voto, gostaria de prestar uma explicação ao Tribunal.

O fato de que se ocupa a ação ocorreu durante a vigência da Lei 6.887, de 10 de dezembro de 1980, lei essa elaborada por interferência conhecida, a qual permitiu que a aposentadoria não extinguisse o vínculo ou a relação mantida pelo segurado com o seu empregador.

Foi justamente na vigência desta lei, posteriormente revogada, que o autor requereu e obteve sua aposentadoria previdenciária. E a jurisprudência trazida pelo Sr. Ministro Assis Toledo, em seu douto voto, diz respeito ao entendimento das cortes judiciais, antes da vigência da dita lei de 1980 e depois de sua revogação.

Tenho que durante a vigência da norma que não mais exigia o afastamento da atividade empregatícia, a aposentadoria voluntária não acarretava a rutura do vínculo ou relação de emprego. Daí o meu voto, que mantenho, até porque não vejo como aplicar-se o princípio do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na espécie, por não se tratar de readmissão, senão de continuidade no emprego.

Não disse, no meu voto, que a sentença rescindenda ofende literalmente a Lei 6.887/80, senão que fere o art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, embora na inicial o autor se referisse à primeira, e não à disposição que tenho por ofendida. E não cometi heresia jurídica, tendo em vista o princípio de que ao Juiz, dados os fatos, incumbe dizer o direito.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, ao que se constata do relatório, fulcra-se a tese do autor no entendimento de que a concessão da aposentadoria previdenciária não constituiu causa suficiente da extinção de seu contrato de trabalho, uma vez que a Lei 6.887, de dezembro de 1980, autorizou o gozo do benefício em necessidade de o empregado afastar-se do emprego.

Contudo, parece-me que, a cuidar-se de matéria pertinente à disciplina de contrato laboral, a referida preceituação previdenciária se não sobrepõe à específica disposição celetista constante do art. 453, com a redação que lhe foi dada pela Lei 6.204, de 29-04-75, *verbis*:

«Art. 453. No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.»

Ora, se ao aposentado que permanece no emprego, a lei proíbe o cômputo do tempo de serviço anterior à aposentação, no tempo de serviço que lhe é posterior, força é concluir que a aposentadoria por tempo de serviço requerida pelo empregado constitui causa de terminação do pacto laboral. Nesse caso, como a cessação do vínculo decorre de ato voluntário do empregado, este não faz jus à indenização (Délío Maranhão — Direito do Trabalho — 7.^a edição — pág. 245).

Fico, pois, com o magistério de Amauri Mascaro Nascimento, expresso nos seguintes termos:

«Há divergências doutrinárias sobre a natureza da aposentadoria, porém, predomina a orientação de que é uma forma de extinção do contrato de trabalho.

Essa é a teoria melhor. A CLT (art. 453) impede a soma do tempo de serviço do aposentado que volta a trabalhar para o mesmo empregador, com o que dá suporte a tal entendimento. Com a aposentadoria cessa o contrato de trabalho. Inicia-se um novo vínculo jurídico entre as partes». — Cessação do Contrato do Trabalho, *in* Curso de Direito de Trabalho (Obra em homenagem ao professor Mozart Víctor Russomano), vários autores — Editora Saraiva — 1.^a ed. — pág. 372.

A favor dessa tese, atesta, igualmente, a Lei nº 5.107/66, ao não incluir a hipótese de concessão de aposentadoria previdenciária (item I, art. 8.^o) entre aquelas causas que possibilitam a movimentação da conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho (item III de seu art. 8.^o).

Dessarte, com a devida *venia*, convenho que, ainda quando se admitia que a Lei 6.887/80 autorizasse a concessão da aposentadoria do autor sem necessidade de seu afastamento do emprego, a sua permanência estaria vinculada à aceitação da empresa pública-ré, de vez que, por força do referido art. 453 da CLT, implicaria em readmissão sem contagem do tempo de serviço anterior e, portanto, em nova pactuação, diversa e desvinculada do contrato anterior, que a concessão da aposentadoria previdenciária fez extinguir sem direito a qualquer indenização.

Nesse passo, cumpre afastar a tese da revogação daquele artigo consolidado pela indigitada lei previdenciária, segundo os seus comentaristas, destacando o Prof. Octávio Bueno Magamo, com esta lição:

«Chegou-se mesmo a afirmar que o art. 10, da Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980, teria revogado o art. 453 da CLT, o que não nos parece acertado por várias razões. É preciso ter presente, antes de mais nada, que a Lei nº 6.204/75, que inclui a aposentadoria como causa obstativa de *accessio*

temporis, disciplina os efeitos do contrato de trabalho, nada tendo a ver, portanto, com a Lei n.º 6.887/80, cuja natureza é previdenciária, resultando daí a impossibilidade de esta revogar aquela, conclusão esta que se ajusta à regra do § 2.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil, consoante a qual «a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior».

Por se tratar de diplomas legais concernentes a matérias distintas, divergentes se apresentam também as finalidades colimadas em cada um deles. O primeiro visou a combater o desemprego de trabalhadores idosos, como se depreende deste tópico da justificativa que o precedeu: «Incluída no art. 453 a aposentadoria como causa excludente da soma de tempo de serviço anterior, milhares de trabalhadores, na maioria técnicos ou especialistas experimentados, poderão voltar ao antigo emprego, sob novo contrato, melhorando os proventos da aposentadoria a que fizeram jus, com uma nova remuneração que poderá ser pactuada até em bases menores que a anterior» (vide Projeto de Lei do Senado n.º 21/73 — Diário do Congresso Nacional/Seção II, 4 de abril de 1973, 0424). O segundo, ao contrário, teve exclusivamente em mira a desburocratização, consoante se infere desta passagem da mensagem, através da qual o texto respectivo foi submetido à apreciação do Congresso Nacional: «Com esta proposição, intenta-se acompanhar os procedimentos usuais que ocorrem na prática, evitando-se despesas e perda de tempo descabíveis e totalmente desnecessárias, ou seja, viabilizando ao segurado-empregado a possibilidade de continuar no mesmo emprego e, em se tratando do empregador, de não necessitar alterar seu contrato social ou de desvincular-se dos órgãos supervisores ou controladores da atividade profissional correspondente» (vide Mensagem n.º 137/80, n.º 429/80, na sua origem — Diário do Congresso Nacional, 23 de outubro de 1980, pág. 2.991) — «Manual de Direito do Trabalho» — Vol. II — (Direito Individual do Trabalho) — Editora LTR — 2.ª ed. — pág. 280/281 — nota (1201).

Ademais, convenha-se que a alteração introduzida pela Lei 6.887/80 no § 3.º do art. 10 da Lei 5.890, de 08 de junho de 1973 — cuidando de alterar, especificamente, a data do início do benefício de aposentadoria por tempo de serviço —, devia interpretação consentânea com o § 4.º daquele mesmo artigo, o qual assegurava aos optantes a percepção do denominado abono de permanência, em bases menores que a da aposentadoria. Daí que, mesmo nos estritos limites daquela lei previdenciária, não havia vislumbrar-se a obrigação empresarial de, concedida a aposentadoria, manter íntegro o pacto laboral, obrigação essa igualmente negada expressamente pelo Decreto 85.745, de 23 de fevereiro de 1981, que alterou o regulamento de benefícios da Previdência Social, para adequá-lo às alterações trazidas pela Lei 6.887/80.

Por todo o exposto, d.m.v., julgo improcedente a ação rescisória, tal como votou o Sr. Ministro Assis Toledo.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Ministro Relator, acompanho o Sr. Ministro Assis Toledo. Esta 1.ª Seção tem, reiteradamente, proclamado que a aposentadoria é causa extintiva do contrato de trabalho, inclusive para efeito do reconhecimento da prescrição de direitos.

Por isso, Sr. Presidente, com a devida vênias do Sr. Ministro Dias Trindade, acompanho o Sr. Ministro Assis Toledo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, o professor Valentim Carrion, em Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, art. 453 (lê).

«Aposentadoria sem desligamento do emprego.

A já revogada Lei 6.887/80 provocou o entendimento majoritário dos comentaristas, no sentido de que a aposentadoria não mais extingiria o contrato de trabalho. Tais deduções não quiseram levar em consideração que uma norma isolada, previdenciária, manifesta e simplesmente desburocratizante, como se vê da exposição de motivos, não poderia revogar, sem dizê-lo expressamente, toda uma construção multifacética, instalada após muitos anos (sempre), é visível em inúmeros dispositivos esparsos implícitos (art. 453 e 475 da CLT).»

A própria Terceira Turma, em acórdão unânime, sendo Relator o eminente Ministro Flaquer Scartezini, decidiu (lê).

«Aposentadoria por tempo de serviço. Despedida injusta. Extinção do contrato de trabalho.

EMENTA: Em se tratando de aposentadoria por tempo de serviço, nos termos de legislação pertinente, a mesma será devida a partir da data do requerimento, permitindo ao empregado aguardar em atividade a sua concessão.

Deferida a aposentadoria, não há que se falar em despedida injusta, posto que neste caso, a extinção do contrato de trabalho é motivada pelo empregado, que requer a aposentadoria» (RO 6.354-RS).

Na 2ª Turma, ao julgar o RO nº 6.919-RS, assim me posicionei:

«Trabalho. Aposentadoria por tempo de serviço. Efeito.

A aposentadoria por tempo de serviço requerida pelo empregado e concedida pela Previdência Social, implica na rescisão do contrato de trabalho a partir daí.»

E é neste sentido que temos decidido aqui nesta Seção, como lembrou o Sr. Ministro José Dantas.

Portanto, de acordo com o eminente Ministro Assis Toledo, *data venia* do eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 995-SP (Reg. nº 3.484.548) — Rel.: Min. Dias Trindade — Rel. para o acórdão: Min. Assis Toledo — Autor: José Bicudo — Ré: ECT — Advogados: Dr. Sid Riedel de Figueiredo e outros.

Decisão: A Seção, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, julgou improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Assis Toledo. (Em 13-5-87 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. José Dantas, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido (RI, art. 151, § 2º), Costa Lima e Nilson Naves votaram de acordo com o Sr. Ministro Assis Toledo.

Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Washington Bolívar, Flaquer Scartezini, Carlos Thibau e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 46.542 — SP
(Registro nº 6.172.075)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Agravante: *IAPAS*

Agravada: *Pinto Ferraz Coml. e Importadora Ltda.*

Advogados: *Drs. Djalma de Carvalho Moreira e Brasil do Pinhal Pereira Salomão*

EMENTA: Tributário. Execução Fiscal. FGTS. Perícia contábil. Lei nº 5.107/66.

I — O pagamento das importâncias devidas aos empregados, que optaram pelo FGTS, não depositadas pela empresa, nos termos do art. 2º, da Lei nº 5.107/66, podem ser liquidadas quando das rescisões contratuais perante a Justiça do Trabalho ou, então, ficam sujeitas à cobrança judicial. Nesta, se o Discriminativo da Dívida não contiver a relação nominal dos empregados, com os valores devidos a cada um, necessário se torna a perícia contábil para comprovar possíveis liquidações alegadas, como forma de ilidir a presunção contida no art. 204, do Código Tributário Nacional.

II — Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 9 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS interpôs agravo de instrumento contra o r. despacho (fl. 62) proferido pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto — SP, nos autos dos embargos opostos por Pinto Ferraz Comércio e Importação Ltda. à execução fiscal promovida pelo agravante, que deferiu

pedido de realização de perícia contábil, formulado pela executada, para verificação dos valores pagos a seus empregados, por ocasião das rescisões dos respectivos contratos de trabalho.

Alega a Autarquia, em resumo, ser incabível a perícia determinada, por versar os presentes embargos apenas matéria de direito.

Respostas às fls. 57/60.

A decisão agravada foi mantida (fls. 64/64v.).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal, após distribuição, vieram-me conclusos.

É o relatório.

EMENTA: Tributário. Execução fiscal. FGTS. Perícia contábil. Lei nº 5.107/66.

I — O pagamento das importâncias devidas aos empregados, que optaram pelo FGTS, não depositadas pela empresa, nos termos do art. 2º, da Lei nº 5.107/66, podem ser liquidadas quando das rescisões contratuais perante a Justiça do Trabalho ou, então, ficam sujeitas à cobrança judicial. Nesta, se o Discriminativo da Dívida não contiver a relação nominal dos empregados, com os valores devidos a cada um, necessário se torna a perícia contábil, para comprovar possíveis liquidações alegadas, como forma de ilidir a presunção contida no art. 204, do Código Tributário Nacional.

II — Agravo conhecido e desprovido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Em suas razões, o Agravante sustentando que a matéria discutida nas execuções fiscais, envolvendo a falta de recolhimento das parcelas devidas aos empregados que optaram pelo FGTS, é puramente de direito, entende que, não obstante o pagamento eventual dessas parcelas a alguns empregados, quando de rescisões contratuais perante a Justiça do Trabalho, não tem cabimento qualquer diligência ou perícia.

Data venia, entendo de modo diverso.

Para os fins previstos na Lei nº 5.107/66, as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho estão obrigadas a depositar, até o dia 30 de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% da remuneração paga no mês anterior, a cada empregado optante ou não. Para os optantes, o depósito far-se-á em contas nominais (art. 2º e seu parágrafo).

Ora, se assim é, o levantamento de possíveis débitos pelo não depósito, deve, necessariamente, ser instruído com relação nominal dos empregados, contendo os valores devidos a cada um deles, sob pena de não se cumprir a finalidade da lei.

Na espécie, levantou-se valores, a exemplo do que se faz com as contribuições previdenciárias que têm outra destinação (doc. de fl. 17).

Os embargos oferecidos provam que houve rescisões contratuais com alguns empregados da Agravada, oportunidade em que as parcelas não recolhidas do FGTS foram pagas diretamente.

Como a execução não está instruída com a relação nominal dos empregados, somente através de perícia poder-se-á confrontar os valores já liquidados com os exigidos, sendo esta uma das modalidades de ilidir a presunção de certeza e liquidez da dívida inscrita (CTN, art. 204).

Portanto, incensurável o despacho que determinou a realização da perícia.

Conheço do agravo e lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AG 46.542 — SP (Reg. nº 6.172.075) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Agte.: IAPAS. Agda.: Pinto Ferraz Coml. e Importadora Ltda. Advogados: Drs. Djalma de Carvalho Moreira e Brasil do Pinhal Pereira Salomão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (4ª Turma, em 09/02/87).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 47.257 — RS
(Registro nº 6.456.189)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*
Agravante: *União Federal*
Agravada: *Instaladora São Marcos Ltda.*
Advogado: *Dr. Volmar Arcari Ferreira (agrda.)*

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Crédito fiscal. Suspensão da exigibilidade. Inocorrência.

I — Suspende-se a exigibilidade do crédito tributário, tão-somente, nas hipóteses previstas no artigo 151, incisos I a IV, do Código Tributário Nacional.

II — A simples penhora que incidiu sobre bens de sócio-diretor da empresa agravada, em ação ordinária anulatória de lançamento, não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Por conseguinte, o crédito é perfeitamente exigível, por meio de execução fiscal.

III — Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília-DF, em 13 de outubro de 1986 (data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente — GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: A União Federal interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul que, nos autos da ação ordinária provida pela Instaladora São Marcos Ltda., deferiu a penhora de bens particulares de sócio-diretor da empresa, a fim de que fosse suspensa a exigibilidade do crédito tributário, por força do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional.

A agravante, em seu recurso (fls. 02/06), alega que a exigibilidade do crédito tributário só pode ser suspensa (em se tratando da hipótese prevista no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional) quando o depósito do montante integral do tributo for feito em dinheiro. Argumenta que a penhora realizada, na presente ação ordinária, em favor da ré, recaindo sobre bens de terceiro, não tem capacidade para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Por conseguinte, a agravante busca a reforma do *decisum* com o intuito de ver reconhecida a exigibilidade do crédito tributário e o direito de propor execução fiscal.

A agravada, às fls. 08/11, ofereceu contraminuta, onde argumenta que o «depósito» mencionado no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, não precisa ser, necessariamente, em dinheiro, eis que o artigo 11 da Lei nº 6.830/80 arrola outros bens e direitos que também podem garantir a dívida. Indica, afinal, as peças que deseja trasladar; pede o desprovemento do agravo e a manutenção do *decisum*.

Extraídas as peças indicadas pela agravante e pela agravada, foram os autos conclusos ao insigne magistrado de primeira instância, que manteve a sua decisão e determinou a remessa dos autos a esta egrégia Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República, em seu douto parecer de fls. 51, manifestou-se no sentido de que fosse provido o recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da insigne Procuradora da República, Dra. Maria Célia Mendonça, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Osvaldo Flávio Carvalho Degrazia, bem posiciona a controvérsia, quando assim dispõe:

«A União Federal agrava de instrumento do despacho que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em face da penhora ofertada pelo autor, na ação anulatória de débito.

A questão posta nos autos se resume em saber se a garantia do juízo hábil para suspender a exigibilidade do crédito fiscal poderá ser feita por outra modalidade que não o depósito em dinheiro.

Ao que pensamos, o depósito não é condição de procedibilidade da ação anulatória. Entretanto, a suspensão da exigibilidade do crédito, se assim o pretender o contribuinte, só se efetiva pelo depósito em dinheiro, não permitindo a lei outra modalidade de garantia.

À vista do exposto opinamos pelo provimento do agravo.» (Fl. 51)

Creio que, na hipótese em estudo, o recurso merece prosperar.

Senão, vejamos.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário é prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

«Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

- I — a moratória;
- II — o depósito do seu montante integral;
- III — as reclamações e os recursos nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
- IV — a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes».

A Lei nº 6.830/80, em seu artigo 38, ao tratar da ação anulatória, assim estatui:

«Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.»

O depósito supramencionado não é uma condição de procedibilidade da ação anulatória, como bem salientou o *Parquet* Federal, mas sim uma forma de suspender a exigibilidade do crédito tributário, haja vista que, se não houver depósito preparatório, pode a Fazenda Nacional ajuizar execução.

A expressão «depósito», na hipótese sob julgamento, deve ser entendida no sentido previsto no Decreto-Lei nº 1.737/79, que trata dos depósitos para efeitos fiscais, *in verbis*:

«Art. 1º Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ao portador, os depósitos:

- I — relacionados com feitos de competência da Justiça Federal;
- II — em garantia de execução fiscal proposta pela Fazenda Nacional;
- III — em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória ou declaratória de nulidade do débito;
- IV — em garantia de instância, na licitação perante órgão da administração pública federal direta ou autárquica ou em garantia da execução de contrato celebrado com tais órgãos.

§ 1º O depósito a que se refere o inciso III do artigo 1º suspende a exigibilidade do crédito da Fazenda Nacional e elide a respectiva inscrição da Dívida Ativa.

§ 2º ... *omissis*...».

Por conseguinte, a penhora deferida pelo ilustre magistrado de primeira instância, que incidiu sobre bens de sócio-diretor da empresa agravada, não pode implicar, de forma alguma, na suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Em síntese, no caso sob julgamento, inobstante tenha sido realizada penhora em ação ordinária, tal evento em nada afeta o crédito tributário, sendo o mesmo perfeitamente exigível, por meio de execução.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 47.257-RS (Reg. nº 6.456.189) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Agrte.: União Federal. Agrda.: Instaladora São Marcos Ltda. Adv.: Dr. Volmar Acari Ferreira (agrda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. (Em 13-10-86 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 48.164 — SP
(Registro nº 6.603.548)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Agravante: *Umberto Salomone — Espólio*

Agravada: *Companhia Energética de São Paulo — CESP*

Advogados: *Drs. Octávio Reys e outros (agrt.) e Jamir Silva e outros (agrda.)*

EMENTA: Processual Civil. Competência jurisdicional. Desapropriação. Sociedade de economia mista. Concessionária de energia elétrica. Perito judicial. Impedimento ou suspeição.

I — Compete à Justiça Federal processar e julgar as ações expropriatórias promovidas por sociedades de economia mista, concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, em decorrência da intervenção obrigatória da União Federal, nestas demandas, na condição de concedente do serviço público.

II — O simples fato do perito oficial ser funcionário público aposentado não constitui motivo suficiente para se acolher a arguição de impedimento ou a de suspeição.

III — Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília-DF, 24 de setembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente — GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: O Espólio de Umberto Salomone interpôs, tempestivamente, agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São

Paulo que, nos autos da ação expropriatória movida pela CESP — Companhia Energética de São Paulo, rejeitou as preliminares de incompetência da Justiça Federal e de impedimento do perito judicial.

O agravante, em seu recurso (fls. 02/25), busca a reforma parcial do *decisum*, argumentando que não restou demonstrado o interesse jurídico da União Federal, capaz de deslocar a competência para a Justiça Federal. Citou, em defesa de sua tese, alguns precedentes jurisprudenciais. Com relação ao perito judicial, o agravante alega que sendo o experto funcionário público aposentado e por estar recebendo proventos de uma das partes na demanda, a relação empregatícia, por si só, já basta para demonstrar a ocorrência de suspeição. Pediu, afinal, o provimento do agravo, a fim de determinar a remessa dos autos à Comarca de Santos — SP, que é o foro da situação do imóvel, bem como a substituição do perito designado. Juntou os documentos de fls. 26/40.

Deferida a formação do recurso (fl. 41), extraídas as peças indicadas pelas partes (fls. 42/68 e 71/88), efetuado o preparo e devidamente contraminutado (fls. 92/95 e 96/98), foram os autos conclusos ao ilustre magistrado de primeira instância, que manteve a decisão agravada.

Subiram os autos a esta egrégia Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. Márcio José de Moraes, para afastar as preliminares de incompetência da Justiça Federal e de impedimento do perito judicial, ora impugnadas, assim decidiu:

«Vistos para saneador, etc.

Processo formalmente em ordem.

Dou-o, pois, por saneado.

Passo ao exame das preliminares suscitadas pelo expropriado.

a) as atinentes à incompetência do Juízo Federal e falta de fundamento à assistência da União Federal à expropriante, em que pesem os ponderáveis argumentos transcritos de julgados de vários tribunais superiores, o certo é que representam tendência minoritária na jurisprudência, onde prevalece o entendimento cristalizado na Súmula nº 62 do E. Tribunal Federal de Recursos.»

.....

 d) não há qualquer impedimento legal para que funcionário público aposentado figure como perito judicial.

Ficam, assim, com exceção de uma, rejeitadas as preliminares.

Defiro a produção de prova documental e pericial.

Funcionará nos autos o perito já nomeado.

Assistentes técnicos e quesitos em 5 dias.

Compromissos em igual prazo.» (Fls. 67/68)

No que pertine à competência da Justiça Federal para processar e julgar as ações expropriatórias promovidas por sociedades de economia mista, concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, devo salientar que o meu entendimento era no sentido de que referida demanda só seria processada e julgada perante a Justiça Federal se a União Federal viesse a demonstrar o seu interesse jurídico, não bastando a simples alegação de interesse na causa ou a simples assinatura do Procurador da República, na inicial, em conjunto com o patrono da sociedade de economia mista.

Ocorre que o entendimento que vinha esposando, em minhas decisões, tornou-se corrente minoritária, nesta egrégia Corte, assim como no Pretório Excelso, vindo a prevalecer a interpretação no sentido de que a simples intervenção da União Federal, nas desapropriações promovidas por concessionárias de energia elétrica, desloca a competência para a Justiça Federal (Súmulas nºs 218 do STF e 62 do TFR).

A própria União Federal, em sua contraminuta, cita precedente da Suprema Corte, recentemente julgado, que consagra o entendimento acima referido, *in verbis*:

«Não é pela condição de sociedade de economia mista da expropriante que se reconhece a competência da Justiça Federal, e sim porque, nas ações de desapropriação intentadas por empresa de eletricidade, a União deve obrigatoriamente intervir, na condição de concedente do serviço público, tal como o fez no presente caso.» (Fl. 97)

Por conseguinte, face à nova orientação jurisprudencial, reformulo o meu ponto de vista anterior, para curvar-me aos argumentos hoje vitoriosos no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar as desapropriações promovidas pelas concessionárias de energia elétrica.

Destarte, neste aspecto, o recurso não merece prosperar.

Com relação ao pedido de substituição do perito oficial, em decorrência do seu impedimento ou suspeição, entendo que, inobstante o artigo 138, combinado com o artigo 423 do CPC, possibilite a arguição de impedimento ou de suspeição do experto, na hipótese sob julgamento não ocorreu qualquer motivo para se acolher a mencionada arguição.

Trata-se de funcionário aposentado, indicado pelo Juiz *a quo*, para atuar como perito oficial.

Em se tratando de funcionário aposentado, não vislumbro, nos artigos 134, 135 e 136 do CPC, qualquer hipótese em que possa enquadrar o perito oficial, para reconhecer o seu impedimento ou suspeição.

Entendo, dessa maneira, que a decisão agravada também merece ser mantida, neste ponto.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AG nº 48.164-SP (Registro nº 6.603.548) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Umberto Salomone — Espólio. Agrda.: Companhia Energética de São Paulo — CESP. Advs.: Drs. Octávio Reys e outros (agрте.) e Jamir Silva e outros (agrda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 24-9-86 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49.199 — PR
(Registro nº 7.867.751)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Agravante: *DNER*

Agravados: *Alceu Edeloí Rodrigues e outros*

Advogados: *Drs. Marli Alves Teixeira, Miguel Luiz Conte e outro*

EMENTA: Trabalhista e Processo Civil. Valor da causa. Impugnação. Motivação. Ao impugnar o valor atribuído à causa pelo autor, o impugnante há de traduzir a sua impugnação em elementos certos e concretos; a singela alegação de que se trata de valor «ínfimo e irrisório» não basta, como não serve aqueloutra atinente ao recurso cabível, no futuro. Impugnação julgada improcedente pelo juiz. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de abril de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: É este o teor da decisão agravada:

«O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, nos autos de 'reclamatória trabalhista' (apensados), requerida por *Alceu Edeloí Rodrigues e outros*, impugnou o 'valor dado à causa' — Cr\$ 1.500.000 —, em suma, alegando que (fls. 2 a 5):

'... é ínfimo e irrisório o valor atribuído à causa, quando 76 qualificam-se como reclamantes. Deve ser superior a 50 ORTNs para cada um. Nessas condições e de acordo com o princípio de que *quantum a principio fuerit petitum debeat*, o valor deverá ser fixado na quantia de 50 ORTN, para os fins das Leis n.ºs 6.825/80 e 5.584/70.'

Os impugnados, respondendo, aduziram que, refletindo dissídio individual plúrimo, a matéria está tratada em legislação especial, vedado recurso ao direito comum (art. 8º, CLT), porquanto a Lei nº 5.584/70 (art. 2º e parágrafos) indica o procedimento. Só em razões finais o réu poderia impugnar o valor da causa. Finalmente, o valor dado não embarça a alçada, por isso, devendo ser mantido (fls. 7 a 8).

Decido.

Da leitura da reclamatória viceja que, apesar do litígio guardar conteúdo econômico, sem pôr à luz quais os seus efeitos financeiros imediatos, medularmente, está cativo à laboriosa verificação das parcelas procedentes e improcedentes, o que não permite uma estimativa exata do 'valor da causa' (§ 1º, art. 2º, Lei nº 5.584/70).

Com as razões delineadas, *julgo improcedente a impugnação*, permanecendo intangido o valor dado pelos Reclamantes. Certifique-se nos autos principais» (fl. 18).

Petição de agravo às fls. 2/6.

Resposta dos agravados às fls. 23/25.

Ê o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Disse o agravante, em suma:

«1) — Consoante se verifica da peça vestibular, pretendem os Reclamantes haver da Autarquia, pela Reclamação Trabalhista, além de horas extras, várias parcelas trabalhistas.

2) — Vê-se, portanto, que o pedido da peça vestibular, ultrapassa em muito o valor atribuído à lide, e, em sendo assim, a estimativa do valor da causa deve obedecer ao preceituado no disposto no artigo 261 da Lei Adjetiva Civil.

3) — É que, conforme consta da petição inicial o valor atribuído à causa é infimo e irrisório, e, os Reclamantes são diversos, ou seja, em número de 76 (setenta e seis) ao todo.

4) — E, sendo assim, face o montante do pedido com vários reclamantes, o valor da causa deve ser superior a 50 (cinquenta) ORTNs, para cada um, à data da fixação do valor da causa.

5) — Para ilustrar o presente recurso, pede vênha para transcrever algumas das Jurisprudências que também corroboram com os argumentos acima mencionados...» (fl. 2).

Preocupando-se o agravante com a orientação segundo a qual de causa de valor inferior a 50 ORTNs não cabe recurso a este Tribunal, mas ao próprio juiz da ação, esqueceu-se de mostrar, com apoio em elementos certos, a razão de sua discordância com o valor atribuído pelos autores na inicial, inicial sequer juntada aos presentes autos, em cópia, obviamente. A singela afirmação de «infimo e irrisório» a mim não basta, pois a impugnação há de ter apoio concreto. Na espécie, existe apenas alegação, e só alegação.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Agravo de Instrumento nº 49.199 — PR (Reg. nº 7.867.751) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves — Agravante: DNER — Agravados: Alceu Edeloí Rodrigues e outros — Advogados: Drs. Marli Alves Teixeira, Miguel Luiz Conte e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (3ª Turma, em 11-04-86).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Dantas e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49.631 — SP
(Registro nº 7.893.736)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Agravantes: *IAPAS/BNH*

Agravado: *Nelson Raimundo dos Santos*

Advogados: *Drs. Pascal Leite Flores e Eutália Maciel Coutinho*

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Execução Fiscal. F.G.T.S. Substituição processual. Art. 41 do C.P.C.

I — Citado em nome próprio, na qualidade de ex-dirigente da Agravada, como responsável solidário pelas obrigações tributárias, está o embargado legitimado a defender-se na execução proposta.

II — Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 11 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLEMBERG, Presidente — JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Nos autos dos embargos opostos por Nelson Raimundo dos Santos à execução fiscal promovida pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS contra a Cooperativa de Produção e Desenvolvimento da Pesca — Propesca, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara dos Feitos das Fazendas Públicas da Comarca de Santos — SP, Dr. Eleutério Dutra Filho, exarou o seguinte despacho (fl. 24):

«1. O embargante é parte legítima para embargar a execução por ter sido citado e teve bens seus penhorados. É, portanto, parte na execução.

2. Para a exibição do proc. administrativo, designo o dia 22.11.85, às 14:00 hs.

Oficie-se e int.»

Dessa decisão agravou de instrumento a Autarquia, em cujas razões sustenta a ilegitimidade *ad causam* do agravado.

Respostas às fls. 5/7.

Mantido o despacho agravado (fl. 27), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Execução Fiscal. F.G.T.S. Substituição Processual. Art. 41 do C.P.C.

I — Citado em nome próprio, na qualidade de ex-dirigente da Agravada, como responsável solidário pelas obrigações tributárias, está o embargado legitimado a defender-se na execução proposta.

II — Agravo conhecido e desprovido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O despacho agravado tem esta redação, *verbis*:

«1. O embargante é parte legítima para embargar a execução, por ter sido citado e teve bens seus penhorados. É, portanto, parte na execução.

2. omissis

.....»

Contra este despacho, agravou o IAPAS, argumentando que o embargante não é parte legítima para embargar em nome próprio, mas, sim, em nome da Executada, razão pela qual quer o provimento do agravo para reformar a decisão e julgá-lo carecedor da ação.

Respondendo, o Agravado levanta uma preliminar de intempestividade do agravo e, no mérito, entende correto o despacho e admite ser terceiro responsável solidário.

A preliminar de intempestividade do agravo não procede.

Tratando-se de execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública deve ser feita pessoalmente (art. 25 da Lei nº 6.330/80 — Lei das Execuções Fiscais).

À fl. 27, certificou o Sr. Escrivão que a intimação pessoal deu-se no dia 12-12-85.

Dispondo do prazo em dobro para recorrer, tendo ajuizado o recurso no dia 20, evidente sua tempestividade.

No mérito, tecnicamente, deveria o Agravado defender-se através de embargos de terceiro. Mas, ofereceu embargos à execução. Como foi citado em nome próprio, na qualidade de ex-diretor da Executada, como responsável solidário pelas obrigações tributárias, com penhora de seus bens particulares, a defesa há de ser em seu nome e não da Firma já extinta. Daí o acerto do despacho agravado.

Conheço do agravo, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

Ag 49.631.— SP (Reg. nº 7.893.736) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Agravantes: IAPAS/BNH — Agravado: Nelson Raimundo dos Santos — Advogado: Drs. Pascal Leite Flores e Eutália Maciel Coutinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (4ª Turma, em 11/02/87).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 50.532 — DF
(Registro nº 7.950.225)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Agravante: *Companhia de Financiamento da Produção — CFP*

Agravada: *Cooperativa Agropecuária Tapiraguaia Ltda. — Cootap*

Advogados: *Drs. João Pelles e outros (agrite.)*

EMENTA: Processual Civil. Custas. Isenção.

I — A Companhia de Financiamento da Produção, inobstante seja uma empresa pública federal, está isenta do pagamento de custas processuais, ante o disposto no artigo 7º da Lei nº 7.032/82 combinado com o artigo 511 do CPC, in fine.

II — Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1986 — (Data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente — GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: Companhia de Financiamento da Produção — CFP interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da execução fiscal nº 530-ED/85, promovida contra a Cooperativa Agropecuária Tapiraguaia Ltda., determinou que a agravante efetuasse o recolhimento das custas processuais.

A agravante, em seu recurso (fls. 02/05), alega que está isenta do pagamento de custas, por força do artigo 7º da Lei nº 7.032/82. Pede, por conseguinte, a reforma do *decisum*, a fim de que seja reconhecida a sua isenção de custas.

Deferida a formação do agravo de instrumento, efetuado o traslado das peças requeridas, sem manifestação da agravada, foram os autos conclusos ao ilustre magistrado de primeira instância, que manteve a sua decisão e determinou a remessa dos autos, a este colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): A agravante pretende, através do presente recurso, ver reconhecido o seu direito à isenção do pagamento das custas processuais.

Para tanto, faz-se necessário um estudo detalhado sobre o tema.

O Regimento de Custas da Justiça Federal (Lei nº 6.032/74), ao tratar da isenção de custas, assim dispõe:

«Art. 9º São isentos do pagamento de custas:

I — a União, os Estados, Municípios, Territórios Federais e o Distrito Federal e respectivas autarquias;

II — o réu pobre, nos feitos criminais;

III — o beneficiário da assistência judiciária;

IV — o Ministério Público;

V — os processos de *habeas corpus*.»

Por sua vez, o Código de Processo Civil, em seu artigo 511, assim estatui:

«Art. 511 São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela Fazenda Nacional, Estadual e Municipal e pelas respectivas entidades da administração indireta, que gozam de isenção legal.»

A agravante pondera que a Lei nº 7.032, de 30 de setembro de 1982, veio a alterar a sua natureza jurídica, transformando-a de antiga autarquia para empresa pública. Todavia, manteve os mesmos benefícios e regalias outorgados à Fazenda Pública, inclusive no que concerne à isenção de custas, *in verbis*:

«Art. 7º São extensivas à Empresa os privilégios da Fazenda Pública, no tocante à cobrança de seus créditos e a processos em geral, *custas*, juros e prazos» (grifo nosso).

Inobstante a orientação geral, seja no sentido de que as empresas públicas não possuem nenhum privilégio, quando atuam perante a Justiça, tenho que a Companhia de Financiamento da Produção constitui uma exceção à regra.

Na verdade, por força do artigo 7º da Lei nº 7.032/82, combinado com o artigo 511, *in fine*, do Código de Processo Civil, afere-se que a agravante está isenta do pagamento de custas.

Outrossim, a Lei nº 7.032/82, por ser posterior à Lei nº 6.032/74 (Regimento de Custas da Justiça Federal), deve prevalecer.

Em síntese, o recurso merece prosperar, reformando-se a decisão agravada, ante o reconhecimento do direito da agravante no que pertine à isenção do pagamento de custas processuais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. n.º 50.532-DF — (Reg. n.º 7.950.225) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Companhia de Financiamento da Produção — CFP. Agrda.: Cooperativa Agropecuária Tapiraguaia Ltda. — Cootap. Advs.: Drs. João Pelles e outros (Agrte.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 13-10-86 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 52.982 — SP
(Registro nº 9.037.942)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Agravante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Agravada: *Citro Pectina S/A — Exp. Ind. Com.*

Advogados: *Drs. Edson Luiz de Queiroz e outros e Flavio Oscar Bellio*

EMENTA: Ação declaratória — Valor da causa.

Para fixar-se o valor da causa na ação declaratória, ter-se-á em conta o relevo econômico da relação jurídica a cujo respeito litiga-se. Inadmissível que, pelo fato de pedir-se apenas declaração, possa o valor ser arbitrariamente eleito pela parte quando são significativas as consequências que dele derivam, notadamente para o cabimento de recursos.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 17 de junho de 1987.

CARLOS VELLOSO, Presidente — EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Citro Pectina S/A ajuizou ação declaratória contra a CEF. A MM. Juíza rejeitou impugnação ao valor atribuído à causa, sob os seguintes fundamentos:

«Tenho que a impugnação não procede na hipótese. Trata-se de mera ação declaratória, que não tem conteúdo econômico imediato. Não comporta execução nem benefício patrimonial (STF, *in* RT 568/194), razão pela qual deve prevalecer o valor estimado, não lhe sendo aplicáveis os preceitos inscritos no art. 259, V, e art. 260 do CPC.»

Agravou a ré, entendendo que o valor da causa deveria corresponder à relação jurídica que a agravada busca desconstituir.

É o relatório.

EMENTA: Ação declaratória — Valor da causa.

Para fixar-se o valor da causa na ação declaratória, ter-se-á em conta o relevo econômico da relação jurídica a cujo respeito litiga-se. Inadmissível que, pelo fato de pedir-se apenas declaração, possa o valor ser arbitrariamente eleito pela parte quando são significativas as conseqüências que dele derivam, notadamente para o cabimento de recursos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não empresto *data venia* adesão ao entendimento sustentado pela decisão agravada. O fato de pleitear-se apenas declaração não significa que a causa seja destituída de valor econômico. Se alguém pretende que inexistia determinada relação jurídica, poder-se-á saber, em regra, o relevo econômico que esta teria se existente. E se assim é, dispõe-se de critério seguro para fixar-se o valor da causa. Não se recomenda que este seja arbitrariamente eleito pela parte, já que nada desprezíveis suas repercussões, notadamente quanto ao cabimento de recursos.

Na hipótese em exame, a autora foi singularmente imprecisa na inicial, formulando o pedido bastante vago. As conseqüências que disso possam advir para o julgamento da demanda obviamente que não podem ser aqui examinadas. A circunstância, entretanto, não haverá de impedir que o valor da causa guarde correspondência com a realidade. Tomar-se-á importância do faturamento da empresa durante um ano, verificando-se em seguida a quanto montaria a contribuição questionada. Este será o valor da causa.

Saliento que o faturamento deve ser apurado sumariamente sem necessidade de maior rigor, podendo ser úteis declarações do próprio interessado.

Para os fins expostos, dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n.º 52.982-SP — (Reg. n.º 9.037.942) — Rel.: Min. Eduardo Ribeiro. Agrte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Agrda.: Citro Pectina S/A — Exp. Ind. Com. Advs.: Drs. Edson Luiz de Queiroz, Flávio Oscar Bellio e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (6.ª Turma — 17-6-87).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Américo Luz.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

AGRAVO DE PETIÇÃO TRABALHISTA Nº 7.763 — RS
(Registro nº 2.930.935)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Agravante: *Selen — Serviços Técnicos Profissionais Ltda.*

Agravados: *Jorge Amaro da Silva Prates e outro*

Advogados: *Drs. Sinara de Souza Pires e outros e Cila Antônia Licks*

EMENTA: Trabalhista. Sentença. Execução.

— Liquidação por arbitramento. Prescindibilidade da citação inicial, salvo após julgada a liquidação, aí instaurada a execução propriamente dita. Confirmação da sentença dos embargos, dado que, no caso, não se reclamam reparos à conta homologada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 29.08.86 — (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: A sentença do Juiz Ari Pargendler consigna a seguinte conclusão:

«Ante o exposto, julgo a ação procedente, em parte, para o efeito de condenar a Selen — Serviços Técnicos Profissionais Ltda. a pagar:

I — a Jorge Amaro da Silva Prates, relativamente ao período de 24 de junho de 1980 a 10 de abril de 1981, as diferenças salariais, de férias, de 13º salário, bem assim as gratificações semestrais e os valores relativos ao «cheque alimentação», mais as quantias devidas ao F.G.T.S., tomada como padrão a remuneração da classe inicial do cargo de escriturário da Caixa Econômica Federal, tudo com juros e correção monetária.

II — a Milton Luís Soares da Silva, relativamente ao período de 13 de novembro de 1979 a 12 de setembro de 1981, as diferenças salariais, de férias,

de 13º salário, bem assim as gratificações semestrais e os valores relativos ao «cheque alimentação, mais as quantias devidas ao F.G.T.S., tomada como padrão a remuneração da classe inicial do cargo de escriturário da Caixa Econômica Federal, tudo com juros e correção monetária.

Fica declarada a responsabilidade solidária da Caixa Econômica Federal nos termos da presente condenação, no caso de falência de Selen — Serviços Técnicos Profissionais Ltda» — fls. 88/89.

Publicada na audiência do dia 16.10.81 a decisão, não obstante, foi intimada à empresa prestadora de serviços através de notificação postal recebida em 10.11.81 (fl. 91v), além de também constar da edição do dia 18.11.81 do Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul (fl. 92).

Nesse último dia, os reclamantes protocolaram a petição de fl. 93, requerendo a apresentação de esboço de cálculo, pelas reclamadas, e bem assim a remessa dos autos ao contador, para liquidação da sentença.

O MM. Juiz *a quo* exarou despacho para que sobre a petição se pronunciassem as reclamadas, as quais, não obstante intimadas através do DO de 04.12.81, nada requereram (fl. 94).

Em 15.02.82 foi nomeado perito e determinada a indicação de assistentes técnicos pelas partes, consoante o despacho de fl. 94, publicado em 17-03.82 (fl. 94v), atendido apenas pelos reclamantes (fl. 95).

Compromissados os peritos, vieram aos autos o laudo contábil do Perito Oficial (fls.100/105) e o do Assistente (127/131), este após concedida dilação de prazo (fl.106).

A título de manifestação sobre o laudo do Assistente, a Selen peticionou às fls. 133/136 arguindo a nulidade de todos os atos até então consumados, sob a alegação de que cerceada a sua defesa, posto que não intimada pessoalmente da petição de fl. 93, que a seu ver iniciou o processo de execução, do qual a mesma só veio a ter notícia naquele instante processual.

O despacho de fl. 137 afastou o cerceamento alegado, apontando a regular intimação das reclamadas, via Diário Oficial, afirmando, ademais, tratar-se de liquidação de sentença por arbitramento e não de execução, terminando, no entanto, por reabrir às partes o prazo de 10 dias para manifestação sobre os laudos apresentados.

A Selen limitou-se a se reportar às razões apresentadas na prefalada petição (fl. 139), enquanto os reclamantes se manifestaram favoravelmente aos laudos (fl. 141).

O Juiz Federal Luiz Dória Furquim proferiu, então, a sentença de liquidação (fls. 143/146), declarando a regularidade do procedimento, a teor do art. 607 do CPC, e dando pela procedência do laudo oficial, sobre o qual determinou fosse elaborada a conta da liquidação que afinal se encontra à fl. 148 dos autos.

SELEN impugnou os cálculos (fl. 156), não tendo logrado êxito no seu intento, eis que a sentença de fl. 156, devidamente fundamentada, homologou a conta apresentada.

À fl. 157, ordenou-se a citação da Selen, para os efeitos da execução, ao que se procedeu em consonância com o mandado de citação e penhora de fl. 159.

Em resposta, alegando não possuir naquele Estado bens suficientes a garantir a execução, a dita empresa requereu (fl. 161) a expedição de carta precatória para a Seção do Rio de Janeiro, prosseguindo-se com a execução naquela localidade; o que foi indeferido (fl. 161), com posterior manutenção, quando do pedido de reconsideração de fl. 163.

Dai que a empresa nomeou bens à penhora, efetivada em 9.10.83, consoante certidões de fl. 191v., seguindo-se embargos à execução, nos quais a empresa se limita a transcrever as razões constantes de sua petição de fls. 133/136, onde aponta a nulidade da execução pela ocorrência de cerceamento de defesa, embargos esses que não foram recebidos, ao fundamento de que intentavam reavivar questões já decididas (fl. 194).

Tirou-se, então, o agravo de petição ora em exame, cuja petição de interposição renova a pecha de nulidade do procedimento executório, por cerceamento de defesa, reportando-se às razões expendidas na petição já referida (fls. 202/211).

Os exequêntes contraminutaram às fls. 233/235, encarecendo o caráter protelatório do agravo.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Procurador José Roberto Santoro, opina pelo provimento do agravo, a fim de que se anulem todos os atos da execução, para que, feita nova citação, possa a Agravante acompanhá-la (fls. 249/252).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, conquanto omissa no regular os diversos procedimentos pelos quais as sentenças são liquidadas, a Consolidação das Leis do Trabalho é expressa no determinar que:

«Art. 879. Sendo ilíquida a sentença exequênda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.»

Daí, o aplicador da lei processual trabalhista socorrer-se do Direito Processual comum, por força do artigo 769 da CLT.

No caso dos autos, a cuidar-se de liquidação por arbitramento, a disciplina legal a ser pesquisada repousa nos artigos 606 e 607 do Código de Processo Civil. O desate da controvérsia, portanto, há que circunscrever-se ao âmbito do prefalado regramento, igualmente presente o disposto no art. 794 consolidado, que condiciona a decretação da nulidade processual trabalhista à existência de manifesto prejuízo às partes litigantes, operado pelos atos por elas inquinados.

Assim, começo por desacolher a alegação de nulidade fundada pelo indevido início do processo de execução, quando ainda pendia o prazo para recorrer da sentença do processo de conhecimento. Em primeiro lugar porque, a contar-se da publicação da sentença na audiência (fl. 90), à qual imotivadamente não compareceram as partes, tem-se que há muito transitara a sentença em julgado, quando do requerimento do agravado para que se procedesse à liquidação. Neste caso, é oportuno salientar que a data do trânsito em julgado, consignada na certidão de fl. 124, mencionada no douto parecer, é manifestamente equivocada, visto saber-se que, para o prazo de recurso contra a sentença publicada em audiência para a qual foram as partes intimadas, não tem relevância a notificação postal ou a publicação na imprensa.

E em segundo lugar, mesmo que se considere prematuro o início do processo de liquidação, nulidade não haveria, visto que do ato impugnado nenhum prejuízo resultou para a agravante, que, afinal, da sentença de conhecimento não recorreu.

No que tange à pretensão de anular a liquidação, dada a ausência de citação pessoal, é de registrar-se, de início a controvérsia assente tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

Das vacilações jurisprudenciais dá-nos conta Theotonio Negrão, em nota ao art. 611 do CPC, *in verbis*:

«Art. 611: 2. Só a liquidação por artigos é que se faz a citação prévia do devedor (v. art. 609). Nas demais, em face do art. 611 e a despeito do art. 614, a citação somente se exige para a execução propriamente dita. Neste sentido: SIMP, concl. LIII-RT 482/272; RT 488/141, 526/63, 545/205, em termos, 547/118, 570/175; RJTJESP 56/186, 60/249; JTA 36/382, 39/102, 77/280. Contra: RT 500/157, 502/89, 544/216; RJTJESP 45/174; JTA 52/72, 53/164». — (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Revista dos Tribunais, 14ª Edição, página 223).

Já as divergências doutrinárias foram sumariadas pelas Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, no julgamento do Agravo de Instrumento 78/80, em excelente voto do Juiz Negi Calixto, e cujo acórdão está assim ementado:

«Execução de sentença — Liquidação por arbitramento — Citação desnecessária — Inteligência dos arts. 607 e 611 do CPC — Agravo provido.

Na liquidação de sentença por arbitramento não há, propriamente, ação, e sim um prolongamento incidental do processo de conhecimento, não sendo necessária a citação do devedor, eis que não se instaura nova relação processual. Depois de julgada a liquidação é que a execução será instaurada, necessitando-se a citação do devedor» — *in* RT 545 — março de 1981, págs. 206/207.

Em se constituindo o direito processual comum como fonte subsidiária do processo laboral, e tendo presente a escassez de normas reguladoras da liquidação no texto consolidado, é de ver-se a persistência das divergências referidas, também no processo trabalhista.

Assim é que Coqueijo Costa entende necessária a citação, enquanto Wagner D. Giglio, citando Antônio Lamarca, a dispensa quando se trate de liquidação por arbitramento ou cálculo do contador. (Coqueijo Costa, *Dir. Judiciário do Trabalho, Forense*, 1ª ed., pág. 585; Wagner D. Giglio, *Direito Processual do Trabalho, LTR*, 6ª Ed., fl. 384).

Tendo em conta as peculiaridades do processo trabalhista, onde a celeridade se sobrepõe a determinadas formalidades do processo comum, convenço-me de que, neste campo, a doutrina que dispensa a citação nas modalidades de liquidação acima referidas deve prevalecer. Além do mais, vê-se que, mesmo escasso e impreciso, o regramento da CLT fortalece a conclusão: seu art. 879 submete o processo de execução ao impulso *ex officio*, ao tempo em que coloca a liquidação como fase prévia do seu acionamento. As expressões utilizadas pelo texto legal («ordenar-se-á» e «previamente») indicam a justeza dessa interpretação, sulfragada, aliás, pela notória celeridade que a CLT pretende imprimir ao processo.

Por outro lado, atente-se para o § 3º do art. 884, do mesmo diploma, segundo o qual a impugnação à sentença de liquidação somente poderá dar-se por meio de embargos à penhora.

Cotejado o dispositivo com a já referida preocupação legal da celeridade processual, tem-se por conclusão que, se algum contraditório formal reservou a lei adjetiva laboral ao processo de liquidação, este foi remetido para a ação de embargos, já na fase de execução, propriamente dita.

Portanto, penso que, com maior razão, a liquidação trabalhista por arbitramento ou cálculo do contador, a teor próprio da CLT, coaduna-se com a doutrina que coloca a liquidação como processo incidental de integração da cognição, prescindindo da citação inicial, de vez que está submetida ao impulso oficial, além de ser reservada às partes, na execução, ação própria de impugnação da sentença de liquidação, então possibilitada a formalização do contraditório, bem como a produção de provas.

Por último, convenha-se que, como relatado, no caso dos autos foram as partes regularmente intimadas de todos os atos de liquidação; da mesma forma, o prazo legal de 10 dias para manifestar-se sobre o laudo pericial foi efetivamente assegurado ao agravante que, no entanto, preferiu se reportar ao pedido de nulidade, sem apresentar qualquer impugnação ao resultado apurado. Nem mesmo nos embargos interpostos, a conclusão pericial restou materialmente impugnada.

Assim, considerando os princípios informadores do processo trabalhista, tenho por regular a liquidação encetada, cuja sentença, à míngua de impugnação material ao laudo homologado, merece confirmada.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AgP^{trb}. n.º 7.763 — RS (Reg. n.º 2.930.935) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Agrte.: Selen — Serviços Técnicos Profissionais Ltda. Agrdos.: Jorge Amaro da Silva Prates e outro. Advs.: Drs. Sinara de Souza Pires e outros e Cila Antônia Licks.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 29.08.86 — 3.ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

EMBARGOS INFRINGENTES NA AC Nº 49.076
(Registro nº 3.009.564 — SE)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Embargante: *Centrais Elétricas Brasileiras S.A.*

Embargada: *Prefeitura Municipal de Campo do Brito — SE*

Advogados: *Drs. João Manoel da Silva Carvalho Neto e outros e João Bosco Souza Carvalho*

EMENTA: Administrativo. Concessionária de serviço de eletricidade. Encampação.

— A apuração dos prejuízos suportados pela concessionária em virtude da encampação se faz pela forma prevista na legislação específica (Decreto nº 24.643/34, Decreto-lei nº 3.128/41 e Lei nº 5.655/71). Só é de admitir-se a aplicação das normas da desapropriação na impossibilidade, por falta de elementos, de observar-se o modo indicado nos diplomas legais acima referidos.

— Embargos recebidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Pedro Acioli e Pádua Ribeiro, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de outubro de 1986 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — TORREÃO BRAZ, Relator.
BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O Ministro Geraldo Sobral, então Juiz Federal em Sergipe, julgou procedente ação movida pela ELETROBRÁS, assistida pela União Federal, contra a Prefeitura Municipal de Campo do Brito-SE, tendo por objeto a encampação dos bens e instalações vinculadas aos serviços de energia elétrica existentes no Município de Campo do Brito, e fixou a indenização em Cr\$ 392.000,00,

acrescida de juros compensatórios a partir da imissão na posse e honorários advocatícios de 10%, calculadas ambas as parcelas sobre a diferença entre a importância depositada inicialmente e o preço da indenização, além de honorários do perito (fl. 93), pagos os salários dos assistentes técnicos pelas partes (fls. 219/226).

A Eg. 4ª Turma reformou, em parte, a sentença, nos termos do voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *verbis* (fls. 287/291): (Lê).

O acórdão está assim ementado (fl. 315):

«Encampação. Fixação do valor dos bens da concessionária. Aplicação, subsidiária, das regras relativas aos feitos expropriatórios.

I — No caso de impossibilidade, por falta de elementos, de apurar-se o valor dos bens da concessionária, nos termos do art. 167, parágrafo único, do Código de Águas, é cabível a aplicação das normas relativas à desapropriação para fins de se estipular a justa verba indenizatória.

II — Apelação do Município-rêu parcialmente provida. Apelação da autora desprovida.»

Ficou parcialmente vencido o Ministro Carlos Mário Velloso, com o seguinte voto (fls. 305/313): (Lê).

Dessa decisão opôs a ELETROBRÁS embargos infringentes (fls. 318/323), pugnando pela prevalência do entendimento do Ministro Carlos Mário Velloso.

Os embargos foram admitidos (fl. 324).

Não houve impugnação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): É indiscutível a afinidade existente entre a desapropriação e a encampação ou resgate, visto que em ambas há a transferência compulsória de um bem particular ou serviço ao domínio público.

Mas, enquanto no processo expropriatório a indenização tem de representar o preço real do bem no ato do pagamento, computados todos os elementos valorizantes, no resgate ela consiste na observância da equação financeira da concessão, ou seja, para usar a expressão de Francisco Campos, no respeito à «correspondência entre os encargos do concessionário e a sua remuneração».

De ordinário, a forma de liquidação dos prejuízos vem estipulada no contrato. Todavia, em se tratando de concessão de serviço de eletricidade, essa forma de liquidação não pode fugir ao que dispõem o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10-07-34, art. 167, parágrafo único), o Decreto-lei nº 3.128, de 19-03-41, e a Lei nº 5.655, de 20-05-71. Somente na impossibilidade, por falta de elementos, de apurar-se o valor nos termos dos textos legais citados, somente nesta hipótese admitiu o Supremo Tribunal Federal a aplicação das normas da desapropriação, conforme se lê no acórdão no RE nº 75.930, relatado pelo saudoso Ministro Rodrigues Alckmin (RTJ, vols. 68/540).

O citado Decreto-lei nº 3.128/41 reza que o capital a remunerar ou investimento será fixado na base do custo histórico e estatui no art. 6º e seu § 1º:

«Art. 6º O custo histórico da propriedade inventariada será verificado mediante exame da contabilidade da empresa e dos comprovantes dos débitos àquele custo e verificação da existência, nos lugares indicados pelo inventário, das diversas partes componentes daquela propriedade, cujos característicos e demais indicações serão comparados com os registrados por dito inventário.

§ 1º O custo histórico da parte ou do todo, conforme o caso, será determinado por perícia, quando aqueles exames e verificações não produzirem, no todo ou em parte, resultados satisfatórios em virtude:

- a) da falta de método e clareza dos assentamentos;
- b) omissões verificadas nos livros;
- c) os excessos encontrados nos mesmos;
- d) influência ou discordância entre os comprovantes e os débitos respectivos;
- e) não conformidade do inventário com as propriedades encontradas, no que respeita à qualidade e quantidade;
- f) da existência de justas razões para recusar fé e validade às declarações, assentamentos, registros ou comprovantes apresentados.»

Na espécie vertente, a Comissão de Tombamento não afirmou *tout court* ser impossível a determinação do custo histórico, mas que essa determinação se mostrava inviável mediante o exame da contabilidade da empresa e dos documentos de débito do referido custo.

Eis o pronunciamento da Comissão no particular (fl. 29):

«Não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da Concessionária pelo exame de sua contabilidade e dos documentos de débitos daquele custo.

Isso porque a Concessionária não possui contabilidade específica para seu setor de energia. Todos os custos relativos a investimentos e de operação foram registrados como despesa nos livros da contabilidade da Prefeitura.

Com fundamento nos parágrafos 1º e 2º do artigo 6º do Decreto-lei nº 3.128/41, a Comissão teve de proceder à determinação do custo histórico da propriedade da Concessionária pelo processo de perícia, seguindo os critérios indicados para os trabalhos dessa natureza.»

Em suma, procedeu ao tombamento dos bens da ré, para o fim de verificação do investimento remunerável, de conformidade com os preceitos transcritos do Decreto-lei nº 3.128/41.

Por isso, *data venia* dos eminentes pares que votaram em sentido contrário, dou inteira razão ao Ministro Carlos Velloso quando, escudado nos mesmos motivos, acolheu o laudo da Comissão de Tombamento, com o acréscimo da verba de Cr\$ 90.000 (noventa mil cruzeiros), relativa à mão-de-obra, e da correção monetária.

Recebo os embargos.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, *data venia* do Sr. Ministro Relator, rejeito os embargos. No voto que proferi na Turma, assinala a peculiaridade do caso concreto. O eminente Juiz Federal, hoje nosso colega Ministro Geraldo Sobral, aplicou ao caso os princípios relativos à ação expropriatória, porque não dispunha de outros elementos para fixar o preço da indenização.

Data venia, rejeito os embargos.

PELA ORDEM

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, na última sessão ainda cheguei a tempo de ouvir o voto do Sr. Ministro Torreão Braz. Agora, inteirei-me mais ainda do caso, diante dos votos dos eminentes Colegas. E, acresce que o voto vencido é meu, proferido na Turma. Estou, Sr. Presidente, em condições de votar.

VOTO

Reporto-me ao voto que proferi na Turma, que serviu de base ao acórdão, e, com base nele, adiro ao respeitável voto do Sr. Ministro Torreão Braz, Relator.

Recebo os embargos.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: No julgamento da Apelação Cível nº 48.564-SE, que versa matéria idêntica à destes autos, com sentença também do então Juiz Federal e hoje ilustre membro desta Corte, Ministro Geraldo Sobral, proferi, na qualidade de relator, o seguinte voto, acolhido à unanimidade e cuja cópia farei juntar oportunamente (lê:).

O acórdão está assim ementado:

«Encampação de concessionária de serviço público de energia elétrica — Indenização — Decreto nº 24.643/33 — Decreto-Lei nº 3.128/41 e Decreto nº 54.973/64 — Correção monetária — Lucros cessantes — Verba advocatícia.

— Adoção do *quantum* indenizatório apurado pela Comissão de Tombamento acrescido do valor dos materiais em estoque, estipulado pelo perito do juízo.

— Correção monetária a contar do laudo de tombamento, relativa à quantia nele apurada, e, a partir do laudo do perito, quanto à importância atribuída aos materiais em estoque.

— Indevidos lucros cessantes, porquanto, consoante reiterado entendimento jurisprudencial, a condenação em juros compensatórios exclui qualquer indenização a esse título.

— Verba advocatícia de 20% sobre o montante indenizatório corrigido.

— Apelações providas parcialmente.»

Ora, as razões de decidir que venho de ler se ajustam ao voto vencido do eminente Ministro Carlos Velloso, na sua fundamentação, pelo que a elas me reportando acompanho o eminente Relator.

Recebo os embargos.

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL nº 48.564 — SE
(Registro nº 3.088.375)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL JERONYMO FERRANTE: Preliminarmente, nego provimento a ambos os agravos retidos. Quanto ao primeiro, ao indeferir pedido de nova perícia, a decisão atacada nenhum agravo fez à agravante, porquanto, na conjuntura, a providência não se justificava. Os motivos invocados em prol da pretensão, na realidade, não eram suficientes para sua acolhida, tanto mais que possíveis omissões ou dúvidas do laudo poderiam ser supridas e solucionadas através de pedido de esclarecimento, na forma do art. 435 do Código de Processo Civil, lembrado no despacho atacado. No tocante ao segundo, porque a juntada de documentos, contra a qual se insurgiu a agravante, se fez com apoio no art. 397 e com atendimento da prescrição do art. 398, ambos do referido diploma processual.

No mérito, cuida-se de encampação de concessionária de serviço público de energia elétrica.

A encampação ou resgate — doutrina Hely Lopes Meirelles — «é a retomada do serviço, pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de conveniência ou interesse administrativo» («Direito Administrativo Brasileiro», 8ª ed. RT, pág. 307). Difere da reversão, que é o retorno do serviço ao poder concedente quando expirado o prazo da concessão. Igualmente não se confunde com a rescisão que é o desfazimento do contrato por ato unilateral da Administração, ou por acordo entre as partes, ou por decisão judicial. Enfim, não se equipara à anulação que pressupõe irregularidade na concessão ou defeito na sua formalização.

Por outro lado, conceitualmente se distingue da desapropriação. Na desapropriação, a propriedade é transferida compulsoriamente para o poder expropriante, por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e atual indenização. Na encampação, mediante indenização baseada em custo histórico, o poder concedente «faz voltar ao seu controle direto bens, direitos, instalações que, pela ficção compreendida na figura da concessão, pertencem ao poder concedente, ainda que tenham sido construídos e estejam sendo operadas pelo concessionário» (Walter T. Álvares, «Direito da Energia», 1974, vol. III, pág. 726).

Na espécie em exame, a encampação se faz sob os ditames do Código de Águas — Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1933. Preceitua esse diploma legal:

«Artigo 167 — Em qualquer tempo ou em época que ficarem determinadas no contrato, poderá a União encampar a concessão, quando interesses públicos relevantes o exigirem, mediante indenização prévia.»

«Parágrafo único — A indenização será fixada sobre a base do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada quando houver.»

Decreto-lei nº 3.128, de 19 de março de 1941 (dispõe sobre o tombamento dos bens das empresas de eletricidade), regulamentado pelo Decreto nº 54.973, de 04 de novembro de 1964 — estabelece regras para a organização do inventário das propriedades da concessionária e seu custo histórico que servirá de base ao cálculo da indenização, no caso de eventual reversão ou encampação (art. 5º, § 1º). O seu artigo 6º reza:

«Artigo 6º — O custo histórico da propriedade inventariada será verificado mediante exame da contabilidade da empresa e dos comprovantes dos débitos àquele custo e verificação da existência, nos lugares indicados pelo inventário, das diversas partes componentes daquela propriedade, cujas características e demais indicações serão comparadas com os registrados por dito inventário».

O parágrafo primeiro desse dispositivo dispõe que o custo histórico será determinado por perícia quando os exames e verificações não produzirem, no todo ou em parte, resultados satisfatórios, em virtude de: a) falta de método e clareza dos assentamentos; b) omissões verificadas nos livros; c) excessos encontrados nos mesmos livros; d) influência ou discordância entre os comprovantes e os débitos respectivos; e) não conformidade do inventário com as propriedades encontradas, no que respeita à qualidade e quantidade; e f) da existência de justas razões para recusar fé e validade às declarações, assentamentos, registros ou comprovantes apresentados.

Ora, para fixação da indenização de vida com a encampação da apelante, foi instituída uma Comissão de Tombamento que, em obediência e na conformidade dos comandos legais referenciados, procedeu ao inventário dos bens e instalações a encampar, com apuração dos respectivos valores indenizatórios, no montante de Cr\$ 522.755,00.

Inobstante, o digno juiz singular, embora distinguindo com proficiência a encampação da desapropriação, afastou as conclusões do laudo de tombamento, convalidadas pelo assistente técnico da apelante, para adotar o laudo do perito que nomeara, ao fundamento de que, na hipótese, emergia óbice à determinação do custo histórico, como preconizado na legislação de regência. Aduziu Sua Excelência:

«Como se verifica na peça vestibular, a Empresa Encampante, nos termos previstos no Código de Aguas, instituiu uma Comissão de Tombamento dos bens e instalações a encampar e esta em seu relatório afirma que «não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da Empresa pelo exame de sua contabilidade e dos componentes de débitos daquele custo». Ora, se a própria Empresa Encampante afirma que não foi possível determinar o custo histórico, para efeitos de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações, «evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral, disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, e os casos e modos de desapropriação» (fl. 289).

Essa asseveração, contudo, merece reparo, na medida em que não leva em conta, em toda sua extensão, os regramentos pertinentes à apuração do custo histórico.

Com efeito esclarece a Comissão que «não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da encampada pelo exame de sua contabilidade e dos componentes de débitos daquele custo». Mas, adiante, a seguir:

«Com fundamento nos parágrafos 1º e 2º do artigo 6º do Decreto-lei nº 3.128, de 14 de março de 1941, a Comissão decidiu proceder à determinação do custo histórico da propriedade da Empresa pelo processo de pericia, segundo os critérios indicados».

E foi o que fez realmente, e com suporte na lei que, como vimos, não limita a apuração do custo histórico unicamente à existência de lançamentos contábeis. Prevê, ao invés, a alternativa da realização de prova técnica. Admite, como realçado, seja esse custo determinado através de pericia, quando os exames e verificações da contabilidade da concessionária não produzirem resultados satisfatórios, quer por obscuridade, omissões, excessos e discordâncias da escrituração, quer quando sobrelevam razões para recusar fê aos assentamentos, declarações, registros e comprovantes apresentados.

Portanto, uma vez que o custo histórico dos efeitos encampados foi regularmente apurado através de procedimento indicado pela lei, não havia *data venia* como desprezá-lo. As regras do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, pertinentes à desapropriação por utilidade pública, não de ser observadas, na espécie, subsidiariamente, no que não conflitam com a legislação específica aplicável à espécie.

Convém registrar que o custo histórico em tela foi fixado com anuência da apelada e, enfatize-se, com observância dos preceitos legais pertinentes.

Assim sendo, afigura-se deva prevalecer o valor indenizatório de Cr\$ 522.755,00, apurado pela Comissão de Tombamento.

Merecem também ser indenizados os materiais que se encontravam em estoque no almoxarifado da encampada. O assistente técnico não os avaliou a considerações de que refugiam ao investimento, mas o fez o perito do juízo, atribuindo-lhes o valor de Cr\$ 350.000,00 que, nas circunstâncias, deve prevalecer.

Dai, com a soma do *quantum* indicado pela Comissão de Tombamento (Cr\$ 522.755,00) e do importe dos materiais estocados (Cr\$ 350.000,00), perfaz a indenização o total de Cr\$ 872.755,00.

Sobreleva, ainda, de uma parte, que devida é a aplicação da correção monetária, a contar do laudo de tombamento, no que tange à quantia de Cr\$ 522.755,00, e a partir do laudo do perito, quanto à importância de Cr\$ 350.000,00, atribuída aos materiais em estoque.

De outro lado, não merece prosperar a pretensão da encampada de haver lucros cessantes, porquanto, consoante reiterado entendimento jurisprudencial, a condenação em juros compensatórios exclui qualquer indenização a esse título.

Em arremate, no concernente à verba advocatícia, afigura-se-me, reduzida a estabelecida no decisório e inexistente, nas circunstâncias, em que não se trata de desapropriação, a base de cálculo indicada. Dai por que elevo o percentual a esse título para

20% (vinte por cento), a incidir sobre o montante indenizatório corrigido. Acrescento, ainda quanto a este tema, que, na conjuntura não há que falar em sucumbência recíproca.

Via de conseqüência, dou parcial provimento à apelação da autora para reformar a sentença em ordem a fixar a indenização no montante de oitocentos e setenta e dois mil, setecentos e cinqüenta e cinco cruzeiros (Cr\$ 872.755,00), bem como provejo parcialmente o recurso da ré para admitir a correção monetária e elevar o percentual relativo a honorários advocatícios, tudo como acima explicitado.

No mais, mantenho a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

EAC 49.076-SE (Registro nº 3.009.564) — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Embgte.: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. Embgdo.: Prefeitura Municipal de Campo do Brito-SE. Advs.: Drs. João Manoel da Silva Carvalho Neto e outros e João Bosco Souza Carvalho.

Decisão: A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Pedro Acioli e Pádua Ribeiro, recebeu os embargos. (Em 07-10-86 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Velloso, Miguel Ferrante, Américo Luz, Ilmar Galvão e José de Jesus. Impedido o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Américo Luz deram-se como habilitados para votar, embora não houvessem assistido ao início do julgamento. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Na ausência justificada do Sr. Min. Bueno de Souza, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 49.556 — SE
(Registro nº 3.087.263)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*

Apelante: *Centrais Elétricas Brasileiras S/A — ELETROBRÁS*

Apelada: *Prefeitura Municipal de Cedro de São João*

Advogados: *Drs. Marialda Gonçalves Menezes Batista, Moacyr Soares da Motta e outros*

EMENTA: Administrativo — Encampação — Indenização — Serviço de Eletricidade — Art. 167 do Código de Águas.

Embora institutos diferentes — encampação e desapropriação — apresentam eles pontos de contato, como se vê concernente ao princípio da justa indenização prévia (art. 153, § 22, da CF) aplicável aos serviços de eletricidade, no caso de encampação (parágrafo único do art. 167 do Código de Águas).

Custo histórico, verificável por exame na contabilidade da encampada, e, na hipótese de imprestabilidade da mesma, determinado por perícia.

Perícia, em sede administrativa, na forma da lei, confirmada na perícia judicial.

Peculiaridades do cálculo de indenização, tendo em vista os itens componentes da tarifa, à conta de parcelas para formação de fundo de depreciação e restituição do capital investido.

Precedentes da corte.

Sem verba honorária, por inexistir diferença entre a oferta e a indenização ora arbitrada.

Correção monetária, a partir do laudo administrativo até fevereiro de 1986 (Decreto-lei nº 2.283/86).

Deu-se provimento ao recurso voluntário nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 27 de abril de 1987 (data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente — SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Centrais Elétricas Brasileiras S/A — ELETROBRÁS propôs, assistida pela União Federal, ação de encampação contra a Prefeitura Municipal de Cedro de São João, alegando, em resenha, o que se segue:

a) a demandada é delegatária da União Federal na exploração dos serviços públicos de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, por força do Decreto nº 54.754/64;

b) determinada a encampação dos bens e instalações vinculados aos serviços públicos mencionados, explorados pela Prefeitura Municipal de Cedro de São João, foi a autora incumbida de promover os atos necessários à sua efetivação;

c) instituída uma Comissão de Tombamento dos bens e instalações a encampar, concluiu a mesma que a indenização correspondente importaria em Cr\$ 186.077,15, tudo com fulcro no parágrafo único do art. 167 do Código de Aguas;

d) alegando urgência dos trabalhos requereu a imissão de posse imediata, com o depósito da oferta, o que foi deferido.

Citada, a ré impugnou o preço oferecido, por irrisório, dizendo inaplicável o parágrafo único do art. 167 do Decreto nº 26.643/34, porquanto, após a Constituição Federal de 1946, a expropriação importa indenização em dinheiro, considerado o valor real dos bens.

Requereu a feita de perícia para fixação da justa indenização, a ser acrescida de juros, correção monetária e honorários de advogado.

Instruído o processo, decidiu o então Juiz Federal, hoje nosso eminente colega Ministro Geraldo Sobral, após entender em plena eficácia o art. 167 do Código de Aguas, mas, considerados os fatos impeditivos para sua aplicação à espécie vertente, julgar procedente a ação e fixar a indenização preconizada no laudo do perito oficial, aplicadas ao caso as disposições da Lei das Desapropriações.

Ao valor da indenização determinou a incidência de juros compensatórios a partir da imissão de posse, calculados sobre a diferença entre a importância depositada e o da indenização fixada, além de honorários de 10% (fls. 194/200).

Inconformada, apelou a autora. Lê, fls. 204/210.

Contra-razões às fls. 215.

Subindo os autos, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): A douta sentença apelada, ao fixar a indenização arbitrada e crescer os acessórios já referidos, fê-lo sob essas respeitáveis razões de decidir:

«A presente encampação dos bens e instalações vinculados aos serviços públicos de energia elétrica no Município de Cedro de São João, Estado de Sergipe, foi autorizado pelo Decreto nº 72.533, de 26 de julho de 1973.

Em outras oportunidades, já decidimos sobre a matéria ora *sub judice*, quando julgamos os processos de Encampação contra a Empresa de Energia Elétrica de Itabaiana e Prefeitura Municipal de São Cristóvão e que se encontram em grau de recurso no Egrégio Tribunal Federal de Recursos. O caso presente é idêntico, inclusive a inicial e as razões apresentadas pela Empresa Encampante.

A Prefeitura-Ré, que teve seus bens e instalações encampados, não se insurge contra a legalidade do ato administrativo emanado do referido Decreto, reclamando apenas contra o seu valor do montante da indenização oferecida e depositada, e como foi calculada.

Depreende-se, de conseguinte, que o cerne da questão ou o «pomo de discórdia», no processo ora em exame, reside no suporte legal que deve reger a maneira de cálculo, para a encampação de concessionária de energia elétrica.

Entende e pleiteia a Ré que o referido valor seja obtido aplicando-se os critérios do Decreto-lei nº 3.365/41, ao passo que a Autora sustenta a vigência do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34).

No nosso entender, o parágrafo único do art. 167, do Decreto nº 24.643/34, está em pleno vigor, pois ele não foi revogado, e terá de ser aplicado, quando as condições de encampação permitirem, sendo aplicado subsidiariamente às disposições do Decreto-lei nº 3.365/41.

Como já afirmamos em outros julgamentos idênticos, não devemos confundir desapropriação com encampação. A desapropriação é uma «transação forçada de propriedade de um particular para a administração ou para algum concessionário do serviço público» (Carvalho Santos). A encampação «é o ato de o Estado se apoderar de serviço público objeto de concessão, antes de terminado o prazo do respectivo contrato, que fica assim resolvido, mediante o pagamento de um resgate» (Temístocles Cavalcante).

A primeira decorre de ato que se sobrepõe ao contrato de concessão; a segunda tem uma origem contratual e decorre de aplicação do contrato de concessão, podendo o Poder Concedente encampar a concessão em qualquer tempo ou em épocas que ficarem determinadas no contrato.

O parágrafo único do art. 166 do Decreto nº 24.643/34 reza: «no caso de reversão com indenização será esta calculada pelo *custo histórico*, menos a depreciação, e com duração da amortização já efetuada, quando houver» (grifei).

Examinando a peça vestibular, vê-se que a Empresa encampante, nos termos previstos no Código de Águas, instituiu uma Comissão de Tombamento dos bens e instalações a encampar, e esta, em seu relatório de fls. 30, afirma «que não foi possível a verificação e determinação do custo histórico da propriedade da Empresa, pelo exame de sua contabilidade e dos documentos de débitos daquele custo».

Ora, se a própria Empresa Encampante afirma que não foi possível determinar o custo histórico, para efeitos de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações e, ainda mais, que, no próprio contrato não estão estipuladas as condições de reversão, «evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral, disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, os casos e modos, de desapropriação».

«Encampação. Fixação do valor dos bens da concessionária. Impossibilidade, por falta de elementos, de apurar-se o valor nos termos do art. 167, parágrafo único, do Código de Águas. Legitimidade de aplicação das normas de desapropriação para fixar-se a indenização, justa, pela falta de previsão, ou de acordo entre concessionária e autoridade.

Correção Monetária. Fixada a indenização devida à concessionária, nos termos do Decreto-lei nº 3.365/41; pela encampação, a concessão de correção monetária, nos termos da Lei nº 4.686/65, não nega vigência a direito federal e justifica o recurso extraordinário» (Súmula 400 — STF — 1ª Turma — RE 75.930-GO — Relator, Ministro Rodrigues Alckmin).

Assim, no caso *sub judice*, não podendo ser aplicado o parágrafo único do art. 167 do Código de Águas, por falta de elementos, deve-se aplicar a lei geral das desapropriações, pois, à encampação se regem, subsidiariamente, as disposições do Decreto-lei nº 3.365/41.

Aliomar Baleeiro, em brilhante Parecer, ensina «que no direito positivo do Brasil garante-se a todos indenização justa em caso de desapropriação e, aos concessionários, não só o equilíbrio da empresa com justa remuneração do capital, mas também a integridade deste.

Se o contribuinte não estabeleceu regras especiais para fixação do valor dos investimentos realizados pelos concessionários de serviços públicos para efeito de reversão e encampação dos respectivos bens e instalações, evidentemente prevalecem os dispositivos constitucionais que, em caráter geral, disciplinam o direito de propriedade, os direitos adquiridos, os casos e modos de desapropriação» (*in* Revista Forense — vol. 197 — pág. 511).

Assim, repito, pode o Poder Concedente, em qualquer tempo, encampar a concessão, mas se não possui os elementos de que estabelece o art. 167, parágrafo único do Código de Águas, aplica-se a lei geral das desapropriações, pela qual a indenização deve ser justa e prévia, como determina a nossa Lex Mater, em seu art. 153, parágrafo 22.

O assistente do perito, indicado pela Empresa Encampante, apresentou o laudo de fls. 161/162, não atribuindo o valor a ser indenizado, dando a entender, entretanto, pelas suas respostas aos quesitos oferecidos, que o preço ofertado para o depósito está justo e correto.

O assistente do perito, indicado pela Prefeitura, não ratificou o laudo do perito, nem apresentou o seu laudo técnico.

O segundo laudo técnico do perito deste Juízo, que adotamos, conclui que o valor da indenização, monta a importância de Cr\$ 296.000,00 (duzentos e noventa e seis mil cruzeiros), consoante se vê às fls. 180/181.

No nosso entender, o laudo do perito está perfeitamente elaborado e fundamentado, tendo sido feito levando em consideração que a indenização tem que ser real e justa, como se fosse uma transação normal de compra e venda e, levando ainda em consideração que o assistente técnico da Encampante não foi explícito em seu laudo, em referência ao *quantum* indenizatório.»

A encampante, em seu recurso, sustenta que o duto julgado recorrido parte de dois equívocos, o de que a Comissão de Tombamento teria sido designada pela própria autora e da impossibilidade de verificação e determinação do custo histórico da propriedade de concessionária sem apoio nos autos, de um lado, porque a Comissão aludida não se originou de ato da apelante, mas de portaria baixada pelo Diretor-Geral do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (nº 74, de 9-5-73 — *DO* de 14-7-73, doc. 4), na forma do Decreto nº 72.533/73, de outro, porque dita Comissão não afirmou ser impossível a determinação do custo histórico respectivo, mas, simplesmente, que a escrituração da empresa não oferecia suporte contábil e documental para tanto, sendo certo que o levantamento respectivo se processou regularmente, em sede administrativa, mediante perícia, acompanhada pela encampada, de acordo com critérios estabelecidos na legislação pertinente.

Inicialmente, consoante frisou com inteira adequação técnica a r. sentença recorrida, não há confundirem-se, no direito brasileiro, os institutos administrativos da desapropriação e da encampação, como se vê, em especial, no caso da concessão do serviço público de eletricidade, tendo em vista o regime jurídico expresso adotado pelo legislador nacional, nesse campo, e a ampla legislação sobre a matéria, a partir do bem elaborado Código de Águas.

Walter T. Álvares, consagrado especialista em direito de eletricidade, em seu autorizadíssimo «Direito de Energia», destacou as duas figuras paralelas nesse quadro (vol. 3, pág. 726), situando-as especificamente nos domínios da eletricidade:

«Na desapropriação, o poder concedente retira a propriedade do seu legítimo Titular, transformando-a em bem público e vincula-a ao serviço público de eletricidade, enquanto na encampação faz voltar ao seu controle direto bens, direites, instalações que pela ficção compreendida na figura da concessão, pertencem ao poder concedente, ainda que tenham sido construídas e estejam sendo operadas pelo concessionário.»

Na mesma ordem de idéias e no plano geral, são os ensinamentos de Osvaldo Aranha Bandeira de Melo (Princípios Gerais do Direito Adm., I/560), Celso Antônio Bandeira de Melo (Prestação de Serviço Público e Administração Indireta, pág. 51), Hely Meireles (Estudos e Pareceres de Direito Público, IX/211/21), Francisco Campos (Direito Adm. II, págs. 63 e segs., e I, págs. 397 e segs.), Odilon Braga (Rev. For., 177/98).

De outro lado, embora se cuide de institutos tecnicamente inconfundíveis, apresentam eles, todavia, pontos de contato, como se vê do respeito ao princípio da justa indenização prévia, estipulado expressamente na Constituição Federal (§ 22 do art. 153) quanto à desapropriação, e proclamado por texto expresso de lei ordinária, ou construção doutrinária, no tocante à encampação.

No caso particular das concessões atinentes ao serviço público de eletricidade, a matéria é objeto de legislação própria, no direito brasileiro, havendo, a esse respeito, disposto o Código de Águas:

«Art. 167. Em qualquer tempo ou em épocas que ficarem determinados no contrato, poderá a União encampar a concessão, quando interesses públicos relevantes o exigirem mediante indenização prévia.

Parágrafo único. A indenização será fixada sobre a base de cálculo do capital que efetivamente se gastou, menos a depreciação e com dedução da amortização já efetuada.»

Tais aspectos foram desenvolvidos em legislação subsequente, como se vê dos Decretos-leis n.ºs 3.128/41, 3.763/41, 4.295/42, 7.062/44 e Decreto 41.019/57.

O Decreto-lei n.º 3.128/41, que cogita do tombamento dos bens das empresas de eletricidade, estabelece que o capital a remunerar, denominado Investimento, será determinado na base do custo histórico, repetindo o critério adotado no art. 166, parágrafo único, do Código de Águas.

Paralelamente prescreve que o custo histórico da propriedade inventariada será verificado mediante exame da contabilidade da empresa e sua documentação, podendo ser determinado por perícia, quando a contabilidade e documentação da concessionária forem omissas, existindo, justa causa para recusar fê e validade às declarações, assentamentos, registros ou comprovantes apresentados (art. 6.º, § 1.º).

Por último, lembre-se que, nos termos do art. 180 do Código citado, as tarifas são fixadas sob a forma de serviço pelo custo, levando-se em conta as despesas operacionais, as reservas para depreciação e a remuneração do capital da empresa, regras renovadas no Decreto Regulamentar n.º 41.019/57 (art. 93).

Como se induz do quadro jurídico ora esboçado, o critério de cálculo da indenização, no caso de encampação de concessionária de energia elétrica, apresenta peculiari-

dades, tendo-se em vista, precipuamente que, através da tarifa, o concessionário cobra do usuário parcelas para a formação de fundos de depreciação, e de restituição do investimento efetivamente aplicado, além de reservas para a conta de resultados a compen-sar, importâncias recebidas do poder público para construção, aquisição e ampliação de propriedades e reembolso pelo estabelecimento de extensões, tudo, aliás, em harmonia com o art. 167 da Constituição Federal vigente.

No caso concreto, com vista à encampação autorizada pelo decreto noticiado, à fl. 6, a Comissão designada pelo Diretor-Geral do DNAEE (fl. 10), em seu relatório estampado às fls. 14/16, acompanhados dos anexos de fls. 17/58, acentuou:

«Esta concessionária teve seu tombamento encerrado em agosto de 1973, sendo seu investimento inicial reconhecido através da Portaria nº 44, de 18-2-74, do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.

Na atual visita constatou-se que o acervo da Prefeitura Municipal de Cedro de São João não sofreu modificações e as aquisições para o setor ativeram-se somente às manutenções necessárias ao funcionamento do sistema (vide carta anexa).

Desta forma o montante de Cr\$ 186.177,15 (cento e oitenta e seis mil, cento e setenta e sete cruzeiros e quinze centavos) representa o valor líquido atribuído aos bens e instalações em função do serviço desta concessionária até 30-6-75, corrigidos com os índices da Portaria nº 001, de 14-1-75, da Secretaria Geral de Planejamento da Presidência da República.

Na elaboração deste trabalho, foram considerados os seguintes valores:

a) o referente ao custo histórico do imobilizado e depreciação, levantados pela comissão de tombamento designada pela Portaria nº 95, de 9-5-73, e encaminhados à ELETROBRÁS pelo DNAEE através do Ofício nº 073, de 2-4-74;

b) os referentes às mutações ocorridas durante os anos de 1973, 1974 e 1975 até junho inclusive, quando existentes, levantados pelos diversos membros que formam a comissão que trata das encampações.

O demonstrativo dos valores por contas é apresentado no corpo deste anexo.»

E mais adiante (fl. 16):

«Desta forma propomos:

1) que seja requerida imediata imissão de posse da cessionária em tela;

2) que se notifique a CHESF, para que a mesma instaure processo na justiça contra a Prefeitura Municipal de Cedro de São João, por não pagamento de seus débitos.»

Do demonstrativo de fl. 25 elaborado pela Comissão extrai-se:

**«PREFEITURA MUNICIPAL DE CEDRO DE SÃO JOÃO
VALORES ACUMULADOS ATÉ 30 DE JUNHO DE 1975**

1. *Históricos*

Investimento	Cr\$ 9.531,00
Depreciação Acumulada	Cr\$ 49.042,72

2. *Corrigidos*

De acordo com os índices fixados pela Portaria nº 01, de 14-1-75, do Ministro da Secretaria de Planejamento da Presidência da República.

Investimento	Cr\$ 313.044,88
Depreciação Acumulada	Cr\$ 126.867,73
Investimento Líquido	Cr\$ 186.177,15»

Consoante se infere do relatório, na parte transcrita, a Comissão respectiva apenas atesta a imprestabilidade da escrituração e comprovantes constantes do arquivo da encampada, mas reconhece positivamente a existência de elementos concludentes quanto ao cálculo da indenização respectiva, a partir do investimento inicial, aprovado pelo órgão competente e depreciações acumuladas (fl. 11).

Hipóteses semelhantes, em situações análogas, já foram apreciadas por este Tribunal, havendo prevalecido o levantamento extrajudicial processado pela Comissão Administrativa, como se vê da AC 50.083 da Egrégia Quarta Turma, relator o Ministro Carlos Mário Velloso (*DJ* de 26-8-82), AC 50.715 da antiga Terceira Turma, Relator o Ministro Lauro Leitão (*DJ* de 27-8-80), AC 48.564, Relator o Ministro Miguel Ferrante (*DJ* de 13-9-84), da Sexta Turma e Embargos na AC 49.076, da Segunda Seção, Relator o Ministro Torreão Braz (*DJ* de 9-4-87).

Registre-se ainda que a avaliação adotada é meramente enunciativa, sem qualquer fundamentação expressa hábil a infirmar o levantamento processado pela Comissão de Tombamento.

A tudo isso acresce que, na fase administrativa, a demandada se absteve de impugnar o trabalho da Comissão de Tombamento, e ainda em Juízo, dispensou laudo do assistente que indicou.

Nesse contexto, se idôneos os dados acolhidos, pela Comissão de Tombamento, atento aos princípios que comandam o cálculo da indenização pertinente à encampação dos serviços de eletricidade, emergentes da legislação específica, com o r. acatamento sempre devido ao preclaro prolator da sentença recorrida, provejo a apelação, para reduzir a indenização correspondente a Cz\$ 186,17.

Sem juros compensatórios, de mora e honorários de advogado, por não haver diferença entre a oferta depontada e o arbitramento.

Encargos de perícia, observada a sentença, correção monetária a partir do laudo administrativo até fevereiro de 1986 (Decreto-lei nº 2.283/66).

Dou provimento ao recurso voluntário nos termos enunciados.

EXTRATO DA MINUTA

AC 49.556 — SE — (Reg. nº 3.087.263) — Rel.: Ministro Sebastião Reis. Apte.: Centrais Elétricas Brasileiras S/A — ELETROBRÁS. Apda.: Prefeitura Municipal de Cedro de São João. Advs.: Drs. Marialda Gonçalves Menezes Batista, Moacyr Soares da Motta e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 27-4-87 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 53.511 — MG
(Registro nº 3.363.252)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Minas Investimento S.A. Empreendimentos e Participações ADMINAS*

Advogado: *Dr. Wagner Nunes de Castro (apda.)*

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Lucros distribuídos sob a forma de ações bonificadas.

I — No regime do Decreto-Lei nº 5.844, o seu art. 43, § 2º, «c», ao excluir do lucro real os lucros e dividendos tributados nas sociedades que os distribuíram, compreendia, também, os lucros distribuídos sob a forma de ações bonificadas. No caso, as ações bonificadas tiveram origem em reservas isentas e reservas livres tributadas na origem. Daí ser incabível a tributação.

II — *Apelação não conhecida. Sentença confirmada.*

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação e, reexaminando a sentença sob o aspecto do duplo grau obrigatório, confirmá-la, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de março de 1987 (data do julgamento).

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Minas Investimentos S.A. — Empreendimentos e Administração-ADMINAS propôs ação ordinária de repetição de indébito contra a União Federal, visando à devolução de importância recolhida indevidamente a título de imposto de renda, PIS, multa, juros de mora e correção monetária, referente ao exercício se 1973, ano-base de 1972.

O Dr. Newton Miranda de Oliveira, MM. Juiz Federal em Minas Gerais, ao fundamento, em suma, de que ficou demonstrado pela perícia que a autora tem escrita regularíssima, nada tendo escondido à fiscalização, e sua declaração ter sido feita em obediência à lei, julgou procedente a ação para determinar a restituição do indébito, corrigido monetariamente e com juros legais cabíveis, tudo em conformidade com a lei e a jurisprudência aplicáveis à espécie, e, em decorrência, condenou a ré no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 15% do valor que se apurar em liquidação de sentença e recorreu de ofício a esta Corte.

Apelou a União Federal (fls. 111v). Alega, em síntese, que a distribuição das ações bonificadas implica em distribuição de lucro real e tributável.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 116-117), subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo seu provimento (fls. 124-125).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Lucros distribuídos sob a forma de ações bonificadas.

I — No regime do Decreto-Lei nº 5.844, o seu art. 43, § 2º, e, ao excluir do lucro real os lucros e dividendos tributados nas sociedades que os distribuíram, compreendia, também, os lucros distribuídos sob a forma de ações bonificadas. No caso, as ações bonificadas tiveram origem em reservas isentas e reservas livres tributadas na origem. Daí ser incabível a tributação.

II — Apelação não conhecida. Sentença confirmada.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Não conheço da apelação, por ser intempestiva, segundo assinalou o despacho de fls. 115.

Todavia, estando a sentença sujeita ao duplo grau obrigatório, passo a reexaminá-la.

Ao decidir a causa, argumentou o MM. Juiz Federal *a quo* (fls. 93-107):

«A presente ação, que Minas Investimentos S.A. Empreendimentos e Administração-ADMINAS — sediada à Rua dos Carijós nº 127, nesta Capital, devidamente qualificada e representada na inicial, propôs contra a União Federal — que se rotula de repetição de indébito — tem seu fulcro em disposição legal, encontrada no CTN — artigos 165/169.

Foi proposta aos fundamentos contidos na inicial, e que assim podem ser resumidos:

«Dentro do prazo estabelecido em lei, a suplicante apresentou a sua declaração de rendimentos do exercício de 1973 ano base 1972, com um prejuízo fiscal de Cr\$ 109.271,77 (cento e nove mil, duzentos e setenta e um cruzeiros e setenta e sete centavos).

Em janeiro de 1974, constatando haver cometido enganos no preenchimento de alguns itens do formulário, pediu espontaneamente a retificação da declaração entregue (doc. nº 2), objetivando corrigir:

a) — data do exercício financeiro, mencionada indevidamente como 1972, quando o certo é 1973;

b) — a inclusão do «excedente de rendimentos recebidos de terceiros» (absorção de 10%) de Cr\$ 59.540,35, ao invés de Cr\$ 535.863,17, como fora incluído indevidamente na declaração inicial (Decreto 58.400/66, artigo 246, § 1º);

c) — a exclusão da quantia de Cr\$ 595.403,52, corresponde aos lucros recebidos de outras pessoas jurídicas (dividendos em dinheiro);

d) — o excesso de retiradas de Cr\$ 10.170,00 para Cr\$ 176.885,00.

Em consequência da retificação desses valores o seu prejuízo fiscal, que era de Cr\$ 109.271,77, passou a ser de Cr\$ 1.014.283,18 (hum milhão, quatorze mil, duzentos e oitenta e três cruzeiros e dezoito centavos). Acontece que, ao examinar o pedido de retificação feito espontaneamente pela suplicante, a Delegacia da Receita Federal de Belo Horizonte entendeu de glosar as seguintes verbas «excluídas do lucro real, no quadro de nº 17:

item 23 — lucros recebidos de outras pessoas jurídicas — bonificações Cr\$ 887.837,00 *item 24* — arts. 7º e 9º — DL 157 e DL 238 Cr\$ 856.712,90. Por isto, a fiscalização encontrou, ao invés do prejuízo fiscal declarado de Cr\$ 1.014.283,18, um lucro tributável de Cr\$ 99.028,65 (noventa e nove mil, vinte e oito cruzeiros e sessenta e cinco centavos), sobre o qual calculou o imposto de 30%, determinando o seu recolhimento, juntamente com a quota do PIS/IR, de acordo com a intimação RC-34, de 15-01-1975 e da minuta de cálculos que a acompanhou (doc. número 3). As parcelas glosadas — São as seguintes as parcelas glosadas pela fiscalização quando do exame do pedido de retificação que lhe foi apresentado pela suplicante: a) — valor correspondente às ações recebidas em bonificação, resultante da incorporação de reservas ao capital social de empresas das quais era acionista; b) — distribuição de dividendos aos seus acionistas no balanço encerrado em 31-02-72, dentro do limite de 6% do valor nominal de suas próprias ações, devidamente amparada, segundo entendimento da época, pelo artigo 9º do Decreto-Lei nº 157/67, Defesa *administrativa* — Discordando do critério usado pela fiscalização, a suplicante entrou com defesa administrativa dirigida ao Sr. Delegado da Receita Federal, pedindo a anulação da glosa e a manutenção do prejuízo fiscal apresentado após a retificação solicitada. Todavia, a autoridade singular manteve o lançamento oriundo da glosa e, em sua decisão, argumentou que: — as bonificações em ações novas excluídas totalmente do lucro real não estão sujeitas às normas do § 1º do artigo 246 do Decreto — «Decreto 58.400/66, conforme dispõe o Parecer Normativo CST nº 163, de 11-9-74; — o Decreto-Lei nº 1.214, de 26-04-1972, ao revogar o artigo 9º do DL 157/67, não mais permitiu a exclusão do lucro real dos dividendos pagos pela sociedade anônima de capital aberto, a partir do exercício de 1973. Contra essa decisão, a suplicante interpôs recurso ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que, no entanto, por meio do Acórdão nº 1-4-1345, de 22-06-1976, sem apreciar convenientemente a matéria que lhe foi submetida, negou provimento ao recurso (doc. nº 4). *Recolhimento do débito exigido.* Em 16-8-76, a Delegacia da Receita Federal, cumprindo a decisão consubstanciada no Acórdão nº 1-4-1345/76, intimou a suplicante a recolher o débito apurado pela fiscalização, com os acréscimos legais, conforme RR 476 (doc. nº 5), no prazo de 30 dias. Com base nos cálcu-

los efetuados pela própria DRF-Belo Horizonte, foi recolhida, em 16-9-76, a importância notificada, acrescida de juros, multa e correção monetária, a saber:

Imposto	Cr\$ 28.223,00
Multa e juros	Cr\$ 18.953,40
Correção monetária.....	Cr\$ 21.449,00
Subtotal.....	Cr\$ 68.625,40
PIS/IR.....	Cr\$ 1.485,00
Multa e juros	Cr\$ 1.039,50
Correção monetária.....	Cr\$ 1.901,54

Total Cr\$ 73.051,44

Esgotada a esfera administrativa para a discussão do assunto, restou à suplicante efetuar o recolhimento do débito, para evitar a sua majoração com a incidência da correção monetária e dos juros de mora, vindo agora submeter a questão à livre apreciação do Poder Judiciário, onde a matéria de direito poderá ser amplamente examinada à luz da doutrina, da jurisprudência e das leis aplicáveis à espécie.

Fundamentou seu pedido, nas disposições dos artigos 245 e 246 e seu § 1º, do RIR *de então*, Decreto nº 58.400/66, *verbis*:

«*Os fundamentos legais.* No exercício de 1973, estava em vigor o Regulamento do Imposto de Renda baixado com o Decreto nº 58.400, de 10-05-1976, que dispunha sobre os lucros recebidos de outras pessoas jurídicas, o seguinte:

«Art. 245 — Serão excluídos do lucro real, para os efeitos de tributação:

c) os lucros e dividendos sujeitos à tributação em poder de firmas ou sociedades que os distribuíram, observado o disposto no artigo 246 (Decreto-Lei nº 5.844, artigo 43, § 2º, «c», e Lei nº 3.470, artigo 70)».

Artigo 246 — Para os efeitos previstos na letra «c» do artigo anterior, quando as pessoas jurídicas distribuírem rendimentos já tributados como lucros de outras pessoas jurídicas, deverão fazê-lo separadamente dos que apurarem nas suas próprias atividades, ficando aqueles rendimentos imunes à incidência de novo imposto, em poder de outras pessoas jurídicas que os recebem em virtude de novas distribuições.

§ 1º) Os rendimentos a que se refere este artigo, percebidos de outra pessoa jurídica, não poderão ser absorvidos em mais de 10% (dez por cento) do seu valor pelas deduções do lucro na pessoa jurídica que os receber, não computados nessas deduções os tributos de qualquer natureza, ficando o excesso a esse limite sujeito à tributação como lucro».

Esclarece que a fiscalização admitiu a exclusão dos dividendos percebidos de outras pessoas jurídicas, no montante de Cr\$ 595.403,52 com a inclusão de 10% de seu valor no quadro próprio, com respeito à legislação vigente (arts. 245, letra c, e 246, § 1º — do RIR).

Afirma, todavia, que não procedeu a administração fazendária, com relação às ações bonificadas por empresas das quais a suplicante é acionista e delas recebidas (item 14), laborando em evidente equívoco, «ao excluir da regra do art. 245, «c», com a limitação prevista no artigo 246, do Decreto 58.400/66, os lucros representados por ações bonificadas, o que se propôs provar».

Ainda na inicial, discorre sobre o conceito de lucro na Lei e na doutrina, para concluir que falta razão à ré no procedimento contra si concretizado, afirmando que só o entendimento legal, artigos 153 a 155, do RIR — aludido poderia ser o adotado, não comportando este a interpretação que lhe deu a ré, fazendo até retroagir norma legal, em seu prejuízo (itens 16/17).

Categoricamente faz sentir que «tanto na lei quanto na doutrina, não existe qualquer norma ou interpretação de que as receitas configuradas por ações recebidas em bonificação não sejam consideradas «lucro» para os fins a que se refere o artigo 245, «c», do Regulamento do Imposto de Renda» (item 19).

Por isso, busca, em decisões da própria administração fazendária, consubstanciadas nos Pareceres Normativos CST n.ºs 245/71 e 373/70, o respaldo à sua tese (itens 20/22, fl. 7).

Justifica seu procedimento administrativo que pleiteia ver convalidado por decisão judicial, da seguinte forma: «a exclusão da parcela de Cr\$ 887.837,00, levada a efeito pela suplicante na declaração de rendimentos do exercício de 1973, ano-base 1972, a título de «ações bonificadas», está muito bem amparada na lei, de acordo com a interpretação expressa da própria autoridade fiscal, vigerantes à época» (fl. 7).

No item 24 da peça vestibular, transcreve magnífica lição do eminente Professor Bulhões Pedreira, sobre a espécie: «No regime do DL 5.844, o seu art. 43, § 2º, «c», ao excluir do lucro real os lucros e dividendos tributados nas sociedades que os distribuíram, compreendiam também os «lucros distribuídos sob a forma de ações ou quotas bonificadas. Os RIR de 1965 e 1966 não reproduziram o texto da Lei n.º 4.154, e sim o DL 5.844. Para o RIR-66 por conseguinte, toda e qualquer ação ou quota bonificada pela pessoa jurídica está excluída do lucro real, tal como entendia a jurisprudência administrativa na aplicação do DL 5.844».

Impugna, a seguir, os fundamentos de decisão administrativa em 1ª e segunda instâncias, *in casu*, calcada, a 1ª no Parecer Normativo CST n.º 163, de 11-09-74, posterior à época do evento, e a segunda em errônea interpretação do dispositivo legal, assim explicando:

«A autoridade julgadora de primeira instância administrativa fundamentou a sua decisão no Parecer Normativo acima mencionado. Acontece que esse Parecer Normativo é de data posterior ao exercício correspondente ao da notificação. Ainda que não o fosse, o entendimento ali manifestado não deve prevalecer, porque baseado em errônea interpretação da lei. Com efeito, como se infere de seu texto, entendeu a Coordenação do Sistema de Tributação que os lucros ou dividendos excludíveis do lucro real são apenas aqueles «decorrentes de participação da beneficiária no capital da sociedade», concluindo por não considerar, nessa condição, as ações ou quotas resultantes da capitalização de reservas ou lucros em suspenso. Ora, as ações e quotas bonificadas também resultam, obviamente, de participação da beneficiária no capital da sociedade pagadora, donde se conclui que, pela interpretação manifestada no PN 163/74, a autoridade administrativa extravasou os limites definidos no art. 245, «c», do Decreto 58.440/66. *O Acórdão n.º 1-4-1345.*

A Egrégia 4ª Câmara do Colendo 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda não examinou adequadamente a matéria submetida à sua douda apreciação. Com efeito, o Acórdão n.º 1-4-1345, de 22 de junho de 1976, além de lacônico, demonstra que o seu prolator confundiu os regimes de tributação previstos no Regulamento do Imposto de

Renda, ao restringir, ao regime de fonte, a aplicação da norma constante do artigo 245, «c». Assim diz o Acórdão (doc. n.º 6): «A pessoa jurídica beneficiária já dispõe do favor legal da isenção do imposto de renda sobre ações novas distribuídas por outras pessoas jurídicas»(?). «A regra do artigo 245, § 1.º, do prefalado Decreto n.º 58.400/66 foi clara quando autorizou a absorção pelas deduções do lucro, quanto ao valor de rendimentos recebidos de outras pessoas jurídicas, mas já tributados em poder dessas empresas. Tornou bem claro, com essa ressalva, que somente rendimentos já anteriormente onerados sejam utilizados, e com aquela limitação, nas deduções do lucro da pessoa jurídica beneficiária. Nessa hipótese se acham os dividendos, que já sofreram a taxa-ção na fonte».

Reafirma então:

«— A norma do artigo 246 diz respeito aos lucros e dividendos sujeitos à tributação em poder de firmas ou sociedades que os distribuíram e não apenas aos «dividendos» sujeitos à tributação no regime de fonte, como consta do Acórdão, que mal-interpretou o assunto. De acordo, pois, com o artigo 245, «c», do RIR, ao qual faz remissão o artigo 246, são excluídos do lucro real os lucros e dividendos sujeitos à tributação em poder da empresa que os tenha distribuído. Esse dispositivo abrange as ações recebidas em bonificação pela suplicante, porque resultam de lucros sujeitos à tributação em poder das firmas das quais ela é acionista.

Demonstra a seguir o seu entendimento sobre o prejuízo fiscal que teve no ano-base 1971/1972 (itens 30 a 32) para concluir:

«Por todo o exposto, a tributação do valor de Cr\$ 99.028,65 (noventa e nove mil, vinte e oito cruzeiros e sessenta e cinco centavos), resultante de glosa da parcela excluída do lucro real a título de ações recebidas em bonificação é ilegal e não poderá prevalecer, uma vez que:

- a) o artigo 245 do RIR manda excluir do lucro real os lucros e dividendos recebidos de outras pessoas jurídicas, desde que sujeitos à tributação em poder das empresas que os distribuem;
- b) as ações bonificadas integram os «lucros» de que trata o artigo 245, segundo o conceito legal e doutrinário vigentes;
- c) esse entendimento está confirmado pelos Pareceres Normativos CST números 245/61 e 373/70 e vigorava tranqüilamente no exercício da declaração de rendimentos objeto desta ação (1973);
- d) o parecer Normativo CST n.º 163/74, em que se baseou o Sr. Delegado da Receita Federal para justificar a glosa, além de ter sido emitido em data posterior ao exercício da declaração «sub judice», não deve prevalecer, nem para futuro, porque se fundamenta em errônea interpretação da lei de regência do assunto».

A União Federal, de sua parte, ao contestar a ação, (fls. 34/39), não o fez com suficiente clareza, chegando mesmo a contradizer-se nos itens 3.2.6 e 3.2.7.

Em primeiro lugar, impugna o procedimento escolhido, por entendê-lo impróprio ao fim colimado, já que a via a eleger seria a da ação anulatória de débito fiscal, entendimento rechaçado à fl. 50, com inteira juridicidade, pelo que desconheço da preliminar levantada pela União, já que correta a via escolhida, nos moldes preconizados no artigo 165, do CTN.

Realmente, a autora não pagou espontaneamente mas sim diante de uma intimação da ré, para pagar sob pena das sanções próprias e quanto ao PIS, o recolhimento se deu em razão da mesma decisão e, bem assim, como receitas federais (docs. de fls. 21/24). Desacolho, pelo visto, as preliminares.

No mérito, a delimitação de controvérsia, como posta na contestação (fl. 35), está dentro dos termos da inicial (item 3.1.1.).

Com relação à segunda glosa (letra b), no item 3.1.2. — fl. 35, a União Federal defende-se, apenas, com os ditames do Dec.-Lei nº 1.214, de 26-04-72, que revogou o art. 9º, do DL 157/67, e, dessa forma, não mais permitiu a exclusão do lucro real dos dividendos pagos pela sociedade anônima de capital aberto, a partir do exercício de 1973. É o que aduz.

Aceita a União Federal como restrita a controvérsia em se saber se as ações em bonificação recebidas pela autora podem ou não ser abatidas do seu lucro real, nos termos do art. 245, c, do Decreto nº 58.400/66» (item 3.1.3) (fl. 36).

Traça, em seguida, os contornos de sua tese. Segundo entende, «as ações em bonificação, ações filhas ou «filhotes» recebidas pela autora *não podem ser abatidas do seu lucro real*, nos termos do art. 245, c, do Decreto 58.400/66. E não podem justamente porque fazem parte integrante desse lucro real», (item 3.2.1.). E continua: «observe-se bem a *redação* do referido artigo 245 e sua letra c do Decreto nº 58.400/66: Art. 245 — Serão excluídos do lucro real, para os efeitos de tributação

c) os lucros e dividendos sujeitos à tributação em poder de firmas ou sociedades que os distribuíram...»

Nega o entendimento da autora, no que tange aos Pareceres Normativos 163, de 11-09-1974, e 245/71, bem assim do de nº 373/70, dizendo-os versarem hipóteses diferentes, para coadjuvar o entendimento fazendário, consoante os termos do Parecer 163/74, aludido: «No caso dos autos, que é o mesmo da hipótese do Parecer Normativo 163, de 11-09-1974, as ações filhas resultam *não* de correção monetária do ativo imobilizado, mas *sim* de incorporação de reservas ao capital social da empresa distribuidora».

Afirma ainda:

«— Quando ela recebeu as ações em bonificação, decorrentes da incorporação de reservas ao capital das sociedades das quais era acionista, a autora adquiriu a disponibilidade econômica e jurídica das ações bonificadas, que nada mais são que a renda ou o provento do seu investimento na empresa distribuidora. Em outras palavras, recebeu o lucro de seu investimento. Esse lucro, real, palpável e concreto, «não é» um pseudolucro, a ser «abatido do lucro real nos termos do citado artigo 245 — Ninguém contesta, pois, que a bonificação em ações decorrentes de aumento de capital em virtude de incorporação de reservas constitui distribuição de lucros e é tributável. É, sim, distribuição de lucros. E é tributável. O que se contesta é que tal operação seja lucro «meramente aparente», «fictício» ou «já tributado», para efeito de ser abatido no lucro real de beneficiário das ações filhas, nos termos do art. 245, c, do Decreto nº 58.400/66. A distribuição das ações bonificadas é uma forma de distribuição de lucros e tributável.

No desenvolvimento processual, vem a impugnação da autora que refuta, com inteira razão, os argumentos da contestação, demonstrando a inconsistência das preliminares levantadas pela ré e, além disso, em reprise aos termos da inicial, enfoca-os com propriedade, para destruí-los às inteiras.

Assim é que, calçada no próprio pronunciamento da ré, ratifica: «Acontece que também os dividendos fazem parte do lucro real do acionista beneficiário. A prevalecer a interpretação da ré, a norma do artigo 245 do RIR seria letra morta da lei, porque não se aplicaria aos lucros nem aos dividendos percebidos, porquanto eles fazem parte integrante do lucro real.

Às fls. 37, 3.2.2., apreciando a aplicação do disposto no artigo 245 e em sua letra «c», a ré acrescenta: «vale dizer, serão excluídos do lucro real, para efeitos de tributação, os lucros já tributados. O que o dispositivo visa é evitar a bitributação, o «bis in idem».

E acrescenta: «É perfeitamente válido tal ponto de vista e nele está baseada a petição inicial. Excluíveis do lucro real, de acordo com o art. 245, são os lucros e dividendos sujeitos à tributação em poder de firmas ou sociedades que os distribuíram, incluído nesse acervo o valor das ações bonificadas» (fl. 51).

Vai além: «As reservas incorporadas nas outras empresas, de que resultaram as ações recebidas em bonificação, estavam sujeitas à tributação em poder das sociedades que as distribuíram. Como se sabe, excetuadas as reservas expressamente isentas do imposto de renda, todas as demais se oferecem à tributação na pessoa jurídica. A fl. 38, a ré admite que as ações resultantes da correção monetária do ativo imobilizado podem ser excluídas do lucro real. As demais ações bonificadas, porém, mereceriam tratamento oposto, porque decorrem «de uma transferência do patrimônio da sociedade para o patrimônio de seus acionistas.

Afirmando que a legislação do Imposto de Renda adota o regime de tributação dos lucros (arts. 153 a 155), aduz que «a transferência de patrimônio e até mesmo a de capital não se sujeita ao imposto, porque são espécies não contempladas na lei.

E repete: «que são reservas incorporadas às ações bonificadas que surgiram em função das seguintes reservas incorporadas o capital das empresas que as distribuíram: *Minas Investimentos-Financeira*.

Lucros suspensos	Cr\$ 329.879,83
Correção monetária do ativo	Cr\$ 200.120,17
Capital de giro próprio	Cr\$ 910.000,00
<i>Vitória Minas S.A. Crédito Imobiliário</i>	
Fundo para aumento de Capital	Cr\$ 121.611,99
Correção monetária do capital	Cr\$ 886.338,01
<i>Minas Investimentos-Corretora</i>	
Lucros suspensos	Cr\$ 88.500,00
Fundo para Aumento de Capital	Cr\$ 109.500,00

As reservas de correção monetária do ativo, do capital e do capital de giro próprio resultam, todas, de mero lançamento contábil e cujas ações delas originadas não configuram, por isto, lucro tributável, segundo o conceito expandido pela própria ré em sua contestação à fl. 38. Quanto às demais reservas, por estarem sujeitas à tributação em poder das empresas que as incorporaram ao capital, não devem, igualmente, ensejar o pagamento de novo imposto pela Autora, na qualidade de beneficiária das ações bonificadas oriundas da capitalização (art. 245)».

O problema, pois, ficou adstrito à comprovação de que as parcelas de lucros ou dividendos, recebidas de outras empresas já teriam sofrido ali tributação, a fim de não ocorrer o *bis in idem*.

Ficaria, então, circunscrita a tese, ao entendimento de que as «ações bonificadas, recebidas de outras empresas, estariam incluídas entre as parcelas dedutíveis do lucro real, por isentas do imposto de renda, na forma do artigo 245, «c», de seu Regulamento, o Decreto nº 58.400/66.

Realizada a *perícia esta comum à Autora e à Ré*, resultou provado que: a importância de Cr\$ 887.837,00, recebida pela autora a título de ações bonificadas, durante o exercício de 1972, foi incorporada ao capital social, conforme atas de fls. 77/84; desse valor, Cr\$ 649.491,82 fora tributado nessa oportunidade (fl. 72), quesito 3º.

Diz lá (fl. 72) quanto ao quesito IV: «As demais reservas relacionadas não foram objeto de tributação. A Reserva para Manutenção do Capital de Giro Próprio é constituída em balanço, porém é dedutível do Lucro Tributável. A Reserva decorrente da Correção Monetária do Ativo Imobilizado é constituída fora do Balanço, isto é, durante o exercício social e também é igualmente isenta da tributação».

Pelas respostas aos quesitos de números 6 e 7 da ré (fl. 75) — infere-se que as reservas incorporadas pelas sociedades que passaram a constituir a autora, não provinham por sua própria natureza (quesito 7) de reservas tributáveis e que a única parcela tributável, de Cr\$ 649.491,82 (reservas livres), foi tributada na fonte que a distribuiu (para a incorporação), conforme resposta ao quesito III da autora (fls. 71/72).

Entendível, por si mesmo, que, no deslinde da ação, quanto às teses postas, em nada influi a resposta ao quesito 8º, da ré, já que havendo incorporação de Capital, com ações bonificadas, nas condições em que foram as da autora, são as parcelas correspondentes ou isentas de tributação do imposto de renda ou foram tributadas nas épocas próprias.

Ficou demonstrado, pela perícia, que a autora tem escrita regularíssima e que nada foi escondido à fiscalização, que seu entendimento está correto e que sua declaração foi feita em obediência à lei (art. 245, «c», do RIR), conformando-se ao exposto às fls. 87/88, em comentário à perícia, de sua autoria.

Por isso que julgando o processo na fase prevista no artigo 330, I, do CPC — temos por bem instruído o processo, desnecessária A.I.J. — já que suficiente a prova, aquiescentes as partes (fl. 89v).

Pelo memorial de fls. 90/1, em sucinta análise, a autora traz seu pronunciamento último — pela aceitação de sua tese e a ré silencia.

Isto posto e por tudo o que mais se extrai dos autos, tendo porque própria ao fim perseguido, despicienda a bem-lançada e inteligente defesa da ré, fruto mais que elogiável da argúcia e inteligência privilegiadas de seu douto Procurador.

Em conseqüência, fica determinada a restituição do indevidamente pago pela autora, corrigido monetariamente e com os juros legais cabíveis, tudo em conformidade à lei e jurisprudência aplicáveis à espécie, condenada nos honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor que se liquidar, em execução de sentença».

A transcrita decisão afigura-se-me correta. O argumento, deduzido no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, no sentido de que «a distribuição das ações bonificadas foi uma distribuição de lucro real e tributável», não merece acolhida. Com efeito, segundo se verifica no laudo pericial (fls. 75-76), as ações bonificadas resultaram da incorporação de reservas isentas do imposto de renda, isto é, «correção monetária

do ativo imobilizado» e «reserva de manutenção do capital de giro próprio», no total de Cr\$ 545.678,00, mais reservas livres, tributadas na origem, no valor de Cr\$ 342.159,00, perfazendo o montante discutido de Cr\$ 887.837,00.

Isto posto, em conclusão, não conheço da apelação e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC Nº 53.511 — MG — (Reg. 3.363.252) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara. Apelante: União Federal. Apelada: Minas Investimentos S.A. Empreendimentos e Participações ADMINAS. Advogado: Dr. Wagner Nunes de Castro (apda).

Decisão: A turma, por unanimidade, não conheceu da apelação, e reexaminando a sentença sob o aspecto do duplo grau obrigatório, confirmou-a. (Em 25.03.87 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.860 — RS
(Registro nº 3.088.634)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*

Apelante: *Elizabeth Chalupp Soares*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Cláudio Antenor Schuch e outros, João Francisco Rogowski*

EMENTA: Constitucional. Administrativo, Civil e Processual Civil — Responsabilidade Civil — Prepostos de Pessoas Jurídicas de Direito Público (Constituição, art. 107; Código Civil, art. 15) — Indenização por ato ilícito — Homicídio (Código Civil, arts. 159 e 1.537) — Prestações de alimentos — Imprescritibilidade.

1) Os direitos decorrentes de pensão alimentar são imprescritíveis, porquanto ligados à vida humana, não sendo rígida, nem absoluta, a disposição constante do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Ademais, incorreu inércia da autora, que ingressou na via administrativa; o retardamento das decisões administrativas deve ser julgado em desfavor de quem retarda a solução e nunca de quem sofre o retardamento. E a existência de filho menor do falecido também afasta a prescrição (Código Civil, art. 169, I).

2) Apelo provido, para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem, para que, afastada a prescrição, tenha o processo normal seguimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1986 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Trata-se de apelação interposta por Elizabeth Chalupp Soares contra o r. saneador de fls. 254/258, prolatado pelo MM. Juiz Federal Dr. Mário Mesquita Magalhães que, acolhendo a prescri-

ção argüida pela ré, julgou extinta, nos termos dos arts. 329 c.c. o 267, inciso V, e 269, item IV, do CPC, ação ordinária ajuizada contra a União Federal e seus agentes, discriminados na peça vestibular, responsabilizando-os pela morte de seu marido, o ex-Sargento do Exército Manoel Raimundo Soares, cujo corpo, segundo descreve, foi encontrado boiando no Rio Guaíba, em 24-8-86, com as mãos amarradas, em consequência do que pleiteia indenização sob a forma de pensão e outros valores.

A apelante apresentou as razões de fls. 261/265, sustentando inoquer a alegada prescrição, em virtude de possuir um filho menor e a ação ser dirigida, também, contra herdeiros de um dos réus, encontrando-se menores entre estes. Aduz que a indenização de que tratam os arts. 159 e 1.553, do Código Civil, convertida em pensão é um direito alimentar, não se podendo invocar a prescrição (fls. 260/265).

A União refuta as argumentações da apelante, pugnando pelo improvimento do recurso (fls. 273/276).

Transcorrido o prazo sem manifestação dos outros apelados (fl. 277), subiram os autos.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. Emmanuel Franco, aprovado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, hoje integrante deste Tribunal, opinou pelo improvimento do recurso (fl. 279).

Posteriormente, foi juntado o parecer de fls. 282/285, no qual a Subprocuradoria opina no sentido de julgamento do mérito no estado do processo, de acordo com o § 1º do art. 515 do CPC, ou a baixa dos autos em diligência para «completar a instrução truncada pela respeitável decisão de fls. 254/58».

À fl. 296 a apelante requereu a juntada de documentos e, com base no art. 399 do CPC, a requisição de peças do processo criminal sobre a morte do *de cujus*, remetido ao Egrégio Superior Tribunal Militar, o que foi deferido (fls. 296/308).

As peças encaminhadas pelo STM encontram-se às fls. 310/381, sobre as quais se pronunciou apenas a União Federal, no sentido de que em nada afrontam a decisão recorrida (fl. 383).

Encontram-se em apenso aos presentes autos duas ações outras, ajuizadas pela ora apelante, no mesmo sentido, em 29.11.72 e 24.04.73.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inc. IX, do RI.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): No presente estágio, o feito, apesar de volumoso, apresenta-se simples, porquanto limitada a questão à prescrição, alegada na contestação e acolhida no despacho saneador, que extinguiu o processo, nos termos do art. 329, combinado com os artigos 267, inciso V, e 269, item IV, todos do Código de Processo Civil (fl. 258).

De salientar, inicialmente, a contradição da sentença, em que se converteu o saneador, ao extinguir o processo, *sem* julgamento do mérito, ante o invocado art. 267, inc. V, e *com* julgamento do mérito, em decorrência do art. 269, item IV, que também invocou. Sentença em tais condições é, flagrantemente, nula (CPC, arts. 458, II e 461), pois os fundamentos não podem ser reciprocamente excludentes, ou contraditórios, e a sentença deve ser certa.

Mas não se deve pronunciar nulidade, se a decisão favorece a parte a quem aproveitaria.

No caso dos autos, como disse inicialmente, toda a questão se vincula à indagação da existência, ou não, de prescrição.

Tenho que inoquer a incidência de prescrição, na espécie dos autos; ou, quando muito, seria ela parcial e não total.

Com efeito, a ação foi proposta, segundo reza a inicial, com fundamento no art. 107, da Constituição, combinado com os arts. 15 e 159, do Código Civil, requerendo-se a citação da União Federal, objetivando a condenação, decorrente da morte do marido da autora, dos danos ocasionados, que «deverão ser convertidos em forma de pensão, correspondente ao valor dos proventos integrais do posto de um Primeiro-Tenente do Exército, com todas as vantagens incorporáveis, até enquanto a suplicante e seus filhos viverem, independentemente de outras cominações legais», como funerais, luto de família, despesas de viagem, etc. (fls. 2/9).

Ora, dispõem o art. 1.537 e seus incisos, do Código Civil, que a indenização, no caso de homicídio, consiste «no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família» (inciso I) e «na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia» (item II).

Assim, ainda que se possa, eventualmente, admitir a prescribibilidade das parcelas enunciadas no item I, do art. 1.537, sob comentário, impossível deixar de reconhecer, porque proclamado pela lei, o caráter alimentar das prestações, a serem pagas àqueles a quem o defunto as devia. De notar que a Súmula nº 490, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, tem como referência legislativa, entre outros, os arts. 1.537, II e 1.539, do Código Civil.

Ora, os direitos decorrentes de pensão alimentar são imprescritíveis, porquanto ligados à vida humana.

É o que ensinam, dentre outros, Caio Mario da Silva Pereira («Instituições de Direito Civil», vol. I, pág. 594, For., 5ª ed.) e Cretella Jr. Leciona este último:

«Não é assim tão absoluta e rígida a regra, ainda em vigor, do Dec. 20.910/32, art. 1º, ao preceituar que «*todo* e qualquer direito ou ação, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos». De maneira alguma. Existem direitos e ações contra a Fazenda Pública que *nunca* prescrevem. São direitos imprescritíveis, embora *pessoais*. São direitos subjetivos públicos, que, por sua natureza intrínseca, ficam imunes à prescribibilidade, quer pelo caráter alimentar, quer pela índole previdenciária de que se revestem». («Prescrição contra a Fazenda Pública», Revista de Direito Público nº 72, out./ dez. 84, pág. 25).

A prescrição de pensão alimentar, se acaso devida, não incide jamais sobre o fundo do direito, mas sobre as prestações atingidas pelo quinquênio, já que se cuida de prestações de trato sucessivo.

Ademais, merece salientado que inoqueru inércia da autora, pois ingressou ela na via administrativa, pleiteando a pensão militar e o retardamento das decisões administrativas deve ser julgado em desfavor de quem retarda a solução e nunca de quem sofre o retardamento.

Vale, ainda, salientar, que se menciona a existência de menores, filho ou filhos do falecido, contra os quais, de qualquer modo, não correria a prescrição, a teor do disposto no art. 169, I, c.c. o art. 5º, do Código Civil.

A ação foi proposta com base no art. 107, da Constituição, que versa sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público. Pediu-se a citação da União. Esta, entretanto, segundo o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, pondera que a r. decisão recorrida trancou a instrução processual, pois deveria chamar-se a integrar a relação processual passiva o Estado do Rio Grande do Sul.

Por todo o exposto, dou provimento à apelação, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que, afastada a prescrição, tenha o

processo normal seguimento, promovendo a União, se o desejar, o chamamento à lide do Estado do Rio Grande do Sul e realizando-se a instrução até final, quando se julgará a causa, como for de Direito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 59.860 — RS (Reg. nº 3.088.634) — Relator: Ministro Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Osvaldo Flávio Degrazia. Apte.: Elizabeth Chalupp Soares. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Cláudio Antenor Schuch e outros e João Francisco Rogowski.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, deu provimento à apelação, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de origem a fim de que, afastada a prescrição, tenha o processo normal seguimento, tudo nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 16.12.86).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.813 — MG
(Registro nº 3.112.012)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Remetente: *Juiz Federal da 5ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelados: *Gerbel Firmino Costa e sua mulher e José Slaibi*

Advogados: *Drs. Luiz Fernando da Silveira Gomes e outros (1º apdo.) e Walter Vianna (2º apdo.)*

EMENTA: Embargos de terceiro. Penhora. Promessa de compra e venda. Registro.

I — É válida a penhora de imóvel, objeto de promessa de compra e venda, se esta não estiver registrada anteriormente àquele ato de constrição judicial. Precedentes do STF.

II — Agravo retido não conhecido. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de março de 1987 (data do julgamento).

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Leio na sentença (fls. 38/39):

«Gerbel Firmino Costa e José Slaibi, ambos qualificados nas peças vestibulares dos Processos nºs 578.78. E 558.E, respectivamente, requerem os presentes embargos de terceiro, nos autos da execução fiscal que a Fazenda Nacional move à Companhia Edificadora Sobrado (Processo nº 3.491.76.E).

Pretendem os embargantes excluir da penhora realizada os imóveis de que são proprietários, consoante documentação que oferecem. O primeiro embargante — Gerbel Firmino Costa — é proprietário da loja 3232 e sua respectiva fração ideal, havendo adquirido esta última da Cia. Edificadora Sobrado, com contratação com a EPLAN — Empreendimentos e Planejamentos Ltda. para a construção do box.

O mesmo sucede com o segundo embargante — José Slaibi — que é proprietário das lojas 2147 e 2228, apenas não possuindo as respectivas escrituras, que, inobstante lavradas, não foram assinadas pelos promitentes vendedores.

Desta forma, entendem que, não sendo parte na execução, assiste-lhes o direito de excluir da penhora os imóveis mencionados, na forma da legislação adequada. Anexam às iniciais os documentos de fls. 04/13 (Proc. nº 578.78.E) e 06/19 (Processo número 558.78.E).

A defesa da União Federal — embargada subscrita pelo ilustre Procurador Sebastião Fratesi Gonçalves, em ambos os processos, sustenta que os embargantes adquiriram os imóveis através de simples promessas, não registradas, que condicionam a outorga da escritura ao acabamento do prédio, ainda não ocorrido.

Acerca da defesa foram ouvidos os embargantes, que se manifestaram, *ut* (fls. 19-V/20 Processo 578.78.E) e 32-V/33 (Processo 558.78.E).

Apresentou o primeiro embargante (578.78.E) o documento de fl. 25 — Certidão do Registro Imobiliário e o segundo (558.78.E) aqueles estampados às fls. 34/37, ouvida a embargada — fl. 38-V. Ainda por intermédio deste último foram juntos os papéis de fls. 42/49, com audiência da parte *ex adversa*.

O ofício de fl. 59, expedido a requerimento da embargada, foi devidamente respondido através do expediente de fls. 32/35 (Processo 578.78.E), apenas se manifestando o primeiro embargante.

Na audiência noticiada pela ata de fls. 27/28 (Processo 578.78.E), presentes as partes, travou-se o debate oral, dispensado o depoimento de testemunhas.

Do indeferimento do pedido de depoimento pessoal dos embargantes, conforme constante da ata, resultou, pela União, o agravo retido, consoante as razões ali expostas».

O MM. Juiz Federal *a quo*, Dr. Fernando Gonçalves, recebeu os embargos e condenou a embargada no pagamento das custas adiantadas e honorários de advogado de 20% (vinte por cento) sobre os valores dados às causas. Para assim decidir, argumentou (fls. 39/41):

«Consoante a melhor doutrina, constituem os embargos de terceiro meio idôneo à defesa da propriedade e da posse, entendimento que, de forma alguma, discrepa daquele esposado pelo legislador do Código de Processo Civil.

Isto assente, apenas para esclarecimento, pondere-se que o expediente remetido pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte — fls. 32/35 — faz com que caiam no vazio as razões produzidas no Agravo retido, *ut* ata da audiência, pois confirmado ficou que o prédio onde se situam as lojas encontra-se em situação irregular, «sem baixa de construção».

Este detalhe, aliás, pouco importa ao desate da causa, pois o que aqui se busca é a proteção para o bem ameaçado por constrição judicial, não se podendo imputar aos embargantes qualquer responsabilidade pela ausência da «baixa».

A verdade é que, inobstante não registradas as promessas, adquiriram os embargantes as lojas mencionadas em 10-12-64 e 14 e 17 de junho de 1963

(fls. 5/6 e 7/8, respectivamente, dos autos 578.78.E e 558.78.E), conservando-as em seu patrimônio, inclusive pagando os impostos sobre elas incidentes, conforme estão a demonstrar os documentos de fls. 07/09 e 12.

Impõe-se, pois, por variadas razões, a medida protetora, pois a posse é simples complemento da propriedade. Na verdade, a prova da posse é anterior à data da constrição e é fato notório que o denominador «Mercado Novo», inobstante não acabado, vem funcionando há muitos anos, sem embargo da falta de «baixa de construção».

Por outro lado, os próprios sócios da Edificadora Sobrado reconhecem a dívida, que é deles e não dos embargantes, a ponto de a embargada — Fazenda Nacional — haver requerido a suspensão da execução, face à concessão de parcelamento, conforme se verifica à fl. 61 dos autos da Execução, assertiva esta que o Sr. Diretor da Secretaria certificará neste processo.

Seria sumamente desastroso e injusto permitir a alienação em praça dos imóveis pertencentes aos embargantes, quando o débito foi reconhecido e resta provado que não pertencem ao verdadeiro devedor.

É verdade que a simples promessa produz direitos e obrigações apenas entre as partes, sendo necessário sua inscrição para criar direito real contra terceiros.

Mas, *in casu*, uma sensibilidade jurídica mais apurada conduz inevitavelmente a um outro tipo de raciocínio, que pode extravasar do campo estritamente legal, mas que é tranqüilamente justo.

Não postulam os embargantes, com exceção de Gerbel Firmino Costa — verificar escritura registrada à fl. 25 — em decorrência de direito real, mas do direito obrigacional, resultante da promessa, cujo preço avençado foi pago.

Além disto, repita-se, o débito foi parcelado pelos verdadeiros devedores, com pedido de suspensão da execução pela Fazenda Nacional.

A lei, para que não se chegue ao absurdo, deve ser interpretada *cum grano salis*. São os embargantes possuidores das lojas há mais de 15 anos e tudo que foi possível fizeram para legalizar a situação. Sábio neste sentido é o acórdão trazido à colação por José Slaibi:

«É parte legítima para opor embargos de terceiro o promitente comprador imitado na posse, ainda que não registrado o título».

A frieza da lei há que ser temperada com o calor dos fatos. O documento de fls. 35/37 demonstra que José Slaibi adquiriu a loja, mas não conseguiu a escritura porque os vendedores a tanto se negam».

Apelou a União Federal (fls. 43/46). Diz que, nos autos, não foi ministrada a prova da posse, nem da propriedade dos imóveis, embora os embargantes trouxessem para os autos contratos de promessa de compra e venda de frações ideais. Refere-se a texto da sentença que transcreve, aduzindo que o juiz não pode julgar por equidade, salvo quando expressamente autorizado.

Gerbal Firmino Costa e s/m (fls. 49/50) e José Slaibo (fls. 52/56) ofereceram contra-razões.

Subindo os autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso voluntário (fls. 59/70).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Embargos de terceiro. Penhora. Promessa de compra e venda. Registro.

I — É válida a penhora de imóvel, objeto de promessa de compra e venda, se esta não estiver registrada anteriormente àquele ato de constrição judicial. Precedentes do STF.

II — Agravo retido não conhecido. Apelação provida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator). Não conheço do agravo retido, eis que a agravante não pediu, expressamente, nas razões de apelação, a sua apreciação pelo Tribunal (CPC, art. 522, § 1º).

Quanto à apelação, firmou a jurisprudência do Excelso Pretório no sentido de que descabem embargos de terceiro, por parte do promitente comprador, para afastar a penhora de imóvel, cuja promessa de compra e venda não haja sido registrada anteriormente ao ato construtivo. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

«Promessa de compra e venda do imóvel. Sem a formalidade essencial da inscrição do registro público, não se torna oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui eficácia *erga omnes*. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido». (RE nº 73.527 — Rel.: Sr. Ministro Djaci Falcão);

«Promessa de compra e venda de imóvel, sem a formalidade essencial da inscrição no Registro Público, não se torna oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui a eficácia *erga omnes*.

II — Válida é a penhora do bem prometido, por dívida do promitente vendedor, quando não registrada preexistente promessa de venda por ele pactuada.

III — Descabimento de embargos de terceiro por parte do comprador, ainda que imitado na posse do imóvel prometido, para o efeito de anular a penhora.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos». (ERE 87.958-Rel.: Sr. Ministro Cordeiro Guerra); e

«Embargos de terceiro.

A promessa de compra e venda de imóvel não loteado só se torna oponível *erga omnes* com sua inscrição no Registro de Imóveis.

Não pode ser desconstituída penhora de imóvel objeto de promessa de compra e venda, se esta, ainda que celebrada anteriormente à penhora, não estiver inscrita.

Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal (ERE 87.958).

Embargos de divergência conhecidos e recebidos (ERE 89.696-RJ — Rel.: Sr. Ministro Moreira Alves)».

Na espécie, cumprido o parcelamento referido pela sentença (fl. 40) e certificado à fl. 42v, é claro que o ato construtivo impugnado deverá ser levantado. Não em razão destes embargos, mas do cumprimento da obrigação garantida.

Isto posto, em conclusão, não conheço do agravo retido e dou provimento à apelação, invertidos os ônus decorrentes da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 62.813 — MG (Registro nº 3.112.012) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — Remetente: Juiz Federal da 5ª Vara — Apelante: União Federal — Apelados: Gerbel Firmino Costa e sua mulher e José Slaibi — Advogados: Dr. Luiz Fernando da Silveira Gomes e outros (1º Apdo.) e Dr. Walter Vianna (2º Apdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo retido e deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 25.3.87 — 4.ª Turma).

Os Senhores Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.327 — RJ
(Registro nº 1.618.954)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis*

Apelantes: *Interpesca Cia. Internacional de Pesca e BNDE*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Augusto Carlos Correa Pina e outros e Edison Francioni Coelho e outros*

EMENTA: Direito Civil e Processual Civil. Alienação Fiduciária — Busca e Apreensão — Art. 2º § 2º e art. 3º (D.L. 911/69).

Documentadas pelo A. as condições da ação e admitida a contestação, como contida nos limites do § 2º do art. 3º do Decreto-lei 911/69.

Extrai-se do perfil processual da ação de busca e apreensão, modelado em lei, que a mesma não se identifica com a medida preventiva cogitada no estatuto processual vigente, tratando-se de ação autônoma, sujeita a procedimento especial, ou como fixado na Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto convertido no Decreto-lei nº 911/69.

Observada a natureza autônoma e exaustiva da presente ação, independente de outro processo, satisfeitos os pressupostos e condições da ação, inclusive a validade do título, só resta ao suplicado a defesa do pagamento, sob pena de expor-se à inexorabilidade da procedência do pedido, atendendo-se à severidade e rigor dado à cobrança pelo legislador.

Na espécie, o suplicado alega pagamento, mas a documentação apresentada, por si só, é insuficiente para sustentar suas alegações, ante a superioridade da posição processual que a lei confere ao autor e do título em que se embasa a inicial.

No relativo aos encargos, é de aplicar-se a Lei nº 4.595/64 (art. 4º, VI) ao lado do enunciado da Súmula 595 do Alto Pretório.

Deu-se provimento ao recurso do autor, para julgar procedente a ação de busca e apreensão, nos termos do pedido, sem prejuízo do que vier a ser entendido ou decidido na ação de repetição do indébito, condenada a ré nas custas e na honorária de 10% sobre o valor da causa, desprovendo o da suplicada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação do autor e negar à da ré, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília-DF, 30 de novembro de 1983 (data do julgamento).

MOACIR CATUNDA, Presidente — SEBASTIÃO ALVES DOS REIS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS: Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico — BNDE, empresa pública federal requereu, com assento no art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, busca e apreensão dos bens a ela alienados fiduciariamente pela Interpesca — Companhia Internacional de Pesca, sob os seguintes fundamentos de direito e de fato:

a) em 03.12.71, por escritura pública, o suplicante celebrou com a suplicada contrato de abertura de crédito, no valor de Cr\$ 9.640.000,00, destinado ao financiamento da construção de 20 barcos pesqueiros pelos estaleiros nacionais INCONAV e EBIN, tendo sido convencionado que a amortização respectiva se processaria em 54 prestações mensais e sucessivas, corrigidas mensalmente aos índices das ORTNs, vencendo-se a primeira em 15.05.75, e a última, em 15.10.79, prevista a capitalização dos acessórios usuais, durante o período de carência, garantida a operação mediante alienação fiduciária sobre os barcos financiados, além de garantias fidejussórias, ajuste complementado através de aditivo nº 01, de 18.08.74, tudo consoante documentação formalizada, ora junta;

b) na vigência do contrato, só seis barcos dos dez ajustados com a INCONAV, foram construídos, e desses, com a anuência da requerente, a requerida vendeu quatro a terceiros, cujo preço foi imputado ao valor do débito, restando seis barcos, dois, construídos (Inter. 12 a 14), e quatro, em construção, cujos pertences ainda estão na posse do estaleiro; das dez embarcações a cargo da EBIN, duas, já construídas, foram vendidas, também, a terceiros, com preço imputado ao empréstimo, e dos oito restantes, cinco já montados, salvo motores e equipamentos (Inter. 15, 17, 19, 21 e 23), ancorados em Niterói, e três, ainda em construção, no estaleiro respectivo;

c) no curso do contrato, a suplicada, por não obedecer rigorosamente ao esquema de pagamento, incidiu em «mora solvendi», nos períodos de 15.08.74 a 31.07.75 e de 15.08.75 a 15.09.76, afastada posteriormente pelas vendas de barcos referidos, e, daí em diante, passou a omitir-se no pagamento do principal e encargos, encontrando-se novamente em mora, desde 15.10.76, de obrigação líquida, certa e exigível, vencida e não paga, na importância de Cr\$ 4.253.172,80, com o vencimento antecipado da dívida, no total de Cr\$ 9.201.403,18, composição de 15.09.77;

d) o suplicante notificou a suplicada, através do registro de títulos e documentos, para comprovação da mora, preenchendo assim, todos os pressupostos legais ao exercício do direito de busca e apreensão dos bens que lhe foram alienados finduciariamente.

Às fls. 51, o BNDE requereu a apreensão dos barcos Inter 12 e 14, que se encontravam operando em Belém, Pará, efetivada mediante precatória (fl. 83v), e ainda ocorreu a apreensão de fl. 209.

Às fls. 100/12, respondeu a suplicada, opondo:

a) os fatos descritos na inicial divorciam da realidade, pois o A. desrespeitou o esquema de disponibilidade dos subcréditos, relativos aos eventos de cada barco, uma vez efetuou a liberação de parcelas do financiamento sem que fossem cumpridas as etapas correspondentes pelos estaleiros — responsáveis, tanto que vários barcos não foram concluídos;

b) do valor de Cr\$ 9.460.000,00 alusivo ao contrato de financiamento, o BNDE efetuou liberações no total de Cr\$ 6.738.500,00, conforme o certificado de débito que apresentou, e, desse valor, a quantia de Cr\$ 5.251.000,00 veio a ser liberada no prazo estabelecido na cláusula segunda (24 meses, a partir de 03.12.71), sendo Cr\$ 1.487.000,00 entregues fora do prazo contratual, e diretamente a favor dos estaleiros, os quais deixaram de efetuar a construção dos barcos alienados, pagamento feito à sua conta e risco;

c) das dez embarcações contratadas com a INCONAV, só foram construídas seis, resultando quatro inexistentes, para as quais, todavia, o A. efetuou as liberações especificadas à fl. 105, no total para 4 cascos de Cr\$ 854.000,00; o mesmo ocorreu em relação ao estaleiro EBIN, já que só duas embarcações foram concluídas, entregues verbas para eventos inexistentes, relacionados com oito barcos não construídos (fl. 105), *in fine*, no total de Cr\$ 2.523.000,00;

d) do valor total do crédito liberado pelo BNDE — Cr\$ 6.738.500,00 — a quantia de Cr\$ 3.377.500,00, soma das entregas atinentes a eventos inexistentes, foi liberada sem a condição própria, independentemente de fiscalização do credor fiduciário, o que faz com que o valor efetivo das entregas, para eventos de construção, seja de Cr\$ 1.685.000,00; outrossim, a suplicada recolheu, em favor do BNDE, em 30.07.75, a importância de Cr\$ 4.565.680,00, e, posteriormente, a de Cr\$ 5.898.712,12, em razão da venda de embarcações já aludidas, num total de Cr\$ 10.484.392,54, de modo que, tendo o A. liberado Cr\$ 6.738.500,00, entregue a parcela de Cr\$ 1.487.000,00 fora do prazo pactuado, e Cr\$ 3.377.500,00, sem a realização de eventos de construção, apenas o valor de Cr\$ 1.685,00 veio a ser liberado nos termos do contrato, recebendo o credor, em contrapartida, o pagamento de Cr\$ 10.464.392,54.

A contestação menciona notificação judicial por ela promovida perante a Primeira Vara Federal da mesma Seção Judiciária, a existência de ação de prestação de contas, intentada contra o requerente e mandado de segurança requerido a este Tribunal contra o despacho judicial que concedeu liminarmente a presente busca e apreensão, argúi má-fé do A. e impugna a capitalização de juros.

Réplica do A. às fls. 166/72, juntando os documentos de fls. 173/81, e às fls. 182/3, desistiu do pedido de citação dos fiadores, reservando-se para outro ensejo.

O MM. Juiz Federal de então hoje ilustrando este Tribunal, Ministro Américo Luz, às fls. 221/4, confirmou a liminar concedida, com as retificações processadas (fls. 83v e 211), autorizando, na forma dos artigos 2º e 3º, § 5º do Decreto-lei nº 911/69, a venda respectiva, ficando o produto em depósito na Caixa Econômica Federal à disposição do Juízo, até o trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida na ação ordinária de repetição do indébito que se for favorável à suplicada poderá, eventualmente, sujeitar a requerente à sanção do art. 811 do CPC, deixando de impor à requerida condenação em honorários advocatícios, por não ter havido sucumbência.

Apelam as partes e com as respostas recíprocas, neste Tribunal, dispensei parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS (Relator): A r. decisão de primeiro grau, ao conceder a busca e apreensão, nos termos enunciados, fê-lo sob essas considerações (fl. 222):

«II — Rejeito a preliminar de ineficácia da contestação, argüida pelo Requerente em sua réplica de fl. 166.

Conforme adverti no item 1 supra, a Suplicada ajuizou ação ordinária de repetição do indébito contra o Suplicante, por considerar-se credora deste, e não devedora, no desdobramento do contrato celebrado com garantia de alienação fiduciária: o mesmo em que o Suplicante se baseia para intentar a busca e apreensão dos bens garantidores da obrigação.

Ora, se assim é, obviamente a Suplicada, em sua defesa nestes autos, *alega o pagamento do débito vencido*, vem como a existência de saldo a seu favor. Cumpriu, portanto, o estabelecido no parágrafo 2º do artigo 3º do Decreto-lei nº 911, de 1-10-1969, ou seja, colocou o debate sob o argumento do pagamento da dívida e o cumprimento das obrigações contratuais. Válida, portanto, a peça contestatória.

III — Quanto ao mérito:

A matéria alegada na contestação desta medida cautelar encontra-se tanto na inicial da ação de prestação de contas, ora em grau de apelação no Egrégio Tribunal Federal de Recursos, quanto na da ação ordinária de repetição do indébito que se processa nos autos apensados.

Apesar de ser tratada como procedimento autônomo a busca e apreensão de bens dados em garantia de financiamento com alienação fiduciária (Lei nº 4.728/65, arts. 66 e seguintes, na redação do Decreto-lei nº 911/69, § 6º do artigo 3º), o instituto há de sofrer os temperamentos das normas pertinentes do Novo Código de Processo Civil de 1973, notadamente a do artigo 811, inciso I, *verbis*:

«Art. 811. Sem prejuízo do disposto no artigo 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I — se a sentença no processo principal lhe for desfavorável.»

Dir-se-ia que em se cuidando de procedimento autônomo, como acima explicitado, não há que se falar em processo principal. Entretanto, pendendo de recurso a ação de prestação de contas, estando em tramitação a ação ordinária de repetição do indébito, existe evidente conexão entre tais feitos e esta medida cautelar, na qual os argumentos de contestação da Suplicada estão iminentes na controvérsia estabelecida naquelas demandas.

Nos termos em que foi posta a questão — e o foi validamente quanto à técnica processual — não cabe ao Juízo, sob pena de prejulgamento da ação ordinária, adentrar no mérito de «quem deve a quem», o que só poderá ser objeto da sentença a ser proferida naquele feito.

A solução que se impõe, a meu ver, no âmbito desta cautelar, face à prsunção *juris tantum* de que goza o crédito do BNDE, e considerando que os barcos apreendidos estão sofrendo a ação destruidora do tempo (*ut telex* de fl. 213 — do Capitão dos Portos de Belém-PA), é a da efetivação da busca e apreensão deferidas liminarmente, consoante os Autos de fls. 83v e o de ratificação de fl. 211, sujeitando-se o Requerente a responder perante a Suplicada pelo eventual prejuízo que a execução da medida vier a acarretar-lhe, se as sentenças, uma ou outra, nas ações pendentes de julgamento, forem a ela favoráveis.

Poder-se-ia objetar contra tal solução, antepondo-se a ela o caminho indicado no artigo 265, IV, alínea a da lei adjetiva, ou seja, a suspensão do processo, porque a sentença de mérito está a «depender de julgamento de outra causa». Considerando, porém, a natureza jurídico-processual da medida de busca e apreensão de bens dados em garantia, com alienação fiduciária, disciplinada por legislação especial, entendo que o seu caráter de procedimento autônomo — (*in casu*, de autonomia relativa, devido à incidência do art. 811, I, do C.P.C), torna desaconselhável a suspensão dos atos de execução, ainda mais pelo risco de perecimento dos referidos bens (*ibidem* *telex* de fl. 213)».

Paralelamente, a parte decisória é do teor seguinte (fl. 224):

Confirmo a medida liminar deferida à fl. 02 e torno definitivo a busca e apreensão dos bens por ela atingidos (Autos de fls. 83 verso e 211), cuja venda autorizo na forma preconizada nos artigos 2º e 3º, § 5º, do Decreto-lei nº 911/69, ficando o respectivo produto em depósito na Caixa Econômica Federal à disposição do Juízo, até o trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida na ação ordinária de repetição de indébito (autos apensados), que se for favorável à Suplicada poderá, eventualmente, sujeitar o Requerente à sanção do art. 811, do Código de Processo Civil.

Deixo de impor à Suplicada condenação em honorários advocatícios, por não ter havido sucumbência».

Aos embargos de declaração de fl. 233, opostos pelo BNDE, queixando-se de omissão, quanto ao julgamento da procedência da ação, consolidando o autor na propriedade plena dos bens e no relativo à verba de sucumbência respondeu o ilustre sentenciante nesses termos (fl. 276):

«*Rejeito* os Embargos de Declaração opostos às fls. 233/234, por não haver na decisão embargada as omissões apontadas. Nela o Juízo, face à peculiaridade do caso, aplicou, simultaneamente, normas específicas da legislação que disciplina o procedimento da busca e apreensão de bens garantidores de financiamento com alienação fiduciária e normas do Código de Processo Civil pertinentes às medidas cautelares em geral.

Realmente, face à matéria pendente de julgamento na ação ordinária de repetição do indébito, intentada pela requerida contra o embargante, não se fazia possível, porque implicaria no prejulgamento daquele feito, tratar-se como ação autônoma esta medida de busca e apreensão. Daí, portanto, não há falar-se de ação, de consolidação do autor na propriedade plena dos bens e da condenação da ré no pagamento de custas e honorários advocatícios».

A Ré, em sua apelação enfatiza que o julgado recorrido parte de um equívoco, ao considerar a presente ação como se fora medida cautelar, enquanto aqui se trata de ação autônoma, sujeita a regras especiais (art. 3º e parágrafos do Decreto-lei nº 911/69), e, assim, inaplicável à espécie o art. 811, I, do CPC vigente, sustentando, no mérito, não estar inadimplente ou encontrar-se em mora, pois o apelado recebeu da apelante, em pagamento valores superiores aos efetivamente liberados, reforçando-se às alegações já produzidas e reportando-se à ação de repetição do indébito (fl. 247); o autor, em seu recurso, insiste, também, que se a presente ação de busca e apreensão não se confunde com a medida preventiva cogitada no CPC atual e que se impunha a procedência do pedido, uma vez que fora confirmada a medida liminar de apreensão dos bens e a consolidação respectiva a propriedade e posse plena e exclusiva, nas mãos do proprietário fiduciário, e, por tudo isso, descabida a exigência do valor do depósito em caução, não há invocar-se peculiaridade na espécie, nem conexão, não podendo a presente ação, de objeto mediato voltado para a apreensão dos bens e sua venda, confundir-se com medida preventiva ou justapor-se a ação de repetição do indébito, expediente extravagante sem força para obviar a garantia da alienação fiduciária; por fim, pede a aplicação do princípio da sucumbência, em seu favor.

Para o melhor encaminhamento do debate, assinalemos, de início, que na ação de prestação de contas ajuizada pela ora requerida contra o ora requerente, foi a então autora julgada carecedora da medida (fl. 251) e da apelação interposta não conheceu a Egrégia Primeira Turma deste Tribunal, por maioria de votos (AC nº 55.075 — sessão de 05.08.83), Relator o eminente Ministro Carlos Thibau; o mandado de segurança requerido contra ato judicial que deferiu liminarmente a apreensão foi indeferido (MS nº 85.503 — DJ, 31.10.79); o agravo de instrumento manifestado contra o despacho que autorizou a venda judicial dos bens apreendidos foi indeferido (fl. 357); em torno da ação de repetição do indébito, a última informação é a de fl. 350, datada de maio de 1981, no sentido de que a mesma se encontrava em fase de perícia, não tendo localizada sua entrada neste Tribunal, até agora.

Feitas essas observações prévias, vê-se dos autos que a alienação fiduciária em causa foi regularmente constituída e está devidamente documentada, fundando-se o pedido de busca e apreensão no pressuposto de «mora solvendi» conforme notificação através do Registro de Títulos e Documentos (fls. 4/5), arguição repelida pela suplicada ao fundamento de haver efetuado o pagamento respectivo, reportando-se às ações de prestação de contas e repetição de indébito já ajuizadas.

Transcrevemos a legislação pertinente extraída do Decreto-lei nº 911/69:

«Art. 2º

§ 1º

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, ou pelo protesto do título, a critério do credor;

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida, liminarmente, desde que comprovada a mora ou inadimplemento do devedor;

§ 1º

§ 2º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou cumprimento das obrigações contratuais.»

§ 5º A sentença ... consolidará a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário...».

§ 6º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.»

Consoante se induz dos textos transcritos, *in casu*, cuida-se de mora «ex re», decorrente do simples vencimento do prazo para pagamento, comprovável através de carta expedida por intermédio do cartório de títulos e documentos, antessuposto que enseja ao proprietário fiduciário a busca e apreensão do bem dado em garantia; a contestação só pode versar em torno do pagamento do débito vencido e a sentença consolidará a propriedade e posse plena e exclusiva em favor do credor fiduciário.

Paralelamente, extrai-se do perfil processual da ação de busca e apreensão, modelado em leis, que a mesma não se identifica com a medida preventiva cogitada no estatuto processual vigente, tratando-se de ação autônoma, sujeita a procedimento especial, ou como fixado na Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto convertido no Decreto-lei nº 911/69:

«A busca e apreensão é, no caso, processo autônomo e exaustivo, cuja decisão termina o litígio, autorizando a venda extrajudicial do bem».

No caso concreto, o A. documenta as condições da ação, através do contrato respectivo, devidamente formalizado, e da notificação processada por intermédio do car-

tório competente; de outro lado, estou de acordo com a sentença, quando entendeu que a resposta oferecida se contém nos limites do § 2º do art. 3º, pois alega haver efetuado o pagamento respectivo, sendo, assim, eficaz, para efeito de balizar a controvérsia.

Estou, no entanto, em que considerada a natureza autônoma da presente ação e a eficácia exaustiva da sentença a nela ser proferida, cujos efeitos põem fim ao litígio, consolidam a propriedade nas mãos do proprietário fiduciário, e autorizam a venda do bem alienado com a conseqüente imputação do valor apurado na dívida exigida, a prova do alegado pela contestante deveria ter sido produzida nos próprios autos respectivos, ainda que fosse tomada por empréstimo; outrossim, se admitida a conexão com a ação de repetição do indébito, como o foi, pela sentença os processos deveriam ter tido instrução e desfecho paralelos, de modo a evitar-se a situação conflitante criada «data venia» na r. sentença recorrida, pois, após confirmar a liminar nos termos do pedido, no contexto do Decreto-lei nº 911/69, recua e condiciona os seus efeitos a decisão a ser proferida em outro processo, ainda, em fase instrutória, limitando a eficácia exaustiva inerente à busca e apreensão, frustrando o direito do credor fiduciário à consolidação, em seu favor da plena propriedade do bem alienado.

Em outras palavras: observada a natureza autônoma e exaustiva da presente ação, independente de outro processo, satisfeitos os pressupostos e condições da ação, inclusive a validade do título, só resta ao suplicado a defesa do pagamento, sob pena de expor-se à inexorabilidade da procedência do pedido, atendendo-se à severidade e rigor dado à cobrança pelo legislador.

Na espécie, o suplicado alega pagamento, mas a documentação apresentada, por si só, é insuficiente para sustentar suas alegações, ante a superioridade da posição processual que a lei confere ao autor e do título em que se embasa a inicial.

De outro lado, se a ação de repetição de indébito, cuja altura, no momento, se desconhece, vier a prosperar, ficará o vencido exposto às conseqüências de direito daí decorrentes, independentemente do aqui decidido; outrossim, vincular-se «a priori» o pedido da alienação à sorte da ação de repetição será mutilar-se a eficácia exaustiva e imediata do presente pedido de busca, será desfigurar o direito do fiduciário à propriedade e posse plenas do bem fiduciário, descaracterizando a própria ação, na sua autonomia.

Por fim, no relativo aos encargos, é de aplicar-se a Lei nº 4.595/64, art. 4º, VI, ao lado do enunciado da Súmula nº 595 do Alto Pretório.

Posta a controvérsia nesses termos, é de prover-se a apelação do autor, para julgar procedente a ação de busca e apreensão, nos termos do pedido, sem prejuízo do que vier a ser entendido ou decidido na ação de repetição do indébito, condenada a ré nas custas e na honorária de 10% sobre o valor da causa, desprovendo o da suplicada.

Dou provimento ao recurso do autor e nego ao da Ré.

EXTRATO DE MINUTA

AC nº 68.327-RJ (Reg. nº 1.618.954) — Relator: Ministro Sebastião A. dos Reis. Aptes.: Interpesca Cia. Int. de Pesca e BNDE. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Augusto Carlos Correa Pina e outros e Edison Francioni Coelho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação do autor e negou à da ré. (Em 30.11.83, 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Senhor Ministro MOACIR CATUNDA.

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.574 — MG
(Registro nº 3.238.911)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Agravante: *União Federal*

Agravado: *R. Despacho de fls. 92/93*

Advogados: *Drs. Kuiz Zenun Junqueira e outro*

EMENTA: Agravo Regimental. Cancelamento de débito. Decreto-lei nº 2.163/84.

I — Se o entendimento da mens legislatoris, por uma questão prática no sentido da adoção de medidas incentivadoras à arrecadação, cancelar os débitos de valores inferiores à quantia que menciona o Decreto-lei nº 2.163/84, e que se refere aos tributos, que é o principal, evidencia-se que tal cancelamento estende-se ao acessório, de valor também inferior ao principal. Impertinente o entendimento contrário. Precedentes.

II — Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 19 de fevereiro de 1986 (data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente — PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Pelo despacho de fl. 92 julguei extinto o processo tendo em conta o cancelamento do débito em discussão.

Desse despacho a União Federal agrava regimentalmente ao argumento de que:

«... houve equívoco a respeito dos valores originários dos débitos, vez que o artigo 9º do citado Decreto-lei dispõe:

‘Para os efeitos deste Decreto-lei, entende-se como valor originário do débito o definido no artigo 3º do Decreto-lei nº 1.736 de 20 de dezembro de 1976.’

Está dito no texto legal remetido que:

‘Entende-se por valor originário o que corresponda ao débito, excluída as parcelas relativas à correção monetária, juros de mora, multa de mora, e no encargo previsto no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.025 de 21.10.1969...’ (Do artigo 3º do Decreto-lei nº 1.736-76).

Nota-se que as multas que constam da certidão de débito não são moratórias e sim punitivas porque aplicadas com supedâneo no artigo 21 letra «b» do Decreto-lei nº 401/68.

Assim considerando, merece reparo o v. despacho no que tange ao tributo referente ao ano de 1967, de valor correspondente ao imposto de Cr\$ 19.500,00 ao qual adicionado o valor da multa punitiva de Cr\$ 29.250,00, alcança o valor de Cr\$ 48.750,00, extrapolando o valor de Cr\$ 40.000,00.» (Fls. 169/170).

Não reformulei meu despacho porque não encontrei razão alguma para tal medida.

O Decreto-lei nº 2.163/84 diz que ficam cancelados os débitos de valor originário igual ou inferior a Cr\$ 40.000,00, *concernentes ao imposto de renda*, que é o caso.

Essa disposição é a constante do art. 8º, *caput* e inciso II, só que este inciso na sua segunda parte diz, *verbis*:

«... *bem assim a multas, de qualquer natureza*, previstas na legislação em vigor...»

Veja-se que o comando se refere a *multas de qualquer natureza*, não especifica ser ela moratória ou punitiva.

O art. 9º desse decreto-lei dá a definição do que venha ser valor originário do débito como sendo «... o definido no artigo 3º do Decreto-lei nº 1.736, de 20 de dezembro de 1979.»

Examinando-se o inteiro teor desse decreto-lei, constata-se que o art. 1º, *caput*, estabelece que o *imposto de renda*, é acrescido de *multa de mora*.

O art. 3º diz que o valor originário é o que corresponde ao débito, *excluídas as parcelas relativas à correção monetária, juros de mora, multa de mora* e outro encargo.

Ora, o Decreto-lei 2.163/84 se refere a *multas* com o vernáculo no plural explicitando que se trata de «qualquer natureza», portanto seja ela moratória ou punitiva está cancelada.

Acentuo, ainda, que os dispositivos de que tratam são dois decretos-leis, um de 1979 e o outro de 1984, ambos da mesma hierarquia sem dúvida, assim o posterior predomina sobre o anterior. Isto com o mesmo espírito pretendido pelo art. 2º, § 1º do Código Civil, quando diz que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

O posterior cancela os débitos de valor igual ou inferior a Cr\$ 40.000,00 bem assim os concernentes a *multas de qualquer natureza* sem fazer qualquer distinção.

Evidente que se quis o legislador, por uma questão prática, adotar medidas de incentivos à arrecadação federal cancelando os débitos de valores inferiores à quantia mencionada, relativamente aos tributos, que é o principal, não pode prosseguir a cobrança no que tange aos acessórios desses tributos cancelados, ainda mais que, de valor também inferior ao valor referido. No meu sentir seria impertinência.

Nessa linha, ao examinar o (AgRg) REO 68.595 citei os acórdãos proferidos pelos eminentes Ministros Geraldo Sobral na AC 78.818-SP e Jarbas Nobre na REO 81.631-PR.

Mantenho o despacho.

É o relatório e não tenho voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, adotando os fundamentos do despacho recorrido, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC N° 68.574-MG (Reg. n° 3.238.911) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Pedro Acioli — Agte.: União Federal — Agdo.: R. despacho de fls. 92/93 — Advs.: Drs. Kuiz Zenun Junqueira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 19.02.86 — 5ª Turma).

Acompanharam os Srs. Ministros Torreão Braz, e Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.581 — PE
(Registro nº 3.269.213)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Apelante: *Amaro Apolônio da Silva*

Apelada: *Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — SUDENE*

Advogados: *Drs. Clovis Correa de Albuquerque e outros e João Villa Nova Barros e outros*

EMENTA: «Administrativo. Funcionário. Contrato de Bolsa de Estudo. Descumprimento de obrigações. Conseqüências.

O servidor que celebra termo de compromisso de bolsa de estudo, financiada pelo órgão público, com a finalidade de treinamento em Universidade, deve ser responsabilizado pelo descumprimento de suas obrigações após o encerramento do curso. As conseqüências financeiras, expressamente previstas no pacto adjeto, podem ser executadas pela Repartição.

Sentença confirmada.»

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, confirmando a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 08 de maio de 1981 (data do julgamento).

ALDIR G. PASSARINHO, Presidente — WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Amaro Apolônio da Silva ofereceu embargos à execução fiscal promovida pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — SUDENE — para cobrar a importância do Cr\$ 38.155,62, relativa ao débito de restituição de vantagens financeiras percebidas a maior, uma vez que o executado se tornou inadimplente com referência a compromisso assumido, consoante termos do instrumento de fls. 49/50.

A fundamentação dos embargos pode ser resumida nos seguintes itens:

a) fez pedido de demissão em 6.4.72, mas só em 19.4.74 recebeu comunicação de que havia sido dispensado por abandono de emprego (ver documentos de fls. 30 e 31/47);

b) a SUDENE, mediante coação, fez assinar termo de compromisso, anulável, à vista do art. 147, II, do Código Civil;

c) esse procedimento, se não tivesse importado em coação, violava o art. 153, §§ 2º e 23, da Constituição Federal, por obstar a liberdade do exercício de sua profissão;

d) lei, doutrina e jurisprudência condenam acordos que limitam o direito do empregado (cita julgado do STF — fls. 7).»

A SUDENE ofereceu impugnação, refutando as alegações do Embargante.

Sentenciando, o eminente Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, Dr. Jatir Batista da Cunha, rejeitou os embargos, determinando o prosseguimento da execução (fls. 113).

Recorreu o Embargante, com as razões de fls. 116, invocando o princípio do § 2º, do art. 153, da Constituição Federal, além do que se cuida de matéria trabalhista, já prescrita, portanto.

Contra-razões às fls. 122/128.

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 130).

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Apelante celebrou com a SUDENE o compromisso disciplinado em instrumento próprio (fls. 49/50), relativo a bolsa de estudos na Universidade Federal do Rio de Janeiro, para realizar programa de treinamento. A Cláusula Segunda determinava um período de 12 meses, figurando, na Cláusula Terceira, a seguinte condição:

«O bolsista se obriga a, findo o programa de treinamento, permanecer a serviço da SUDENE pelo prazo equivalente ao dobro da duração daquele treinamento, observado o interstício mínimo de um ano».

As conseqüências da inobservância do regime, principalmente o disposto naquela regra, estão expressas na Cláusula Quarta, *verbis*:

«O bolsista fica, de logo, obrigado a restituir à SUDENE todas as vantagens financeiras de que trata o art. 2, alíneas a, b e c, do inciso I, e art. 3º da Portaria nº 180-A/67, de 25 de março de 1967, percebidas em razão do treinamento, na hipótese de descumprir as obrigações assumidas nas cláusulas segunda e terceira deste termo.»

Acontece, porém, que o Embargante, descumprindo a sua obrigação contratual, não prestou qualquer serviço, após a conclusão do curso de treinamento. Sindicância foi procedida na órbita da Superintendência, onde ficou apurada a responsabilidade do Executado (cfr. fls. 32/39) pela rescisão do contrato, por abandono de emprego.

Ê evidente que, abstraídos os aspectos da relação empregatícia, poderia a SUDENE promover a execução do contrato de bolsa, naquilo que pertine com os encargos pecuniários decorrentes de descumprimento das obrigações do pacto adjeto celebrado paralelamente.

Não ficou demonstrado que o compromisso tenha sido afetado por qualquer vício que pudesse acarretar a sua nulidade. Ao contrário, o Apelante dele se utilizou para fazer o curso e auferir os conhecimentos técnicos que desejava. No período em que lhe

serviu, soube acolher as exigências do compromisso. Encerrado o prazo de treinamento, negaceou em atender aos demais requisitos, fugindo de suas obrigações, isto é, permanecer no emprego, no mínimo, pelo dobro do prazo do curso. Essa era, na verdade, a garantia do retorno do investimento da SUDENE. Seria injustificável que o Órgão pagasse o curso, com despesas acessórias do cargo, sem que tivesse o mínimo de proveito nos resultados do aperfeiçoamento de seus técnicos.

A alegação fundamental contida no recurso recebeu inteligentes considerações por parte do ilustre sentenciante, *verbis*:

«Não tendo havido o alegado vício de vontade, poderia impressionar a outra alegação do Embargante, de ordem constitucional, de que o pacto firmado negava vigência ao princípio da liberdade de exercício de profissão (art. 153, § 23). Mas, tal não se dá. Tanto existiu essa liberdade que o Embargante se desligou da SUDENE quando quis, não aguardando, em serviço, deferimento ao pedido. Ocorre que, desligando-se sem cumprir pacto outro, o sucedâneo do não cumprimento da obrigação é a indenização, traduzida na pré-fixação de restituição de vantagens adicionais ao contrato de trabalho. Esse princípio em foco tem raiz histórica para conjurar o trabalho escravo e tanto isso foi preservado no termo de fls. 49/50 que logo se previu a forma substitutiva, no caso de inadimplemento, para resguardar a liberdade de escolha de profissão ou trabalho. Feriria o princípio se a obrigação fosse *in natura* ou específica, se só o trabalho fosse forma de cumprir o pacto; aí haveria sério constrangimento à vontade humana, não podendo a Justiça dar respaldo à pretensão nesses termos. Seria o *nexum*, dos tempos romanos, inviável nos tempos modernos.

Ainda sobre esse princípio e tantos outros da Carta Magna, especialmente o do art. 176, reafirmado no seu § 1º, não se pode perder de vista a modalidade dessas normas, que não têm aplicabilidade imediata (*apud* José Afonso da Silva), não auto-executáveis, se não houver lei ordinária que lhes permita atuação. Note-se que aí se lê: «a educação... é direito de todos e dever do Estado...», mas sabemos da necessidade de condições para implementação desse princípio.

Já o princípio da legalidade (art. 153, § 2º, CF), sob o ângulo da SUDENE, foi observado, pois sendo ela autarquia, o pacto foi estabelecido com base em Portaria nº 180-A/67, de 21.3.67, que regulava a espécie (doc. de fls. 8/12 dos autos principais).

Por fim, *pacta sunt servanda*, quando livremente firmados, tal como se deu no caso presente.»

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

AC 70.581 (Registro nº 3.269.213) — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Apte.: Amaro Apolonio da Silva. Apda.: Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — SUDENE. Adv. Drs.: Clovis Correa de Albuquerque e outros e João Villa Nova Barros e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, confirmando a sentença. Sustentou oralmente o Dr. Edilson Lucena, pela SUDENE. (Em 08.05.81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Aldir G. Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. ALDIR G. PASSARINHO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.711 — CE
(Registro nº 3.414.531)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Apelante: *Sopesca—Sociedade de Pesca Ltda. — Massa Falida*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Elísio Arimatéa Ribeiro e outros*

EMENTA: Execução fiscal. Fraude contra credores.

I — A presunção de fraude à execução milita contra o vendedor, não contra o adquirente de boa fê. A este, resta demonstrar a existência de bens outros, que possam sofrer o encargo judicial da penhora. Não o fazendo, o bem adquirido ao executado responde pelo débito. Nesse sentido é dominante a jurisprudência do egrégio Tribunal Federal de Recursos.

II — *Apelação improvida.*

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1985 (data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente — PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Em execução fiscal promovida pela União Federal contra UNIPESCA — União Brasileira de Frio e Pesca Ltda., penhorou-se o bem descrito à fl. 07 dos presentes autos.

Alegando ter adquirido dito bem, anteriormente à propositura da ação, ingressou em embargos de terceiro SOPESCA — Sociedade de Pesca Ltda., atualmente representada por sua massa falida.

Processados os embargos, houve por bem o MM. Juiz a *quo* desacolhê-los ante as razões que assim expende:

«Para ser exitosa sua pretensão, devia a embargante produzir prova, não só da propriedade do bem penhorado, como de não ter havido fraude à execução como o negócio de sua compra e venda.

Os adminículos existentes no processo indicam, porém, a existência da referida fraude, porquanto o crédito fiscal em cobrança, no Processo de Execução nº 2.084/78 (isto é, ajuizado em 1978), segundo se depreende dos dados existentes no mandado fotocopiado de fls. 9, está inscrito em dívida ativa desde 1978 («IPI-Período 12/74 — Certidões nºs 007 e 008/78, ou seja, certidões de dívida ativa do ano de 1978»), anteriormente à transação provada à fl. 5.

A promovente não demonstrou que a firma vendedora do barco reservou bens suficientes ao pagamento do débito fiscal, em ordem a não ocorrer a incidência da norma do artigo 185, «caput», do Código Tributário Nacional.

Do exposto, rejeito os embargos» (fls. 40).

Irresignada, apela SOPESCA Ltda. — Massa Falida, ao argumento de cerceamento de defesa, posto que negada foi a oitiva de testemunhas, bem como a prova pericial, ambas solicitadas na exordial. Arrima-se, ainda, o seu pedido em que houve desrespeito ao artigo 128 do Código Processual Civil. Pugna ao final pela reforma da sentença, com a anulação da penhora que pesa sobre o bem da massa falida.

Devidamente contra-arrazoado o recurso, subiram os autos a esta instância onde abriu-se à douta Subprocuradoria-Geral da República que manifestou-se pela confirmação da decisão atacada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Trilhou a r. sentença, o entendimento expresso no artigo 185 do Código Tributário Nacional, assim escrito:

«Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em face de execução».

Tal presunção afigura-se como não admitindo prova em contrário, posto que contempla em lei.

Mais a dizer, é que, como bem expressa o judicioso parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

«No que concerne às restrições impostas ao Juiz pelo art. 128, do CPC, impende observar que a proibição introduzida por este dispositivo não alcança todos os atos praticados por aquele no processo, nem mesmo os essencialmente de jurisdição, eis que o mesmo pode conhecer diretamente de questões não suscitadas, se a lei não exige iniciativa da parte. É como preceitua a parte final do artigo supramencionado.

Nessa hipótese há de subsumir-se inteiramente a presunção legal de fraude, pois que sendo *juris et de jure*, sem possibilidade de prova em contrário, não está preso o julgador às alegações da defesa, nos embargos à execução fiscal, para conhecer de questões que respeitam à fraude do devedor. Eis como trata o assunto o insigne tributarista Aliomar Baleeiro, ao tecer comentários sobre o art. 185 do CTN:

‘O CTN, no art. 185, estabelece uma presunção geral *juris et de jure*, isto é, sem possibilidade de prova em contrário, de que é fraudulenta, contra o Fisco, a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo desde que o crédito tributário contra ele esteja regularmente inscrito (CTN, arts. 201 a 204) e em fase de execução’.

Segue-se, daí, que a tese sustentada pela Embargante na apelação só se aplicaria a casos genéricos, não às hipóteses especiais em que se estrutura a *questi juris*. Mormente porque em nenhum momento elidir sobredita presunção de fraude. Sabe-se que poderia alegar que a empresa executada dispunha de bens bastantes para pagar a dívida em execução fiscal, porém, não o fez» (fls. 58/59).

A presunção de fraude à execução milita contra o vendedor, não contra o adquirente de boa fé, restaria a ele provar a existência de outros bens em que pudessem recair a constrição judicial, não o fazendo, o bem adquirido ao executado responde pelo débito. Nesse sentido é a jurisprudência dominante no seio do eg. TFR.

Nessa linha de idéias, nego provimento à apelação, confirmando a sentença em seu inteiro teor.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.711-CE (Reg. nº 3.414.531) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli — Apte.: SOPESCA — Sociedade de Pesca Ltda. — Massa Falida — Apda.: União Federal — Advs.: Elísio Arimatéa Ribeiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 22-11-85 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Torreão Braz votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 79.326 — RJ
(Registro nº 4.358.368)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis*

Apelante: *Rohm and Haas Company*

Apelado: *Rhone Poulenc Inc. e outro*

Advogados: *Drs. Doris Feur e outros, Luiz Gonzaga Moreira Lobato e outros e Cláudio Penna Lacombe*

EMENTA: Processual Civil e Administrativo. Ação Cautelar. Suspensão da expedição de patenta de invenção.

Mais do que nas cautelares típicas, específicas, cujos pressupostos e condições a lei os pré-traça, nas atípicas ou inespecíficas que envolvem poder discricionário amplo, devem aumentar no Juízo a prudência e o rigor, quanto ao exercício do poder cautelar.

A expedição da patente de invenção é ato administrativo plenamente vinculado, emitido ao cabo do devido procedimento legal, tendo inclusive ocorrido indeferimento de recurso na órbita administrativa.

Inexistência de prova suficiente dos pressupostos do «*fumus boni juris*» e «*periculum in mora*».

In casu, a prudente discricão, que deve presidir o juízo cautelar, de-sautorize a concessão da medida.

Deu-se provimento ao recurso voluntário invertidos os ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos à unanimidade, dar provimento ao recurso voluntário invertidos os ônus da sucumbência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1983 (data do julgamento).

SEBASTIÃO ALVES DOS REIS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS: Rhone Poulenc Inc. e Rhodia S/A ajuizam a presente medida cautelar, com apoio nos artigos 796, 798, 801/4 do estatuto processual vigente, pretendendo se suste a expedição da carta patente comprobatória do privilégio temporário assegurado à invenção objeto do depósito sob nº 7.301.790, de 14.03.73, requerido pela empresa norte-americana Rohm and Haas Company, perante o INPI, cautelar ora pedida no curso da ação ordinária por elas proposta contra os mesmos dos ora suplicados, na qual é postulada a desconstituição do ato administrativo em causa, praticado pela autarquia federal.

Consoante o exposto no pedido, a segunda suplicante — Rhodia S/A — assumirá no Brasil a fabricação e venda dos herbicidas conhecidos comercialmente como Tackle Técnico Br e Tackle Técnico, primitivamente registradas na Divisão de Produtos Fitossanitários do Ministério da Agricultura, em nome de Mobil, Comércio Indústria e Serviços Ltda., empresa notificada pela segunda requerida para que se abstinhasse de produzir e ou comercializar, sob qualquer forma, herbicida ou qualquer outro produto que contenha em sua composição ou fórmula a invenção relativa ao depósito já aludido, proibição que atinge os herbicidas citados cujos direitos de comercialização pertencem, hoje, por transferência, à primeira suplicante — Rhone — Poulenc Inc. direitos cedidos à segunda — Rhodia S/A, contexto esse suficiente para configurar o fundado receio, notadamente da segunda requerente, de ver as produções e vendas que brevemente iniciará do herbicida em apreço obstruídas em razão de medidas judiciais proposta pela titular do privilégio, manifestamente eivada de vícios sucetíveis de serem reparados através da ação principal já aforada.

Prosseguindo, afirmam as requerentes que a patente aludida apresenta multiplicados vícios, que comprometem substancialmente sua validade devidamente comprovados no processo principal, arrolando entre tais:

- a) contradição evidente nas conclusões constantes do parecer técnico motivador da concessão do privilégio respectivo, ao analisar o conteúdo da anterioridade representada pela patente francesa nº 1.602.709;
- b) falta de nível inventivo e de comprovação, norte-americana e belga ora indicadas;
- c) ampliação indevida da matéria a ser protegida, promovida durante a tramitação — do procedimento administrativo, nos termos dos artigos 18 § 3º e 19 § 3º do CPI;
- d) invalidade de reivindicação de prioridade manifestada pela depositante junto ao pedido de patente;
- e) matéria imprivilegiável no âmbito das reivindicações constantes do Alto pedido de patente, com afronta ao art. 9º letra «C» do CPI.»

De outro lado, a doutrina e a jurisprudência invocadas são no sentido da adequação da medida cautelar referida, porque evidente, «in casu» o risco em que se encontram as requerentes de sufocar prejuízos irreparáveis, antes da sentença a ser proferida na ação principal, tendente à anulação da decisão concessiva em causa.

Às fls. 54, a primeira requerente juntou prova de que a segunda suplicante acabara de receber notificação da segunda suplicada, contendo as mesmas ameaças, já anteriormente dirigidas a Mobil Comércio, Indústria e Serviços Ltda.

Respondeu o INPI à fl. 65, ponderando que, havendo o processo administrativo correspondente percorrido a tramitação própria, inclusive o exame técnico, é de admitir-se ter sido o privilégio concedido de acordo com a lei, desrecomendável o deferimento da medida liminar; outrossim, não há iminência dos riscos temidos, pois a patente virá interferir com negócios ainda em projeto, talvez, aleatórios, e que o receio de medidas judiciais não autoriza a cautelar.

Paralelamente, contestou a segunda requerida, às fls. 75, onde, após recordar o tramitamento regular do processo, na órbita administrativa, inclusive com o indeferimento de recurso da empresa Mobil Oil Corporation — e sustentar a ilegitimidade das requerente, porque estranhas àquele processo, opõe a inexistência de fundado receio da ameaça alegada, pois não há direito das suplicantes violado, e, sim, um direito a ser por elas respeitado, por força de deferimento, em última instância administrativa, de um pedido de privilégio, em favor da segunda requerida, após o devido procedimento legal previsto no CPI vigente; nesse contexto, mostra-se improficua a medida cautelar intentada que, embora inominada, não pode ultrapassar os limites de tal procedimento pretendendo as requerentes, apenas, perturbar a posse de um direito imaterial, fruto de ato administrativo perfeito e acabado; de outro lado, os alegados vícios, apenas supostos, só podem ser apreciados, pela complexidade da matéria, à luz de contraprova pericial, só viável na ação anulatória própria; a jurisprudência invocada na inicial não aproveita ao caso, impondo-se o indeferimento do pedido, como, aliás, requer o INPI.

O MM. Juiz Federal, Dr. Clélio Erthal, às fls. 107, julgou procedente o pedido, para que o INPI suspenda a expedição da carta patente respectiva, até que seja decidida a questão na ação ordinária correlata.

Apela a segunda requerida e instruído o recurso neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em douto parecer da lavra do culto Subprocurador-Geral da República Paulo Sollberger opinou pela reforma da sentença.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS (Relator): A r. decisão do Juízo Singular, às fls. 106, ao julgar procedente o pedido, fê-lo sob essas considerações:

«Cuida-se de Medida Cautelar Inominada requerida incidentalmente por Rhone Poulenc, Inc. e Rhodia S/A, enquanto se processa a ação principal nº 4.355.911 entre as mesmas partes, objetivando a sustação da patente deferida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI em favor da empresa norte-americana Rohn and Haas Company, através de proc. administrativo PI-7.301.790.

Ao que se apura, a Primeira Requerente cedeu à Segunda os direitos de fabricação e comercialização de um produto químico de composição análoga àquele que a Primeira Requerida pretende patentear, para fins de exploração exclusiva. E como — segundo entendem as Requerentes — a matéria é insuscetível de patenteamento, a consumação do registro importaria em lesão irremediável dos seus direitos pelo que pretendem suspender a eficácia do ato impugnado, até que se prove a ilicitude do mesmo.

A este Juízo se afigura prematuro qualquer julgamento quanto à juridicidade, ou não, da concessão impugnada. A questão somente ficará elucidada ao término da ação principal, após o exame do mérito. Mas o simples fato de haver o próprio INPI formulado novas exigências para manter o deferimento do registro industrial (fls. 89/90), já indicia iliquidez do direito da pleiteante Rohn and Haas Company quanto à exclusividade do invento.

Assim, havendo, ainda que remotamente, a possibilidade de vir a ser reconhecida a ilegalidade do privilégio à Primeira Requerida e o risco de lesão irreparável às Requerentes, com a consumação do ato, é de se acolher o pedido de acautelamento ora ajuizado, a fim de que não venham a sofrer perda irremediável dos seus eventuais direitos.

Sem dúvida, concorrem os dois pressupostos que justificam a concessão da medida cautelar, quais sejam a aparência de um bom direito *fumus boni juris* e o risco de perda pela eventual demora da decisão definitiva (*periculum in mora*).»

Para melhor encaminhamento do debate, transcrevamos os textos processuais em que se arrima o pedido:

«Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

.....

Art. 797. Além dos procedimentos cautelares específicos que este Código regula no Capítulo II deste livro, poderá o Juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause direito da outra lesão grave e de difícil reparação».

Inicialmente, fixemos que, à luz, em particular, do art. 798 reproduzido, no caso concreto, sustação da expedição de carta-patente — estamos diante de hipótese que se insere entre as denominadas medidas cautelares inominadas ou inespecíficas ou atípicas, em que o Juiz se apresenta portador de um poder cautelar geral amplo e discricionário.

A amplitude e o critério de seus limites foram delineados por Galeno Lacerda nestes termos:

«No exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar «as medidas provisórias que julgar adequadas» para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricção do Juiz assume proporções quase absolutas. Estamos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do Estado de Direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano quando, no exercício do imperium decretava os interdicta (fls. 135).

.....

Tratando-se de cautela inominada em que a responsabilidade do Juiz se revela maior, devido a amplitude da discricção, diríamos, até, que mais rigor deve ser posto na verossimilhança do direito alegado (fls. 164).

.....

Cumpramos interpretar a ênfase do legislador no sentido já assinalado: mais do que nas providências típicas, cujos pressupostos e condições a lei, em regra, os traça, devem aumentar no Juiz o rigor e a prudência, quanto ao exercício do poder cautelar genérico e discricionário». (Fl. 166).

De outro lado, não há dúvida de que, na espécie, a medida cautelar pretendida visa a assegurar a antecipação provisória da prestação jurisdicional requerida na ação principal de desconstituição do ato administrativo anulando.

Outrossim, a doutrina, no particular das ações cautelares, é no sentido de que dois são os seus pressupostos: o «*fumus boni juris*», entendido no sentido tradicional de probabilidade da existência do direito material, ou para outros (Ronaldo Cunha Campos de Dir. Proc. pág. 128/9; Humberto Teodoro Jr. — Processo Cautelar, pág. 76), existência do direito à ação principal, e o «*periculum in mora*», avaliável no quadro de probabilidade do dano, não bastando a simples possibilidade, como ensina Lopes da Costa (Medidas Preventivas, pág. 43).

No caso «sub iudice», as requerentes procuram apoiar o primeiro requisito na ação principal em que pleiteiam a nulidade do ato administrativo concessivo do privilégio, com base nos vícios que indicam, e a ameaça que sobre eles pesa em caso de mora

representada pelas intenções constantes das notificações judiciais referidas no relatório, endereçada pela segunda suplicada à segunda suplicante, e à antecessora Mobil Comércio e Indústria Serviço Ltda.

A decisão recorrida admite o concurso dos dois antessupostos, o primeiro nas restrições reconhecidas pelo INPI em torno do ato administrativo impugnado, o que autoriza, ainda, que remotamente a eventualidade de vingar o pedido na ação principal, e o segundo, pela ocorrência de risco de lesão irreparável às requerentes, com a consumação do ato de expedição da patente.

A apelante, em suas razões, prova infirmar os fundamentos da sentença, desenvolvendo os argumentos produzidos perante o Juízo «a quo» e enfatizando a ausência dos requisitos condicionadores da medida pretendida, seja pela autonomia do processo cautelar em face da ação principal, no plano do mérito, seja porque a jurisprudência se orienta em não conceder suspensão da patente, quando o litígio, na ação principal, gira em torno de questão técnica, segundo ocorre «in casu».

Detendo-me no plano do caso concreto, inicialmente, friso que a expedição da patente de invenção é ato administrativo plenamente vinculado, emitido ao cabo do devido procedimento legal, iniciado pelo depósito, acompanhado de exame técnico, com direito de oposição e recurso (art. 18 a 21 do CPI), e, por isso mesmo, a jurisprudência construída sob o regime do CPC de 1939 só autorizava se suspendesse a sua expedição ou os seus efeitos em caso de seu uso ser contrário à lei, à moral, à saúde e à segurança, em respeito aos direitos assegurados ao titular da patente, não o permitindo quando a controvérsia girasse apenas acerca de questões técnicas, como ocorre nesses autos; outrossim, é de assentar-se que aqui se registrou indeferimento de recurso administrativo da antecessora das requerentes e que o INPI, na ação principal, de mérito, embora haja admitido, retificações a serem processadas pela concessionária do privilégio, não os reputa de monta, tanto assim que a improcedência da ação (fl. 89), tendo feito o mesmo, quanto à presente cautelar (fl. 65).

Nesse contexto, atento a essas ponderações, estou em que, sem embargo da conclusão admitida pelo culto Juiz «a quo», não vislumbro nos autos prova satisfatória do «fumus boni juris», na compreensão admitida pela maioria da doutrina brasileira de reclamar-se a probabilidade da existência do direito de material deduzido na ação principal a plausibilidade do direito definido. (Frederico Marques — Elementos de Dir. Proc. pág. 14; Galeno Lacerda — Com. ao CPC VIII/Tomo I/308).

Mesmo sob a visão de Humberto Teodoro e Ronaldo Cunha Campos, no sentido de que tal requisito se consubstancia apenas no exame das condições da ação principal ainda que os presentes autos não oferecem elementos para tanto.

Paralelamente, no concernente ao «periculum in mora» — procedem, às inteiras, as observações do parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República quando salientou às fls. 167:

«No que se refere a prejuízos, tanto os poderão sofrer as suplicantes com a expedição da carta-patente, quanto a segunda suplicada com o retardamento mormente quando se verifica que mais da metade do prazo da patente, depositada em 14.03.73, já foi consumido (art. 24 do CPI).

Possíveis prejuízos poderão ser ressarcidos em ação de indenização, sem maiores riscos, porquanto suplicantes e suplicada são, todas, empresas sólidas, com patrimônio capaz de suportar eventual condenação».

Tais ponderações mais se impõem, se se confrontam as posições das partes, a segunda suplicada portadora do Direito de privilégio, reconhecido em processo regular, de amplo contraditório, e as requerentes, louvando-se em alegações, insuficientes por si só, a informarem o ato administrativo atacado.

Recorremos, ainda, a argumentação do INPI, na sua resposta de fls. 66, ao objetar não parecerem iminentes os riscos tecidos pelas requerentes, pois os seus negócios que interferem com a patente ainda se encontram em fase de projeto, de futuro aleatório.

Arrematando-me, reporto-me ao parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República na parte que transcrevo (fls. 165):

«Contudo, no nosso entender, a decisão está a merecer reforma, *data venia*.

Com efeito, a simples «possibilidade de vir a ser reconhecida a ilegalidade do privilégio» — possibilidade que o Juiz admite — «remota» — não justifica a concessão da cautelar. Os tratadistas, à uníssono, exigem a *probabilidade* do direito, que não é mera possibilidade, mas *possibilidade intensa*, segundo os dicionários.

José Frederico Marques, em seu «Elementos de Direito Processual Penal», Forense, pág. 14, explicita:

«O segundo pressuposto de providência cautelar consiste na *probabilidade* de resultado favorável de processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar. Sem o *fumus boni juris*, a providência cautelar se torna inviável. Daí haver sempre um juízo de *probabilidade* no processo cautelar» (grifamos).

A seu turno, Galeno Lacerda, depois de indagar em que consiste essa «aparência de bom de direito», o *fumus bonis juris*, que é o próprio mérito da ação cautelar, responde:

«Diríamos que *ela requer* mais do que a *simples possibilidade jurídica da ação principal* sem comprometer-se, contudo, com um prejulgamento da existência do direito material» (grifamos — Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. III; Tomo I, pág. 306).

Com inegável acerto, pondera, ainda, o acatado mestre que, na hipótese de cautelar inominada, «em que a responsabilidade do Juiz se revela maior devido à amplitude da discricção», todo rigor deve ser posto na avaliação da probabilidade e verossimilhança do direito alegado.

Aplicados os princípios expostos ao caso em exame, difícil se torna aceitar como atendido o pressuposto do *fumus bonis juris*, mormente quando se sabe que a favor da suplicada Rohm and Haas Company milita a *presunção de legalidade* de que goza o ato administrativo que lhe deferiu o pedido de patente.

Contra o ato administrativo, expedido após exame técnico (fls. 28/33), em procedimento contraditório, pretendem as suplicantes opor — não há como deixar de reconhecer — simples alegações.

O fato de ter o INPI, em grau de recurso e à vista das impugnações apresentadas, determinado algumas modificações no pedido de patente, não desfavorece a decisão final, antes a reforça, pois demonstra que a questão foi examinada cuidadosamente».

Por tudo quanto foi aduzido e deduzido, entendo que «in casu» a prudente discricção que deve presidir o Juízo nas cautelares desautoriza a concessão da medida, pelo que reformo a decisão de primeiro grau, invertidos os ônus da sucumbência, dando provimento ao recurso voluntário interposto.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 79.326-RJ (Reg. n.º 4.358.368) — Rel.: Min. Sebastião Alves dos Reis. Apte.: Rohm and Haas Company. Apdos.: Rhone Poulenc Inc. e outro — Advs.: Drs. Boris Feur e outros, Luiz Gonzaga Moreira Lobato e outros e Dr. Cláudio Penna Lacombe.

Decisão: A Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deu provimento ao recurso voluntário invertidos os ônus da sucumbência. (Em 27-06-83 — 5ª Turma). Sustentou oralmente pelo apelante: Dr. Cláudio Penna Lacombe e pelo apelado: Dr. Gert Egon Dannemann.

Os Srs. Ministros Pedro da Rocha Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SEBASTIÃO ALVES DOS REIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.240 — SP
(Registro nº 1.291.793)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Refrigerantes de Santos S.A.*

Advogados: *Drs. Alfio Venezian e Luiz Carlos Bettiol*

EMENTA: «Tributário — Imposto de renda — Arbitramento de lucro — Ação anulatória.

A desclassificação de escrita e efetivação de lançamento do imposto de renda por arbitramento do lucro depende do exame dos fatos, a serem apurados em perícia que, no caso, foi desfavorável à União. Apelação desprovida. Sentença confirmada».

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de maio de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Refrigerantes de Santos S.A. propôs contra a União ação anulatória de débito fiscal resultante de lançamento de imposto de renda, nos exercícios de 1967, 1968 e 1969, efetuado, tendo em conta a receita bruta da empresa, ao fundamento de que, irregularidades encontradas em sua escrita levaram à respectiva desclassificação.

Apreciou um a um dos argumentos da autoridade para proceder ao lançamento ex officio e protestou por provas, inclusive pericial.

Contestando a ação argumentou a União:

«Pela presente ação, pretende a Autora:

a) anulação do débito fiscal objeto do processo administrativo nº 24.530/69; ou

b) redução do crédito fiscal com multa de apenas 25%.

Em qualquer hipótese, alternativamente, não lhe assiste razão. É certo que o arbitramento do lucro, por inidoneidade da escrita, tem caráter excepcional, e parece inteiramente ocioso invocar decisões administrativas ou judiciais que o digam, porque isso decorre da própria lei.

A questão, nesse terreno, é sempre necessariamente casuística, referida à hipótese do caso concreto sob exame. Igualmente ocioso dizer que simples e esparsas irregularidades contábeis, mesmo com repercussão na matéria tributável, não justificam o arbitramento, resolvendo-se com as sanções também previstas em lei.

Se, porém, o volume das irregularidades e defeitos da escrituração é tal que não possam ser tratadas separadamente, ou, se o forem, não permitiriam alcançar a verdade dos resultados da atividade considerada, em face da lei tributária e seus fins, então estará caracterizada (quanto ao imposto de renda, que aqui interessa) a hipótese legal de arbitramento, como previsto nos dispositivos vigentes em que se baseou a autuação. É o caso dos autos.

A própria inicial enumera 13 arguições de irregularidades, que são realmente incontornáveis diante da legislação fiscal específica. As justificativas apresentadas para cada item não convencem. A propósito, basta ler a defesa fiscal de fls. 265/283 do Processo Administrativo nº 24.530/69 (anexo), pois a inicial é mera repetição das alegações produzidas na esfera administrativa e convenientemente refutadas pelos autores do procedimento fiscal».

Realizada perícia o Dr. Juiz julgou a ação procedente em sentença na qual, após analisar uma a uma as respostas do Perito do Juízo aos quesitos formulados pelas partes, concluiu:

«Em resumo, concluiu o perito que a desclassificação da escrita efetuada pelo Fisco Federal não tinha razão de ser, uma vez que a mesma estava revestida das condições exigidas pela lei, sendo que as críticas oferecidas não chegaram a abalar as conclusões do laudo judicial, acolhendo este Juízo unicamente a retificação apresentada pelo assistente técnico da autora às fls. 293/294. O laudo pericial provou sobejamente que a escrituração da autora estava em ordem, com a existência de elementos contábeis suficientes para apurar qualquer omissão, se houvesse».

A União apelou alegando:

«Merece reexame a r. sentença recorrida, a despeito de ter sido proferida por eminente e culto magistrado.

É que, supervalorizando as conclusões do laudo apresentado pelo Sr. Perito Judicial contra todas as evidências, concluiu que

«o laudo pericial provou sobejamente que a escrituração da autora estava em ordem, com a existência de elementos contábeis suficientes para apurar qualquer omissão, se houvesse».

Observe-se que a própria inicial enumera 13 arguições de irregularidades que são realmente incontornáveis diante da legislação fiscal específica.

Entretanto o laudo pericial, surpreendentemente, considerou boa uma escrita contábil inequivocamente irregular.

Reporta-se a União Federal à contestação de fls. 46/71, bem como às críticas do laudo pericial formuladas por seu Assistente Técnico (fls. 279/291) que demonstram, de maneira muito nítida, a legalidade da ação fiscal e a imprestabilidade da escrita da Apelada».

Contra-arrazoado o recurso, os autos vieram a este Tribunal e foram com vista à Subprocuradoria que opinou pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Como acentuou a União em sua contestação, a desclassificação de escrita e efetivação de lançamento do imposto de renda por arbitramento do lucro são questões sempre casuísticas, que só podem ser decididas considerando as conclusões da perícia, como fez o Dr. Juiz.

Afirmou-se na apelação que o assistente técnico da ré discordara do laudo do Perito Oficial, mas, ao fazê-lo, não trouxe elementos realmente aptos a afastá-lo, oferecendo apenas objeções a conclusões ali admitidas, objeções que, de outro lado, não resultaram do exame direto da escrita da autora, mas apenas de apreciação de documentos que instruíram o laudo do Perito Oficial.

Não há, assim, como alterar-se a sentença, pois como acentuou o Sr. Ministro Pádua Ribeiro em ementa oposta à AC 52.734, citada pelo Dr. Juiz:

«I — Saber se o arbitramento dos lucros, tal como feito, era imperioso, em face do estado da escrita contábil da empresa, constitui matéria, cujo deslinde só é possível com base no testemunho técnico, que, no caso foi desfavorável ao Fisco».

Nego provimento à apelação e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.240-SP (Reg. nº 1.291.793) — Rel.: Sr. Ministro Armando RolleMBERG. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Refrigerantes de Santos S.A. Advs.: Drs. Alfio Venezian e Luiz Carlos Bettiol.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 20.05.87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.460 — RJ
(Registro nº 4.857.020)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelante: *La Naviera — Lineas Argentinas de Navegacion Maritima Y Fluvial S/A*

Apelada: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*

Advogados: *Drs. Antônio Carlos Mendes Vianna e outros e Hercílio Moreira de Sant'Anna e outros*

EMENTA: Malas postais. Transporte. Avarias. Responsabilidade do transportador. Direito próprio da ECT. Indenização.

1. O transportador de malas postais é responsável pela indenização, devida à ECT, por extravio e violação de encomendas e correspondências.

2. Pleiteando a empresa postal por direito próprio, não teria necessidade de indenizar previamente os seus usuários, como condição para, subrogada em seus direitos, propor ação contra a transportadora.

3. A vistoria realizada em porto estrangeiro, com a presença de representante da transportadora, é suficiente a provar os danos decorrentes da violação e extravio das encomendas postadas e entregues para o transporte.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 27 de março de 1987 (data do julgamento).

CARLOS THIBAU, Presidente — DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: *La Naviera — Lineas Argentinas de Navegacion Maritima Y Fluvial S.A.* apela de sentença proferida pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que julgou procedente ação

movida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, condenando a apelante a indenizar a ECT por danos causados em 67 (sessenta e sete) malas postais transportadas pela mesma, que chegaram inutilizadas em seu destino.

Recebida e processada a apelação, subiram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A apelada propõe a presente ação indenizatória, não na qualidade de sub-rogada em direitos dos usuários de seus serviços, remetentes das encomendas que foram extraviadas, mediante violação dos respectivos volumes por eles postados. Pleiteia por direito próprio, ainda que calculado o seu valor segundo normas de responsabilidade indenizatória a seus usuários. Deste modo, não necessitaria de antes efetuar a indenização desses usuários, para legitimar a sua ação.

Quanto à prova da avaria dos volumes, tudo a indicar que se trata de violação criminosa, a vistoria levada a efeito em Buenos Aires, com a participação de representante da Companhia Transportadora é suficiente para evidenciar os danos causados.

São estas as únicas objeções postas na apelação, pelo que não vejo como lhe dar provimento.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 83.460-RJ (Reg. n.º 4.857.020) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade — Apte.: La Naviera — Lineas Argentinas de Navegacion Marítima Y Fluvial S/A — Apda.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — Advs.: Drs. Antônio Carlos Mendes Vianna e outros e Hercílio Moreira de Sant'Anna e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 27-03-87 — 1.ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.733 — DF
(Registro nº 5.573.831)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara do Distrito Federal*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Sobrindes Ltda.*

Advogado: *Dr. Carlos Celso da Silva*

EMENTA: Embargos à Execução. Licitação. Dolo e má-fé. Documento hábil à execução.

I — A simples alegação de existência de dolo e má-fé em modalidade de licitação (convite), que atendeu a todos os pressupostos contemplados pelas normas regentes da matéria, não basta a desfigurar a execução tentada. Necessário se faz a prova das alegações.

II — Em sede de execução contra a União Federal por inadimplência no pagamento de serviços prestados, a Nota Fiscal de Serviços/Fatura constitui-se documento hábil a promover-se dita execução.

III — Sentença que se confirma. Improvimento da apelação e da remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de fevereiro de 1986 (data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente — PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Irresignada com sentença que desacolheu os embargos apresentados à execução que lhe é movida por Sobrindes Ltda., a União Federal interpõe o presente recurso aos argumentos que:

a) o título em que se funda a execução é inepto, não sendo o suficiente para tutelar a pretensão da exequente, posto que simples fatura;

b) a exequente agiu com dolo e má-fé.

Devidamente contra-arrazoado o recurso, subiram os autos a esta instância, tendo a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República emitido parecer em prol da confirmação do *decisum*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Ao entendimento de que a *quaestio juris* obteve deslinde adequado em primeira instância, posicionou-se o parecer da lavra do culto Procurador da República, Dr. Flávio Vieira, mercedor da aprovação do não menos culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Osvaldo Degrazia.

Faço do pronunciamento do Dr. Procurador as minhas razões de decidir, transcrevendo-o no essencial:

«Ao nosso ver, a r. decisão *a quo*, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, deve ser mantida *in totum*, eis que o seu douto prolator distinguiu com meridiana lucidez o interesse que deve ser tutelado pelo direito aplicável à espécie.

Com efeito a CEME, ante a necessidade de contratar serviços e adquirir determinado material, empreendeu um procedimento licitatório da modalidade «convite», do qual participaram tão-somente três concorrentes, dentre elas a embargada (vencedora), e consoante informam-nos os elementos dos autos, todos os atos aí praticados o foram segundo as determinações legais pertinentes.

Assim, ultrapassada a fase para eventuais impugnações na esfera administrativa, não cabe, no Juízo da Execução, utilizarem-se de meras presunções — a Embargante fala de evidente má-fé da Embargada, por ter, inobstante o preço elevado, vencido a concorrência — como matéria alegável nos embargos opostos. A amplitude de que fala a lei tem limites na objetividade, o que implica o ônus de provar-se o alegado.

No que tange ao discutido defeito do título exequendo, por ser este constituído de Nota Fiscal de Serviço/Fatura, cumpre não olvidar que a enumeração introduzida pelo artigo 585 e incisos, do Código de Processo Civil, é meramente exemplificativa e não taxativa como quer a Embargante. E ainda que assim não fosse, o documento em questão preenche os requisitos de que trata o inciso II do mencionado artigo, revestindo-o, portanto, de liquidez, certeza e exigibilidade exigíveis para a constituição do título executivo extrajudicial válido e eficaz» (fls. 50/51).

Correto o parecer. Nada a ser acrescido.

Nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 86.733-DF (Reg. nº 5.573.831) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli.
Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara do Distrito Federal. Apte.: União Federal. Apda.: Sobrindes Ltda. Adv.: Dr. Carlos Celso da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 19-02-86 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Torreão Braz votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.192 — RJ
(Registro nº 2.558.475)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Apelante: *Visa International Service Association*

Apelado: *INPI*

Advogados: *Dr. Carlos Henrique de Carvalho Fróes e Dra. Rosa Maria Rodrigues Motta*

EMENTA: Propriedade Industrial. Registro da Marca *Visa*. Indeferimento. Ação Anulatória. Artigo 69 do CPI.

— O fato de a autora utilizar, em sua atividade, folhas de fluxo para computadores, instruções impressas para máquinas, etc., não autoriza o pretendido registro. Este seria viável se a autora se dedicasse à indústria ou ao comércio desses artigos.

— Inaplicabilidade, outrossim, do artigo 6º da Convenção de Paris ao caso in concreto (proteção telle quelle).

— Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 25 de fevereiro de 1987.

CARLOS VELLOSO, Presidente — AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Para julgar improcedente a presente ação, eis como relatou a espécie o MM. Juiz Federal da 3ª Vara-I da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dr. Alberto Nogueira (fls. 205/206):

«*Visa International Service Association*, sociedade bancária norte-americana, organizada sob as leis do Estado de Delaware, sediada em California Street, 555, na cidade de San Francisco, Califórnia, USA, propõe contra

Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI, estabelecido nesta cidade, na Praça Mauá, nº 7, 11º andar, Ação Ordinária com a finalidade de anular o ato administrativo indeferitório de pedido de registro da marca Visa, ao tempo em que se denominava Ibanco Limited, para distinguir impressos, formulários e outros artigos pertencentes à classe 16, no processo nº 21.510/75, decisão mantida em grau de recurso sob fundamento do art. 69 do Código da Propriedade Industrial (decisões publicadas na RPI nº 270, de 23 de dezembro de 1975, e RPI nº 409, de 22 de agosto de 1978), ou seja, por ausência de relação entre os artigos reivindicados e sua atividade.

Alega, em síntese, que se dedica ao negócio de operações bancárias internacionais e, em particular, à distribuição e expedição de carteiras de crédito e formulários correlatos como parte de um sistema mais amplo, figurando tais cartões como os impressos reivindicados no pedido de registro, assim como folhas para fluxo de computadores, instruções impressas para máquinas e instruções de operação, por operar com computadores, além de formulários, rótulos e decalques, ligados às suas atividades.

O registro nos Estados Unidos da América da marca Visa, sob nº 1.065.272, país de origem, da qual é titular, lhe permite invocar o art. 6º da Convenção de Paris, consoante o Decreto nº 75.572/75, estendendo-se aquela proteção ao Brasil, como país signatário, *telle quelle* ali admitida.

Daí a propositura da ação, para reconhecimento da viabilidade do pedido de registro *ut* art. 64 do Código da Propriedade Industrial, instruída com os documentos de fls. 13 *usque* 169.

Por força do provimento do apenso agravo, admiti a contestação de fls. 186/192, acompanhada de documentos (fls. 193/197), sustentando o Réu a legitimidade do ato impugnado, uma vez que a atividade da Autora se restringe exclusivamente a operações bancárias, prestação de serviços, e não como assinalado em seu requerimento de registro, «indústria de impressos, artigos de escritório, formulários, letreiros e mostruários de papelão para lojas, rótulos, decalques, folhas para fluxo de computador, instruções para máquinas e instruções de operação» (fl. 187), sendo irrelevante para a espécie o invocado art. 6º da Convenção de Paris. A Autora, na fase administrativa, não comprovou o registro da marca no país de origem, silenciando totalmente a respeito, ou a identidade daquela e a pretendida no Brasil para reivindicar a proteção *telle quelle*. De qualquer sorte, a lei brasileira, art. 69 do CPI, também aplicável, torna inviável a pretensão da Autora.

Réplica às fls. 200, reportando-se à manifestação anterior (fls. 178/180).

A União Federal subscreveu as razões de sua assistida autarquia (fls. 201-^{vº}).»

Inconformada, apela a autora, dizendo que o MM. Julgador não se deteve no exame dos argumentos, aduzidos na inicial e na réplica, a respeito da ligação existente entre os artigos mencionados e o ramo de atividade da apelante no país de origem, certo que sua marca se acha registrada em 50 países. Ademais, a proteção às folhas para fluxo de computadores, instruções impressas para máquinas e instruções de operações foi requerida porque opera ela com computadores, fato que não surpreende, por se tratar de empresa de grande porte e, ainda, no que diz respeito aos formulários, rótulos e decalques, também reivindicados, estão intimamente ligados à sua atividade, constituindo os chamados elementos de apoio, de natureza material, para o seu regular desenvolvimento (fls. 211/214).

Contra-razões às fls. 217/220.

Atendendo ao despacho de fls. 225, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República emitiu o parecer de fls. 226/228, opinando pela confirmação da sentença.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMERICO LUZ (Relator): Além da sólida e judiciosa fundamentação sentencial, o douto parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, exarado pelo ilustre Doutor Paulo Sollberger, notório conhecedor do Direito da Propriedade Industrial, demonstra que a apelante não tem razão. Transcrevo do aludido parecer (fls. 226/228):

«O pedido foi indeferido com fulcro no art. 69 do CPI, que dispõe:

«Art. 69. Ressalvado o previsto no artigo 68, a marca requerida por pessoa domiciliada no exterior poderá ser registrada como brasileira, nos termos e para efeitos deste Código, desde que o titular prove que se relaciona com sua atividade industrial, comercial ou profissional, efetiva e licitamente exercida no país de origem».

Entendeu o INPI, com razão, a nosso ver, que inexistia relação entre os artigos reivindicados e a atividade exercida pela Autora no país de origem.

De fato, como se vê dos documentos trazidos ao processo, a autora é uma sociedade prestadora de *serviços bancários*, neles incluídos a distribuição e expedição de carteiras de crédito, atividade que não justifica, de forma alguma, a pretensão de obter o registro de sua marca para distinguir a *indústria* e o *comércio* de impressos, artigos de escritório, folhas para fluxo de computadores, etc.

A autora, com habilidade, mas sem muita imaginação, procura confundir as coisas ao sustentar que os artigos reivindicados guardam estreita relação com a sua atividade, por se constituírem nos «chamados elementos de apoio, de natureza material, para se regular desenvolvimento».

Ora, o fato de a autora utilizar, em sua atividade, folhas de fluxo para computadores, instruções impressas para máquinas, formulários, rótulos e decalques, não autoriza o registro pretendido, que só se justificaria, se a autora se dedicasse à *indústria* ou ao *comércio* desses artigos, o que não é o caso.

Quanto à proteção *telle quelle* do art. 6º da Convenção de Paris, é a mesma inaplicável à hipótese, por duas razões, como bem salientou o INPI, *verbis*:

«a) A Apelante estava obrigada a comprovar a existência de registro, em seu país de origem, quando do depósito de seu pedido no Brasil, o que não ocorreu, como salientado na contestação oferecida (fls. 188). Aliás sobre o assunto a Apelante guardou absoluto silêncio, como que confessando a sua omissão, o que foi ressaltado na r. sentença recorrida, nestes termos:

«... a Autora na fase administrativa, não comprovou o registro da marca no país de origem, silenciando totalmente a respeito, ou a identidade daquela e a pretendida no Brasil para reivindicar a proteção *telle quelle*» (fl. 206).

b) Mesmo que a Apelante tivesse requerido a proteção *telle quelle*, quando do depósito do seu pedido no Brasil, o que não ocorreu como demonstrado, o pedido de registro em apreço não poderia mesmo ser concedido, pois, como é sabido, a proteção *telle quelle*, se dirige às características extrínsecas da marca (sua forma, disposição, sinais que a compõem) e não aos requisitos de legitimidade para adquiri-la.

Em outras palavras, se a Autora tivesse depositado seu pedido, requerido a proteção do art. 6º da Convenção, o INPI não poderia indeferi-lo alegando que os seus sinais, bem como a sua disposição ou forma infringiam a legislação pátria. Todavia, uma vez verificada a não correspondência do ramo de atividade da interessada no registro com os artigos por ela reivindicados, nada impedia que o INPI indeferisse o pedido, como fez».

A despeito das bem-lançadas razões recursais, redigidas por outro notável cultor do direito marcário, Doutor Carlos Henrique de Carvalho Fróes (*ut fls. 211/214*), estou em que a decisão recorrida merece confirmação, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Dáí que nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.192-RJ (Reg. nº 2.558.475) — Relator: Sr. Ministro Américo Luz. Apelante: Visa International Service Association. Apelado: Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI. Advogados: Dr. Carlos Henrique de Carvalho Fróes e Dra. Rosa Maria Rodrigues Motta.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 25-02-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a Sessão o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 94.088— SP
(Registro nº 6.125.166)

Relator para o Acordão: *O Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Relator originário: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Apelante: *Usinas Brasileiras de Açúcar S.A.*

Apelados: *IAPAS/BNH*

Advogados: *Drs. José Brandão Savoia, outro e Cecy Marchesoni Habice Pinna*

EMENTA: Tributário. Previdenciário. FGTS. Trabalhador rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei 4.214, de 2-3-63. Lei 5.889, de 8-6-73. Lei 5.107/66.

I — Tributário. FGTS. Trabalhador rural: com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, «b» CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei 4.214/63, arts. 2º 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei nº 5.889/73, que revogou o ETR, Lei nº 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei 5.107, de 13-9-66).

II — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de agosto de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — CARLOS M. VELLOSO, Relator (Art. 89 — RI).

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: À execução fiscal ajuizada pelo IAPAS para cobrar-lhe depósitos para o FGTS não efetuados, Usinas Brasileiras de Açúcar S.A. opôs embargos do devedor afirmando indevidos os depósi-

tos cobrados, porque relativos a trabalhadores que lhe prestaram serviços de natureza rural, aos quais não são aplicáveis as regras relativas ao Fundo referido.

Processados, os embargos foram julgados improcedentes e a executada apelou invocando decisões de Turma deste Tribunal, nas quais fora decidido que os trabalhadores na agroindústria açucareira estavam excluídos do regime do FGTS.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A Lei 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nada dispôs, de especial, quanto à aplicação das normas respectivas aos trabalhadores rurais.

A Lei nº 5.889/73, entretanto, no seu art. 20, estabeleceu que lei especial disporia a respeito, com o que expresso ficou não estar dito trabalhador abrangido no regime referido.

Ao dispor por tal forma, porém, o diploma legal mencionado definiu o empregado rural como a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário (art. 2º), e, logo depois, deixou expresso ser empregador rural, para os efeitos que previa, a pessoa física ou jurídica que explorasse atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados (art. 3º).

Da conjugação de tais normas conclui-se que ao regime do FGTS não estão sujeitos os trabalhadores rurais, como tal se entendendo os que prestam serviços de natureza rural a empregador que explore atividade agroeconômica, do que decorre estarem abrangidos pelo regime do FGTS os que prestam serviços, mesmo de natureza rural, a empresas industriais, como as usinas de açúcar.

Tendo em conta tal orientação, o meu voto é negando provimento à apelação.

EMENTA: «Tributário. Previdenciário. FGTS. Trabalhador rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei nº 4.214, de 2-3-1963. Lei nº 5.889, de 8-6-73. Lei nº 5.107, de 1966.

I — Tributário. FGTS. Trabalhador rural: com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, «b», CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei nº 5.889/73, que revogou o ETR, Lei 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei nº 5.107, de 13-9-66).

II — Recurso provido».

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de cobrança de FGTS relativamente a trabalhadores do setor agrícola da apelante, Usinas Brasileiras de Açúcar S.A. A sentença julgou improcedentes os embargos do devedor. Argumentou:

«A questão resume-se na apreciação do previsto pela Lei nº 5.107/66, para a qual aquele que é considerado empregador industrial, tanto no setor agrícola, como no de transformação da matéria-prima, sendo, pois, seus empregados assim considerados.

Desta forma, não importa a conceituação de *safristas*, para descaracterizar o débito fiscal, uma vez que mesmo nessas condições estão eles enquadrados como empregados, como aliás é entendimento da Justiça Obreira, posto que já decidiu ser industriários aqueles trabalhadores de empresas industriais e que prestam serviços no campo, aludindo de forma específica às usinas canavieiras, conforme AC 267, da 1ª Turma do TST, datado de 2-4-74.

Aliás, também o Eg. STF conceitua como *industriários* mencionados trabalhadores, conforme se observa da Súmula 196 daquele Pretório, considerando os denominados *safristas* como de fato abrangidos pela Lei 5.107/66, não restando outra alternativa, em termos jurídicos, a não ser a de enquadrá-los nessa categoria, que, por consequência, lhes proporciona os benefícios do FGTS».

..... (fls. 116/117).

Apreciando o apelo da embargante, o eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator a ela negou provimento, com o seguinte voto:

«A Lei 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nada dispôs, de especial, quanto à aplicação das normas respectivas aos trabalhadores rurais.

A Lei 5.889/73, entretanto, no seu art. 20, estabeleceu que lei especial disporia a respeito, com o que expresso ficou não estar dito trabalhador abrangido no regime referido.

Ao dispor por tal forma, porém, o diploma legal mencionado definiu o empregado rural como a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário (art. 2º), e, logo depois, deixou expresso ser empregador rural, para os efeitos que previa, a pessoa física ou jurídica que explorasse atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados (art. 3º).

Da conjugação de tais normas conclui-se que ao regime do FGTS não estão sujeitos os trabalhadores rurais, como tal se entendendo os que prestam serviços de natureza rural a empregador que explore atividade agroeconômica, do que decorre estarem abrangidos pelo regime do FGTS os que prestam serviços, mesmo de natureza rural, a empresas industriais, como as usinas de açúcar.

Tendo em conta tal orientação, o meu voto é negando provimento à apelação».

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

Abrindo o debate, anoto que o período mais remoto da dívida é dezembro/67 (execução fiscal, fls. 4/5).

Na AC nº 70.075-MG, de que fui relator, decidi esta Egrêgia Turma:

«Tributário. Contribuições previdenciárias. Decadência. Prescrição. Carvoeiros. Relação de emprego. Segurado obrigatório.

I — Contribuição previdenciária é tributo, sujeita, como tal, às regras legais atinentes ao regime tributário, inclusive quanto aos prazos de decadência e de prescrição do CTN, artigos 173 e 174.

II — O crédito tributário se constitui pelo lançamento (CTN, art. 142), que lhe imprime condição de exigibilidade, formalizando-se em auto de infração ou notificação fiscal (Decreto nº 70.235/72, art. 9º). Os recursos, na esfera administrativa, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal (CTN, art. 151, III). Se há apenas suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, constituído, então, já se encontra este quando da interposição dos recursos administrativos. Destarte, enquanto os recursos administrativos estão pendentes, não há mais que se falar em decadência (CTN, art. 173). Essa causa de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal é, também, causa de suspensão da prescrição, em obséquio ao princípio da *actio nata*, que comanda o instituto da prescrição.

III — Inocorrência, no caso, de prescrição.

IV — Pequeno empreiteiro — carvoeiro da Cia. Sid. Belgo Mineira — sem capacidade econômica para arcar com os riscos do negócio, que trabalhava na fabricação de carvão em terrenos e matas da companhia siderúrgica, era, em realidade, empregado desta. E não podia ser considerado trabalhador rural, porque exercia o seu trabalho numa atividade essencial da indústria. Sua sujeição, portanto, ao regime previdenciário.

V — Recurso provido» (DJ, 4-6-81).

No caso, importa considerar o que está posto no item IV (quatro) da ementa acima transcrita.

O lançamento objeto da ação que deu origem à AC nº 70.075-MG, cujo acórdão foi acima transcrito, dizia respeito ao período setembro/1960 a dezembro/1961.

Isto é importante anotar.

Disse eu, no voto que proferi por ocasião do julgamento, no ponto que interessa, aqui:

«No mérito, o lançamento diz respeito ao período setembro de 1960 a dezembro de 1961, incidente sobre pagamentos feitos pela autora, ora apelada, a *carvoeiros*, pessoas que trabalhavam na produção de carvão vegetal e que a apelada denomina «empreiteiros», ou que seriam, no entendimento desta, trabalhadores rurais.

O laudo pericial, às fls. 112/118, esclarece que «os pagamentos relacionados pela fiscalização em seu relatório não se referem a pagamentos de salários a trabalhadores, mas a pagamento a empreiteiros de carvão», que recebiam «um pagamento normal pelo fornecimento de carvão e ainda prêmios de produção e outros valores pela construção de barracos, conservação de estradas, construções de fornos e serviços correlatos» (fls. 113).

Acontece que tais serviços — produção de carvão — são essenciais à atividade da autora apelada, uma siderúrgica que utiliza, em seus altos fornos, o carvão vegetal.

Isto é fora de dúvida.

Os *carvoeiros*, por outro lado, que a apelada denomina de empreiteiros, são pessoas humildes, que habitam o interior de Minas, comumente na região onde o carvão vegetal é produzido, e que, na realidade, não tinham condições de assumir empreitada nenhuma. Sob esse nome, tenta-se mascarar uma realidade.

É o que deflui da prova pericial.

Os «empreiteiros» recebiam os pagamentos mensalmente (fls. 116); não havia contrato escrito de empreitada (fls. 117), certo que os pagamentos eram registrados «em livro especial denominado Diário dos Carvoeiros» (fls. 116).

Esses pagamentos, outrossim, feitos mensalmente, caracterizavam: produção de carvão, reparo de cercas, reparação de benfeitorias, transporte de carvão, construções de fornos, prêmios de produção de carvão (fl. 116). De outro lado, «a madeira empregada na fabricação de carvão pertence, ou melhor, é plantada em terrenos de propriedade da autora. A autora também adquire matas em pé de propriedades de terceiros...» (fl. 116).

A prova pericial é expressa no afirmar que os carvoeiros, que a apelada donomina «empreiteiros», «são pessoas sem condição econômico-financeira». E verdade que acrescenta: «mas que podem trabalhar com a ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a autora de apresentar um número de metros cúbicos de carvão, de acordo com as necessidades a que se propôs junto à autora» (fl. 117). Esta afirmativa, todavia, reforça o entendimento de que não passavam esses carvoeiros de miseráveis indivíduos, autênticos cumpridores de ordens da apelada, assim autênticos empregados desta, empreiteiros», que, por não poderem contratar empregados a fim de atenderem as necessidades da autora, podiam «trabalhar com a ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a autora...» (fl. 117). Essa «ajuda de companheiros», aliás, decorre de mera presunção do perito, já que este não aponta o dado objetivo em que se fundamentou para fazer a afirmativa. O que deflui da prova pericial é, em verdade, o seguinte: o que os miseráveis carvoeiros empreitavam nada mais era senão a sua força de trabalho.

Os *carvoeiros*, empreiteiros de uma única coisa que dispunham, a sua força de trabalho, assim os seus braços e o seu suor, não passavam, em realidade, de empregados da apelada. É que o contrato de trabalho, todos sabemos, é um contrato realidade.

Ademais, os Tribunais têm decidido, num rol de casos, iterativamente, que os pequenos empreiteiros, pessoas sem condição econômica de assumirem os riscos de um contrato de empreitada, não passam de simples empregados, ou empregado-operário (CLT, art. 652, III).

V

De outro lado, o entendimento no sentido de que os carvoeiros da apelada seriam trabalhadores rurais, assim excluídos do regime da Previdência Social, não encontra amparo na legislação vigente à época da prestação do trabalho (1960/1961).

É que essa prestação de trabalho dava-se numa atividade essencial da apelada. Esta, conforme já falamos, é uma siderúrgica que utiliza, nos seus altos fornos, o carvão vegetal. Sem esse carvão a atividade industrial da apelada não prosperaria. Observada, então, a finalidade do trabalho desenvolvido pelos carvoeiros, devem os mesmos ser enquadrados, para fins previdenciários, como industriários, ou empregados de uma indústria, assim segurados obrigatórios do INPS.

Tenho como acertada a exegese posta nas razões de recurso, às fls. 149/150, nestes termos:

.....
«Face ao período a que se refere ao levantamento do débito, ora *sub judice*, o exame da questão não pode ser feito senão à luz das disposições legais, aplicáveis à espécie, na época do fato gerador do débito. A LOPS, Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na sua primitiva redação dispunha que seriam excluídos do seu âmbito os trabalhadores rurais, assim entendidos, os que cultivam a terra.

Claro está que a fabricação de carvão (atividade típica do carvoeiro), embora exercida em área rural e mediante processo rudimentar, não era e não é atividade caracterizada como rural, para fins previdenciários, filiando-se, portanto, à época, ao ex-IAPI, estando neste caso, não só o «carvoeiro», como o oleiro, o carpinteiro, o electricista, o tratorista, etc.

Não obstante, o artigo 3º do Regulamento da LOPS (Decreto nº 48.959-A de 1960), em fazendo menção ao art. 7º, letra *b*, da CLT, dava preponderância à finalidade das operações da empresa. Seja por uma ou outra interpretação, porém, não podem ser considerados trabalhadores rurais os relacionados no levantamento do débito, cuja anulação é objeto desta ação, a uma porque não cultivam a terra e a duas porque, notoriamente, a apelada Cia. Siderúrgica Belgo-Mineira, como o próprio nome indica, sem dúvida é uma *indústria de siderurgia*, e, como tal, abrangida pelo regime da LOPS.

Em suma, a própria lei a ser aplicada (artigo 3º da LOPS) se encarregou de aclarar o texto por exclusão, pois, somente os trabalhadores rurais que cultivassem a terra não seriam filiados ao Instituto de Previdência. Os outros, porém, seriam, obviamente, como os carvoeiros. Frise-se que a filiação à Previdência Social decorre *automaticamente* do exercício da *atividade remunerada*, compreendida, no regime da LOPS (art. 6º da Lei nº 3.807/60). Portanto, qualquer arrazoado, decisão, pareceres, jurisprudência com fulcro em leis ou decretos posteriores, tratando da espécie, como pretende a apelada, são despidiendos e de nenhum valor para o desate justo da questão.

Finalmente, com respeito à dúvida levantada pela apelada (não examinada e apreciada pelo MM. Juiz *a quo*), se os carvoeiros seriam empregados ou empreiteiros, há que se ver que os ditos carvoeiros tinham vínculo empregatício com a apelada, caracterizados que são os requisitos do art. 3º da CLT. É irrelevante a ausência de contrato de trabalho, devidamente formalizado, mesmo porque qualquer avença (contrato de empreitada entre as partes firmado, escrito ou verbalmente, será nulo de pleno direito, desde que venha desvirtuar as normas tutelares trabalhistas artigo 9º da CLT).

Nas respostas aos quesitos constantes do laudo de fls. 112/118, transluz-se a condição de autênticos empregados. De fato, é difícil conceber os cognominados carvoeiros como empreiteiros se seus serviços são dirigidos, fiscalizados e remunerados pela empresa, a apelada, seja na produção do carvão, produzido este em terras da própria Companhia, ou em «matos em pé», adquiridos de terceiros, além de que todo o material e mão-de-obra, como seja: construção de fornos, barracas e limpeza de estradas, linhas etc., são fornecidos e pagos pela Companhia».

Nas AACC nºs 72.761-MG e 76.590-MG, relatadas pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg, não foi outro o entendimento desta Egrégia 4ª Turma.

Referido entendimento, todavia, não se aplica, neste caso.

É que, aqui, o período mais remoto da dívida é dezembro de 1967.

Na AC nº 56.495-RS, por mim relatada, sustentei que, com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, artigos 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, «b», CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante do empregador. A partir do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades industriais, os trabalhadores vinculados às ativi-

dades rurais serão trabalhadores rurais, regidos pelo ETR. Invoquei, para assim decidir, o precedente do nosso Tribunal Pleno, havido no MS nº 62.743-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro Henoch Reis (Tribunal Pleno, em 26-6-68), convido esclarecer, aliás, que o acórdão proferido no citado MS 62.743-SP, de que foi Relator o Sr. Ministro Henoch Reis, foi confirmado pela Corte Suprema, no RE nº 74.347-DF, Relator o Sr. Ministro Soares Muñoz (RTJ, 87/479).

O acórdão da citada AC nº 56.495-RS, de que fui relator, ficou assim ementado:

«Tributário. Previdenciário. Trabalhador Rural. Contribuições. Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 2-3-1963, artigos 2º, 3º, § 1º.

I — Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, artigos 2º, 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no artigo 7º, «b», CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão trabalhadores rurais, regidos pelo ETR.

II — Precedente do TFR: MS nº 62.743-DF. Tribunal Pleno, em 27-6-1968, Relator o Sr. Ministro Henoch Reis.

III — Recurso desprovido» (DJ, 3-6-82).

O Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214, de 1963, foi, é verdade, expressamente revogado pela Lei nº 5.889, de 8-6-73. Esta última, Lei nº 5.889, de 1973, regula algumas situações do trabalho rural e manda aplicar as normas da CLT às relações de trabalho rural naquilo que com ela, Lei nº 5.889/73, não colidirem (Lei nº 5.889/73, artigos 1º e 21). Os trabalhadores do campo foram, em consequência, praticamente equiparados aos trabalhadores urbanos. Não obstante, aos trabalhadores rurais não se estendeu o FGTS (v. Circular nº 3/78, de 27-3-78, Pré-IAPAS/21.002.0).

Destarte, é de ser provido o apelo.

Em caso igual, AC nº 84.755-MG, por mim relatada, assim decidimos:

«Processual civil. Recurso. Sucumbência. Tributário. FGTS. Carvoeiros. Trabalhador Rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei nº 4.214, de 2-3-1963. Lei nº 5.889, de 8-6-73. FGTS. Lançamento. Nomes dos empregados. Lei nº 5.107/66, art. 2º, parágrafo único.

I — Processual Civil. Recurso. Sucumbência: só pode recorrer quem é vencido no pleito, isto é, quem sucumbe, no todo ou em parte (CPC, art. 499). Se a parte não sucumbiu, não pode recorrer, nem é possível recurso que vise, apenas, a modificar os fundamentos da sentença.

II — Tributário. FGTS. Trabalhador rural: com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, «b», CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do ETR, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei nº 5.889/73, que revogou o ETR, Lei nº 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei nº 5.107, de 13-9-66).

III — Tratando-se de FGTS, o lançamento deve mencionar os nomes dos empregados (Lei 5.107, de 1966, artigo 2º, parágrafo único).

IV — Recurso da autora não conhecido. Desprovemento dos recursos do IAPAS e do BNH» (DJ, 27-10-83).

Diante do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator dou provimento ao apelo, invertidos os ônus da sucumbência.

EMENTA: FGTS. Empregados da indústria canavieira.

I — O FGTS não é devido quanto aos empregados da indústria canavieira, que exerçam a sua atividade no campo.

II — Apelação provida.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O débito cobrado foi constituído através das NDFGS n.ºs 097590/91, 272289 e 097592 e refere-se ao período de 12-67 a 8-74 (apenso, fls. 3/5). Na sua essência, consiste a controvérsia em saber se o FGTS é devido quanto aos empregados da indústria canavieira.

A Lei n.º 5.107, de 13-9-66, que criou o FGTS, assim dispôs no seu art. 2.º e parágrafo único:

«Art. 2.º Para os fins previstos nesta Lei todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar, até o dia 30 (trinta) de cada mês, em conta bancária vinculada, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos arts. 457 e 458 da CLT.

Parágrafo único. As contas bancárias vinculadas a que se refere este artigo serão abertas em estabelecimento bancário escolhido pelo empregador, dentre os para tanto autorizados pelo Banco Central do Brasil, em nome do empregado que houver optado pelo regime desta Lei, ou em nome da empresa, mas em conta individualizada, com relação ao empregado não optante».

A indústria canavieira, sob a égide do art. 7.º, letra «b», da CLT era considerada empresa industrial, segundo se depreende da Súmula n.º 196 do Excelso Pretório, *in verbis*:

«Ainda que exerça atividade rural, o empregado de empresa industrial ou comercial é classificado de acordo com a categoria do empregador».

O dispositivo consolidado caracterizava o trabalhador rural, tendo em conta a atividade preponderante da empresa. Acontece que tal conceituação foi alterada pela superveniência da Lei n.º 4.214, de 2-3-63 (Estatuto do Trabalhador Rural), que, nos seus arts. 2.º e 3.º, § 1.º, quanto às empresas dedicadas à exploração de atividades rurais e a atividades da indústria e do comércio, sujeitou às suas regras os trabalhadores nas atividades rurais, que classificou como rurícolas, deixando os trabalhadores nas atividades de indústria e comércio vinculados ao regime celetista.

Sobrevindo a Lei n.º 5.889, de 8-6-73, que revogou o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214, de 1963), procurou-se estender o regime da CLT às relações de trabalho rural. É o que se depreende do art. 1.º e parágrafo único do citado diploma legal, *in verbis*:

«Art. 1.º As relações de trabalho rural serão reguladas por esta Lei e, no que com ela não colidirem, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943.

Parágrafo único. Observadas as peculiaridades do trabalho rural, a ele também se aplicam as Leis n.ºs 605, de 5 de janeiro de 1949; 4.090, de 13 de julho de 1962; 4.725, de 13 de julho de 1965, com as alterações da Lei n.º 4.903, de 16 de dezembro de 1965 e dos Decretos-Leis n.ºs 15, de 29 de julho de 1966; 17, de 22 de agosto de 1966 e 368, de 19 de dezembro de 1968».

No seu art. 20, no tocante à aplicação do FGTS ao trabalhador rural, preceituou:

«Art. 20. Lei especial disporá sobre a aplicação ao trabalhador rural, no que couber, do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.»

Portanto, a intenção do legislador foi a de aplicar o regime do FGTS a todo tipo de trabalhador, inclusive o rural. Todavia, condicionou a extensão do regime do FGTS ao trabalhador rural à promulgação de lei especial, o que, ainda, não ocorreu.

Isto posto, com a devida vênia ao eminente Relator, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 94.088-SP (Reg. nº 6.125.166) Rel.: Min. Armando Rollemberg. Apte.: Usinas Brasileiras de Açúcar S.A. Apdos.: IAPAS/BNH. Advs.: Drs. José Brandão Savóia, outro e Cecy Marchesoni Habice Pinna.

Decisão: Na Turma, após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento à apelação, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Carlos M. Velloso, aguardando o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG. 9-10-85, 4ª Turma.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 94.088 — SP
(Registro nº 6.125.166)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Embargante: *IAPAS/BNH*

Embargado: *Usinas Brasileiras de Açúcar S/A*

Advogados: *Drs. Maurício Corrêa, José Brandão Savóia e outro, Rubem Dário França Brisolla e outro*

EMENTA: Previdenciário — FGTS — Trabalhador Rural.

— A Lei nº 5.889, de 1973, estendeu o regime de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ao trabalhador rural, no que couber, mas condicionou a sua aplicação à edição de lei especial, o que ainda não ocorreu.

— Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

BUENO DE SOUZA, Presidente — MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Na Turma, a espécie foi assim exposta pelo Ministro Armando Rollemberg:

«À execução fiscal ajuizada pelo IAPAS para cobrar-lhe depósitos para o FGTS não efetuados, Usinas Brasileiras de Açúcar S.A. opôs embargos do devedor, afirmando indevidos os depósitos cobrados, porque relativos a trabalhadores que lhe prestaram serviços de natureza rural, aos quais não são aplicáveis as regras relativas ao Fundo referido.

Processados, os embargos foram julgados improcedentes e a executada apelou invocando decisões de Turma deste Tribunal, nas quais fora decidido que os trabalhadores na agroindústria açucareira estavam excluídos do regime do FGTS.»

A seguir, Sua Excelência proferiu o voto:

«A Lei nº 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nada dispôs, de especial, quanto à aplicação das normas respectivas aos trabalhadores rurais.

A Lei 5.889/73, entretanto, no seu art. 20, estabeleceu que lei especial disporia a respeito, com o que expresso ficou não estar dito trabalhador abrangido no regime referido.

Ao dispor por tal forma, porém, o diploma legal mencionado definiu o empregado rural como a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário (art. 2º), e, logo depois, deixou expresso ser empregador rural, para os efeitos que previa, a pessoa física ou jurídica que explorasse atividade agroeconômica em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados (art. 3º).

Da conjugação de tais normas conclui-se que ao regime do FGTS não estão sujeitos os trabalhadores rurais, como tal se entendendo os que prestam serviços de natureza rural a empregador que explore atividade agroeconômica, do que decorre estarem abrangidos pelo regime do FGTS os que prestam serviços, mesmo de natureza rural, a empresas industriais, como as usinas de açúcar.

Tendo em conta tal orientação, o meu voto é negando provimento à apelação.»

Dele divergiu, porém, sendo vencedor o Ministro Carlos Mário Velloso, ao dar provimento à apelação.

O acórdão foi lavrado com esta ementa:

«Tributário. Previdenciário. FGTS. Trabalhador rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei 4.214, de 2-3-63. Lei 5.889, de 8-6-73. Lei 5.107/66.

I. Tributário. FGTS. Trabalhador rural: com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, «b», CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do E.T.R., da Lei 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo E.T.R. A Lei 5.889/73, que revogou o E.T.R., Lei nº 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei 5.107, de 13-9-66).

II. Recurso provido.»

Irresignada, a autarquia apelada manifestou embargos infringentes, às fls. 192/194, em suma, perseguindo a prevalência do voto vencido.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Em que pese o alto conteúdo altruístico que norteia o voto vencido, a meu ver a solução da espécie encontra adequado tratamento nos votos vencedores.

Deveras a *quaestio juris* consiste, em suma, em saber se a empregados da indústria canavieira se aplica o regime do FGTS.

A Consolidação das Leis do Trabalho considera como trabalhadores rurais «aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividade que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais» (artigo 7º, letra «b»).

A Lei nº 4.214, de 02 de março de 1963 (Estatuto do Trabalhador Rural), com mais objetividade e dissipando dúvidas, informou-se, na categoria funcional do empregador, para conceituar o trabalhador rural, como se vê dos artigos 2º e 3º, o parágrafo único do artigo 5º:

«Artigo 2º — Trabalhador rural para os efeitos desta é toda a pessoa física que prestar serviços a empregador rural, em propriedade rural ou prédio rústico, mediante salário pago em dinheiro ou *in natura*, ou parte *in natura* e parte em dinheiro.

Artigo 3º — Considera-se empregador rural para os efeitos desta lei a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividades agrícolas, pastoris ou na indústria rural, em caráter temporário ou permanente, diretamente ou através de prepostos.

.....
 Artigo 5º

Parágrafo único — Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.»

Portanto, trabalhador rural era o que prestava serviços ao empregador rural, sem distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador. A categoria do empregador é que determinava a classificação do empregado. A Súmula 196 do Supremo Tribunal Federal refletia esse entendimento: «Ainda que exerça atividade rural, o empregado de empresa industrial ou comercial é classificado de acordo com a categoria do empregador».

Com o advento da Lei Complementar nº 11, de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, operou-se sensível mudança no enfoque da questão. Esse diploma legal considerou trabalhador rural, amparado pelo FUNRURAL, «a pessoa física que presta serviços de natureza rural a empregador, mediante remuneração de qualquer espécie» (artigo 3º, parágrafo 1º, letra «a»).

E a Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973 — estatuí normas reguladoras do trabalhador rural, e dá outras providências — estabelece:

«Artigo 2º — Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência e mediante salário.

Artigo 3º — Considera-se empregador rural para os efeitos desta Lei a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroecônômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e sem auxílio de empregados.»

Assim, em suma, antes da Lei Complementar nº 11, de 1971, a conceituação do trabalhador rural, para os efeitos previdenciários, dependia da categoria do empregador; após esse diploma legal passou a prevalecer, para tanto, a natureza das atividades exercidas pelo empregado.

Quanto ao FGTS, a citada Lei nº 5.889, de 1973, no seu artigo 20, dispõe, *in verbis*:

«Artigo 20 — Lei especial disporá sobre a aplicação ao trabalhador rural, no que couber, do regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.»

Ora, os empregados, no caso, pelas atividades que exerciam, eram empregados rurais, indubitavelmente, segundo o enfoque legal que acabamos de fazer. Prestando, assim, serviços de natureza rural, não estavam abrangidos pelo regime do FGTS, porque a lei especial, para o efeito, não fora editada. Com propriedade, conclui em seu voto o Ministro Pádua Ribeiro: «Portanto, a intenção do legislador foi a de aplicar o regime do FGTS, a todo tipo de trabalhador, inclusive o rural. Todavia, condicionou a extensão do regime do FGTS ao trabalhador rural à promulgação de lei especial, o que, ainda, não ocorreu».

Face ao exposto, rejeito os embargos.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Relator, recebo os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC-94.088-SP (Reg. nº 6.125.166) — Rel.: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Embgte.: IAPAS/BNH. Embgdo.: Usinas Brasileiras de Açúcar S/A. Advs.: Drs. Maurício Corrêa, José Brandão Savóia e outro, Rubem Dário França Brisolla e outro.

Decisão: A Seção, por maioria, rejeitou os embargos, vencido o Sr. Ministro Armando Rollemberg (em 10.2.87 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus, Torreão Braz, Carlos Velloso e Sebastião Reis.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.407 — RJ
(Registro nº 5.169.186)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Remetente: *Juízo Federal da 14ª Vara — RJ*

Apelantes: *União Federal, Banco Central do Brasil e Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Flávio Ramos, Hermano de Villemor Amaral Filho e outros*

EMENTA: Tributário e Processual Civil.

Repetição de Indébito.

Imposto sobre operações financeiras: contrato de câmbio para importação de mercadorias.

Comprovação necessária de ter o contribuinte de direito sofrido as conseqüências financeiras e econômicas da tributação (repercussão).

Aplicação dos arts. 165 e 166 do Cód. Trib. Nacional.

Sentença que julga procedente a demanda, a despeito da falta dessa comprovação.

Recursos.

Agravo retido interposto ao fito de assegurar ao contribuinte a comprovação da repercussão, que o despacho saneador dispensou.

Provimento, para anular a sentença e garantir a colheita da prova quanto ao suposto fático da pretensão.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 6 de maio de 1985 (data do julgamento).

CARLOS VELLOSO, Presidente — BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Adoto o resumo da causa, constante da r. sentença do MM. Juiz Federal da 5ª Vara, *verbis* (fls. 301/303):

«Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A estabelecida nesta cidade, por procurador devidamente constituído, propõe ação ordinária contra a União Federal e o Banco Central do Brasil pedindo restituição de IOF pago indevidamente no exercício de 1980, em importe de Cr\$ 114.875.581,57 (cento e quatorze milhões, oitocentos e setenta e cinco mil, quinhentos e oitenta e um cruzeiros e cinquenta e sete centavos), com acréscimos de juros moratórios, correção monetária e honorários de advogado.

Na compra de moeda estrangeira junto a diversas instituições financeiras, reputadas como sujeitas ao IOF pelo Banco Central, expõe a sociedade-autora, foi-lhe exigido o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras, quando este tributo, incidindo sobre operações de câmbio, somente foi instituído em 1980, através do Decreto-lei nº 1.783, de 18.04.80, uma vez que a legislação anterior não considerava tributada esta espécie de operação. Ademais, o IOF por não estar abrangido nas exceções previstas no § 3º do art. 129 da CF tem sua cobrança proibida no mesmo exercício de sua instituição.

A autora, na condição de compradora de moeda estrangeira, salienta a inicial, é contribuinte do IOF e, ao mesmo tempo, suportou o encargo financeiro correspondente ao tributo, assistindo-lhe, em consequência, o direito a ter de volta aquilo que indevidamente pagou ao sujeito ativo (União Federal) por imposição do agente arrecadador (Banco Central).

Inicial instrumentada pelos documentos de fls. 08/209.

Em sua defesa (fls. 219/220) a União Federal sustenta que o IOF sempre esteve a salvo da sujeição ao princípio de anterioridade da Lei que vem perdendo substância frente respeitável corrente jurisprudencial, face ao caráter extrafiscal daquele tributo, devendo, em consequência, a ação ser julgada improcedente.

Com a defesa as informações da Procuradoria da Fazenda Nacional de fls. 221/228, ciente a autora — fls. 230/231.

O Banco Central do Brasil — fls. 232/244 — em preliminar arguiu sua condição de parte ilegítima, pois as instituições financeiras autorizadas a operar com crédito cobram e recolhem o tributo por delegação da União. A ele — Banco Central — cabe apenas a fiscalização. Já existem decisões judiciais fixando a ilegitimidade passiva do Banco.

Com base nos ensinamentos de Washington de Barros Monteiro e Caio Mário da Silva Pereira, sustenta o R., a inexistência do pagamento indevido, porquanto resultante de uma obrigação legal imposta pelo DL 1.783/80. Da mesma forma, prossegue, não houve enriquecimento sem causa, faltando assim um dos requisitos básicos para a propositura da ação de repetição.

Expõe ainda o Banco Central que o IOF pago foi incluído no preço final dos produtos comercializados pela autora, aplicando-se à hipótese os dizeres da Súmula 546 do STF.

No mérito, aduz o R. que o IOF se insere entre os «demais casos» a que se refere o § 29 do art. 153 da CF, em face de sua destinação à formação de reservas monetárias.

Defesa instruída pelas procurações de fls. 245/246.

Réplica às fls. 266/277.

Em face do r. despacho de fl. 295 que determinou a aplicação à espécie da disposição contida no art. 330, I, do CPC, pela autora, foi interposto o agravo retido de fls. 297/299».

2. Acrescento que, a seguir, o MM. Juiz Fernando Gonçalves assim ponderou os diversos aspectos da demanda (fls. 303/308):

«Desprezo a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* argüida pelo Banco Central do Brasil em sua contestação, visto que a Lei nº 5.143/66 determina que a receita líquida do imposto se destinará à formação de reservas monetárias as quais serão aplicadas pelo órgão na intervenção dos mercados de câmbio e de títulos, na assistência a instituições financeiras, etc. (art. 12).

Além disto, esta mesma lei manda que do produto da arrecadação do IOF seja destacada uma parcela, não superior a 2%, destinada a despesas de custeio do Banco Central.

Diante destes dispositivos, como mencionado pela A. em sua réplica — fl. 268 — «não se pode acolher a argüição de que o Banco Central é mero arrecadador», mas, ao contrário, «recebe parte do tributo como receita própria (para satisfazer seus custos) e, ainda, aplica parte em atividades que lhe são atribuídas especificamente pela lei, integradas, por isso, em suas próprias finalidades de instituição controladora do mercado financeiro nacional».

De igual forma, mostra-se inconsistente a segunda preliminar do Banco Central consistente na inexistência de recolhimento indevido, visto que resultante de uma obrigação legal. Ainda, como muito inteligentemente ressaltado pela autora em sua réplica, não há que se buscar nas leis *civis* a regulamentação da repetição do indébito tributário, disciplinada *quantum satis* pelo CTN que não cogita da prova de erro no pagamento.

Por fim, antes da análise do mérito da causa, cumpre examinar se a A. suportou o ônus do tributo ou se, pelo contrário, o transferiu ao denominado «contribuinte de fato», incluindo-o no preço dos produtos que comercializa.

De início, vale frisar que o IOF, na espécie, incidiu sobre operação de câmbio consistente na aquisição de moeda estrangeira, onde existe apenas a intervenção de duas pessoas: vendedor e comprador.

Se assim é, a transferência somente pode ter lugar entre estas duas pessoas, repassando o vendedor (instituição financeira responsável pelo recolhimento do tributo), a do comprador (*in casu*, autora) o ônus assumido.

Mesmo se admitindo a transferência do encargo no caso do IOF, é preciso lembrar, consoante o julgamento pelo STF do RE 87.439 — SP — Rel. Min. Décio Miranda — que, *in thesi*, sempre «é possível afirmar que o imposto indevido pago pelo contribuinte repercutiu no custo da mercadoria que produziu...». Mas para negar a repetição, observa o preclaro Ministro, «é necessário demonstre o Fisco que, através de lançamento na nota fiscal, como no caso do IPI, o imposto passou para certo e determinado comprador».

O ilustre Marco Aurélio Greco, dissertando a respeito do IFO-câmbio, *in* Revista da AJUFE, mostra que do seu fato gerador participam apenas o comprador da moeda e a instituição autorizada a operar. Diz ainda:

«Ora, se do fato gerador participam não só os compradores de moeda estrangeira, mas também as instituições autorizadas a operar em câmbio, que são pelo artigo 3º do DL 1.783/80 qualificadas como responsáveis do tributo, e se o fluxo econômico circunscrito pela norma constitucional se dirige no sentido do vendedor para o comprador da moeda, forçoso é concluir que a norma tributária indicou como contribuinte aquele que em tese seria o destinatário da transferência do encargo financeiro. Quer dizer, se contribuinte fosse a instituição autorizada

a operar em câmbio e houvesse transferência do encargo financeiro, este iria recair exatamente sobre o comprador. Destarte, se a lei já indica diretamente como contribuinte o comprador da moeda estrangeira, este acumulará a condição de contribuinte de direito e de fato, posto que, no bojo daquele fato gerador, não tem para quem transferir o referido encargo.

Portanto, pela aplicação do segundo critério exposto, concluímos que, tal como instituído, o IOF-câmbio não comporta transferência do encargo financeiro».

Entende, entretanto, certa corrente jurisprudencial (AC 76.684 — RJ — TFR — Relator o Ministro Bueno de Souza — DJ de 17.05.84 — página 7617), haver manifesta possibilidade de transferência do valor do IOF-câmbio para o adquirente ou consumidor final da mercadoria importada.

Se a operação cambial destina-se a viabilizar importação de mercadoria a ser revendida, não há o que se discutir, mas, na hipótese, a operação objetivou compra de moeda e mesmo que juridicamente falando haja possibilidade de embutir o IOF no preço final, a rigor, não há falar-se em transferência direta do encargo.

Sob o aspecto fático, como salienta o A., e repercussão não houve, uma vez que à época fabricava ela produtos tabelados pelo CIP que, praticamente, impedia este expediente (fl. 298).

Sob o ângulo estritamente jurídico, cumpre esclarecer que, se num momento subsequente o comprador de moeda estrangeira «realizar operações sujeitas ao IPI ou ICM» esta circunstância é, consoante ainda doutrina Marco Aurélio Greco, «irrelevante para caracterização da transferência do encargo financeiro, pois a aplicabilidade do artigo 166 do CTN cinge-se à ocorrência de fatos geradores do mesmo tributo e não de tributos diferentes. Se repercussão ocorrer, ela será de caráter *indireto* e, por isso, irrelevante para fins de incidência do art. 166 do CTN».

O Eg. TFR, no julgamento da AC 43.446 — SP, mencionado à fl. 287, fixou:

«Indevido o tributo, não é de indeferir-se a restituição sob alegação da repercussão, que não se pode individualizar, como afirmam os peritos, porque incidente o imposto sobre a matéria-prima utilizada na Indústria. A repercussão genérica aos consumidores, que suportam todos os componentes do preço, não equivale à transferência a que alude o art. 166 do CTN, e, assim, não desobriga o Fisco da restituição do indébito».

No mérito, a ação é de inteira procedência, uma vez que o IOF sempre se sujeitou ao princípio da anterioridade legal que excepciona apenas os impostos sobre comércio exterior, o IPI e o imposto lançado por motivo de guerra. Diz, com efeito, o art. 153, § 29, da CF:

«Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do exercício financeiro, ressaltados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição».

A matéria encontra-se devidamente pacificada pela jurisprudência dominante do Eg. TFR, que concluiu pela ilegalidade da exigência dentro do exercício financeiro de 1980, consoante AMS 90.664 — SP, Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, *verbis*:

«Tributário. IOF. Operações de Câmbio. Cobrança no mesmo exercício. Inconstitucionalidade.

Emenda Constitucional nº 18, de 1965, art. 2º, II, art. 14, I, art. 25; Constituição de 1967, art. 22, VI, § 2º, art. 150, § 29; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 21, VI, art. 153, § 29.

Emenda Constitucional nº 8, de 1977; Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 1966, art. 9º, arts. 63 a 67, e 104. Lei nº 5.143, de 20.10.66; DL 1.342, de 26.8.74; DL 1.783, de 18.04.80.

I — A instituição do Imposto sobre Operações Financeiras — IOF — incidente sobre operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários, deu-se com o Decreto-Lei nº 1.783, de 18.4.80, que fixou, inclusive, as alíquotas respectivas (art. 1º, IV e V).

II — Inconstitucionalidade da cobrança, no exercício de 1980, do IOF sobre operações de câmbio, mediante a alíquota fixada no Decreto-Lei nº 1.783/80.

III — TFR, T. Pleno, AMS 91.322 — SP (matéria constitucional).

IV — Recurso desprovido.»

3. Afinal, concluiu S. Exa. por julgar procedente a demanda e condenar os réus à restituição do principal de Cr\$ 114.875.581,57, acrescido de juros moratórios de 6% ao ano, contados desde a data de cada recolhimento, das custas em restituição de honorários advocatícios de 10% do valor liquidado.

4. Apelaram: a) a autora (fl. 316), para pedir a correção monetária de seu crédito e, bem assim, a elevação da taxa dos juros moratórios para 12% ao ano, na consonância da construção jurisprudencial a que se reporta, inspirada no art. 161, § 1º, do CTN e em sua aplicação a casos com o dos autos, à luz da isonomia; e o Banco Central do Brasil (fl. 348) insistindo em sua exclusão do processo, por ilegitimidade passiva para a causa, bem como a improcedência da demanda; b) a União Federal (fl. 309), para pedir a improcedência da demanda, posto que «a autora incorporou o valor do imposto no custo das mercadorias que negociou, e a devolução, como pretendida, alteraria em favor da Empresa, lucro tributável por não ter sido escriturado em separado o imposto, que foi reembolsado por terceiros.»

5. Em suas contra-razões, a autora pediu seja negado provimento ao recurso da União, «com a ressalva do agravo retido, caso o Tribunal acolha a tese b» (*sic*, fl. 343).

6. Bem processados os recursos, subiram os autos e a Subprocuradoria-Geral opinou na forma usual.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Como Relator, em 19.3.84, da AC 76.426 — RJ, tive ensejo de resumir meu pensamento sobre o tema central da controvérsia, ao escrever, com a honrosa aprovação de meus ilustres pares desta Quarta Turma:

«4. Por isso mesmo que a repetição do indébito a título de tributo é assegurada ao contribuinte, independentemente de erro seu, em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa legítima, é imperiosa e indecli-

nável a efetiva comprovação, pelo contribuinte, da ocorrência do prejuízo ou dano patrimonial por ele sofrido, sem cuja exata demonstração não se evidencie, como é óbvio, a própria causa ou pressuposto necessário da almejada repetição.

Tal demonstração vem ao caso, mui especialmente, em que se postula repetição do que foi pago a título de imposto indireto, ou seja, de imposto cuja repercussão econômica ou financeira possa ser transferida, por inteiro, pelo contribuinte de direito para o contribuinte de fato, de modo a não sofrer aquele, senão apenas momentaneamente, as conseqüências patrimoniais da incidência do tributo.

É precisamente o que estabelece o Código Tributário Nacional:

«Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo; ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.»

5. A propósito, vale invocar, ainda uma vez, Aliomar Baleeiro:

«I — Repetição de Tributos transferíveis. No art. 166, o CTN dá solução racional a velho problema, que já ocupou e dividiu muito as opiniões em nossos Tribunais, inclusive no STF.

Este acabou por entender que todos os impostos chamados «indiretos» comportam sempre a repercussão do ônus econômico do contribuinte *de jure* para o contribuinte *de facto*, isto é, para o consumidor ou comprador. O vendedor tributado acresceria o tributo ao preço e o recobriria dos compradores sucessivos. Desse entendimento proveio a Súmula n.º 71 daquela Corte: «Embora paga indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto» (hoje, esclarecida pela Súmula n.º 546).

O CTN, consciente da dificuldade de caracterizar-se o imposto indireto em certos casos e, também, de que a repercussão, embora provável nos impostos de produtos industrializados, ICM e outros que assentam nas trocas econômicas, inclusive a compra e venda, afastou-se da Súmula 71 e admitiu a restituição se o interessado nela provar ter assumido o encargo, sem transferência para outrem, ou, tendo realizado tal transferência, se por este for autorizado a recebê-lo.

Destarte, em caso concreto, o contribuinte *de jure* provará por seus livros e arquivos etc. que não agregou o tributo ao preço, ou se o agregou está autorizado a receber a restituição pelo contribuinte *de facto*. Ou demonstrará a impossibilidade prática da transferência nas circunstâncias especiais do caso concreto».

6. Como se vê, cuidando-se de repetição de indébito ensejada pelo recolhimento de imposto sobre operações financeiras por ocasião de contratos de câmbio para importação de mercadorias, para que pudesse prosperar a demanda, à autora cumpria provar não ter adicionado aos preços de venda das mercadorias importadas o valor correspondente ao acréscimo do respectivo custo; ou então, trazer para os autos autorização do contribuinte de fato, que a habilitasse, como contribuinte *apenas* de direito (meramente aparente), a reclamar a discutida restituição.

Na verdade, não é, absolutamente, razoável supor, sem mais (como inadvertidamente fez a sentença sob exame), que a autora, empresa cuja denominação esclarece dedicada ao comércio e à indústria, tenha mantido os preços de venda, em grosso ou a retalho, das mercadorias importadas, a despeito da

elevação indiscutível dos respectivos custos de aquisição, por efeito mesmo da nova tributação. Ao contrário, impõe-se (isto sim) presumir, até prova cabal em sentido oposto, que aos preços de venda tenha diligentemente incorporado, juntamente com os demais custos e despesas a considerar, também o acréscimo correspondente ao valor do IOF-câmbio, pois é assim que usualmente procede o comércio e é isto que se recolhe das máximas de experiência.

7. Assinale-se, ademais, que a autora nem mesmo fez por sequer alegar (e, muito menos, por comprovar) recolhimento desse tributo no mesmo exercício fiscal de 1980, em que foi instituído.

Tal demonstração era, no entanto, também ela absolutamente indispensável, de vez que a jurisprudência invariável, tanto deste Tribunal como do Supremo Tribunal Federal, se consolidou no entendimento de que o art. 1º, IV, do Decreto-lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, não é inconstitucional; e, bem assim, de que a inconstitucionalidade (reiteradamente suscitada perante os Tribunais) se restringe, tão-somente, à exigência do tributo em ofensa à regra da anualidade (e, portanto, unicamente no exercício de 1980).

8. Também no que concerne ao objeto das importações de que se trata, nenhum esclarecimento útil se encontra na inicial.

9. Como se vê, nem mesmo a desavisada defesa da União Federal (fls. 77/80), que deixou de aflorar as questões pertinentes, bastaria para justificar o entendimento eleito pela sentença recorrida, que, à luz de fundamentos impróprios, adotou decisão insustentável, seja nos fatos da causa, seja no direito a aplicar.

Ante o exposto, dou provimento à apelação; e, assim, reformo a r. sentença, para julgar improcedente a demanda e condenar a autora a custas e honorários advocatícios de 10% do valor da causa, observada a correção monetária (Lei nº 6.899, de 08.04.81).»

2. Nas AACC 76.684 — RJ, 76.444 — RJ e 82.286 — RJ (DJU, 17.05.84, 10.05.84 e 10.05.84, respectivamente), de que fui Relator, outra não foi a decisão unânime desta Quarta Turma, sempre na consonância da seguinte ementa:

«Tributário e Processual Civil.

Repetição de indébito.

Impostos sobre Operações Financeiras: contrato de câmbio para importação de mercadorias.

Comprovação necessária de ter o contribuinte de direito sofrido as consequências financeiras e econômicas da tributação (repercussão).

Aplicação dos arts. 165 e 166 do Cód. Trib. Nacional.

Sentença que julga procedente a demanda, a despeito da falta dessa comprovação.

Inconstitucionalidade, ademais, restrita apenas à exigência do tributo no exercício fiscal de 1980; falta de prova de recolhimento do tributo nesse exercício.

Recursos: apelação; provimento.

1. É manifesta a possibilidade de transferência do valor do IOF-câmbio para o adquirente ou consumidor final da mercadoria importada, tanto em face de liquidez do acréscimo do custo da mercadoria quanto da perfeita individualização ou quantificação desta, em face do regime legal brasileiro, de importação regulamentada.

2. Impõe-se presumir a transferência, a propósito de importações efetuadas por empresas dedicadas à tal finalidade.

3. Somente a incidência do tributo no exercício fiscal de 1980 (atendidos os mencionados pressupostos) pode ensejar restituição.

4. Precedentes.»

3. Consoante a mesma orientação, julgamos, em 28.03.84, a AC 76.427 (DJU 26.04.84), Relator o Senhor Ministro Carlos Velloso, de cujo voto transcrevo o tópico seguinte:

«Tributário. Repetição de indébito. IOF. Tributo indireto.
CTN, artigo 166, Súmula n° 546 — STF.

I — Tratando-se de tributo indireto, cujo ônus econômico pode o contribuinte *de jure* transferir ao contribuinte *de facto*, a restituição somente ocorrerá: a) provando-se não ter havido a transferência do encargo, ou que o tributo não foi agregado ao preço; b) ou, se tal agregação houve, que há autorização do contribuinte *de facto* para o recebimento da restituição. CTN, art. 166. Súmula n° 546-STF.

II — Recurso provido.»

4. Temos, não obstante, dispensado tal comprovação, quando quer que se demonstre o tabelamento oficial de preços, uma vez que, nesses casos, resulta impossível ao importador (tal seja o caso) adicionar ao preço do produto para o consumidor o acréscimo de custo correspondente à incidência tributária de que se trata.

5. Note-se que a r. sentença, no caso sob exame, acentuou (fl. 306):

«... como salienta o A., a repercussão não houve, uma vez que à época fabricava ela produtos tabelados pelo CIP que, praticamente, impedia este expediente (fl. 298).»

Sem razão, porém, desde que a própria autora reconhece que esta comprovação não consta nos autos, tanto que agravou da decisão que dispensou e impediu a realização dessa prova.

6. Como se vê, a pretensão da autora, tal como deduzida na inicial, sem a necessária comprovação de que vimos cogitando, não se apresenta merecedora de atendimento.

7. Eis porque, preliminarmente, dou provimento ao agravo retido a fim de, anulada a sentença prematuramente prolatada, assegurar à autora a oportunidade de comprovar, na forma da lei, os pressupostos de fato de que depende o êxito de sua pretensão, ficando prejudicadas, por conseguinte, as apelações.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 95.407 — RJ (Reg. n° 5.169.186) — Rel.: O Senhor Ministro Bueno de Souza. Remte.: Juízo Federal da 14ª Vara — RJ. Aptes.: União Federal, Banco Central do Brasil e Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A. Apelados: Os mesmos. Advogados: Drs. Flávio Ramos, Hermano de Villemor Amaral Filho e outros.

Decisão: Deu-se provimento ao agravo retido, prejudicadas as apelações, por unanimidade. (4ª Turma — 06.05.85).

Os Senhores Ministros Pádua Ribeiro e Carlos Velloso, participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.179 — MG
(Registro nº 6.152.694)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Apelante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Apeladas: *Construtora Paschoal e Goulart Ltda.*

Advogados: *Drs. João Vieira Nunes Neto, Nilo Arêa Leão (apte.) Dr. Aloisio Rodrigues Grandinetti (apdas.)*

EMENTA: Caixa Econômica Federal. Ação visando compeli-la a receber, em pagamento de dívida hipotecária, imóveis ao invés de dinheiro. Impossibilidade. Inaplicação ao caso dos arts. 570 e 582 do C.P.C. Aplicação do art. 1.256 do Código Civil.

I — O art. 570 do C.P.C. refere-se a título judicial, não abrangendo título extrajudicial.

II — O art. 572 do C.P.C. visa, apenas, dar forma prática e realização ao art. 1.092 do Código Civil.

III — Não pode o mutuante obrigar o mutuário a receber em pagamento coisa diversa da pactuada, ou seja, imóveis ao invés de dinheiro, como no caso (Código Civil, art. 1.256).

IV — Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como se lei.

Brasília, 10 de dezembro de 1986 (data de julgamento).

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Construtora Paschoal & Goulart Ltda. propôs ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal — CEF, alegando que celebrou contrato de mútuo de dinheiro, com garantia hipotecária,

com a ré, para a construção de um prédio de 44 apartamentos e não conseguindo comercializar todos os imóveis e, para evitar a execução do contrato, invocando os artigos 570 e 582 do C.P.C., pediu que se procedesse ao depósito de 13 unidades em mãos da ré, livrando-se assim do seu débito hipotecário e, por conseguinte, da execução que seria proposta.

O Dr. Plauto Afonso da Silva Ribeiro, MM. Juiz Federal em Minas Gerais, ao argumento, em suma, de que o mutuário não deve arcar sozinho com as consequências danosas da política econômica e habitacional do País, cabendo, também, à mutuante suportar os ônus do desequilíbrio que atingiu o contrato celebrado, acolheu o pedido formulado na inicial, julgou procedente a ação a fim de que a ré receba as unidades habitacionais oferecidas como pagamento da dívida da autora. Condenou, ainda, a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Apelou a CEF (fls. 269/281). Alega que não tem aplicação ao caso o art. 570 do C.P.C., que se refere às execuções de sentença. Afirma que, se a dívida é de dinheiro, o pagamento tem de ser feito em dinheiro e não com apartamentos residenciais. Invoca o art. 863 do Código Civil e propugna seja decretada a total carência da ação proposta. Aduz que, na realidade, com a ação ajuizada, pretende a apelada, apenas, subtrair-se aos efeitos de uma execução ou, quando não, prostrar o seu desfecho, donde o seu empenho em demonstrar a injuridicidade da Lei 5.741/71. Sustenta, quanto à Escritura Padrão Declaratória, acoimada de injurídica, que as condições, nela estabelecidas, não ofendem de qualquer modo a regra do art. 115 do Código Civil. Acrescenta que a cláusula quinta do contrato de mútuo com obrigações e hipoteca revela, à saciedade, que as disposições contra as quais se rebela a autora eram, todas elas, de seu prévio conhecimento, daí decorrendo a manifesta improcedência da sua irresignação. A final, diz que a cláusula vigésima-quinta da Escritura Padrão Declaratória foi livremente estipulada pelas partes, não ofendendo a qualquer dispositivo legal.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 28/291), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

EMENTA: Caixa Econômica Federal. Ação visando compeli-la a receber em pagamento de dívida hipotecária imóveis ao invés de dinheiro. Impossibilidade. Inaplicação ao caso dos arts. 570 e 582 do C.P.C. Aplicação do art. 1.256 do Código Civil.

I — O art. 570 do C.P.C. refere-se a título judicial, não abrangendo título extrajudicial.

II — O art. 572 do C.P.C. visa, apenas, dar forma prática e realização ao art. 1.092 do Código Civil.

III — Não pode o mutuante obrigar o mutuário a receber em pagamento coisa diversa da pactuada, ou seja, imóveis ao invés de dinheiro, como no caso (Código Civil, art. 1.256).

IV — Apelação provida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Conforme se depreende do relatório, a autora para afastar eventual propositura de execução contra ela, à vista do descumprimento de contrato de mútuo com garantia hipotecária que celebrou com a Caixa Econômica Federal, ajuizou contra esta, com fundamento nos artigos 570 e 582 do C.P.C., a presente ação, em que formulou os seguintes pedidos (fls. 14/15):

«a) seja citada, para os fins aqui expostos, a Caixa Econômica Federal, como Mutuante e agente do Sistema Financeiro de Habitação, para que conteste, no prazo legal querendo;

b) se proceda ao depósito, em caução, em mãos da própria Caixa Econômica Federal, a título das prestações que à Autora cabe cumprir e satisfazer, dos apartamentos de nºs 201, 202, 203, 206 (do segundo pavimento), 303, 304, 307, 308 (do terceiro pavimento), 403, 407, 408 (do quarto pavimento) 507 (do quinto pavimento), 603 (do sexto pavimento), contidos no mencionado Edifício Olinda, num total de 13 (treze) unidades, avaliado cada um desses apartamentos, pela própria Caixa Econômica Federal, em 5.060 (cinco mil e sessenta) UPCs ou Cr\$ 18.158.467,80 (dezoito milhões, cento e cinquenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e sete cruzeiros e oitenta centavos), o que, em confronto com o débito equivalente a Cr\$ 223.652.011,89 (duzentos e vinte e três milhões, seiscentos e cinquenta e dois mil, onze cruzeiros e oitenta e nove centavos), em 30 de abril de 1983, QUITA PLENAMENTE o débito reconhecido pela credora e Ré, com os acréscimos que, por via do contrato, se lhe adjungem;

c) seja lavrado, ao fim, o competente AUTO DE DEPÓSITO, a ser subscrito pelas partes, perante esse respeitável Juízo;

d) se proceda, por consequência, em razão dessa operação, à compensação de direito nas contas de responsabilidade da Autora;

e) que, sendo corrigidos os valores investidos, sejam também os valores oferecidos pela Autora, tudo na conformidade do que foi exatamente financiado pela Mutuante.»

Percebe-se, pois, que o objetivo da autora, em última análise, é exonerar-se de obrigação, objeto do referido contrato de mútuo, com a entrega à ré de apartamentos ao invés de dinheiro. Para alcançar tal objetivo, busca apoio no art. 570 do C.P.C., *in verbis*:

«O devedor pode requerer ao juiz que mande citar o credor a receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial; neste caso, o devedor assume no processo posição idêntica à de credor.»

O transcrito preceito, segundo se deduz, só se refere a título executivo judicial. A propósito, esclarece Alcides Mendonça Lima:

«Se bem que o processo de execução se possa fundar em título judicial (art. 584) e em título extrajudicial (art. 585), o art. 570 apenas assegura ao devedor a iniciativa, se desejar oferecer, em juízo, ao credor «o que lhe cabe, conforme o título executivo judicial». Se foi extrajudicial, o remédio normal será a ação de consignação em pagamento (arts. 890 e 900)». (Comentários ao C.P.C., vol. VI, Tomo I, pág. 193, Forense, 2ª ed., 1977).

A respeito, aduz Amílcar de Castro:

«Esta disposição, com referência às execuções baseadas em título extrajudicial, não teria sentido; por isso restringe-se às execuções baseadas em título judicial.» (Comentários ao C.P.C., Vol. VIII, pág. 19, Ed. RT, 1974).

De tal entender, não discrepa o saudoso Amaral Santos:

«Para que o devedor possa assumir essa posição, condição é que contra ele haja sido proferida *sentença condenatória*, transitada em julgado, não lhe cabendo por título extrajudicial promover a execução.» (Primeiras Linhas de Direito Processual, 3º vol., pág. 224, Saraiva, 3ª ed., 1979).

Invoca o autor, também, o art. 582 do C.P.C., nestes termos:

«Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento dado outro, não se procederá à execu-

ção, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta.

Parágrafo único. O devedor poderá, entretanto, exonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa; caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor a receba, sem cumprir a contraprestação, que lhe tocar.»

Tal dispositivo, contudo, não diz respeito à espécie. Visa apenas dar forma prática e realização ao disposto no art. 1.092 do Código Civil. Nesse sentido, preleciona Amílcar de Castro:

«68. O art. 582 visa dar forma prática e realização ao disposto no art. 1.092 do CC. Havendo num contrato reciprocidade de prestações, daí resulta a exceção de contrato não cumprido, «em virtude da qual, se uma das partes, sem ter cumprido a sua prestação, exigir o cumprimento da outra, esta se defende, alegando que não pode ser coagida, porque, o outro contraente também não cumpriu o prometido» (Clóvis Beviláqua).

69. O art. 582 não institui um sumaríssimo processo de verificação em que sempre, no limiar da execução, o juiz deva examinar e decidir se são idôneos os meios com que o devedor se propõe satisfazer sua prestação, e se é justo, ou não, o motivo pelo qual o credor pretende recusar a oferta. Sempre, essas questões serão discutidas e decididas no julgamento dos embargos do executado.

70. Se o juiz resolver a questão em favor do devedor, este poderá exonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação, ou a coisa; e então o juiz suspende a execução, não permitindo que o credor receba a prestação ou a coisa, sem cumprir a prestação que lhe tocar.»

Além de serem inaplicáveis ao caso os preceitos do Código de Processo Civil em que se funda a ação, o pedido da autora não pode ser atendido, diante do que dispõe o art. 1.256 do Código Civil, nestes termos:

«O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.»

À vista do exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar a autora carecedora da ação proposta. Em decorrência, declaro extinto o processo (C.P.C., art. 267, VI) e condeno a autora a pagar as custas e honorários advocatícios à ré, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor dado à causa (fl. 15), devendo a respectiva importância ser corrigida monetariamente (Lei nº 6.899, de 8.4.81), observando-se, após 28 de fevereiro deste ano, as disposições dos Decretos-Leis nºs 2.283, de 27-02-86, e 2.284, de 10-3-86.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, estou plenamente de acordo com o voto de V.Exa. e acrescento apenas que o pagamento, de acordo com o elementar princípio de direito, para ser válido, para extinguir a obrigação, há de ser feito no tempo, no lugar e no modo previstos no contrato. Não há direito unilateral à substituição do objeto da prestação resultante do contrato. Portanto, não há direito à dação em pagamento, meio de extinção de obrigação que só opera por mútuo consentimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 96.179-MG (Reg. nº 6.152.694) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — Apelante: Caixa Econômica Federal — CEF — Apeladas Construtora Paschoal e Goulart Ltda. — Advogados: Dr. João Vieira Nunes Neto, Nilo Arêa Leão (Apte.) e Dr. Aloisio Rodrigues Grandinetti (Apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 10.12.86 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 99.059 — SP
(Registro nº 6.191.312)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*
Apelante: *La'Mar Indústria Química Ltda.*
Apelada: *União Federal*
Advogado: *Dr. Tarcisio Holanda Queiroz*

EMENTA: Embargos à execução — Imposto de Renda — Denúncia espontânea — Encargo de 20% do DL 1.025/69.

— Para que se beneficie o contribuinte, com a denúncia espontânea da infração, dos favores legais, mister se faz acompanhá-la com o pagamento do tributo e juros de mora.

— O encargo de 20% do DL 1.025/69 é sempre devido nas execuções fiscais da União e substituí, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios — Súmula 168 do TFR.

— Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 4 de dezembro de 1985 (data do julgamento).

MIGUEL FERRANTE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: La'Mar Indústria Química Ltda., qualificada nos autos, opõe, na 3ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo-SP, embargos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, para dela haver a importância de Cr\$ 416.958,00, relativa a Imposto de Renda na fonte, no período de 1976 a 1979.

Alega, em síntese, a embargante: que, em virtude de dificuldades financeiras, viu-se obrigada a atrasar o recolhimento do tributo; que, nos termos do documento citado,

a infração cometida foi espontaneamente denunciada, antes de qualquer procedimento administrativo ou medida fiscalizatória com ela relacionada; que a exequente está cobrando, além do imposto devido e dos juros moratórios, multa e correção monetária a serem calculados, evidenciando-se a inobservância à orientação doutrinária e jurisprudencial; que o artigo 138 do Código Tributário Nacional é claro ao afirmar que os débitos de natureza fiscal, espontaneamente denunciados, estão sujeitos apenas aos juros moratórios.

Às fls. 25/27, o MM. Juiz julgou improcedente os embargos, condenando a embargante ao pagamento do principal, acrescido dos consectários cobrados, mais verba honorária de 10% sobre o valor da liquidação.

Inconformada, apelou a embargante com as razões de fls. 30/34.

Contra-razões, às fls. 37/40.

Nesta instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina, às fls. 49/51, pela parcial reforma da sentença.

Pauta sem revisão (art. 33, IX, RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Entende a apelante que, na hipótese dos autos, a obrigação tributária, espontaneamente denunciada «será integralmente cumprida, mediante o pagamento do respectivo imposto original, acrescido dos juros moratórios», nos termos do artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Labora, porém, em equívoco como o demonstra a sentença monocrática:

«É que os benefícios do artigo 138 do Código Tributário Nacional só se aplicam ao devedor que, ao denunciar espontaneamente a infração, paga de imediato o tributo mais os juros moratórios. O próprio Código diz: «não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento ou medida de fiscalização, relacionados com a infração» (parágrafo único do artigo 138).

A simples confissão do débito não tem o condão de elidir a responsabilidade de contribuinte pelo não recolhimento do tributo. O legislador não pretendeu, ao estatuir a regra do artigo 138 do Código Tributário Nacional, criar a figura da moratória tributária, pela qual o contribuinte devedor pudesse reconhecer a dívida e quitá-la quando bem lhe aprouvesse. Não é este o espírito da lei que, ao contrário, pretende estimular o pronto pagamento da dívida tributária.

Não tendo havido, assim, a satisfação do débito, aliás confessado pela embargante, incidem sobre ele, como consequência lógica, os acréscimos em debate: a multa e a correção monetária impostas por lei.

A execução não padece de vício, visto que a Certidão de Dívida Ativa que a embasa observa rigorosamente os ditames legais.»

As assertivas sentenciasais transcritas vêm na esteira da pacífica jurisprudência da Corte, como dá notícia, entre outros, o acórdão da egrégia Turma, proferida no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança n° 90.870-SP, de meu relato, de cuja ementa destaco:

«Para que se beneficie o contribuinte, com a denúncia espontânea da infração, dos favores legais, mister se faz acompanhá-la com o pagamento do tributo e juros de mora.»

Assim, não merece reparo a sentença de primeiro grau, exceto, como anota a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, no tópico em que condena a apelante a pagar honorários advocatícios de 10%. A exigência, no título exequendo, do percentual do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, afasta essa condenação, consoante o entendimento jurisprudencial da Corte, consubstanciado na Súmula nº 168, *verbis*:

«O encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios».

De quanto foi exposto, dou parcial provimento à apelação para excluir da condenação a verba de patrocínio arbitrada, mantendo no mais a sentença, em todos os seus termos.

EXTRATO DA MINUTA

AC 99.059-SP (Reg. nº 6.191.312) — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Apte.: La'Mar Ind. Química Ltda. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Tarcisio Holanda Queiroz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 4-12-85 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 100.622 — PE
(Registro nº 6.213.090)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Antonio Trigueiro Londres Barreto*

Advogados: *Dr. João Bezerra de Alencar — Dr. Huberto Gaston Fuxreiter*

EMENTA: Imposto de Renda. Venda de gado mediante recibos em poder dos compradores. Alegação do fisco de inidoneidade da declaração e documentos que a acompanharam.

— Inadmissível o lançamento ex officio baseado em conjecturas de dúvida e suspeita.

— À mingua de elemento de prova, inválida a glosa da declaração e conseqüente lançamento suplementar.

— Impossibilidade de sustentação na via recursal de matéria que, no contraditório, restou incomprovada em perícia técnica, de que abriu mão a apelante.

— Provimento parcial do recurso, tão-somente para a redução da verba honorária (§ 4º do artigo 20 do CPC).

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília-DF, 26 de agosto de 1987 (data do julgamento).

CARLOS VELLOSO, Presidente — AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: O MM. Juiz Federal Dr. Genival Matias de Oliveira julgou procedentes os embargos opostos pelo devedor à execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, contra Antonio Trigueiro Londres Barreto, em ordem

a anular as Notificações de n.ºs 240, 241 e 242, todas de 1981, relativas ao Imposto de Renda devido nos exercícios de 1978, 1979 e 1980, lançado em face da não comprovação, por parte do contribuinte, dos rendimentos declarados na cédula g, glosados, estes, então, na cédula «h», com a imposição da multa de 75% do valor do tributo exigido.

Para tanto, acolheu S. Exa. a argumentação desenvolvida pelo embargante, no sentido de que os recibos e as declarações apresentadas deviam ser reconhecidos como documentos idôneos na comprovação da renda bruta declarada na cédula «g», afastando, assim, o entendimento esposado pela Fazenda Nacional de que, em se tratando de venda de gado, hábil seriam, exclusivamente, a «nota fiscal de produtor, extraída na data da operação, ou a certidão fornecida pela repartição estadual competente de jurisdição do vendedor», bem como a alegação de que se fazia ausente o requisito da contemporaneidade entre os fatos referidos e a data constante na documentação apresentada (fls. 141/149).

Irresignada, apelou a União Federal — fls. 152/161 — inobstante a remessa oficial.

Aduz não ter o embargante elidido a presunção de liquidez e certeza da dívida, posto que esse ônus, consoante se vê da sentença recorrida, foi transferido para a exequente. Ademais, os documentos exibidos, sem forma ou figura de juízo, não podiam produzir contra terceiros os efeitos almejados, mormente em se tratando da Fazenda Pública, consoante princípio insculpido nos artigos 135 — parte final — do Código Civil Brasileiro, e 370 do Código de Processo Civil.

Profligando, ainda, a eficácia atribuída aos citados documentos, pediu a reforma da sentença, inclusive para ver reduzido o percentual da verba honorária.

Ao contraditar, o apelado objetou contra a oposição da assinatura do Procurador da Fazenda Nacional em conjunto com a da Procuradora da República nas razões de apelação, arguindo ilegitimidade da representação. No mais, refutou a argumentação deduzida no recurso (fls. 165/174).

Subido os autos, veio o parecer de fls. 177/184, através do qual a douta Subprocuradoria-Geral da República pugnou pelo provimento tanto da remessa quanto do recurso voluntário.

Sem revisão, relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): I — Rejeito a preliminar argüida nas contra-razões (fl. 165).

A oposição da assinatura do Procurador da Fazenda Nacional nas razões recursais não enseja a alegada ilegitimidade de representação. Ao contrário, esta se legitima pela só assinatura da ilustre Procuradora da República, Dra. Amanda Soares Figueiredo (ut fl. 161).

II — *De meritis*, a decisão recorrida está assim fundamentada, em síntese (fls. 147/148).

«Vê-se, portanto, que as autoridades administrativas, no caso, se apegaram à hipótese da dúvida ou de suspeita quanto à comprovação da rentabilidade mostrada pelo embargante.

Contudo, os recibos de fls. 31, 33, 35, 36, 38, 40, 42, 43, 45, 47, 49, 51, 52, 53, 55, 56, e 57 são contemporâneos aos fatos das alienações do gado, com os valores, ali tratados.

Por outro lado, as declarações de fls. 32, 34, 37, 39, 41, 44, 46, 48, 50, 54 e 58 corporificam a *legitimidade, autenticidade e veracidade daqueles recibos*.

Ainda, são as pessoas firmadoras das prefaladas declarações, responsáveis no âmbito penal, quer no de ordem tributária, pelo que melhor teria se conduzido a autoridade administrativa se tivesse dissecado a situação, junto ao Imposto de Renda, dos compradores do gado.

Também, era mister e imprescindível a observação, no campo administrativo, do suporte do rebanho, de propriedade do embargante, mostrado em sua Declaração de Bens, perante o Imposto de Renda, gado esse existente nos imóveis rurais, também de sua propriedade, comparando-se tudo com o declarado, pelo mesmo embargante, junto ao Instituto de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

O lançamento do Imposto de Renda, *ex officio*, baseado em conjecturas da dúvida ou de suspeita, não se vem admitindo.

Sim, decidiu o Eg. Tribunal Federal de Recursos, *in AC* nº 29.188-MG, Rel. Min. Otto Rocha, por unanimidade — 3ª Turma, *in DJ* de 30.8.77, pág. 5854:

EMENTA: Imposto de Renda — Lançamento Suplementar.

Somente com elemento seguro de prova, pode o Fisco proceder à glosa e conseqüente lançamento suplementar, nos termos do art. 409, § 2º, do Decreto nº 58.400-66.

Lançamentos ou multas, fundados apenas em dúvidas ou suspeitas, são ilegais.

Sentença anulatória do débito *sub judice*, confirmada.»

Bate-se, é certo, o entendimento das instâncias administrativas, na espécie, de que o documento hábil à comprovação da venda do gado seria a «Nota Fiscal de produtor, extraída na data da operação ou a certidão fornecida pela repartição estadual competente da jurisdição do vendedor.»

Na realidade, a Nota Fiscal ou a certidão referidas seriam os documentos insuspeitos de dúvida. Contudo, não veda que a comprovação da venda se faça por outro meio, qual seja o do recibo ou o da *declaração*, posto que tem a Receita Federal suporte necessário à análise da veracidade e autenticidade de tais documentos, pelo que consta dos seus próprios arquivos.

Tanto não constitui a Nota Fiscal de produtor ou a certidão alegada, documentos únicos à comprovação da rentabilidade de gado vendido que tal transação não acarreta Imposto de Circulação de Mercadoria — ICM e, mesmo que acarretasse, neste não se podia basear a Fazenda Nacional para o lançamento *ex officio* do Imposto de Renda.

Sim. É o que decidiu, também, o Tribunal citado, na Ap. nº 37.561-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, *in DJ* de 12.8.75, pág. 5654, por unanimidade:

EMENTA: Executivo fiscal para cobrança de imposto de renda com base em lançamento procedido para pagamento do ICM. Sua invalidez.»

Data venia, as razões recursais, tanto quanto o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, não me convencem do desacerto do *decisum*, salvo no que concerne à verba de honorários advocatícios, que reduzo para 5% (cinco por cento), *ex vi* do disposto no § 4º do artigo 20 do CPC.

Destarte, e para tal fim, reformo parcialmente a sentença remetida e, também em parte, dou provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 100.622-PE (Reg. nº 6.213.090) — Rel.: Sr. Ministro Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Antonio Trigueiro Londres Barreto. Advs.: Dr. João Bezerra de Alencar e Dr. Huberto Gaston Fuxreiter.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo. (Em 26.08.87 — 6ª Turma). Sustentação Oral: Dr. Huberto Gaston Fuxreiter, pelo apelado.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Miguel Ferrante e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Min. CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 103.951 — CE
(Registro nº 7.213.018)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Expresso Vale do Jaguaribe S/A*

Advogado: *Dr. Francisco de Assis de Freitas Cavalcante*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Tarifa reduzida, destinada à atividade de transporte de passageiros. Despesas glosadas.

Tratando-se de empresa que goza de tarifa especial para cálculo do imposto de renda devido sobre seu lucro operacional, o imposto suplementar devido, em face de glosa de despesas indevidamente deduzidas do mencionado lucro, há de ser calculado mediante a aplicação da referida tarifa especial.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Apelou a União de sentença do MM. Juiz Federal da Segunda Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que julgou procedente ação ordinária contra ela movida por Expresso Vale do Jaguaribe S/A, objetivando anular lançamento suplementar de Imposto de Renda, relativo ao exercício de 1982, ano-base de 1981, no valor de Cr\$ 2.137.352, concernente a despesas que foram consideradas não dedutíveis.

Sustentou o acerto da exigência fiscal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Tarifa reduzida, destinada à atividade de transporte de passageiros. Despesas glosadas.

Tratando-se de empresa que goza de tarifa especial para cálculo do imposto de renda devido sobre seu lucro operacional, o imposto suplementar devido, em face de glosa de despesas indevidamente deduzidas do mencionado lucro, há de ser calculado mediante a aplicação da referida tarifa especial.

Apelação desprovida.

O EXMO. SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A douta sentença apelada, da lavra do eminente Juiz Hugo de Britto Machado, deslindou com acerto a controvérsia, *verbis*:

«Bem examinadas a inicial e a contestação, vê-se que não há controvérsia quanto aos fatos. A perícia, que a rigor seria desnecessária, prestou-se apenas para confirmar os fatos alegados pela autora, não contestados pela promovida.

Durante o ano-base de 1981, a autora pagou multas e retiradas de direitos além do limite legal. Os valores correspondentes a tais pagamentos, segundo a legislação do imposto de renda, não podem ser considerados despesa, vale dizer, não são dedutíveis na apuração do lucro sujeito ao imposto. E isto não é aqui discutido. A autora não contesta a validade dessa legislação que considera não dedutíveis tais pagamentos.

A autora, dedicada à atividade de transporte rodoviário de passageiros, está sujeita ao imposto de renda calculado mediante alíquota especial de apenas 6%, nos termos do art. 411 do vigente Regulamento do Imposto de Renda.

Por outro lado, a alíquota do imposto de renda, aplicável aos contribuintes em geral, é de 35%.

Assim, a questão para em juízo no presente caso consiste em saber se as parcelas adicionadas ao lucro líquido do exercício, porque não dedutíveis nos termos da legislação específica, devem ser tributadas à alíquota especial reduzida, ou à alíquota geral.

No caso de que se cuida, as parcelas não dedutíveis integram, indiscutivelmente, o denominado lucro de exploração a que se refere o art. 411 do vigente RIR. É que tais parcelas não são dedutíveis como custo ou despesas operacionais (RIR, art. 225, § 4º), ou não são dedutíveis na apuração do lucro real (RIR, art. 236, § 5º, letra a). Por não serem dedutíveis como despesas operacionais, elas devem ser reintegradas ao lucro operacional, se e na medida em que forem dele deduzidas contabilmente. Para fins de tributação recompõe-se o lucro operacional que a contabilidade apurou levando em conta despesas que a legislação do imposto de renda permite sejam como tal consideradas.

.....
No caso presente, o fisco interpretou o artigo 411 do RIR em vigor, literalmente. E chegou a uma conclusão evidentemente inadmissível, qual seja, a

de excluir do lucro da exploração parcelas que integram o lucro operacional, precisamente porque não podem ser dele deduzidas, por força de disposições expressas da legislação pertinente».

Com efeito, se não poderiam as parcelas apontadas ser deduzidas do lucro operacional, é evidente que, para efeito da tributação suplementar, deveriam elas voltar a integrar o mencionado lucro, recompondo-se, por esse modo, o montante tributável a esse título, sobre o qual a incidência do imposto há de operar-se à razão de 6% e não de 35% como aconteceu.

Pelas razões expostas, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 103.951—CE (Reg. nº 7.213.018) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Expresso Vale do Jaguaribe S/A. Adv.: Dr. Francisco de Assis de Freitas Cavalcante.

Decisão: Negou-se provimento à apelação e confirmou a sentença. Decisão unânime. (4ª Turma — 11.05.87).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 104.065 — SP
(Registro nº 7.214.413)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Apelante: *INPS*

Apelada: *Graciosa Maria Simonetti Linares*

Advogados: *Drs. Aldo Mendes e outro, Anderson Haddad*

EMENTA: Previdência Social — Funrural — Pensão — Cumulação.

— A pensão rural tem caráter eminentemente social e só é devida àqueles, dependentes de rurícolas, que não dispõem de meios para manter suas subsistências, motivo pelo qual é incoerente a sua concessão cumulativamente com outro benefício previdenciário.

— Apelo provido.

— Ação improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Apela o INPS, conforme razões de fls. 24/26, da d. decisão de fls. 17/18, que julgou procedente a ação que lhe moveu Graciosa Maria Simonetti Linares, objetivando pensão rural.

Sustenta, em síntese, o Instituto não ser possível o deferimento do benefício em face da Suplicante já receber renda mensal vitalícia.

Vieram as contra-razões de fls. 28/31, pela manutenção do r. decisório hostilizado. Subindo o feito a esta Superior instância, após regular distribuição, foi-me concluso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, pretende a Autora o recebimento de pensão rural, em virtude do falecimento de seu marido.

A preliminar levantada pela Autarquia, não tem razão de ser conforme reiterada jurisprudência desta Corte, que entende não haver necessidade de postulação administrativa para se pleitear pensão perante o Judiciário. Rejeito a preliminar.

As provas existentes nos autos dão conta de que a Suplicante já percebe renda mensal vitalícia e a concessão do benefício pleiteado implicaria em acumulação, o que é vedado nos termos do § 2º do art. 6º da LC 16, de 30.10.73, que reza:

«Fica vedado a acumulação do benefício da pensão com o da aposentadoria por velhice ou por invalidez de que tratam os artigos 4º e 5º da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1979, ressalvado ao novo chefe ou arrimo da unidade familiar o direito de optar pela aposentadoria quando a ela fizer jus, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.»

A pensão de que tratam as Leis Complementares 11/71 e 16/73, tem cunho eminentemente social, motivo pelo qual entendo ser incoerente a sua concessão cumulativamente com outro benefício previdenciário.

Inexiste direito adquirido da Autora com relação à pensão pleiteada, pois não havia a mesma se integrado ao seu patrimônio próprio, e assim o indeferimento do pedido não malfere a Constituição em seus artigos 153, § 3º ou 165, I, como a Autora sustenta na inicial.

Com estas considerações, dou provimento ao apelo do INPS para julgar a ação improcedente, isentando a Autora de custas e honorários advocatícios por ser beneficiária da justiça gratuita.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 104.065-SP (Reg. nº 7.214.413). Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Apte.: INPS. Apda.: Graciosa Maria Simonetti Linares. Advs.: Drs. Aldo Mendes e outro, Anderson Haddad.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação (Terceira Turma — 30-5-86).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.648 — RN
(Registro nº 7.253.397)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Alpargatas Confecções Nordeste S/A*

Advogados: *Drs. Paulo Akiyo Yassui, outros e Hugo Mósca*

EMENTA: «Tributário — Imposto de renda — Incentivos fiscais — Art. 15 do Decreto-lei nº 1.967/82 — Instrução Normativa nº 37/83, do Secretário da Receita Federal.

Sendo a instrução normativa mero ato administrativo, que atua como norma complementar da lei material, não pode ampliá-la, mas, tão-somente, estabelecer normas para a sua correta aplicação. Apelação desprovida sentença reformada».

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 03 de junho de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Leio o relatório da sentença:

«1 — Alpargatas Confecções Nordeste S.A., empresa sediada nesta capital, promove a presente Ação Ordinária contra a União Federal, requerendo o reconhecimento judicial de ter a base de cálculo dos incentivos fiscais de imposto de renda relativos ao exercício de 1983, ano-base 1982, apurada em conformidade com o prescrito pelo art. 15 do Decreto-Lei nº 1.967/82 e não conforme prescrito pela Instrução Normativa nº 37/83, do que resulta em consequência que a suplicante fará jus a um valor complementar de incentivos fis-

cais no montante de Cr\$ 1.705.105 em adição ao valor de Cr\$ 9.928.865, apurado na declaração de renda retificada. Quer, ainda, que seja determinado a ré que expeça ordens de Emissão Adicional de Incentivos Fiscais — FINOR e ações novas da EMBRAER, nos valores complementares de Cr\$ 1.639.524 e Cr\$ 65.581, respectivamente.

2 — Os fundamentos do pedido são, em síntese, os que, vão a seguir expostos:

a) — apresentou, em 27.5.83, no prazo legal, a sua declaração do Imposto de Renda, exercício de 1983, ano-base 1982, de conformidade com o disposto no Manual de Orientação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica 1983 (MAJUR/83).

b) — na referida declaração apurou o valor da base de cálculo das opções para aplicação em incentivos fiscais, previstas nos artigos 503 e 509 do RIR/80, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.967, de 23.11.82, pelo qual a ORTN passou a ser utilizada na apuração, cálculo e recolhimento do imposto de renda das pessoas jurídicas;

c) — as deduções do imposto devido, relativas a incentivos fiscais, foram calculadas segundo o valor da ORTN no mês fixado para a apresentação da declaração de rendimentos de conformidade com o art. 15 do Decreto-Lei nº 1.967/82;

d) — em 27.04.83, o Secretário da Receita Federal baixou a Instrução Normativa nº 37, introduzindo modificações no critério estabelecido pelo art. 15, do Decreto-lei nº 1.967/82, pelo que mandou calcular, não mais em ORTN mas em cruzeiros, os valores dos incentivos a que teriam direito as pessoas jurídicas;

e) — em consequência da referida Instrução Normativa, foi exigida da autora a retificação de sua declaração do Imposto de Renda, a fim de ajustá-la ao exigido pela Instrução Normativa nº 37, tudo conforme Ato Declaratório CST nº 15, da Coordenação do Sistema de Tributação, publicado em 24.05.83;

f) — a exigência do fisco equivale a fazer aplicar a legislação anterior ao Decreto-lei nº 1.967/82, além de descumprir o art. 15 desse mesmo diploma e modificar, por meio de Regulamento, o que foi fixado por lei, pelo que não pode prevalecer.

3 — A União Federal foi regularmente citada em 05.03.85. Deixou transcorrer *in albis* o prazo para a sua defesa.»

O Dr. Juiz, na decisão que a seguir proferiu, julgou a ação procedente por fundamentos que vêm expressos no trecho seguinte:

«6 — No tocante ao mérito, começo por registrar que, em regra, as instruções e atos normativos são normas complementares que integram a legislação tributária, fonte de obrigações acessórias (art. 113, § 2º, CTN), que têm como objetivo a caracterização de prestações positivas e negativas no interesse da arrecadação ou fiscalização. Não podem, contudo, introduzir em qualquer tipo de relação do poder tributante com o contribuinte exigência maior do que a contida na lei.

7 — No caso em exame, é evidente a não conformidade da Instrução Normativa 37/83 com o círculo abrangente fixado pelo Decreto-lei nº 2.065, de 26.10.83. Basta conferir a exigibilidade central do art. 15, do referido decreto-lei com o conteúdo da Instrução Normativa identificada. Enquanto no diploma normativo consta que o valor do imposto (art. 3º) e as deduções do

imposto, relativas a incentivos fiscais (art. 15), serão calculados segundo o valor da ORTN no mês calculado para a apresentação da declaração de rendimentos, no corpo regulamentador fixado pela administração fiscal foi mandado calcular em cruzeiros os valores dos incentivos a que teriam direito as pessoas jurídicas.

8 — No particular, há de se aceitar a afirmação da A. de que «... o artigo 15 do Decreto-lei nº 1.967/82 jamais poderia ser contrariado como o foi por mera Instrução Normativa. Somente outra norma de igual hierarquia poderia fazê-lo. Do mesmo modo, a citação que faz do pronunciamento de Ricardo Maris de Oliveira, *in* Caderno de Pesquisa Tributária, nº 06, Rev. Tributária, pág. 392:

«Ou seja, a lei, *latu sensu*, pois no âmbito federal compreende o decreto-lei, lei passada pelo Poder Legislativo, é que dispõe sobre os tributos e a respectiva arrecadação, somente ela. Os decretos e regulamentos cingem-se a baixar normas necessárias à fiel execução das leis a que se referem, nada mais. Correlatadamente, como decorrência necessária da norma constitucional, o art. 99 do CTN prevê:

«O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta lei.»

9 — A Instrução Normativa é mero ato administrativo. Assim sendo, atua como norma complementar da lei material, no caso do Decreto-lei nº 1.967/82. Não pode ampliá-la. Estabelece, apenas, instruções como aplicá-la. Há de se obedecer, qualquer que seja o atuar da administração, o princípio da legalidade, pois, no Direito Tributário, como no Direito Administrativo, o agente público não tem vontade. Ele deve estrita obediência à lei.»

Citou depois trechos de trabalhos de Alberto Xavier, Celso Antônio Bandeira de Mello e Aliomar Baleeiro e concluiu:

«12 — Isto posto, em face dos fundamentos expendidos, julgo procedente a Ação nos termos do pedido. Condeno a ré a pagar os honorários advocatícios da A., na base de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.»

A União apelou sustentando que a Instrução Normativa 37 poderia ter sido baixada pela forma como foi, por ter o Decreto-lei 1967/82, em seu art. 25, autorizado a expedição de atos complementares necessários à sua aplicação, acentuando:

«Na verdade, a Instrução Normativa SRF nº 037 não alterou a sistemática da base de cálculo dos incentivos a que têm direito as pessoas jurídicas, para, em consequência, determinar a aplicação do percentual do incentivo sobre o valor do recolhimento do Imposto de Renda, em cruzeiros, e não em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. O que o ato regulamentar determinou, e sobre que dispôs, foi sobre o ajustamento do saldo do imposto, pela exclusão das parcelas, catalogadas nas letras a a g, do item 5, todas expressas em ORTN.

Nessas condições, inexistindo a argüida superposição do ato normativo da Secretaria da Receita Federal, em relação ao Decreto-Lei nº 1.967/82, não tem como prosperar a tese que, com o brilho e o talento que lhe são próprios vem defendida pelo ilustrado prolator da r. sentença apelada.»

Contra-arrazoado o recurso os autos vieram a este Tribunal e a Subprocuradoria ofereceu parecer pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Dispôs o Decreto nº 1.967/82:

«Art. 2º — A base de cálculo do imposto, determinada segundo a legislação aplicável no início do exercício financeiro, será convertida em número de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) mediante a divisão do valor em cruzeiros do lucro real, presumido ou arbitrado, pelo valor de uma ORTN:

I — no mês subsequente ao último mês do período-base terminado no ano-calendário anterior do exercício financeiro a que corresponder o imposto; ou

II — no mês subsequente ao mês em que se ultimar a liquidação da pessoa jurídica.

Art. 3º — O valor do imposto será expresso em número de ORTN, calculado mediante a multiplicação da base de cálculo, convertida em número de ORTN, nos termos do artigo anterior, pela alíquota aplicável no início do exercício financeiro.

Parágrafo único — O imposto será pago em parcelas mensais sob a forma de antecipações, duodécimos ou quotas, também expressas em número de ORTN.

.....
 Art. 15 — As deduções do imposto devido, de acordo com a declaração, relativas a incentivos fiscais e as destinadas a aplicações específicas, serão calculadas segundo o valor da ORTN no mês fixado para a apresentação da declaração de rendimentos e repassadas aos beneficiários pelo valor assim determinado».

Para execução de tais normas o Secretário da Receita Federal baixou a Instrução Normativa 037, de 25.04.83, estabelecendo:

«3. Respeitados os limites máximos de aplicação para cada incentivo fiscal, o total das deduções do imposto devido não poderá ser superior a cinquenta por cento antes da destinação para o PIN e o PROTERRA, da soma dos seguintes valores, observado o disposto no item 6.

.....
 c) saldo do imposto devido, em cruzeiros, determinado pela multiplicação de seu valor, expresso em número de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN (item 5), segundo a declaração de rendimentos, pelo valor da ORTN no mês fixado para a apresentação de declaração.

.....
 5. Para efeito da letra c do item 3, o saldo do imposto devido, em número de ORTN, corresponderá ao imposto calculado à alíquota de 30% e/ou 17% ajustado pela exclusão das parcelas, expressas em número de ORTN, correspondentes;

a) à dedução do imposto em virtude de projetos de formação profissional de empregadores (art. 415 do RIR/80);

b) à dedução do imposto em virtude de programas de alimentação do trabalhador (art. 428 do RIR/80);

c) à isenção ou redução, exclusivamente na parte correspondente ao imposto — não computada, portanto, a parcela relativa ao adicional (arts. 440 e 442, 446, 450 e 452, 456, 460, 464, 465, 470 e 473 do RIR/80);

d) ao imposto de renda retido pela fonte pagadora, compensado na declaração de rendimentos (art. 514 do RIR/80);

e) aos duodécimos, antecipações ou qualquer valor correspondente a pagamento antecipado do tributo (arts. 10 e 13 do Decreto-Lei nº 1.967/82);

f) ao imposto de renda sobre diferença entre custo orçado e custo efetivo (§§ 2º e 3º do art. 286 do RIR/80);

g) ao imposto de renda postergado de exercícios anteriores (art. 171 do RIR/80).

6. Sobre o valor adicional previsto no § 2º do art. 24 do Decreto-Lei nº 1.967, de 23 de novembro de 1982, não podem ser feitas deduções a título de incentivo fiscal (§ 2º do art. 405 do RIR/80).»

A simples leitura da instrução mostra ter ela alterado a norma do decreto-lei que regulou a matéria, como entendeu o Dr. Juiz, e, assim, nego provimento à apelação e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 106.648-RN (Reg. nº 7.253.397) — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Alpargatas Confeccões Nordeste S/A. Advs.: Drs. Paulo Akiyo Yassui, outros e Hugo Mósca.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e reformou a sentença. Sustentação oral: Dr. Hugo Mósca, pela apelada. (Em 03.06.87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 109.780 — SP
(Registro nº 7.854.374)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Remetente: *Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Franca*

Apelantes: *IAPAS/BNH*

Apelado: *Marcos André Fernandes*

Advogados: *Dr. Roberto Coelho Vilela de Andrade — Dra. Ana Maria de Lima*

EMENTA: Execução fiscal. IAPAS. Exceção de Prescrição oposta a destempo, por devedor que não embargou a execução.

Caso em que não poderia ser apreciada, face à preclusão processual verificada. Trata-se de direito pessoal suscetível de renúncia, expressa ou tácita, configurando-se essa pelo só fato de não ser alegada parte interessada, no momento processual próprio, no caso, os embargos de devedor, acrescendo que nas execuções não embargadas, à falta de decisão, não há lugar para a instância recursal que reabriria ensejo para a mencionada exceção.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 27 de abril de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Apelou o IAPAS de sentença do MM. Juiz de Direito da Segunda Vara Cível da Comarca de Franca que, a requerimento de Marcos André Fernandes, reconheceu a prescrição quinquenal da pretensão executória contra ele manifestada pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, por contribuições devidas ao FGTS, declarando extinto o processo.

Sustentou que a prescrição fora alegada quando já havia embargos definitivamente julgados, tendo-o sido feito por meio de mera petição que não fora sequer assinada pelo advogado. E que, no caso, a prescrição não é quinqüenária, mas trintenária.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Execução fiscal. IAPAS. Exceção de Prescrição oposta a destempo, por devedor que não embargou a execução.

Caso em que não poderia ser apreciada, face à preclusão processual verificada. Trata-se de direito pessoal, suscetível de renúncia, expressa ou tácita, configurando-se essa pelo só fato de não ser alegada pela parte interessada, no momento processual próprio, no caso, os embargos de devedor, acrescendo que nas execuções não embargadas, à falta de decisão, não há lugar para a instância recursal que reabriria ensejo para a mencionada exceção.

Apelação provida.

O Exmo. Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator): Um exame dos autos mostra que a sentença referida pelo Apelante decidiu embargos de terceiro manifestados por Antônio Sérgio Barbosa e não embargos do executado.

Ocorreu que a petição do Apelado, pleiteando a decretação da prescrição do débito, desavisadamente foi inserida nos autos dos embargos de terceiros, onde foi apreciada e decidida a questão.

O mencionado requerimento, é verdade, deixou de ser assinado pela advogada do Apelado. Tal fato, todavia, não abala a autenticidade da peça em questão, já que a mencionada causídica compareceu posteriormente aos autos com as razões do Apelado, com o que tacitamente confirmou a autoria do petitório.

Resta saber se o requerimento em tela poderia ser apreciado e julgado quando já decorrido o prazo de embargos.

Respondo negativamente.

É que o direito gerado pela prescrição se compreende na categoria daqueles de natureza pessoal, que podem ser renunciados, quer expressa, quer tacitamente, configurando-se esta pelo só fato de não ser ela alegada pela parte interessada, no momento processual próprio.

Foi o que ocorreu nos autos. O apelado, intimado da penhora, deixou fluir *in albis* o prazo de que dispunha para embargar a execução. É o mesmo que dizer que renunciou tacitamente ao direito de excepcionar a prescrição.

É certo que a prescrição, conquanto decretável de ofício, pode ser alegada em qualquer instância (instância e não fase processual). Não é menos certo, entretanto, que os processos da espécie não comportam sentença, não possuindo, conseqüentemente, a fase recursal, donde a impossibilidade absoluta de ensejar-se ao executado que não embarga, nova oportunidade para deduzir as exceções que dependem de sua iniciativa. A preclusão processual, no caso, portanto, é absoluta.

Pelas razões expostas, dou provimento à apelação, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC 109.780-SP (Reg. nº 7.854.374) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Remte.: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Franca. Apte.: IAPAS/BNH. Apdo: Marcos André Fernandes. Advs.: Drs. Roberto Coelho Vilela de Andrade e Ana Maria de Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação (Em 27.04.87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 110.067 — DF
(Registro nº 7.858.485)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*
Apelante: *União Federal*
Apelados: *José Vidigal de Oliveira e outros*
Remetente: *Juiz Federal da 1ª Vara*
Advogados: *Drs. José Cruz Macedo e outro*

EMENTA: Administrativo. Adicional por tempo de serviço. Alteração de percentuais. Direito Adquirido. Regime Estatutário.

1. O respeito ao direito adquirido, no nosso sistema jurídico, tem sede constitucional, obrigando tanto ao aplicador quanto ao elaborador da lei, o que vem a significar que, embora o regime estatutário do funcionalismo público admita alterações ao arbítrio do legislador, tem este de ressaltar as situações definitivamente constituídas.

2. Ao alterar os percentuais da gratificação quinquenal o legislador expressamente ressaltou o direito adquirido dos servidores que a vinham percebendo em percentuais mais elevados, ao assegurar no art. 4º da Lei 5.997/73, vantagens pessoais nominalmente identificadas, que se haviam incorporado ao patrimônio desses funcionários. O que constituía direito adquirido era o cálculo do percentual até então vigente sobre os vencimentos contemporâneos, não sobre os futuros, que passaram a servir de base para o cálculo do novo percentual uniforme.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de junho de 1987 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente — DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A União Federal apela de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou procedente ação movida por José Vidigal de Oliveira e outros, visando ao restabelecimento dos percentuais de cálculo de suas gratificações por tempo de serviço, de acordo com o critério da Lei nº 1.441/51 c/c a Lei nº 264/48 e Resolução 134/58 da Câmara dos Deputados, critério este que veio a ser modificado pela Lei nº 5.997/73.

Recebida e processada a apelação, vieram os autos a este Tribunal, onde a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo A. F. Sollberger, opina pelo provimento da mesma.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Esta Turma já decidiu, na Apelação Cível 81.865-DF, da qual fui Relator, hipótese exatamente igual à versada nestes autos, mas em relação a funcionários do Tribunal Superior Eleitoral, estando o acórdão assim ementado:

«Administrativo. Adicional por tempo de serviço. Alteração de percentuais. Direito adquirido. Regime estatutário.

1. O respeito ao direito adquirido, no nosso sistema jurídico, tem sede constitucional, obrigando tanto ao aplicador quanto ao elaborador da lei, o que vem a significar que, embora o regime estatutário do funcionalismo público admita alterações ao arbitrio do legislador, tem este de ressaltar as situações definitivamente constituídas.

2. Ao alterar os percentuais da gratificação quinquenal, o legislador expressamente ressaltou o direito adquirido dos servidores que a vinham percebendo em percentuais mais elevados, ao assegurar no art. 4º da Lei nº 6.033/74, vantagens pessoais nominalmente identificadas, que se haviam incorporado ao patrimônio desses funcionários. O que constituía direito adquirido era o cálculo do percentual até então vigente sobre os vencimentos contemporâneos, não sobre os futuros, que passaram a servir de base para o cálculo do novo percentual uniforme.»

Mais recentemente, em julgamento de recurso de que foi Relator o Sr. Ministro Carlos Thibau, tive oportunidade de rememorar o voto que proferira no caso precedente, para acompanhar o eminente Relator, em hipótese idêntica.

Leio o voto proferido na AC cuja ementa se acha acima transcrita, do qual junto cópia, adotando as razões ali contidas, como fundamento deste. Consigno apenas que, tratando-se de servidores do Tribunal Federal de Recursos, a disposição que ressalva o direito adquirido está consignada no art. 4º da Lei 5.997, de 18 de dezembro de 1973.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento à apelação e à remessa, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.865 — DF
(Registro nº 3.463.109)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Embora o valor da causa, em relação a cada um dos litigantes ativos, seja inferior a 50 Obrigações do

Tesouro Nacional da data do seu ajuizamento, contudo, a matéria é tratada em função de ofensa a direito adquirido, com sede constitucional, pelo que se apresenta susceptível de ser conhecida a apelação.

São funcionários do Tribunal Superior Eleitoral, dois deles já aposentados, que querem o reconhecimento do seu direito à gratificação adicional por tempo de serviço, calculada sobre determinados quinquênios, segundo a legislação anterior à 6.033, de 30 de abril de 1974, ou seja, em percentuais diferenciados para os quinquênios do serviço.

A respeitável sentença, ao suporte de que no regime estatutário, não há direito adquirido, nem mesmo ao valor dos vencimentos, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, julgou imprecudente a ação.

Embora a Constituição, no tocante aos inativos, tenha disposição que assegura a revisão de seus proventos sempre que houver alteração dos vencimentos dos que se encontram em atividade, em função da desvalorização da moeda, a induzir o dever de se determinar essa alteração a cada vez que decaia esse valor monetário, contudo, a doutrina e a jurisprudência têm consagrado a possibilidade de modificação do regime dos funcionários públicos, a critério do legislador, o que inclui o sistema remuneratório, de que participa a gratificação adicional por tempo de serviço.

É certo que, no nosso direito constitucional se acha inserida disposição, que obriga tanto ao aplicador quanto ao elaborador da lei, no que tange ao direito adquirido, circunstância que poderia dizer inconstitucional a lei que alterasse em detrimento do servidor, situação já definitivamente constituída, como parece ser aquela de que se ocupa a presente apelação.

Ocorre que a alteração dos percentuais da gratificação adicional de tempo de serviço, segundo os ditames do art. 10 da Lei nº 4.345 de 26 de junho de 1964, ressalva eventuais decessos nos montantes até então percebidos, como está inscrito no art. 4º da Lei nº 6.033, de 24 de abril de 1974, assim expresso:

«Aos atuais funcionários que, em decorrência desta lei, passarem a perceber, mensalmente, retribuição inferior à que vinham auferindo, de acordo com a legislação anterior, será assegurada a diferença, como vantagem pessoal, nominalmente identificada, na forma do disposto no art. 4º e respectivos parágrafos da Lei Complementar nº 10, de 06 de maio de 1971.»

Isto serve a demonstrar que respeitou o legislador o direito que já se incorporara ao patrimônio dos servidores, especificamente dos autores apelados, que não sofreram decesso na gratificação até ali percebida. A partir de então, passou a vigorar novo estatuto remuneratório, não podendo o percentual anteriormente estabelecido acompanhar os valores supervenientes dos vencimentos, base de cálculo do adicional, que passou a ser de cinco por cento por quinquênio. Respeitou, portanto, o legislador, com a ressalva acima transcrita, que está na Lei Complementar nº 10 nela referida, a percepção que o regime anterior lhes assegurava até o momento de sua revogação.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 110.067-DF (Reg. nº 7.858.485) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Apte.: União Federal. Adpos.: José Vidigal de Oliveira e outros. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Advs.: Drs. José Cruz Macedo e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa. (Em 16-06-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Washington Bolívar e Carlos Thibau votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

APelação CÍVEL Nº 111.720 — PR
(Registro nº 7.881.088)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Apelantes: *IAPAS, Anísio Janene e outros*

Apelados: *Salimi Janene El-Kadre, outros e IAPAS*

Advogados: *Drs. Evaldo Nardelli e Mauro Viotto*

EMENTA: «Processo Civil — Embargos de terceiros.

Não responde subsidiariamente pelas dívidas da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o sócio que não haja exercido a gerência, sendo portanto nula a penhora levada a efeito em bem a ele pertencente».

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação dos embargantes e negar provimento ao recurso do embargado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 08 de abril de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Ajuizada execução fiscal pelo IAPAS contra Iporama — Comércio de Produtos Agropecuários Ltda., para cobrar-lhe débito relativo ao FUNRURAL; não tendo sido encontrados bens a ela pertencentes, foi penhorado imóvel de propriedade de sócios da executada que opuseram embargos de terceiro decididos por sentença que concluiu:

«Com efeito, o sócio que passa a ser responsável nos termos da lei, como acima ficou consignado, perde sua condição de terceiro, para ser sujeito passivo da execução, *ex vi* do art. 568, inciso V, do Código de Processo Civil, combinado com os artigos 1º e 4º, inciso V, e parágrafo 2º, da Lei nº 6.830/80, decorrendo sua responsabilidade patrimonial, da regra contida no art. 592, inciso II, da Lei Adjetiva Civil.

Não é de se olvidar outrossim, que a presente ação, não comporta discussão da legitimidade do crédito executado, matéria que deve ser objeto dos embargos do devedor, que poderá ser interposto pelo sócio responsável, na qualidade de sujeito passivo da execução.

É de se notar entretanto, que competindo aos sócios-gerentes a administração da sociedade, e estando no ato de constituição da firma Iporama — Comércio de Produtos Agropecuários Ltda., os sócios embargantes Anísio Janene, Jamil Janene e Inocêncio Janene, investidos em tal função, conforme se vê da cláusula décima primeira dos Estatutos, à fl. 38, não há que se falar da responsabilidade dos demais sócios cotistas, pois nada se apurou de irregular contra os mesmos, relativamente ao não recolhimento dos tributos, sendo certo que quanto às esposas daqueles, o ato de constrição deve prevalecer, em face do princípio da solidariedade, instituído pelo CTN, e ainda porque as atividades de seus esposos na empresa, presumem-se exercidas para auferir lucros que reverterão em proveito do patrimônio comum do casal.

Ex positis, e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente os embargos relativamente aos embargantes Salimi Janene El-Kadre e seu marido Fauze El-Kadre, e Leila Maria Janene Costa e seu marido Aldo Costa, e confirmo a liminar a eles concedida, e determino a exclusão da penhora, de suas partes ideais do imóvel constrito, mediante termo.

Outrossim, julgo improcedente os embargos relativamente aos embargantes Anísio Janene e sua mulher Sônia Maria de Andrade Janene; Inocêncio Janene e sua mulher Jane Elizabeth Blumenthal Machado Janene e Jamil Janene, e de consequência, em relação a estes, casso a liminar concedida, e declaro subsistente a penhora sobre suas partes ideais, no imóvel descrito na inicial.

Condeno o embargado a pagar aos embargantes vencedores, honorários advocatícios de 20% sobre o valor da ação, corrigidos monetariamente, e de consequência, condeno igualmente os embargantes vencidos, a pagar honorários no mesmo valor, ao suplicado, importância esta que deverá ser distribuída proporcionalmente entre aqueles.

As custas deverão ser arcadas pelo embargado e embargantes vencidos, em igual proporção, e a parte destes, rateada entre todos.»

Apelou o IAPAS pleiteando fossem os embargos julgados inteiramente improcedentes, e, em sentido contrário, os embargantes que haviam restado vencidos, os quais, preliminarmente, pediram a apreciação de agravo retido por eles interposto a propósito do deferimento de prova no curso da instrução.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Da sentença, datada de 26.4.85, foram intimadas ambas as partes, por carta expedida na mesma data (fls. 642v), e, como os avisos não houvessem sido devolvidos até 20 de junho, outros foram expedidos em tal data (fls. 645/647v).

O recurso do IAPAS foi apresentado em 19 de agosto, acompanhado de prova de que somente no dia 5 de tal mês recebera o aviso (fl. 673).

Já a apelação dos embargantes foi protocolada aos 12 dias do mês de setembro (fl. 687), quando a intimação fora recebida pelo advogado em 21 de agosto, mais de 15 dias antes, portanto.

Ante tal circunstância, não conheço do recurso dos embargantes, porque apresentado intempestivamente, e passo a examinar o do embargado.

Fazendo-o, nego-lhe provimento.

Com inteiro acerto decidi o Dr. Juiz que tratando-se de débito de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, somente respondem subsidiariamente pela dívida os sócios-gerentes quando agirem com excesso de mandato ou praticarem atos com violação do contrato ou de lei, não podendo ser responsáveis no caso concreto, assim, os sócios que não exerceram a gerência.

Meu voto, em conclusão, é não conhecendo da apelação dos embargantes e negando provimento ao recurso do IAPAS.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 111.720-PR (Reg. nº 7.881.088) — Rel.: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Aptes.: IAPAS, Anísio Janene e outros. Apdos.: Salimi Janene El-Kadre, outros e IAPAS. Advts.: Drs. Evaldo Nardelli e Mauro Viotto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação dos embargantes e negou provimento ao recurso do embargado. (Em 08.04.87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 111.882 — SP
(Registro nº 7.883.102)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*

Apelante: *Elias de Souza*

Apelado: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogados: *Drs. José Roberto Campi e outros e Geni de Oliveira Jabur*

EMENTA: Processual Civil e Previdenciário — Aposentadoria Especial — Justificação Judicial — Princípio do livre convencimento.

1) A justificação judicial, regularmente processada, deve produzir seus jurídicos efeitos, relativos à conservação e ressalva de direitos. Entretanto, ao servir de prova, no processo principal, não tem eficácia absoluta, mas relativa, já que, como todas as provas, sujeita-se ao contraditório judicial e ao princípio do livre convencimento do juiz, que deduzirá os seus motivos na sentença (CPC, art. 131).

2) Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília-DF, 19 de agosto de 1986 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Trata-se de apelação interposta por Elias de Souza, beneficiário da Justiça Gratuita, contra a r. sentença de fls. 64/66, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. Fernando Aparecido Spagnuolo, que julgou improcedente ação ajuizada contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, objetivando aposentadoria especial.

O apelante reitera a pretensão argumentando não se poder excluir o tempo da Justificação Judicial homologada, uma vez que o próprio Instituto manifestou-se «de acordo, com a homologação», em 06.08.84, além de restar comprovada sua atividade penosa e insalubre (fls. 71/73).

A autarquia refuta as argumentações do apelante, sustentando o acerto da decisão recorrida (fl. 79).

Sem revisão, nos termos do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): A r. sentença tem a seguinte fundamentação:

«Trata-se de ação de benefício previdenciário promovida por Elias de Souza contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, onde aquele objetiva a aposentadoria especial. Consoante está a demonstrar o documento de fl. 41, prestou o requerido serviços a diversas empresas somando o tempo de 20 anos, 11 meses e 20 dias. Não satisfeito com a contagem promovida pelo Instituto requerido, ingressou o requerido com justificação judicial pretendendo demonstrar que trabalhou ele no período de 02/01/58 a 29/09/62 para a empresa Cocato e Orlandi Ltda., e posteriormente passou a denominar-se Marino Antônio Cocato, na qualidade de ferreiro. É certo que a aludida justificação Judicial, por estar formalmente em ordem, foi devidamente homologada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca Jaú. No entanto, tanto o decreto 77.077/76 em seu artigo 41 § 5º como o decreto 89.312/84 que revogou aquele outro, em seu artigo 33, § 4º, são claros ao não admitirem para contagem de tempo de serviço prova exclusivamente testemunhal. O que visou o legislador em ambos os decretos citados, foi, por antecipação, impedir que o segurado fizesse prova do tempo de serviço apenas através de declarações testemunhais. É claro que as testemunhas podem ser úteis em suas informações elucidadoras, exigindo-se porém, sempre um começo de prova. Não há dúvida alguma que a testemunha Oswaldo Gonzales, a fl. 21, asseverou que o ora autor trabalhou para Marino Antônio Cocato de 1958 a 1962, de ressaltar-se que as testemunhas de fls. 19/20 apesar de afirmarem que o ora autor trabalhou para Marino Antônio Cocato, não souberam precisar as datas. No entanto, a assertiva da testemunha Oswaldo Gonzales deve ser recebida com ressalvas, isto porque, o próprio Marino Antônio Cocato à fl. 48, em declaração prestada ao Instituto requerido, asseverou que o autor exerceu atividade em sua empresa no período de 01/06/62 a 31/10/62. De salientar-se ainda que conforme está demonstrado no documento de fl. 55, o autor, ao requerer seu título de eleitor afirmou que sua profissão era de lavrador, e não de ferreiro. Dessa forma, fundando-se o autor seu pedido em prova exclusivamente testemunhal, não havendo qualquer outro indicio de prova que venha a demonstrar que tenha o mesmo exercido a função de ferreiro na empresa Cocato e Orlandi Ltda. ou Marino Antônio Cocato, não há como acolher a sua pretensão, saliente-se, ainda, que excluindo-se o tempo que o autor agora pretende incluir em seu tempo de serviço, não atinge ele o tempo mínimo necessário para sua aposentadoria por tempo de serviço. Por outro lado no que respeito ao benefício pretendido pelo autor, o artigo 35 do decreto 89.312/84 dispõe que a aposentadoria especial é devida ao segurado que contando com 60 contribuições mensais, trabalhou durante 15, 20 ou 25 anos pelo menos conforme a atividade profissional, em serviço para esse efeito considerado «perigoso, insalubre ou penoso em decreto de poder Executivo. O regulamento dos benefícios da previdência social dispõe que os empregados das indústrias metalúrgicas e mecânicas obterão a aposentadoria especial decorridos os 25 anos de serviço. Ainda nesta hipótese, excluindo o tempo de serviço que o autor pretende contar em seu favor, não atinge ele o tempo mínimo necessário para a obtenção de sua aposentadoria. Em suma, não tendo o autor demonstrado satisfatoriamente que exer-

ceu a função de ferreiro na empresa Cocato e Orlandi Ltda., no período de 02/01/58 a 27/09/62, não há como acolher seu pedido para o fim de ser aposentado pela denominada aposentadoria especial».

Tenho iterativamente afirmado que a justificação judicial, regularmente processada, deve produzir todos os seus jurídicos efeitos, relativos à conservação e ressalva de direitos e para servir de prova, eventualmente, em processo contencioso, merecendo aceitação em todos os setores, quer administrativos, quer judiciais. (AC n.ºs 64.576 e 89.724, dentre outras, por mim relatadas).

O MM. Juiz de Direito, usando da faculdade prevista no art. 131 do CPC, aferiu a validade da prova produzida pela justificação judicial e afirmou seu convencimento pela ineficácia, no caso, daquele processo com o objetivo de reconhecimento de tempo de serviço, para fins de aposentadoria especial.

Efetivamente, a prova testemunhal produzida na justificação é insegura e contraditória. Pelo documento de fl. 08, Antônio Roberto Carrara e Irineu Batista afirmaram textualmente: «Declaramos para os devidos fins e efeitos que trabalhamos com o Sr. Elias de Souza na Fábrica de Corroceria Cocato, nesta cidade de Jaú, de janeiro de 1958 até o ano de 1962».

Mas, por ocasião da sua inquirição na Justificativa, o primeiro declarante acima apontado — Antônio Roberto Carrara — afirmou não precisar o período em que o ora Apelante trabalhou na fábrica de carrocerias (fl. 19); e o segundo declarante — Irineu Batista — na Justificativa, disse ter ingressado na fábrica por volta de 1959 e que lá trabalhou mais ou menos por 1 (um) ano.

Vê-se, deste modo, que os depoimentos prestados quando da Justificação Judicial divergem da declaração firmada pelas mesmas testemunhas.

Por estas considerações, não vejo como prosperar a apelação, razão pela qual confirmo a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 111.882-SP (Reg. n.º 7.883.102) — Rel.: Min. Washington Bolívar — Apte.: Elias de Souza — Apdo.: INPS — Advs.: Drs. José Roberto Campi e outros e Geni de Oliveira Jabur.

Decisão: A 1.ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 19.08.86).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.922 — RJ
(Registro nº 4.916.085)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelante: *Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Rio de Janeiro*

Apelado: *IAPAS*

Advogados: *Drs. João Luiz Mello Basilio e Odette Borges*

EMENTA: Tributário. Contribuições previdenciárias. Remuneração paga pelo Conselho Regional de Contabilidade a associados seus. Incidência. Embargos.

Caso que configura relação de emprego, face à continuidade da remuneração, conquanto paga a título de comissões, em troca de serviços prestados, os quais, entretanto, não têm relação com a profissão de contador.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1987 (data do julgamento).

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente — ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Apelou o Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Rio de Janeiro de sentença do MM. Juiz Federal da Sexta Vara da Seção Judiciária do mesmo Estado, que rejeitou embargos opostos à execução que lhe moveu o IAPAS, por contribuições previdenciárias relativas ao período de janeiro de 1966 a setembro de 1969.

Sustentou haver a sentença apelada deixado de apreciar a sua alegação de que falecia poder à autarquia previdenciária para lavrar auto de infração contra entidade pública, a teor da Súmula nº 62 da própria Previdência, bem assim a de que entre a entidade e seus delegados inexistia relação de trabalho, descabendo, por conseguinte, a contribuição exigida.

Não houve contra-razões.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Contribuições previdenciárias. Remuneração paga pelo Conselho Regional de Contabilidade a Associados seus. Incidência. Embargos.

Caso que configura relação de emprego, face à continuidade da remuneração, conquanto paga a título de comissões, em troca de serviços prestados, os quais, entretanto, não têm relação com a profissão de contador.

Apelação desprovida.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O MM. Juiz a quo assim decidiu a controvérsia:

«O art. 4º da Lei Orgânica da Previdência Social qualifica como empresa não só «o empregador, como tal definido na Consolidação das Leis do Trabalho», mas também «as repartições públicas, autárquicas e quaisquer outras entidades públicas ou serviços administrados, incorporados ou concedidos pelo poder público em relação aos respectivos servidores no regime desta Lei». Sendo o Embargante uma autarquia, pode, portanto, figurar na posição de empresa, para os efeitos previdenciários.

É verdade que, conforme alega o Embargante, a obrigatoriedade das contribuições sobre remuneração de autônomos somente surgiu, para as empresas, com a vigência do Decreto-Lei nº 959, de 13 de outubro de 1969 (fl. 11). Entretanto, não ficou demonstrado que os conselheiros e delegados do Embargante prestassem serviços a este na condição de autônomos, pois, conforme sustenta o Embargado, a fl. 16, «muito embora os referidos delegados exerçam a profissão autônoma de contadores, exigência contida no Decreto-Lei nº 1.040/69, no Conselho Regional de Contabilidade, percebem remuneração de forma continuada, sob o título de comissões, em troca de serviços prestados, sem nenhuma relação com a profissão de contador». Qualificam-se, assim, como empregados, nos termos do art. 3º da CLT. Cabia ao empregador provar o contrário, se fosse o caso.

O próprio Embargante admite que os delegados e conselheiros, embora profissionais legalmente habilitados na forma de lei, não precisam, «obrigatoriamente, na acepção restrita da palavra, prestar serviços tão só tipicamente enquadrados como serviços contábeis» (fl. 8). Tais serviços na estrutura de funcionamento do Embargante são considerados serviços paracontábeis, não se enquadrando, portanto, na atividade profissional autônoma. Estavam, assim, sujeitos a contribuições previdenciárias, mesmo antes do advento do Decreto-Lei nº 959/69».

Trata-se de decisão que bem apreciou os fatos da lide, à luz das normas e princípios que regem a espécie, merecendo, por isso, ser mantida.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 113.922-RJ (Reg. nº 4.916.085) — Rel.: Min. Ilmar Galvão — Apelante: Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Rio de Janeiro — Apelado: IAPAS — Advogados: Dr. João Luiz Mello Basílio e Dra. Odette Borges.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 22.04.87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Pádua Ribeiro. Presidiu o Exmo. Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 115.918 — RJ
(Registro nº 7.021.585)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Apelantes: *Raimundo dos Reis Lessa e cônjuge*

Apelada: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Advogados: *Drs. Walter da Silva e outros, Luiz Antonio Azamor Rodrigues e outros*

EMENTA: Execução — Obrigação de fazer.

A execução de obrigação de fazer condiciona-se a que exista sentença condenatória. Impossibilidade de intentar-se execução, com esse objetivo, com base em título extrajudicial.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 27 de abril de 1987.

CARLOS VELLOSO, Presidente — EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A matéria dos autos foi relatada e decidida pela sentença, *verbis* (fls. 51/53):

«Trata-se de ação de execução de obrigação de fazer, sob o nº 6985742, Classe 04995, 8ª Vara, proposta por Raimundo dos Reis Lessa e cônjuge contra a Caixa Econômica Federal-CEF, por entender que nada deve à re, razão pela qual esta tem a obrigação de lhe entregar a documentação de quitação necessária ao levantamento das hipotecas que gravam o apartamento nº 101 da rua Visconde de Pirajá 228, Freguesia da Lagoa, nesta Cidade.

A ré ofereceu embargos (Processo nº 7021585), aduzindo, em resumo, que a execução é nula por lhe faltar título executivo e, no mérito, que o pedido é improcedente porque «só é possível a liberação do ônus hipotecário com a quitação total da obrigação contratual, e esta não se deu, haja vista o demonstrativo do saldo devedor ainda existente».

O embargado, em resposta (fls. 10/12) instruída com documentos (fls. 13/39), alega em síntese:

A — «não tem razão a embargante, não só na sua preliminar de nulidade da execução, como não a tem no mérito. O título executório, são as escrituras referidas pelo Exequente na peça exordial da execução (fls. 07/14) e confirmadas pela própria ora embargante à fl. 03 dos embargos, quando afirma serem «corretos os empréstimos concedidos aos embargados, de acordo com as escrituras mencionadas»;

B — «a obrigação de fazer que resulta de referidas escrituras e que foi exigida na execução ajuizada e antecedida da notificação (fls. 07/16) dos autos da execução, consiste na entrega pela embargante da quitação de ditos empréstimos e demais documentos necessários ao cancelamento e baixa das três inscrições de averbação das hipotecas do imóvel do exequente e liberação, por conseguinte, do ônus hipotecário»;

C — «Por força dos recibos exibidos e declaração junta, pela qual se prova a quitação da última prestação dos empréstimos, prevalece a presunção do art. 943 do Código Civil, ao contrário do que afirma a embargante, não se podendo falar aqui em prestações posteriores a 28.08.80, eis que todos os empréstimos estão quitados, «ex vi legis».

O embargado protestou pelo depoimento pessoal da embargante (fl. 46) e esta, por prova pericial (fl. 49).

A Procuradoria da República declarou nada ter a aditar (fl. 47 vº).

Autos conclusos no dia 5 de novembro de 1985 (fl. 50).

É o relatório.

Isto posto:

Entendo, *data venia*, que a preliminar argüida pela embargante merece acolhida, pois falta à execução requisito essencial, a saber, o título executivo.

As escrituras de compra e venda com pacto adjecto de hipoteca não são títulos executivos, como quer fazer crer o embargado em sua defesa (fl. 10), ainda que se aceite sua validade, como ocorre no presente caso.

A obrigação de fazer, que segundo o embargado «resulta de referidas escrituras» e «consiste na entrega, pela embargante, da quitação de ditos empréstimos e demais documentos necessários ao cancelamento e baixa das três inscrições de averbação das hipotecas do imóvel» (fls. 10/11), ainda não foi estabelecida em regular processo de conhecimento.

Tal obrigação não resulta necessariamente das referidas escrituras, que por si só são insuficientes para o fim pretendido na execução.

Para que a obrigação de fazer se torne exigível judicialmente, através de processo de execução, é necessário prévia decisão reconhecendo que o autor nada mais deve e tornando efetiva a obrigação.

Só então, munido de tal título, caberia a execução.

Antes disso, o autor necessita promover o processo de conhecimento, onde, inclusive, poderá ser vencido se ficar provado que ainda não quitou integralmente o empréstimo. Isso mostra que a execução não pode prosperar.

Por tais fundamentos.

Julgo os embargos procedentes, anulada a execução e condenado o embargado nas custas e honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa.»

Apelou o exeqüente, pela procedência da execução (fls. 56/60).

Contra-razões às fls. 65/67.

É o relatório.

EMENTA: Execução — Obrigação de fazer.

A execução de obrigação de fazer condiciona-se a que exista sentença condenatória. Impossibilidade de intentar-se execução, com esse objetivo, com base em título extrajudicial.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Intentaram os apelantes execução, fundada em título extrajudicial, para obter da apelada quitação relativa a contrato de mútuo. Sustentam que se trata de obrigação de fazer e que aplicável o disposto no artigo 641 do Código de Processo Civil.

Não tem os apelantes razão. Os títulos executivos extrajudiciais (art. 585 do CPC) dão margem à instauração de processo de execução por quantia certa ou de entrega de coisa, sendo esta fungível. Execução de obrigação de fazer só é possível quando o título for sentença condenatória. Aliás, isto resulta do próprio artigo 641 invocado pelos recorrentes. Para que o devedor possa ser condenado a emitir declaração de vontade, indispensável tenha havido sentença condenatória. E esta supõe processo de conhecimento.

Note-se, por fim, que a hipótese nem mesmo exigiria ação condenatória. Bastaria pleitear-se declaração de inexistir entre as partes relação de débito e crédito relativamente ao contrato de mútuo.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC 115.918-RJ (Reg. nº 7.021.585) — Rel.: Min. Eduardo Ribeiro — Aptes.: Raimundo dos Reis Lessa e cônjuge — Apda.: Caixa Econômica Federal — CEF — Advs.: Drs. Walter da Silva e outros, Drs. Luiz Antonio Azamor Rodrigues e outros.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo.» (Em: 27.04.87 — 6ª Turma)

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Min. CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 116.649 — RS
(Registro nº 6.314.392)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Apelante: *DNER*

Apelados: *Augusto Simões Lopes Júnior e cônjuge*

Advogados: *Drs. Sebastião Domingos Pinto e outros, Antônio Luiz Allgayer Mendonça e outros*

EMENTA: Desapropriação. Oferta. Correção Monetária. Súmula nº 202-TFR.

I — A correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, por isso que pertence ao expropriado a correção monetária da oferta contabilizada pelo estabelecimento bancário. Súmula 202-TFR.

II — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1º de outubro de 1986 (data do julgamento).

CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A sentença de fls. 112/114, lavrada pelo Juiz Federal Ari Pargendler, julgou procedente a ação de desapropriação promovida pelo DNER contra Augusto Simões Lopes Júnior e s/mulher e, com base no laudo do perito oficial, fixou assim a indenização:

.....
«O objeto da lide consiste em fixar o montante da indenização do imóvel expropriado. A esse respeito, os autos contam com dois laudos: o do perito, datado de 26 de agosto de 1985; que avaliou o bem em Cz\$ 9.590,62 (nove

mil, quinhentos e noventa cruzados e sessenta e dois centavos, fls. 48), equivalente na época a 194,15 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional; o do assistente técnico do Autor, datado de 23 de outubro de 1985, que o orçou em Cz\$ 11.387,87 (onze mil, trezentos e oitenta e sete cruzados e oitenta e sete centavos, fls. 80/81), equivalente na época a 195,33 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Como se vê os laudos concluíram quase que identicamente. A diferença que os separa é da ordem de uma Obrigação do Tesouro Nacional, montante em que a avaliação do assistente técnico excedeu a do perito. Entre um e outro, este Juízo adota o laudo do perito como base da indenização, forte na extensa e atualizada pesquisa de mercado que o ampara (fls. 41/65).

A liquidação de sentença obedecerá o seguinte roteiro, desde já fixado para evitar controvérsias futuras: I) Indenização: a) montante do laudo + b) correção monetária segundo a variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional até 27 de fevereiro de 1986, nos termos do Decreto-Lei nº 2.284/86 + c) juros compensatórios de 12% a.a. até o trânsito em julgado da sentença (desde a imissão até a data do laudo sobre o respectivo montante sem correção monetária; a contar do laudo, sobre o montante deste corrigido monetariamente) + d) juros moratórios de 6% a.a. a partir do trânsito da sentença em julgado); — II) Honorários Advocatícios: 10% sobre a diferença entre a indenização apurada no item anterior e a oferta corrigida monetariamente; — III) Honorários dos *experts*: — a) honorários do perito já arbitrados em quatro salários mínimos à data do pagamento (fl. 67); — IV) Pagamento da condenação: a quantia já liberada por alvará será incluída na conta de liquidação sem correção monetária.

Ante o exposto, julgo procedente a ação mediante a indenização de Cz\$ 9.590,62 (nove mil, quinhentos e noventa cruzados e sessenta e dois centavos), a ser liquidada nos termos constantes da sentença. Registre-se. Intimem-se.» (Fls. 113/114).

Inconformado, apela o DNER (fls. 121/125), postulando a reforma da r. sentença, para que a verba honorária seja reduzida a um máximo de 5% da condenação e para que «o valor do depósito inicial seja incluído na conta de liquidação corrigido monetariamente.»

Sem resposta, subiram os autos.

Nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A honorária advocatícia foi arbitrada em 10% sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas ambas as parcelas. A indenização não é de monta. Pode ser mantida a sentença, pois no particular. Nego provimento ao apelo, nesta parte.

No que tange à correção da oferta, para fins de cálculo da indenização, também não tem razão a autarquia-apelante.

Na AC nº 100.491-RJ, de que fui relator, decidi esta egrégia Turma:

«Desapropriação. Oferta. Correção Monetária. Súmula nº 202-TFR.

I — A correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, por isso que pertence ao apropriado a correção monetária da oferta contabilizada pelo estabelecimento bancário. Súmula nº 202-TFR.

II — Recurso desprovido». (DJ de 28-8-86).

No meu voto, acentuei que a correção monetária da indenização incide, em verdade, sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização. É que, pertencendo ao expropriado a oferta, com os seus frutos, inclusive a correção monetária contabilizada pelo estabelecimento bancário (Súmula nº 202-TFR), o cálculo deverá ser feito na forma acima exposta, porque, se não se fizesse assim, o expropriado receberia a correção monetária duas vezes.

Isto foi examinado, no meu voto, por ocasião do julgamento do IUJ na AC nº 86.107-RJ. Para boa compreensão do meu pensamento, faço anexar cópia do referido voto, ao qual me reporto.

Do exposto, nego provimento ao apelo.

ANEXO

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.107 — RJ

«Desapropriação. Oferta. Correção Monetária. D.L. nº 3.365/41, artigo 15.

I — Incide a correção monetária sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização. Assim, ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, contabilizada pelo estabelecimento bancário.

II — Jurisprudência sumulada».

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização. Destarte, ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, creditada pelo estabelecimento bancário.

No voto que proferi por ocasião do julgamento dos EAC nº 78.767-RJ, de que fui Relator, assim justifiquei o entendimento acima exposto:

«O que sustento é que a oferta pertence ao expropriado, com os seus frutos, vale dizer, os juros que o estabelecimento bancário pagar. A correção monetária, incidente sobre dita oferta, paga pela Caixa Econômica Federal, simples atualização, pertence, evidentemente, ao expropriado. É que a oferta representa pagamento prévio, pagamento pela perda da posse, tanto que a imissão provisória na posse, ou a imissão liminar na posse só é concedida diante do depósito da oferta (D.L. 3.365/41, art. 15) e o expropriado poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito (D.L. 3.365/41, art. 33, § 2º).

Assim sempre foi o meu entendimento.

O cálculo da correção monetária incidente sobre a indenização fixada na sentença far-se-á, então, sobre o montante da diferença entre a oferta e a indenização. Assim, a entidade expropriante não pagará correção monetária sobre a oferta. Pois, sobre esta, o estabelecimento bancário, a CEF, terá pago a correção monetária. Não haverá, então, pagamento de correção monetária duas vezes, sobre a oferta. Não terá a entidade expropriante, em consequência, nenhum prejuízo. Exemplifiquemos: a oferta é de Cr\$ 100.000,00. Na sentença, a indenização foi fixada em Cr\$ 1.000.000,00. A entidade expropriante, que já depositou Cr\$ 100.000,00 (oferta), depositará, então, Cr\$ 900.000,00, mais a correção monetária (D.L. 3.365/41, art. 26, § 2º), vale dizer, a correção monetária incidente sobre os Cr\$ 900.000,00, que é a diferença entre a oferta e a indenização fixada.

Na AC nº 83.171-SP, de que fui relator, assim decidiu a 4ª Turma. No meu voto, disse eu:

«VI — *Depósito inicial: Correção.*

Sem razão a apelante, no particular.

Na AC nº 78.615-RJ, de que fui relator, decidi esta egrégia Turma:

«Desapropriação. Oferta. Correção monetária. Decreto-lei nº 3.365/41, art. 26, § 2º.

I — O que se corrige é o *quantum* da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo e o fenômeno da inflação, ficou desatualizado. (D.L. 3.365/41, art. 26, § 2º). A correção monetária incide sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada. No apurar tal diferença, não há cogitar em corrigir monetariamente a oferta.

II — Juros compensatórios. Seu cálculo, no caso, deve obedecer ao que ficou estabelecido na sentença exequiênda.

III — Recurso desprovido.»

Votando, em caso idêntico — AC nº 75.579-SP — disse eu, com o apoio dos meus eminentes pares:

«a) a correção do depósito inicial.

Na AC nº 72.096-PR, de que fui relator, decidi esta egrégia Turma:

«Desapropriação. Oferta. Correção Monetária. D.L. nº 3.365, de 1941, art. 26, § 2º.

I — O que se corrige é o *quantum* da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo e o fenômeno da inflação, ficou desatualizado. (D.L. nº 3.365/41, art. 26, § 2º). A correção monetária incide sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada. No apurar tal diferença, não há cogitar em corrigir monetariamente a oferta.

II — Juros compensatórios. Seu cálculo, no caso, deve obedecer ao que ficou estabelecido na sentença exequiênda.

III — Recurso provido, parcialmente.»

Disse eu, então, ao votar:

«Quanto à correção da oferta, não comungo com o entendimento sustentado pela apelante.

O que se corrige é o *quantum* da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo, ficou defasado, desatualizado em razão do fenômeno da inflação. Porque, da oferta poderia o expropriado levantar 80% e mais porque os 20% restantes, que pertencem ao expropriado, estão sendo corrigidos pelo estabelecimento bancário onde o depósito foi feito, não se corrige a oferta. E porque a oferta não é corrigida, segue-se que a correção monetária incide sobre a diferença entre ela, oferta, e a indenização fixada. Procedendo-se assim, dá-se cumprimento ao que está inscrito no art. 26, § 2º, do D.L. 3.365/41, norma instituída em favor do expropriado, tendo em vista, conforme já falamos, o fenômeno da inflação. Permitir o desejado pela expropriante, vale dizer, a correção da oferta, para o fim de diminuir a diferença entre ela, oferta, e a indenização, ter-se-á a aplicação da norma inscrita no art. 26, § 2º, do D.L. nº 3.365/41, contrariamente ao expropriado, quando essa norma foi instituída justamente em favor deste.

Desprovejo o recurso, no ponto.»

.....
Reitero os termos do voto supra transcrito.

Confirmo a sentença, no particular».

Na AC nº 83.200-RJ, Relator o Sr. Ministro Torreão Braz, outro não foi o entendimento da 6ª Turma:

«Desapropriação.

A correção monetária do depósito prévio, capitalizada pela CEF, pertence ao expropriado.

Decisão confirmada.»

Na AC nº 80.318-RJ, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, a 6ª Turma reiterou o entendimento:

«Desapropriação. Conta de Liquidação. Juros compensatórios. Correção monetária.

— Juros compensatórios incidem à taxa de 12% ao ano (Súmula nº 110 do TFR).

— *Nas desapropriações processadas perante a Justiça Federal a correção monetária da oferta é excluída do cálculo da liquidação, mas o seu rendimento bancário se dá, integralmente, a favor do expropriado. Precedentes jurisprudenciais.*

— Apelação improvida.»

Na AC nº 74.922-RS, Relator o Sr. Ministro Pedro Acioli, a 5ª Turma não divergiu do entendimento:

«Administrativo. Desapropriação direta. Cálculos de liquidação. Correção monetária da oferta.

I — A correção monetária e os honorários advocatícios podem ser concedidos de ofício. Tais rubricas e os juros compensatórios foram entretanto concedidos pela sentença do processo de conhecimento que confirmada na instância revisional, transitou em julgado. Não conhecido da preliminar, que pretende questionar sobre matéria protegida pela coisa julgada. 2. A correção monetária capitalizada pela Caixa sobre quantia depositada em razão de processos expropriatórios não interfere nos cálculos da liquidação de sentença efetuados em Juízo. Tal entendimento decorre da obrigação de o expropriante depositar o preço oferecido como condição para a imissão antecipada de posse, ficando à disposição do expropriado 80%, do depósito. Não exercendo esse direito, tem o expropriado uma poupança forçada fazendo jus aos juros e à correção monetária produzido pelo depósito a sua disposição. 3. Desprovimento do recurso.»

.....
(fl. 346).

Na AC nº 76.709-RS, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, a 6ª Turma voltou a reafirmar o entendimento:

«Desapropriação. Conta de Liquidação. Juros compensatórios. Correção monetária da oferta inicial.

— *Os juros compensatórios são calculados à taxa de 12% ao ano (Súmula 110 do TFR).*

— *Nas desapropriações processadas perante a Justiça Federal, a correção monetária da oferta é excluída do cálculo da liquidação, revertendo seu obrigatório rendimento bancário, integralmente a favor do desapropriado. Precedentes jurisprudenciais.*

— Apelação improvida.»

.....
(fl. 347).

No seu voto, o Sr. Ministro Ferrante invoca o decidido pela Corte Suprema, no RE n° 88.713-RJ (RTJ, 89/1017). Invoca, outrossim, precedentes outros da mesma 6ª Turma: AACC n° 76.708-RS e 76.710-RJ, esta última relatada pelo Sr. Ministro José Dantas. No mesmo sentido, inúmeros outros casos podem ser mencionados: AACC n°s 77.152-SP, 83.691-RJ, 83.372-RJ, 81.416-RJ, relatadas pelo Ministro Geraldo Sobral: 81.416-RJ, 82.074-RJ, relatadas pelo Ministro Torreão Braz, 80.194-RJ e 82.197-SP, Relator Ministro Sebastião Reis, AC n° 68.989-RJ, Relator Ministro W. Gonçalves. Nas AACC n°s 82.684-SC, 82.487-SC, 82.215-SP, 43.332-RJ, 82.310-CE, 83.008-RJ, relatados pelo Ministro Américo Luz, outro não foi o entendimento adotado.

No RE n° 88.713-RJ, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda, a Corte Suprema, decidiu que sobre 80% da oferta a expropriante não paga correção monetária, porque o expropriado poderia ter levantado até 80% da oferta; pagará a expropriante, entretanto, correção monetária sobre os restantes 20%, se a conta do depósito não a prevê a cargo do estabelecimento depositário, como acontece quando o depósito é feito perante a Justiça Federal (art. 16 do D.L. 759, de 12.08.69). Essa decisão da Corte Suprema consagra antiga praxe existente na Justiça Federal, que manda efetuar o cálculo da correção monetária sobre o montante da diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, a que nos referimos no início deste voto. O RE n° 88.713-RJ, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda, está na RTJ 89/1017.

No RE n° 94.813-RJ, Relator o Sr. Ministro Oscar Corrêa (RTJ, 104/759), a Corte Suprema mandou que a expropriante pagasse correção monetária sobre a parcela de 20%, mantida em depósito, no interesse da expropriante. Tratava-se, ali, de uma expropriatória de interesse do Município do Rio de Janeiro, assim não ajuizada na Justiça Federal. Na Justiça Federal, porque o estabelecimento bancário onde se faz o depósito, a CEF, paga correção monetária sobre este, não haveria a expropriante de pagar uma segunda correção monetária sobre os 20% do depósito da oferta, acrescentamos, na linha do RE n° 88.713-RJ, Rel. Min. Décio Miranda.

No caso, o cálculo da correção monetária da indenização fez-se sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização (conta, f. 222). Atender, em caso tal, a pretensão da entidade expropriante, que deseja para si a correção monetária incidente sobre a oferta, é causar prejuízo enorme ao expropriado.

Diante do exposto, rejeito os embargos.»

O entendimento no sentido de que a oferta, com os seus frutos, pertence ao expropriado, está consagrado na jurisprudência desta egrégia 2ª Seção, a partir do decidido nos EAC 78.767-RJ, de que fui relator:

«Desapropriação. Oferta. Correção Monetária.

I — A correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização. Ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, pago pelo estabelecimento bancário, a Caixa Econômica Federal.

II — Embargos infringentes rejeitados». (DJ 29-3-84)

Nos EACs. n°s 83.094-RJ, 83.320-RJ, 83.294-RJ, 83.879-RJ, 85.360-RJ, 86.346-RJ, 82.538-RJ, 84.003-RJ e 89.320-RJ, outro não foi o entendimento desta egrégia Seção.

Do exposto, meu voto é no sentido de que a correção monetária do depósito prévio, capitalizada pelo estabelecimento bancário, pertence ao expropriado.

Proponho que a matéria seja assim sumulada:

Incide a correção monetária sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, pelo que o expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, contabilizada pelo estabelecimento bancário.

Referência: Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, art. 15.

IUJ na AC nº 86.107-RJ.

Publicado o acordão, os autos voltarão à Turma, para julgamento do recurso.

É o meu voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

AC 116.649-RS (Reg. nº 6.314.392) — Rel.: O Sr. Min. Carlos M. Velloso — Apte.: DNER. Apdos.: Augusto Simões Lopes Júnior e cônjuge — Advs.: Drs. Sebastião Domingos Pinto e outros, Antônio Luiz Allgayer Mendonça e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. 1º-10-86, Sexta Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 116.920 — RN
(Registro nº 7.949.960)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Tungstênio do Brasil Minérios e Metais Ltda.*

Advogados: *Drs. Eider Furtado de Mendonça e Menezes e outros*

EMENTA: Tributário. IOF. Repetição do indébito. Necessidade de a restituição ser pleiteada administrativamente. Impugnação do pedido de restituição em juízo. CTN, artigos 168 e 169. Tributo indireto. Repercussão. CTN, artigo 166. Súmula nº 546-STF. Correção Monetária. Juros da Mora. CTN, artigo 167, parág. único. Súmula 46-TFR.

I. A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

II. Todavia, ajuizada a ação de repetição de indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública impugna o pedido, em seu mérito, isto faz satisfeito o pressuposto da ação, devendo ser observada a decadência do pedido relativamente às quantias pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação.

III. Interpretação, com certos temperamentos, do art. 166, CTN, e da Súmula nº 546-STF. Sujeição da ação de repetição do IOF aos citados textos, vale dizer, desde que haja possibilidade de repercussão do tributo na revenda imediata do produto. Inaplicabilidade do art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF, se, por exemplo, o contribuinte pagou o IOF numa importação de bens para uso próprio, ou para inclusão desses bens no seu ativo, ou pagou o IOF numa operação de crédito. É que em tais casos, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta.

IV. Correção monetária a partir do pagamento indevido Súmula nº 46-TFR. Juros da mora incidem a partir do trânsito em julgado da sentença. CTN, art. 167, parágrafo. único.

V. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de novembro de 1986.

CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de ação de repetição de indébito ajuizada por Tungstênio do Brasil Minérios e Metais Ltda. contra a União Federal, com o objetivo de obter a devolução, com os acréscimos legais, da importância que recolheu a título de IOF, no mesmo exercício financeiro em que foi instituído.

A sentença de fls. 158/168, da lavra do Juiz Federal Araken Mariz de Faria, julgou procedente a ação, «determinando que o valor a ser restituído seja apurado em liquidação de sentença por qualquer uma das modalidades previstas pela legislação processual, devendo a autora apresentar um mapa demonstrativo dos valores bem como comprovar com os documentos originais, uma vez que as cópias juntas aos autos se mostram incompreensíveis». Condenou «a ré ao pagamento da correção monetária a partir da data do recolhimento indevido até a data da vigência do Decreto-lei 2.284/86» e ao «pagamento dos juros de mora calculados nos termos do art. 167, do CTN, bem como dos honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) após a dívida devidamente corrigida, além do ressarcimento das custas desembolsadas pela autora». Argumentou, em síntese, que, conforme vem decidindo o Egrégio TFR, é indiscutível a ilegitimidade da cobrança do IOF no mesmo exercício financeiro em que foi criado.

Apela, então, a União Federal (fls. 170/183), sustentando, em resumo:

- a) que a apelada juntou documentos quando do oferecimento do memorial, sobre os quais a apelante não foi ouvida, o que implica nulidade processual;
- b) que é nula a sentença apelada, por falta de fundamentação;
- c) que a apelada não requereu a repetição do indébito na área administrativa;
- d) que a apelada é parte ilegítima para pleitear a restituição de que tratam estes autos, porque não comprovou haver assumido o ônus do imposto, conforme previsto no art. 166 do CTN;
- e) que o caráter de extrafiscalidade do IOF o coloca a salvo do princípio da anterioridade.

Com a resposta de fls. 185/189, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou à fl. 192, opinando pela reforma parcial da sentença, para a redução da verba honorária de 10% para 5%.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A preliminar de nulidade da sentença, por falta de fundamentação, não tem procedência e é até incompreensível, *data venia*.

Examinemos as diversas questões postas no apelo.

I) *O IOF e o princípio da anterioridade.*

O Plenário desta Egrégia Corte declarou a inconstitucionalidade da cobrança do IOF no mesmo exercício de sua instituição, ou no mesmo exercício em que a alíquota foi majorada: arguição de inconstitucionalidade nas AMSs. n.ºs 91.322-SP (IOF/câmbio e títulos e valores mobiliários) e 91.148-RJ (IOF/crédito).

II) *Necessidade de a restituição ser pleiteada na via administrativa.*

Ao que sustento, a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória da decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

Assim tenho votado, nesta Egrégia Corte, conforme se vê do decidido nas AACC n.ºs 53.979-BA (DJ de 04.08.83) e 82.495-PR (DJ de 18.04.85).

Tenho sustentado, entretanto, que, posto ser necessário o pedido de restituição, na área administrativa, e que somente diante da negativa de restituição é que poderá o sujeito passivo ajuizar a ação anulatória da decisão administrativa (idem, idem, no caso de a autoridade omitir-se em decidir, em prazo razoável, o pedido), certo é que, ajuizada a ação de repetição do indébito, sem que a restituição haja sido requerida, administrativamente, se, na causa, a pessoa pública contesta o pedido, então estaria satisfeito o pressuposto da ação. Porque, em tal caso, tem o Judiciário condições de examinar a questão em todos os seus aspectos, em ordem de fazer valer a vontade concreta da lei. O acórdão da AC n.º 82.495-PR, de que fui relator, ficou assim ementado:

«Tributário. Restituição do indébito. Direito de ação. Interesse de agir, Necessidade de a restituição ser pleiteada administrativamente. Impugnação do pedido de restituição em juízo. CTN, arts. 168 e 169. Constitucional. Fertilizantes. Fiscalização do comércio. Preço público e taxa. Inconstitucionalidade. Lei n.º 6.138/74, art. 8.º. Restituição do indébito. Juros de mora.

I — A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

II — Todavia, ajuizada a ação de repetição de indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública impugna o pedido, em seu mérito, isto faz satisfeito o pressuposto da ação, devendo ser observada a decadência do pedido relativamente às quantias pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação.

III — Inconstitucionalidade do artigo 8.º da Lei n.º 6.138/74. Ilegitimidade do estabelecimento de preço público como forma de remuneração do serviço de fiscalização do comércio de fertilizantes. No caso, seria cabível a taxa. TFR Trib. Pleno, AMS 83.818-RS (matéria constitucional).

IV — Repetição de indébito tributário. Juros de mora a 1% (um por cento) ao mês, na forma do § 1.º do art. 161, CTN, em respeito ao princípio da isonomia.

V — Recurso da União provido, parcialmente. Provimento do apelo da autora.» (DJ 18.04.85).

Na AC nº 99.024-RJ, por mim relatada, outro não foi o entendimento desta Egrégia Turma:

«Tributário. FINSOCIAL Restituição. Necessidade de a restituição ser pleiteada administrativamente. Impugnação do pedido de restituição em juízo. CTN, arts. 168 e 169. Tributo indireto. Repercussão. CTN, art. 166. Súmula nº 546-STF. FINSOCIAL Princípio da anterioridade. D.L. 1940/82. Constituição, art. 153, § 29.

I — A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do art. 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

II — Todavia, ajuizada a ação de repetição de indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública impugna o pedido, em seu mérito, isto faz satisfeito o pressuposto da ação, devendo ser observada a decadência do pedido relativamente às quantias pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação.

III — Tratando-se de FINSOCIAL, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta (D.L. 1.940/82, art. 1º, §§ 1º e 2º). Destarte, não está a ação de restituição do FINSOCIAL sujeita ao art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF.

IV — Sujeição da contribuição do FINSOCIAL ao princípio constitucional da anterioridade (C.F., art. 153, § 29). Precedentes do STF, em sessão plenária: MS nº 97.775-DF e 99.552-DF. Precedentes do STF. RREE nºs 103.778 e 105.340.

V — Recurso provido.» (DJ 05.06.86).

No caso, temos: a) a quantia, cuja restituição é pedida, foi paga dentro do quinquênio que precede à propositura da ação. Não há falar, portanto, em decadência; b) a Ré, União Federal, impugnou o pedido, no seu mérito.

Correta a sentença, pois, quando rejeitou a preliminar de carência de ação.

III) *Aplicabilidade do art. 166, CTN, ou Súmula nº 546-STF.*

O entendimento que tenho sustentado, a respeito do tema, está exposto no voto que proferi, com o apoio honroso dos meus eminentes pares, por ocasião do julgamento da AC 98.403-SP, de que fui relator. Decidiu, então, a Egrégia 4ª Turma.

«Tributário. Repetição do indébito. IOF. Tributo indireto. Repercussão. CTN, art. 166. Súmula nº 546-STF.

I — Interpretação, com certos temperamentos, do art. 166, CTN, e da Súmula nº 546-STF. Sujeição da ação de repetição do IOF aos citados textos, vale dizer, desde que haja possibilidade de repercussão do tributo na revenda imediata do produto. Inaplicabilidade do art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF, se, por exemplo, o contribuinte pagou o IOF numa importação de bens para uso próprio, ou para inclusão desses bens no seu ativo, ou pagou o IOF numa operação de crédito. É que, em tais casos, não existe a possibilidade de o tributo ser transferido numa operação imediata, direta.

II — Recurso desprovido.» (DJ 30.05.85).

O que sustento é que a ação de restituição do IOF somente está sujeita ao art. 166, CTN, e à Súmula nº 546-STF, quando se tratar de produtos importados para o fim de serem imediatamente revendidos.

Assim o voto que proferi por ocasião do julgamento da citada AC nº 98.403-SP:

«Temos decidido que, tratando-se de tributo indireto, cujo ônus econômico pode o contribuinte «de jure» transferir ao contribuinte «de facto», a restituição somente ocorrerá: a) provando-se não ter havido a transferência do encargo, ou que o tributo não foi agregado ao preço; b) ou, se tal agregação houve, que há autorização do contribuinte «de facto» para o recebimento da restituição. Assim temos decidido, diante do disposto no art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF, conforme se pode ver, *inter plures*, da AC nº 75.885-SP, de que fui Relator (DJ de 26.04.84, pág. 6.170).

II. Em princípio, o IOF, por ser um tributo indireto, estaria sujeito ao entendimento acima exposto.

Sustento que o art. 166, CTN, e a Súmula 546, do Egrégio Supremo Tribunal, deverão ser interpretados com certos temperamentos. Porque, em verdade, se se emprestar interpretação radical ao art. 166, CTN, e à Súmula 546-STF, a repetição de qualquer tributo estaria sujeita a tais dispositivos. É que qualquer tributo, mesmo os chamados diretos, podem repercutir, isto é, podem ter o seu respectivo encargo financeiro transferido a terceiro. Destarte, como bem escreveu o eminente Ministro Torreão Braz, no voto que proferiu por ocasião do julgamento da REO nº 87.599-SP, o art. 166, CTN, e a Súmula nº 546-STF devem ser interpretados *cum grano salis*. Entende o eminente Ministro TORREÃO BRAZ, então, que esses textos — art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF — alcançam «apenas os tributos em que a repercussão se apresenta mais tangível pela sua indiscutível entrada na composição do preço da mercadoria, como o IPI e o ICM». E acrescentou S. Exa.:

«Incluir em tal categoria os impostos a que alude o art. 1º do D.L. nº 1.783/80 traduz propósito meramente dialético, dada a incerteza da transferência do seu ônus econômico a terceiros.

A propósito, convém transcrever o pensamento de Marco Aurélio Greco, a quem se deve atribuir o estudo mais lúcido tendente a solucionar a questão de maneira lógica e a obviar as perplexidades que a comentada disposição do CTN tem propiciado («Caderno de Pesquisas Tributárias», nº 8, págs. 290/291): «A circunstância de o comprador da moeda estrangeira, num momento subsequente, realizar operação sujeita a IPI ou ICM é irrelevante para a caracterização da transferência do encargo financeiro, pois a aplicabilidade do artigo 166 do CTN cinge-se a ocorrência de fatos geradores do mesmo tributo e não de tributos diferentes. Se repercussão ocorrer, ela será de caráter puramente indireto e, por isso, irrelevante para fins de incidência do artigo 166 do CTN.»

III. Em linhas gerais, concordo com o entendimento do eminente Ministro Torreão Braz, que foi exposto com lógica e precisão jurídica, Dele divirjo, apenas, num pormenor, pormenor, todavia, importante, ao que penso, que nos levará, tratando-se de ação de repetição do IOF, a ficar, em certos casos, em campos opostos.

É o que procurarei demonstrar.

IV. O que sustento é que os citados textos — art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF — alcançam apenas os tributos que ensejam possibilidade de repercussão direta, e não «apenas os tributos em que a repercussão se apresenta mais tangível pela sua indiscutível entrada na composição do preço da mercadoria, como o IPI e o ICM».

Pelo exposto, o IOF pode estar abrangido pelos mencionados textos — art. 166, CTN, e Súmula 546-STF.

Justifico.

Se um comerciante importa vinte caixas de vinho para vender, é praticamente certo que ele vai agregar ao preço desse vinho o IOF/câmbio que pagou. Um bom comerciante procederá, evidentemente, dessa forma. Há, pelo menos, a possibilidade disso ocorrer. E a repercussão será direta, vale dizer, o mesmo produto que ensejou o pagamento do tributo, numa operação de venda imediata, teria agregado ao seu preço o valor do tributo pago na operação anterior. Ignorar essa possibilidade, seria, no mínimo, fechar os olhos a uma segunda possibilidade, decorrente da anterior, da ocorrência do enriquecimento ilícito, ou do locupletamento à custa alheia, princípio que a Teoria Geral do Direito repele.

V. — Agora, se, por exemplo, o contribuinte, pagou o IOF numa importação de bens para uso próprio, ou para não ser imediatamente vendido, ou para inclusão no seu ativo, ou pagou IOF numa operação de crédito, por não existir a possibilidade de o tributo ser transferido, em caso assim, numa operação imediata, direta, não estaria a ação de repetição sujeita aos textos referidos — art. 166, CTN, e Súmula nº 546-STF.

Esta é a tese que sustento.

VI. — Mergulhemos no caso sob julgamento.

Aqui, os bens foram importados para uso da empresa-autora, integram o seu ativo (laudo, fl. 110).

Não têm aplicação, aqui, portanto, o art. 166, CTN, e a Súmula nº 546-STF.

VII. Assim, tendo a autora-apelada recolhido o IOF no exercício de sua instituição, cuja cobrança, como bem ressaltou a sentença, foi julgada inconstitucional por este Eg. TFR (arguição de inconst. nas AMSs. 91.322-SP IOF/câmbio e títulos e valores mobiliários, e 91.148-RJ IOF/crédito) faz jus a sua restituição, tal como decidiu a sentença recorrida.

VIII. Em conclusão, confirmo a sentença. Nego, em conseqüência, provimento ao apelo.»

Na AC nº 91.517-RJ, por mim relatada, reafirmei o entendimento acima exposto. Esclareci, mais, que também os bens importados para serem utilizados como matéria-prima não ensejariam repercussão direta do IOF. É que, também em tal caso, não existe a possibilidade de o IOF ser transferido numa operação de revenda, imediata, direta. O mesmo deve ser dito no caso de o IOF ser pago numa operação de seguro.

No caso sob exame, trata-se de IOF pago na importação de máquinas e equipamentos que integrarão o ativo da autora. Não tem aplicabilidade, aqui, portanto, o art. 166, CTN, ou Súmula 546-STF.

IV) *Correção Monetária. Juros moratórios.*

A correção monetária incide a partir do pagamento indevido, nos termos do disposto no verbete da Súmula 46-TFR. Os juros da mora são contados a partir do trânsito em julgado da sentença (CTN, art. 167, parág. único). A sentença decidiu dessa forma.

V) *Conclusão.*

Concluindo, Senhor Presidente, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC 116.920-RN (Reg. nº 7.949.960) — Rel.: Min. Carlos M. Velloso — Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Tungstênio do Brasil Minérios e Metais Ltda. Advs.: Drs. Eider Furtado de Mendonça e Menezes e outros.

Decisão: A Turma por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial. 19-11-86, 6ª Turma.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 118.654 — SP
(Registro nº 7.973.187)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Apelante: *INPS*

Apelada: *Ana Gomes da Silva*

Advogados: *Drs. Marilene Martinez Rodrigues e Álvaro Almeida e outros*

EMENTA: Previdência Social — Auxílio-reclusão. Dependente de r. preso. Dependente designada em carteira de trabalho, a mãe de segurado preso tem direito ao auxílio-reclusão, não importando que essa dependência seja relativa.

Honorários não incidentes sobre parcelas vincendas.

Apelo provido em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de agosto de 1987 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Ana Gomes da Silva propôs ação previdenciária contra o Instituto Nacional de Previdência Social pleiteando auxílio-reclusão a que se julga com direito em decorrência da condenação penal de seu filho Jailson Silva Pinto, alegando ser desquitada sem pensão alimentícia, e dele depender economicamente.

Contestando o feito, sustenta o INPS que, embora tenha cumprido as demais exigências, deixou a Autora de comprovar sua dependência econômica em relação ao filho, na forma exigida pela lei.

Após a réplica, foi requisitado o processo administrativo, trazido às fls. 31/72.

O instituto requereu informações sobre as atividades laborativas da Autora na empresa em que ela trabalha (fls. 76, e 79/81), designando, a seguir, o MM. Julgador, audiência de instrução e julgamento, na qual ouviu testemunhas e proferiu sentença (fls. 89/90v).

A ação foi julgada procedente, condenado o INPS a pagar o auxílio reclusão a partir do requerimento administrativo, acrescidos dos consectários que especifica.

O Instituto inconformado apelou às fls. 94/98, insistindo na questão da inexistência da dependência econômica da Autora em relação ao presidiário, cujos ganhos, enquanto trabalhava, eram sempre inferiores ao percebido pela mãe. Pede, ainda, que os honorários sejam calculados sobre o valor da causa e de seu montante excluídas as prestações vincendas.

Sem contra-razões subiram os autos, que foram à pauta sem revisão, na forma do art. 33, item IX, do RI.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): O art. 45, do Decreto n.º 89.312, de 23 de janeiro de 1984, assim dispõe:

«O auxílio-reclusão é devido, após 12 (doze) contribuições mensais e nas condições dos artigos 47 a 52, aos dependentes do segurado detento ou recluso que não recebe qualquer remuneração da empresa.»

E quanto aos dependentes, estabelece o art. 10.º, item III, *verbis*:

«Consideram-se dependentes do segurado:

.....
 III — o pai inválido e a mãe;

É certo que a dependência econômica deve ser comprovada, em caso de mãe de segurado. Esta exigência, entretanto, foi cumprida por ocasião da designação, não cabendo pretendê-la novamente o Instituto, sob pena de tornar desacreditado o registro por ele mesmo feito na própria carteira de trabalho. Vale ressaltar que essa dependência pode ser relativa, como bem assinalou a eminente Ministro Washington Bolívar, no julgamento da AC n.º 105.828-SP (7.242.174), cuja ementa proclama:

«Previdenciário — Pensão por morte de avô — Dependência econômica demonstrada.

1) Demonstrada a dependência econômica, que não precisa ser absoluta, nem exclusiva, tem a neta menor, direito à pensão previdenciária por morte de seu avô. Precedentes do TFR.

2) Apelo denegado.» (DJ de 15.05.86)

O apelo do Instituto somente merece prosperar na parte em que pleiteia a não incidência de honorários sobre parcelas vincendas, posto que temos reiteradamente decidido que em benefícios previdenciários a verba advocatícia é calculada, apenas sobre o montante das prestações vencidas.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao apelo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 118.654-SP (Reg. nº 7.973.187) — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Apte.: INPS — Apda.: Ana Gomes da Silva — Advs.: Drs. Marilene Martinez Rodrigues e Álvaro Almeida e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (2ª Turma: 18/08/1987).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 119.709 — RS
(Registro nº 7.986.815)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Apelante: *Edite Marcos Giacomelli*

Apelado: *INPS*

Advogados: *Drs. Rudy Elmario Ritter e Luiz Antonio Lopes*

EMENTA: *Auxílio-doença — Neurose histérica.*

Inexistindo incapacidade laborativa, indevido o restabelecimento do auxílio-doença.

Isenta a Autora dos honorários advocatícios, visto tratar-se de parcela incluída no elenco de isenções previstas no art. 3º, da Lei nº 1.060/50.

Apelo provido em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de agosto de 1987 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Edite Marcos Giacomelli pretende obter, através da presente ação, o restabelecimento de auxílio-doença, que lhe fora indevidamente cancelado, embora portadora de males que perduram, relacionados com problemas de coluna, inchaço nas pernas e tonturas que alcançam crises nervosas.

Contestado o feito (fls. 19/21), proferiu-se saneador, onde foi deferida prova pericial, realizada pelo Departamento Médico Judiciário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O laudo, trazido às fls. 31/39, diagnosticou a doença da Autora como neurose histérica e concluiu pela inexistência de incapacidade laborativa.

Encerrada a instrução, proferiu o Dr. Juiz a sentença de fls. 71/73. Julgou improcedente a ação, e condenou a Autora em honorários do patrono do Réu, fixando-os em 15% sobre o valor da causa.

Inconformada apelou a Autora (fls. 75/77), argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, pedindo, no mérito, a apreciação do laudo radiológico, desprezado pela sentença e que identifica a incapacidade de que padece. Também sustenta imprópria a condenação em honorários, beneficiária que é da gratuidade judiciária.

Contra-razões oferecidas às fls. 79/80.

Sem revisão (art. 33, item IX, do RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): O MM. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de São Leopoldo-RS, assim decidiu a espécie ora em debate:

— «Examinando-se os elementos de informações trazidos aos autos, constata-se, de logo, a existência de uma completa desafinação nos dados fornecidos na inicial, e aqueles inseridos na contestação. Denota-se uma elevada falta de cuidado, atenção, por parte da autora, no apontar de datas, que, nem de longe, se aproximam dos períodos mencionados pela autarquia.

Frente aos exames realizados pelo Departamento Médico Judiciário, no mérito, restou de todo evidenciado que não existe a incapacidade laboral alegada pela segurada. A conclusão dos peritos não permite a acolhida da pretensão inicial, pelo que se pode afirmar, com convicção, há de prevalecer o resultado alcançado no laudo.

Diante do exposto, julgo improcedente a presente ação, promovida por Edite Marcos Giacomelli, contra o Instituto Nacional de Previdência Social. Deixo de condenar a autora no pagamento das custas processuais, porque litiga sob o amparo da Justiça Gratuita, o que não a exime de pagar os honorários advocatícios do patrono da Ré, ora fixados em 15% sobre o valor dado à causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC».

De fato, realizados os exames radiológico, ortopédico, neurológico e psicológico-psiquiátrico, o perito médico do trabalho subscritor do laudo judicial, teceu os seguintes comentários, concluindo, *verbis*:

— «Não foram constatadas manifestações neuroortopédicas nem radiológicas que pudessem ser causa de incapacidade.

O comportamento histriônico da autora foi confirmado pelo parecer psicológico-psiquiátrico que conclui por Neurose Histérica.

O histérico costuma apresentar queixas ou manifestações teatrais que visam chamar a atenção sobre sua pessoa. Se apresenta qualquer patologia, a mínima que seja, procura sempre tirar proveito, nem que seja para ter do que se lamentar ou se queixar. Geralmente exacerba sintomas ou simplesmente simula-os.

Conclusão: Não há substrato clínico-patológico para justificar as queixas da autora. Há um comportamento histriônico que ratifica as suspeitas de exacerbação voluntária e desejo de demonstrar patologia importante, a fim de obter algo em troca.

Não há incapacidade laborativa».

Entendo, ainda, infundada a alegação de cerceamento de defesa, porque a prova pericial revestiu-se de todo o cuidado, cercadas todas as possibilidades de sintomatologia incapacitante.

Quanto ao mérito, a questão foi decidida com muito acerto, devendo a sentença ser reformada apenas na parte em que condena a Autora em honorários, visto tratar-se de parcela incluída no elenco de isenções previstas no art. 3º, da Lei nº 1.060, de 1950.

Com estas considerações, dou provimento parcial ao apelo, para o fim acima explicitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 119.709-RS (Reg. nº 7.986.815) — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha — Apte.: Edite Marcos Giacomelli — Apdo.: INPS — Advs.: Drs. Rudy Elmario Ritter e Luiz Antonio Lopes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (2ª Turma — 18/08/1987).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 123.199 — SP
(Registro nº 9.537.074)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Apelantes: *INPS e Narciso Manoel dos Santos*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Benedicto da Silva e Epaminondas Murilo Vieira Nogueira*

EMENTA: *Previdenciário. Pensão por morte de filho de segurado.*

Provado que o autor está aposentado por invalidez, que recebe proventos inferiores ao salário mínimo e que dependia da ajuda do filho morto para sustentar a família, composta de mulher e 7 filhos menores, deferse-lhe a pensão integral, correspondente à metade do valor da aposentadoria a que o falecido segurado faria jus, se vivo fosse, até que se habilitem outros dependentes, tudo nos termos do disposto nos arts. 56 e 57 da CLPS, de 1976.

Apelação do INPS parcialmente provida, para reduzir-se a pensão ao valor antes referido e para isentar a autarquia das custas, que não foram pagas pelo autor.

Improvida apelação do autor, que sucumbiu parcialmente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu e negar provimento a do autor, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente — CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Narciso Manoel dos Santos, aposentado por invalidez, propôs ação ordinária contra o INPS na qual pretende obter pensão por morte de Benedito Manoel dos Santos, seu filho, que era solteiro e rurícola e faleceu em 6 de novembro de 1982.

A ação foi julgada procedente pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Suzano — SP (fls. 70/71).

O autor opôs embargos de declaração (fls. 75/77), que foram acolhidos, em parte, para esclarecer-se que os benefícios deveriam ser fixados no percentual de 60% do valor da aposentadoria, segundo o art. 56 da CLPS (fls. 81/82).

Inconformadas, recorreram as partes.

O INPS, alegando que o *de cujus*, em vida, em momento algum designou o autor como seu dependente.

Ademais, teria ficado provado nos autos que o interessado tinha e tem condições de sustentar a família, sem haver jamais dependido do filho, sendo, ainda, imprestável a prova testemunhal produzida (fls. 86/87).

Pretende o autor a reforma parcial do *decisum* para ver incluída na condenação a incidência da correção monetária, além de majorado o percentual de 10% para 15% fixado para os honorários advocatícios.

Contra-razões às fls. 92/93 e 94/95, respectivamente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A CLPS de 1976, vigente à época do óbito, considera dependentes do segurado o pai inválido e a mãe, em igualdade de preferência (art. 13, III) pois figuram na mesma classe, independentemente de designação.

Por isso, a pensão a ser eventualmente concedida deverá ser rateada entre os dois, sem prejuízo um do outro, em conformidade com o que dispõe o art. 57 daquela consolidação.

O autor provou que está aposentado por invalidez acidentária, que recebe proventos inferiores ao salário mínimo e que dependia da ajuda de seu filho morto para sustentar a família, composta de mulher e 7 filhos menores.

Considero inaplicável à espécie a redação contida nos arts. 14 e LC n.º 11/71 e 6.º, § 2.º, da LC n.º 16/73.

De modo que tem direito à pensão integral, correspondente à metade do valor da aposentadoria a que o segurado faria jus, se vivo fosse, até que se habilitem outros dependentes do *de cujus*, tudo nos termos do disposto nos arts. 56 e 57 daquela CLPS.

Dou, por isso, parcial provimento à apelação do INPS, para reduzir a pensão ao valor antes referido e para isentar a autarquia das custas, que não foram pagas pelo autor.

E nego provimento ao apelo do autor.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 123.199-SP (Reg. n.º 9.537.074) — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau — Apelantes: INPS e Narciso Manoel dos Santos — Apelados: Os mesmos — Advogados: Drs. Benedicto da Silva e Epaminondas Murilo Vieira Nogueira.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação do réu e negou provimento à do autor (Julg. em 27-2-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 123.632 — RS
(Registro nº 6.842.429)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Apelante: *BNH*

Apelada: *Raquel Cardoso Rodrigues*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Costa Bhering e outros (apte.), José Francisco Centeno Roxo (apda.)*

EMENTA: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Utilização da conta vinculada. Necessidade grave e premente.

I — A utilização da conta vinculada do FGTS, na hipótese autorizativa do art. 8º, II, «c», da Lei nº 5.107/66, não pode se restringir aos casos de doença e desemprego. Pela observação do que ordinariamente acontece, vê-se que o texto regulamentar desprezou inúmeras outras situações enquadráveis no conceito de necessidade grave e premente, frustrando, de consequente, a correta aplicação do dispositivo regulamentado.

II — Apelação a que nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 03 de abril de 1987 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Apela o Banco Nacional da Habitação de sentença proferida pelo Doutor Jirair Aram Meguerian, Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, que determinou a expedição em favor de Raquel Cardoso Rodrigues de alvará para saque total da conta vinculada do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Nas inclusas razões de fls. 51/55, sustenta o apelante que a utilização de conta vinculada, na hipótese aludida no art. 8º, II, «c», da Lei nº 5.107/66, só tem lugar no caso de desemprego ou doença, a teor do disposto no art. 25, III, do Regulamento do FGTS.

Recebido e processado o apelo, com contra-razões às fls. 77/79, subiram os autos.

Revisão dispensada na forma regimental.

É como relato.

EMENTA: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Utilização da conta vinculada. Necessidade grave e premente.

I — A utilização da conta vinculada do FGTS, na hipótese autorizativa do art. 8º, II, «c», da Lei nº 5.107/66, não pode se restringir aos casos de doença e desemprego. Pela observação do que ordinariamente acontece, vê-se que o texto regulamentar desprezou inúmeras outras situações enquadráveis no conceito de necessidade grave e premente, frustrando, de conseguinte, a correta aplicação do dispositivo regulamentado.

II — Apelação a que nega provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A Lei nº 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, elenca, em seu art. 8º, as hipóteses autorizativas de utilização de conta vinculada, dentre as quais se inclui a necessidade grave e premente, pessoal ou familiar.

É certo que o Regulamento do FGTS, baixado pelo Decreto nº 59.820/66, define como necessidade grave e premente a que decorra de desemprego ou doença. Tenho, entretanto, pela observação do que ordinariamente acontece, que o texto regulamentar ficou muito longe de abranger a todas as situações enquadráveis no conceito de necessidade grave e premente, frustrando, de conseguinte, a correta aplicação do dispositivo regulamentado.

Nessa linha, a sentença recorrida trouxe a lume o acórdão da colenda Terceira Turma na AMS nº 90.335-RS, assim enunciado:

«A necessidade grave e premente, pessoal ou familiar, prevista na Lei nº 5.107, de 1966, como autorizadora da utilização da conta vinculada do FGTS não pode se limitar aos casos de desemprego ou doença, pois as dificuldades de ordem econômica resultam também em situações aflitivas, que merecem ser atualizadas, de acordo com as finalidades sociais do fundo.»

No caso dos autos, a autora vive aflitiva situação financeira, com vários títulos protestados. Como ressaltado na sentença, «sendo servidora de Administração Indireta (fl. 07), a constância de protestos de títulos pode vir a prejudicar a sua situação trabalhista o que, também, qualifica a necessidade, ainda mais ocupando função contábil.»

Com essas considerações, Senhor Presidente, nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 123.632-RS (Reg. nº 6.842.429) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite — Apelante: BNH — Apelada: Raquel Cardoso Rodrigues — Advogados: Dr. Paulo Roberto Costa Bhering e outros (Apte.) e Dr. José Francisco Centeno Roxo (Apda.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 03/04/87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e Washington Bolívar, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.486 — MG
(Registro nº 5.667.208)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Apelante: *Lino Antônio Carvalho Fazzi*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Hélio Brito de Campos e outro*

EMENTA: Penal. Processo Penal. Crime de descaminho. *Onus Probandi*.

I — A condenação deve ser mantida, porque o comportamento do réu materializou a hipótese descrita na alínea d, do § 1º do art. 334 do Código Penal, com todos os seus elementos integrantes, caracterizando o crime de descaminho.

II — Compete ao acusado, no exercício de atividade comercial, exibir a documentação de mercadoria estrangeira adquirida, comprovando sua legalidade, para descaracterizar o crime de descaminho, ex vi do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal.

III — Apelo provido, em parte, apenas para excluir da perda decretada às mercadorias com cobertura fiscal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento parcial à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília-DF, em 17 de março de 1987 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLIVAR, Presidente — CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela Lino Antônio Carvalho Fazzi da sentença do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, que o condenou à pena de 1 ano de reclusão pela prática do crime de descaminho, por haver adquirido, no exercício de atividade comercial, grande quantidade de mercadoria estrangeira, desacompanhada de documentação legal (fls. 210/215).

O MM. Juiz concedeu ao apelante a suspensão condicional da pena e decretou a perda, em favor da União, da mercadoria apreendida.

Alega o apelante que não há provas suficientes para sua condenação e, na hipótese de ser mantida a sentença, pede seja decretada a extinção da punibilidade pela prescrição, em observância à Súmula 146 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, e que seja revogada a decisão que determinou o perdimento total das mercadorias (fls. 221/223).

Contra-razões às fls. 225/235.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 238/241 dos autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Verifica-se que o réu, na presença de seu advogado, confessou perante a autoridade policial que, na qualidade de comerciante, adquiriu de terceiros relógios de procedência estrangeira, apreendidos em 1979, salientando:

«que um dos motivos que o levou a adquirir as mercadorias foi a diferença de preços na venda, exatamente por estarem sem notas fiscais.» (Fls. 11/11v.).

Esta confissão está em consonância com as perícias realizadas, às fls. 24/34 e 172/174, que demonstram que as mercadorias adquiridas são de procedência estrangeira, sendo que várias desacompanhadas de notas fiscais.

Não está em harmonia com as provas produzidas, e principalmente com as perícias realizadas, a nova versão dada aos fatos pelo réu em Juízo, dizendo:

«que todavia toda mercadoria apreendida se encontra em situação fiscal regular.» (Fls. 47/48).

Competia ao réu exibir e provar que possuía a documentação legal de toda a mercadoria apreendida, conforme dissera em Juízo, *ex vi* do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal. Esta prova não foi realizada satisfatoriamente, conforme constaram os peritos nomeados, mas poderia ter sido feita, com facilidade, se existisse, através da escrituração de seu comércio.

Deve, portanto, a condenação ser mantida, porque o comportamento do réu materializou a hipótese descrita no art. 334, § 1º, *d*, do Código Penal (crime de descaminho), com todos os seus elementos integrantes, como tão bem reconheceu a r. sentença recorrida.

Não ocorreu, como sustenta o apelante, a prescrição da pena em concreto porque, tendo seu curso sido interrompido duas vezes, pelo recebimento da denúncia e pela sentença condenatória recorrível (03.03.80, fl. 40 e 6.12.83, fl. 215, respectivamente), não atingiu 4 anos, como prevê o inciso V do art. 109 do Código Penal, em virtude desse prazo ter começado a correr, novamente, do dia de cada interrupção.

O fato de a perícia de fls. 23/34 não haver indicado qual a procedência dos relógios descritos nos números 01, 03, 54 e 59 (fls. 24 e 33) não altera a conclusão da sentença, porque os peritos nomeados pelo Juízo afirmaram, ao responderem o 2º quesito de fls. 164, que as mercadorias vistoriadas são de procedência estrangeira (fl. 174). Entretanto, o apelante não deve perder a parte das mercadorias que tinha cobertura fiscal, conforme a perícia de fls. 172/174 apurou, ao responder os quesitos 3 e 4, por não constituir instrumento ou produto do crime.

Ante o exposto, dou provimento parcial à apelação, para excluir da perda decretada apenas as mercadorias que tinham cobertura fiscal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr 6.486 (Reg. nº 5.667.208) — MG. Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau — Apelante: Lino Antônio Carvalho Fazzi — Apelada: Justiça Pública — Advogados: Drs. Hélio Brito de Campos e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Relator. (Julg. em 17.03.87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.114 — PR
(Registro nº 7.251.378)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Apelantes: *Edson Luiz Westphal e Elias Pereira dos Santos*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Amâncio Cueto*

EMENTA: Criminal. Entorpecente. Recurso.

Competência. Cuidando-se do crime de tráfico interno, sem conotação de tráfico internacional, a sentença do Juiz Estadual é recorrível para o Tribunal de Justiça, e não para o TFR.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, em decisão preliminar, não conhecer do recurso e o remeter ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1985 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Acusados pela prática de tráfico internacional de tóxico — flagrados que foram ao transportar 3.500 gramas de maconha e 16 *bolinhas* de haxixe —, Elias Pereira dos Santos e Edson Luiz Westphal findaram condenados, respectivamente, a cinco anos e nove meses e quatro anos e três meses de reclusão, com a 120 a 80 dias-multa, por incursos apenas no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76. Para essa procedência parcial da denúncia, a sentença assim se firmou, segundo a lavra do Juiz de Direito de Guaira-PR:

«Os laudos de exames médico-psiquiátricos de fls. 84 e 85 demonstram que os acusados, embora não sejam propriamente dependentes, são usuários daquela substância, com pequena capacidade de absterem-se do uso da droga em virtude da fraca volição. Tal situação leva a crer que realmente faziam uso, como disseram na delegacia, de parte da erva apreendida. Mas dúvida

inexiste, por outro lado, de que outra parte seria efetivamente comercializada. E elementos que levam a essa conclusão são tanto os antecedentes dos réus, os quais, de acordo com a prova dos autos, em outras oportunidades, passaram pelo mesmo local com outras quantias de maconha, quanto a própria quantidade apreendida pelo auto de fls. 11, além, evidentemente, da confissão extrajudicial, nada alegando sobre eventual coação quando da tomada de seus depoimentos. Estão, pois, isoladas as declarações prestadas em Juízo, nesse sentido, pelos réus, ressaltando-se que, conforme aqueles mesmos laudos, tratam-se de pessoas com plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Destarte, até mesmo o dolo está configurado, ou seja, a vontade livre de praticarem aqueles comportamentos previstos no artigo 12 da Lei de Tóxicos, cientes os agentes de que as substâncias eram entorpecentes e de que não possuíam autorização legal ou regulamentar. Quanto ao disposto no artigo 18, incisos I e III, da Lei de Tóxicos, entendo não haver provas suficientes para considerar esse aumento de pena aí previsto. Com efeito, já na polícia os réus declararam ter adquirido a maconha em Ponta Porã/MS, confirmando, depois, essa circunstância, em Juízo. A afirmação, portanto, de apenas um dos agentes, e tão-somente na polícia, de que, por ouvir dizer dos réus a maconha foi adquirida no Paraguai, tendo eles negado essa circunstância até mesmo por ocasião do flagrante, não pode prevalecer *in casu*, máxime quando a única testemunha, em Juízo, afirmou que os réus disseram-lhe tê-la adquirida em Ponta Porã. Ainda assim, no que se refere a associação. De acordo com a jurisprudência citada por Celso Delmano *in* Tóxicos — 1ª edição — pág. 46, «não basta a co-autoria para o inciso III, sendo imprescindível que os agentes tenham constituído uma associação e cometido o crime como escopo de uma atividade associativa». Na verdade, nenhum indício existe de que efetivamente se associaram com o objetivo de praticarem crimes dessa natureza» — fls. 93.

Daí a apelação dos réus, endereçada ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, insistentes na alegação da destinação do entorpecente a uso próprio, pelo que esperam a desclassificação do crime para o previsto no art. 16 daquela lei, ou, em última instância, a redução da pena para o mínimo legal — fls. 101.

Contra-arrazoada (fls. 104), a apelação foi enviada a este Tribunal, segundo despacho informado pelo precedente tomado por maioria de votos na ACr 6.537, Relator Ministro Hélio Pinheiro, sobre ser o caso da competência delegada ao Juiz Estadual, ainda que para desacolher a acusação de tráfico internacional (*DJ* de 14.2.85).

A nobre Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Promotor Costa Pinto, é pelo conhecimento da apelação, por invocação daquele mesmo acordão desta Turma, opinando, porém, pelo seu improvimento — fls. 110.

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, no que pese o colacionado precedente desta Turma — construído pelos votos dos Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo, vencido o Relator, Ministro Hélio Pinheiro —, tenho entendimento contrário à competência do Tribunal para casos tais.

Na antiga Quarta Turma, era unânime a orientação de que, desclassificado o delito de tráfico internacional de tóxico, desde ali o Juiz Federal perdia competência para o delito remanescente — que fosse o de tráfico interno, que fosse o de uso de entorpecente. Ao propósito, relembro estas expressivas ementas, de acordãos dos quais fui relator:

«Crime de entorpecente.

— Desclassificado pelo Juiz Federal o delito de tráfico internacional para o de simples condução de entorpecente, como se infere da recusa à prova da importação da substância, cabe a remessa do processo à Justiça local, nos termos do art. 74, § 2º, c.c. art. 567, do CPP — ACr 4.081 — MG, *in DJ* de 18.5.79».

.....
«Crime de entorpecente.

Desclassificado pelo Juiz Federal o tráfico internacional para simples tráfico interno, como se infere na capitulação do delito nas penas do art. 12, sem consideração ao art. 18, ambos da Lei nº 6.368/76, cabe a remessa do processo à Justiça local, nos termos do art. 74, § 2º, c.c. art. 567, do CPP — ACr 4.168-SP, *in DJ* de 22-8-79».

Igual entendimento predominou nas demais Turmas, a exemplo do acordão na ACr 4.125, 1ª Turma, Relator Ministro Paulo Távora (*in DJ* de 6.6.79).

Mutatis mutandis, para as sentenças desclassificadoras proferidas por Juizes Estaduais, a conseqüência seria a reorientação da competência recursal, dela desinvestido o TFR para o crime remanescente, consoante votei, reiteradamente, com argumentos desta ordem:

«Não cabe, pois, na competência desta Corte o conhecimento da apelação.

A propósito, a Turma já firmou sua orientação, como o fez, de exemplo, na ACr 3.952, também procedente do Estado de Mato Grosso.

Ali dissemos que a competência deste Tribunal, em caso de sentença da Justiça local, somente se afirma quando se cuida do delito qualificado pela elementar do tráfico com o exterior. Tal quadro, porém, não pode ser esboçado pelas simples referências factuais, senão que pela definição jurídica dada ao fato pela sentença. E essa definição, para configurar o tipo penal qualificado, necessariamente há de se incluir pela elementar da importação ou exportação de tóxico, e que leva à pena mínima de quatro anos de reclusão, conforme o aumento obrigatório de 1/3, no mínimo, previsto no art. 18, I, da Lei em causa, elementar esta que não há de ser considerada na 2ª instância, senão que por via de recurso da acusação, e nunca da defesa.

Fora daí a competência da Justiça local para o crime cuidado pelo art. 12 da Lei 6.386, nas modalidades ali arroladas sem conexão com o art. 18, I, se exerce, ordinariamente, sem o cunho da delegação estabelecida pelo art. 27 da mesma lei.

Em suma, a sentença apelada não trata de condenação pelo crime de tráfico internacional de tóxico, senão que do fato delituoso do transporte de entorpecente, sancionado com as penas simples do art. 12 da lei pertinente. Daí que o Juiz *a quo* não esteve em delegação da Justiça Federal, mas no exercício de sua competência ordinária, pelo que o exame recursal de sua sentença cabe ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul» — ACr 4.124, 4ª Turma, em 24.5.79.

Conhecendo da espécie, via de conflito suscitado pelo Tribunal contra o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, o Pretório Excelso consagrou a nossa jurisprudência, a rigor de asseverações assim ementadas:

«Competência. Tráfico de drogas.

— Afastada a configuração do tráfico com o exterior, compete ao Tribunal estadual o julgamento da apelação do réu condenado» — CJ 6.216-8-MG, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, *in DJ* de 14.12.79.

Recentemente, esse pronunciamento foi reiterado, na forma da ementa no HC 61.710-7-DF, Relator Ministro Neri da Silveira, *in DJ* de 7.12.84.

Portanto, em sendo a hipótese tratada nesse largo rol de precedentes, em voto preliminar não conheço da apelação; remeto-a ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao qual, aliás, foi corretamente endereçada pelas partes.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.114-PR — (Reg. nº 7.251.378) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas — Aptes.: Edson Luiz Westphal e Elias Pereira dos Santos — Apda.: União Federal — Adv.: Dr. Amâncio Cueto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, em decisão preliminar, não conheceu do recurso e o remeteu ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (Em 17-12-85 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.189 — RS
(Registro nº 7.274.998)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Apelantes: *Sérgio Elemar Kern, Osmar Almir Kern, João Carlos Kappler, José Inácio Petter, Márcio Antônio Mantovani (réus presos) e Justiça Pública*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Alderico Elias Dorigon e outro*

EMENTA: Penal. Tóxicos. Tráfico. Confissão extrajudicial.

I — Hipótese em que perfeitamente delineadas, de um lado, a materialidade, com o Laudo de Exame em substância vegetal mostrando-se positivo para «*cannabis sativa L.*» e, de outro, a autoria, já que ao flagrante, às confissões extrajudiciais e aos depoimentos das testemunhas se juntaram indícios de valor decisivo, tornando indubitosa a participação consciente de todos os acusados na empreitada criminosa, de modo suficiente a determinar a responsabilidade criminal, por isso que amoldada a conduta de cada um deles à descrição de crime contida no art. 12, da Lei nº 6.368/76.

II — Reconhecido valor probante às confissões extrajudiciais, por se ajustarem, com precisão, ao conjunto probatório, indicando circunstâncias, eventos e partícipes, tudo se casando com os demais elementos coligidos.

III — Sentença que se reforma em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento às apelações dos réus e da Justiça Pública, ficando as penas definitivas estabelecidas na seguinte forma: Sérgio Elemar Kern, cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão; Osmar Almir Kern, quatro (4) anos e oito (8) meses de reclusão; João Carlos Kappler, quatro (4) anos de reclusão; José Inácio Petter, quatro (4) anos de reclusão; e Márcio Antônio Mantovani, quatro (4) anos de reclusão. Confirma, no mais, a sentença, em seu resultado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente — COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Sérgio Elemar Kern, Osmar Almir Kern, João Carlos Kappler, José Inácio Petter e Márcio Antônio Mantovani foram denunciados pela Justiça Pública, perante o Juízo de Direito da Comarca de Lajeado (RS), todos como incurso nas penas dos artigos 12 e 18, I e III, da Lei nº 6.368/76, pelos seguintes fatos narrados na peça inaugural (fls. 02/05):

«No dia 30 de julho de 1985, em horário não apurado nestes inquéritos policiais, os denunciados Sérgio e Osmar convidaram os demais denunciados (José Inácio, João Carlos e Márcio) para os acompanharem em uma viagem até o Paraguai a fim de que lhes auxiliassem na guarda e transporte de cerca de 130 kg de maconha que seriam adquiridos por Sérgio e Osmar. Os denunciados empreenderam viagem até Guaira-PR, seguindo ao destino da aquisição da mercadoria, à cidade de Capitão Bado, no Paraguai. Após acertada a compra da maconha, no dia 04 de agosto de 1985, à noite, às margens do rio limítrofe do Paraguai com o Brasil, foi feito o ingresso no território nacional dos 130 kg de maconha, acondicionados em pacotes com cerca de 5 kg cada, aproximadamente. Como recompensa pela companhia e auxílio prestado, os denunciados José Inácio, João Carlos e Márcio receberam cerca de 5 kg de maconha cada um para que comercializassem, auferindo lucros fáceis, denotando traficância. A viagem foi realizada por via rodoviária, sendo utilizado pelos denunciados um veículo marca Chevrolet, Opala, modelo 1977/1978, cor amarela. Adquirida a maconha, retornaram a Lajeado.

No dia 10 de agosto de 1985, às 15h, aproximadamente, na Av. Alberto Pasqualini, nas proximidades de uma Olaria, o denunciado José Inácio efetuava a venda de cerca de 5 kg de maconha que trazia consigo a uma terceira pessoa quando foi flagrado por Agentes da Polícia Federal, Jairo Rolim Cacenote e Gary Cavalheiro Japur, que vieram a esta cidade, atendendo a informações recebidas. Ao ser percebida a presença dos agentes, o denunciado e o adquirente procuraram fugir do local, sendo preso em flagrante o denunciado José Inácio (Zé Capeta), após ter jogado ao solo um pacote, contendo 3.860 g de maconha que estavam acondicionados em saco plástico. Submetido o material a exame preliminar, foi constatado que se tratava de «cannabis sativa Linneu», vegetal que possui tetrahidrocannabinol e isômeros (princípios ativos da maconha) capaz de determinar a dependência psíquica, enquadrado na relação de substância e produtos entorpecentes e psicotrópicos de uso proscrito no Brasil, consoante Anexo III, da Portaria nº 02/DIMED de 8.3.85, tudo em consonância ao auto de apreensão à fl. 10, laudo preliminar à fl. 12 e laudo nº 5010 à fl. 49 do inquérito policial nº 110.

A maconha estava prensada em tijolos de 2.016 g 791,0 g 422,0 g 413,0 g e 218,0 g consoante laudo de fl.

No dia 11 de agosto de 1985, às 8h30 min, aproximadamente, na cidade de Arroio do Meio-RS, no prédio sito na Rua Bento Gonçalves nº 45, os Agentes da Polícia Federal, Jairo Rolim Cacenote e Gary Cavalheiro Japur, em cumprimento a um mandado de busca e apreensão, revistaram a residência do co-denunciado João Carlos, encontrando no interior da mesma, acondicionados em saco plástico, cerca de 40 g de maconha, tendo o denunciado João Carlos conduzido os agentes a um mato próximo de sua residência e feito a entrega de aproximadamente 2 kg de maconha, que encontrava-se escondida em um buraco, estando a mercadoria acondicionada em um saco plástico. Submetido o material a exames, foi constatado tratar-se do vegetal «cannabis sativa Linneu», no qual é encontrado tetrahidrocannabinol e seus isômeros (princípios ativos) causadores de dependência psíquica, cujas substâncias estão

incluídas no Anexo III da Portaria nº 02/DIMED — 08.3.85, antes referida, consoante auto de apreensão à fl. 11, laudo preliminar à fl. 13 e laudo nº 5011 às fls. 51/52 dos autos do inquérito policial nº 111. O laudo complementar esclarece que a quantidade apreendida importava em 1.147 g, estando 1.101 g prensada (tijolo) e 40 g na forma solta.

O denunciado João Carlos tinha sob guarda a maconha apreendida para fins de venda em porções de 5 g e 10 g pelo preço de Cr\$ 10.000, pretendendo consumir parte dela.

No dia 11 de agosto de 1985, por volta das 9h30min, aproximadamente, no interior do prédio sito na Av. Alberto Pasqualine nº 1415, nesta cidade, no Bairro São Cristóvão, os Agentes da Polícia Federal, Jairo Rolim Cacenote e Gary Cavalheiro Japur, em cumprimento a um mandado de busca e apreensão, procederam a uma revista na residência do denunciado Márcio, tendo encontrado sob a cama do casal, próximo à cabeceira, no assoalho, um vidro contendo 12 bolinhas, tipo cera, nominada como *haxixe*, com cerca de 1,5 cm de diâmetro, pesando 2,9 g, totalizando 34,9 g; foram encontradas, ainda, 06 pacotinhos (parangas), sendo 03 (três) com 2,6 g, e os demais com 0,5 g, 1,0 g e 1,3 g totalizando 10,6 g de maconha. Ditas substâncias submetidas a exame preliminar (fl. 11 do inquérito policial nº 112) e laudo toxicológico (às fls. 48/51 do citado inquérito), nelas foi constatada a presença de tetra-hidrocannabinol e seus isômeros (princípios ativos da maconha — «cannabis sativa Linneu»), constituindo substância causadora de dependência psíquica, estando relacionado no Anexo III, da Portaria nº 02/DIMED, de 08.3.85, já mencionada. Segundo os Peritos, o *haxixe* trata-se de «uma resina relativamente pura de 'cannabis'», havendo concentração maior de tetrahidrocannabinol. O denunciado Márcio tinha conhecimento que cada «bola» de *haxixe* tem um valor estimado de Cr\$ 100.000.

Márcio recebeu de Sérgio Elemar Kern cerca de 2 kg de maconha, tendo no dia 09 de agosto de 1985 vendido quase a totalidade da erva pelo valor de Cr\$ 800.000 a terceira pessoa.

Quanto ao *haxixe* este foi adquirido por Márcio na cidade de Capitão Bado, no Paraguai, pagando por 14 «bolas» de *haxixe* a quantia de Cr\$ 140.000, consistindo importação de substância tóxica proscrita no País.

A associação formada por Sérgio Elemar, Osmar Almir, José Inácio, João Carlos e Márcio teve por escopo a introdução, tráfico, no território nacional da maconha para fins de lucro e meio de vida».

Processado regularmente o feito, sobreveio sentença condenatória, nos termos seguintes:

— Sérgio Elemar Kern foi condenado à pena-base de sete anos de reclusão, pela infração ao art. 12, que, acrescida de 1/3, por incidência do art. 18, III, redundou na pena definitiva de nove anos e quatro meses de reclusão, mais a multa de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de Cr\$ 150,00 (cento e cinquenta cruzeiros) o dia-multa;

— Osmar Almir Kern foi condenado à pena-base de cinco anos de reclusão, pela infração ao art. 12, que, aumentada de 1/3, por aplicação da exasperadora do art. 18, III, resultou na pena definitiva de seis anos e oito meses de reclusão, mais a multa de 200 (duzentos) dias-multa, à razão de Cr\$ 150,00 (cento e cinquenta cruzeiros) o dia-multa;

— João Carlos Kappler, José Inácio Petter e Márcio Antônio Mantovani foram condenados à mesma pena-base, fixada em três anos e oito meses de reclusão, pela infração ao art. 12, convertida em definitiva para os dois primeiros e reduzida de cinco

meses para o último, com base no art. 65, I, do Código Penal. Aos três foi imposta multa correspondente a 100 (cem) dias-multa, à razão de Cr\$ 150,00 (cento e cinquenta cruzeiros) o dia-multa.

Apelaram os réus e o Ministério Público.

Nas razões de fls. 445/449, Sérgio Elemar e Osmar tentam a integral reforma da sentença, para que sejam absolvidos, ao argumento nuclear de que não há nos autos provas a incriminá-los, mostrando-se sem lastro a condenação. Sérgio Elemar insurgese, ainda, quanto ao confisco do automóvel de sua propriedade. Os demais co-réus, afirmando-se menos usuários da droga, querem desclassificar, a infração para o art. 16, da Lei de Tóxicos.

A insurgência do Ministério Público, manifestada nas razões de fls. 451/457, prende-se ao fato da sentença não haver reconhecido a violação múltipla do art. 12, nos termos apontados pela denúncia, bem assim por ter sido afastada a exasperadora do art. 18, I, e aplicada a do art. 18, III, apenas aos co-réus Sérgio Elemar e Osmar Almir.

Recebidas e processadas as apelações, subiram os autos, neles lançando parecer a douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo improvimento da apelação dos réus e pelo parcial provimento da interposta pelo Ministério Público.

Revisão dispensada na forma regimental.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Resultou perfeitamente delineada a materialidade da infração, consoante os Autos de Apresentação e Apreensão de fls. 16, 90 e 177 e os Laudos de Exame em Substância Vegetal, que se encontram às fls. 55/56, 129/131 e 216/219, todos positivos para «Cannabis sativa L.»

A autoria, por sua vez, restou cumpridamente provada, por isso que ao flagrante, às confissões extrajudiciais e aos depoimentos das testemunhas se juntaram indícios de valor decisivo, de ordem a tornar indubitosa a participação consciente de todos os denunciados nos fatos delituosos que lhes foram imputados, justificando-se, destarte, a imposição do decreto condenatório.

É certo que João Carlos, José Inácio e Márcio Antônio apresentaram, em Juízo, nova versão para os autos. Retrataram-se sob a alegação de que confessaram na fase inquisitorial mediante tortura e coação.

Todavia, não se mostra crível tal alegação, que, de resto, se põe contrariamente à evidência dos autos, como bem destacou a r. sentença recorrida, no seguinte passo (fls. 425/426):

«Na fase inquisitorial os três admitiram lisamente o porte de maconha para uso próprio e para venda a outros interessados. Confirmam tê-la recebido do co-réu Sérgio como recompensa pela co-participação na viagem empreendida ao Paraguai com tal finalidade.

Nesta parte, impressiona a simetria e convergência dos depoimentos sobre detalhes da malsinada viagem: data, automóvel, roteiro, estratégias utilizadas e quantidade de erva adquirida, que referem como sendo de aproximadamente cento e trinta (130) quilogramas.

Ora, foge à mais elementar regra de probabilidade houvessem os três imaginado uma «estória», com traços verossímeis e simétricos, na ânsia de verem-se poupados de torturas ou quaisquer outras agressões físicas ou morais.

No flagrante, como se sabe, pesa o fator surpresa, que, via de regra, leva o flagrado a narrar os fatos como realmente aconteceram. Só depois, refeitos do impacto do flagrante, é estabelecida a estratégia de defesa, não raro com versão oposta à primeira.

Alinho três razões na formação do convencimento, com que afasto a versão exculpativa apresentada em Juízo e, conseqüentemente, a alegada coação policial: a) a já mencionada verossimilhança e simetria dos três depoimentos, prestados em horários diferentes e sem comunicação entre os flagrados (José Inácio foi preso na tarde de 10 de agosto e os dois restantes na manhã seguinte); b) O depoimento de Márcio Antônio Mantovani, convergente com os demais, como já se disse, foi prestado na presença do Dr. Darci José Corbellini, advogado atuante nesta comarca, nomeado curador pela autoridade que presidiu o inquérito (fls. 170/174); c) O testemunho de Waldir Valmor Wunder, que acompanhou os agentes da Polícia Federal na detenção de José Carlos, diz-se, de João Carlos e Márcio Antônio, noticiando a forma correta com que agiram os policiais, tanto em suas residências quanto no trajeto para o quartel da Brigada Militar, onde se lavrou o flagrante (fls. 370/371)».

Tendo presente o princípio da persuasão racional, que comanda a apreciação da prova, e dada a inexistência de indícios ponderáveis que as invalidem, não vejo como se possa, na espécie vertente, negar valor probante às confissões extrajudiciais, que formam um todo coeso e se ajustam, como visto, ao conjunto probatório, indicando precisamente circunstâncias e partícipes da empreitada criminosa.

Em decorrência, não merece crédito a afirmação que fazem João Carlos, José Inácio, Márcio Antônio, no sentido de que são meros usuários de droga, o que, aliás, convém ressaltar, não se conforma à expressiva quantidade encontrada em poder de cada um deles. Suas condutas, iniludivelmente, se amoldam à descrição de crime contida no art. 12, da Lei nº 6.368/76, descartando-se, desse modo, a possibilidade de desclassificação por que pugna o apelo dos réus.

De outra parte, a prova incrimina os irmãos Kern, que não lograram destruí-la, subsistindo íntegra e suficiente para alicerçar juízo condenatório. A propósito, colho e endosso o seguinte lance do *decisum* (fls. 428):

«a) São incriminados pelos co-réus José Inácio, João Carlos e Márcio. Reporto-me, neste passo, ao foro de credibilidade que seus depoimentos merecem, face às circunstâncias de verossimilhança e simetria, afastada a alegação de torturas a coação. Todos informam que se dirigiram ao Paraguai em companhia e por iniciativa de Sérgio e Osmar Kern, no automóvel de propriedade do primeiro. Por já expostos os argumentos geradores da convicção do valor probante desses depoimentos, permito-me dispensar maiores digressões;

b) Instados a se pronunciarem sobre a atividade exercida, dizem Sérgio e Osmar que se dedicavam ao comércio ambulante de roupas e calçados. Contudo, não possuem ponto fixo de venda, nem inscrição regular. Sobre a origem da mercadoria, a informação que deram é de todo vaga e inconsistente. Nada trouxeram a roborá-la como lhes teria sido muito fácil. O informe testemunhal — e diga-se tênue, no caso — não a supre. Se exerceram tal comércio, parece latente que não seria para outra finalidade que não a de aparentar exercício de atividade lícita;

c) Em seus depoimentos às fls. 305/306 e 311/312, os acusados Sérgio e Osmar informam um rendimento mensal de aproximadamente Cr\$ 2.000.000 (dois milhões de cruzeiros). Ora, os extratos de conta bancária de fls. 377 e 379, pertencente ao acusado Sérgio, apontam movimentação muito superior apenas no período de 24 de julho a 22 de agosto do ano em curso;

d) Não consta que a atividade mercantil dos mesmos acusados tivesse área de abrangência que excedesse Cacequi e arredores. No entanto, constata-se que às fls. 380/388 são mostrados cheques emitidos em Campo Grande, Dourados, Mal. Cândido Rondon, Curitiba e outras cidades. E, coincidentemente, emitidos na época da viagem ao Paraguai, que tentam negar.»

Convém aduzir, ainda, na esteira da lição de Vicente Grecco Filho, que, no caso de tráfico, a conduta do agente não precisa necessariamente ser exercida junto ao usuário de droga, basta que integre a corrente causal.

Sob outro ângulo, revela-se improcedente a irresignação de Sérgio Elemar quanto ao confisco do automóvel de sua propriedade. Utilizado como foi na prática do tráfico, a providência encontra respaldo no art. 34, da Lei de Tóxicos.

Não tem razão de ser, por outro lado, o inconformismo da Justiça Pública em relação ao não reconhecimento da violação múltipla do art. 12, do prefalado diploma legal. Diante do princípio da ação prevalente, não cabe cogitar-se de isolamento de condutas, como acentuou o magistrado sentenciante, o «trazer consigo» ou «ter sob sua guarda» resta subsumido pelo delito de importar ilegalmente.

Já no que diz com a aplicação da exasperadora do art. 18, I, a todos os co-réus, e a do art. 18, III, também aos co-réus João Carlos, José Inácio e Márcio Antônio, ponho-me de acordo com o *dominus litis*.

A uma, porque nem sempre o ato de importar caracteriza o tráfico, podendo a droga importada destinar-se a consumo próprio. Daí não constituir *bis in idem* a aplicação da majorante do art. 18, I. Por certo, o legislador teve em mira cominar reprimenda mais severa à importação de tóxico para fins de mercancia. A duas, porque para evidenciar a associação de que cuida o item III, do art. 18, ao contrário da que trata o art. 14, é necessário tão-só a reunião de duas ou mais pessoas para a prática de crime definido na Lei de Tóxicos, como ocorreu no caso dos autos.

Tais causas de aumento não devem, contudo, incidir sobre as penas-bases fixadas na sentença, que se mostram exarcebadas. De outra parte, é de aplicar-se a regra contida no parágrafo único, do art. 68, do Código Penal, de modo que somente seja considerada uma delas. Isto porque, como tenho sustentado, a moderna política criminal não se compadece com penas elevadas, que a nada conduzem, servindo apenas, no dizer de Heleno Fragoso, para reforçar valores negativos, proporcionando proteção illusória.

Como dito antes, as penas-bases se mostram exarcebadas. Sérgio Elemar a teve fixada em sete anos de reclusão. Conquanto tenha antecedentes, distanciou-se demasiadamente do mínimo legal. Já a pena-base de Osmar Almir ficou em cinco anos de reclusão, embora tecnicamente primário. As de João Carlos, José Inácio e Márcio Antônio foram fixadas em três anos e oito meses de reclusão, apesar de serem primários e possuírem antecedentes abonados.

Sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, dou parcial provimento à apelação dos réus, reduzindo as penas-bases, nos termos seguintes:

a que condenado Sérgio Elemar, de sete para quatro anos de reclusão;

a que condenado Osmar Almir, de cinco para três anos e seis meses de reclusão;

a que condenados João Carlos, José Inácio e Márcio Antônio, de três anos e oito meses para três anos de reclusão, mínimo legal, não mais refletindo, em consequência, na pena definitiva do último a atenuante do art. 65, I, do Código Penal.

Dando parcial provimento à apelação do Ministério Público, aumento de um terço as penas-bases cominadas aos co-réus João Carlos, José Inácio e Márcio Antônio, elegendo para tanto, como causa especial de aumento a do art. 18, I, da Lei de Tóxicos. Mantenho o acréscimo de 1/3 às penas-bases a que condenados Sérgio Elemar e Osmar Almir.

Em razão do provimento parcial a ambos os apelos, as penas definitivas são estabelecidas em:

- 5 anos e 4 meses de reclusão, a de Sérgio Elemar Kern;
- 4 anos e 08 meses de reclusão, a de Osmar Almir Kern;
- 4 anos de reclusão, a de João Carlos Kappler;
- 4 anos de reclusão, a de José Inácio Petter; e
- 4 anos de reclusão, a de Márcio Antônio Mantovani.

Confirmo, no mais, a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 7.189-RS (Reg. nº 7.274.998) — Rel.: Sr. Ministro Costa Leite — Apelante: Sérgio Elemar Kern, Osmar Almir Kern, João Carlos Kappler, José Inácio Petter e Márcio Antônio Mantovani (Réus presos) e Justiça Pública — Apelados: Os Mesmos. Advogados: Dr. Alderico Elias Dorigon e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento às apelações dos réus e da Justiça Pública, ficando as penas definitivas estabelecidas na seguinte forma: Sérgio Elemar Kern, cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão; Osmar Almir Kern, quatro (4) anos e oito (8) meses de reclusão; João Carlos Kappler, quatro (4) anos de reclusão; José Inácio Petter, quatro (4) anos de reclusão; e Márcio Antônio Mantovani, quatro (4) anos de reclusão. Confirmando, no mais, a sentença, em seu resultado. (Em 24/02/87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e Washington Bolivai votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.197 — MG
(Registro nº 7.276.923)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Apelante: *José Paulo de Miranda*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Manoel de Souza Barros Neto e outros*

EMENTA: Penal. Contrabando ou descaminho.

— Farta quantidade de mercadoria estrangeira, sem documentação legal, apreendida no interior de residência.

— Alegação, encontrada em processos desta natureza, de que tal mercadoria fora deixada, em confiança, em poder do acusado, por indivíduo desconhecido, inidentificável.

— Não comprovação e irrelevância dessa alegação, já que o descaminho, na modalidade da letra «d», se caracteriza também pelo «recebimento» ou pela «ocultação» da mercadoria «em proveito alheio».

— Atividade comercial presumida pelo volume da apreensão, incompatível com a posse para consumo ou uso próprio.

— Condenação mantida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de maio de 1987 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO: José Paulo Miranda foi condenado por descaminho (art. 334, § 1º, letra d, do CP), *in verbis*:

«.....»

A apreensão das mercadorias na posse do acusado está plenamente comprovada pelo auto de apreensão de fls. 09/10, pela confissão do denunciado na Polícia, fls. 06/06v., e em juízo, fls. 115/115v., bem como pelos depoimentos das testemunhas de acusação, ouvidas às fls. 22/22-v, 23/23-v, 135-v e 158, aspecto sobre o qual não resta a menor dúvida.

De outra parte, as mercadorias apreendidas em poder do acusado estão descritas no auto de apreensão de fls. 09/10 e foram submetidas à perícia técnica, conforme laudo de fls. 27/33, que comprovou que da mercadoria constavam 42 relógios, 8 canetas-relógios, 16 baterias e 01 mini-calculadora de procedência estrangeira, excluindo-se, apenas, 12 relógios, sem procedência identificada.

Tanto na Polícia, como em Juízo, o acusado admitiu que não possuía a documentação que comprovasse a importação regular da mercadoria apreendida, fato que é também confirmado pelas testemunhas de acusação, sendo que tal documentação não foi apresentada.

Na Polícia, fls. 06/06v, o acusado confessou que adquiriu a mercadoria, que foi apreendida em seu poder, de um contrabandista conhecido por «China» e que a mesma se destinava à venda, não possuindo ela a documentação fiscal pertinente, sendo o seu procedimento motivado pela sua má situação financeira. Em juízo, fls. 115/115v, o acusado procurou dar outra versão aos fatos, alegando que as mercadorias foram deixadas em sua residência pelo contrabandista «China» que as buscaria nos próximos dias, versão esta totalmente inconsistente e sem qualquer confirmação.

A destinação comercial da mercadoria apreendida é presumida por sua grande quantidade, além de ter sido confessada pelo acusado na Polícia, sendo que também em juízo ele disse que negociava com produtos de origem estrangeira.

Sobre o caso, vale ressaltar o depoimento da testemunha Francisco Ribeiro de Almeida, que acompanhou a busca realizada pelos policiais, fls. 135-v: «... que o acusado quando detido comentou que a mercadoria apreendida não era produto de furto, e, que ele estava comercializando tais mercadorias honestamente; ... que o depoente esclarece que foram apreendidos relógios e canetas em poder do acusado...»

Dessa forma, comprovado está que o acusado tinha em seu poder, para fins comerciais, em proveito próprio, várias mercadorias de procedência estrangeira, totalmente desprovidas da documentação fiscal, configurando a sua conduta a prática do crime de descaminho, capitulado no art. 334, § 1º, letra «d», do Código Penal, estando sujeito à pena ali cominada.

Embora o acusado tenha sido processado e condenado anteriormente, fls. 37 e 38, é ele primário, de vez que foi absolvido na revisão criminal interposta da condenação na Ação Penal nº 790/VII/78, como demonstra a certidão de fl. 182, o que também não afasta seus bons antecedentes, face à absolvição posterior, devendo a pena ser aplicada em seu grau mínimo, com a suspensão de sua execução.

Isto posto, julgo procedente a denúncia e condeno o acusado José Paulo de Miranda à pena de um (1) ano de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 334, § 1º, letra «d», do Código Penal, observadas as circunstâncias do art. 59, pena esta definitiva, face à ausência de atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou de diminuição.

Presentes os requisitos do art. 77 do Código Penal, concedo a suspensão da execução da pena pelo prazo de dois (2) anos, mediante as seguintes condições: a) comprovar o réu ocupação lícita, no prazo de 15 dias; b) não mudar

de residência, sem autorização do Juízo; c) pagar as custas processuais, no prazo de trinta dias; d) comparecer, trimestralmente, perante o Juízo da Comarca de sua residência para comprovar o cumprimento das duas primeiras condições.

Transitada em julgado, designe-se data para a realização da audiência admonitoria.

Custas pelo réu, que terá o seu nome lançado no rol dos culpados.» (Fls. 185/187)

Apelou a defesa, pedindo a absolvição. Alega, em síntese, insuficiência da prova para a condenação. Diz que a mercadoria não pertencia ao acusado, que apenas a guardava para terceiro. Ataca a prova testemunhal da acusação, por se tratar de agentes policiais, participantes das diligências do inquérito. Nega, finalmente, que a mercadoria se destinasse ao comércio do acusado.

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, Subprocurador-Geral da República, opina pelo improvinimento.

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Penal. Contrabando ou descaminho.

Farta quantidade de mercadoria estrangeira, sem documentação legal, apreendida no interior de residência.

Alegação, encontradiça em processos desta natureza, de que tal mercadoria fora deixada, em confiança, em poder do acusado, por indivíduo desconhecido, inidentificável.

Não comprovação e irrelevância dessa alegação, já que o descaminho, na modalidade da letra «d», se caracteriza também pelo «recebimento» ou pela «ocultação» da mercadoria «em proveito alheio».

Atividade comercial presumida pelo volume da apreensão, incompatível com a posse para consumo ou uso próprio.

Condenação mantida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Diz o parecer referido no relatório:

«Trata-se de apelação criminal interposta por *José Paulo de Miranda*, inconformado com a sentença de fls. 183/187 que o condenou em um ano de reclusão, por ter infringido o art. 334, § 1º, letra *d*, do Código Penal, concedido o *sursis*.

Sustenta o apelante, em suas razões de fls. 196/202, basicamente, que não cometeu o crime anunciado na denúncia, afirmando que não restou comprovada a destinação comercial da mercadoria e que esta não lhe pertencia.

Estamos em que não assiste razão ao apelante.

Ficou comprovado, pela prova coligida, que o apelante comercializava mercadorias estrangeiras, tendo sido apreendida em sua residência grande quantidade de relógios, canetas e outros objetos de procedência estrangeira, sem documentação legal.

O próprio apelante, quando ouvido na polícia, confessa amplamente o crime, afirmando a veracidade da denúncia (fl. 06).

Em Juízo, o apelante tenta confundir a apuração do fato, admitindo a apreensão da mercadoria em sua residência, mas afirmando que esta não lhe pertencia (fl. 115).

A confissão extrajudicial reflete a verdade e deve prevalecer, desde que está sintonizada com outros elementos de prova, inclusive testemunhas ouvidas em Juízo.

Assim é que as testemunhas ouvidas às fls. 08, 22/23, sendo que a primeira é a esposa do apelante, confirmam a versão apresentada à fl. 06.

Em Juízo as testemunhas inquiridas às fls. 135/136, sendo que a última foi arrolada pela própria defesa, confirmam a denúncia, restando inócuas as alegações do apelante.

A destinação comercial da mercadoria, além de confessada pelo apelante e corroborada pela prova testemunhal, revela-se ainda pela grande quantidade apreendida em seu poder.

Está inteiramente desmoralizada a versão que a defesa procurou armar, desde que desacompanhada de qualquer elemento de prova e em franca dissidência com os elementos vindos aos autos.

Registre-se, por fim, para rebater a insinuação da defesa no que se refere ao depoimento de elementos da polícia, que o simples fato de ser agente de segurança não gera automática suspeição ou impedimento, além de que a certeza do crime e da responsabilidade penal do apelante não está no testemunho exclusivo de policiais.» (Fls. 210/212)

Estou de acordo com esse pronunciamento.

Acrescento que, na versão do acusado, a mercadoria apreendida fora deixada em sua casa por um indivíduo conhecido por «China» que ficou de buscá-la dias depois, dando-se a apreensão antes que isso ocorresse.

Trata-se de surrada alegação de defesa, encontradiça em processos desta natureza, impossível de ser confirmada pela não identificação do misterioso indivíduo, apontado como proprietário do produto de descaminho.

Tal versão, em matéria processual, é de pouca valia, já que, o descaminho, na modalidade da letra «d», se caracteriza também pelo «recebimento» ou pela «ocultação», em proveito próprio ou «alheio», da mercadoria de procedência estrangeira, sem documentação legal.

A atividade comercial se presume, no caso, pelo volume da apreensão.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.197 — MG (Reg. nº 7.276.923) — Rel.: Min. Assis Toledo — Apte.: José Paulo de Miranda — Apda.: Justiça Pública — Advs.: Drs. Manoel de Souza Barros Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 12.05.87 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.449 — SP
(Registro nº 7.903.626)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Apelantes: *Justiça Pública, Raimundo Brianez, Ana Rosa Molon, Oswaldo Saucedo Mendez, Abrahan Saucedo Mendez e Eliger Vaca Mendonça*

Apelados: *Justiça Pública e Blanca Ramon de Bussad*

Advogados: *Drs. Nelson Cristini e outros, Mayla da Silva Santalúcia, Leonilda Araújo de Almeida e outros e Irineu Rodrigues Lopes*

EMENTA: Criminal. Tráfico internacional de tóxico.

— **Condenação.** Sentença que se aconselha confirmada, salvo quanto aos quantitativos das penas, que se reduzem em consideração à primariedade e aos bons antecedentes dos réus.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público e prover parcialmente as apelações dos réus para reduzir a cinco anos e quatro meses de reclusão e cento e trinta e três (133) dias-multa a condenação dos acusados Raimundo Brianez, Ana Rosa Molon, Oswaldo Saucedo Mendez, Abrahan Saucedo Mendez e Eliger Vaca Mendonça, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Os ora apelantes, os brasileiros Raimundo Brianez e Ana Rosa Molon, e os bolivianos Oswaldo Saucedo Mendez, Abrahan Saucedo Mendez e Eliger Vaca Mendonça, e mais a apelada, boliviana, Blanca Ramon e Bussad, no desembarque de viagem aérea procedente da Bolívia, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, a 13.6.85, foram flagrados na condução de grande quantidade de cocaína (total superior a 23 quilos — fls. 96/98), acondicionada a dita substância entorpecente em sacos plásticos, atados por esparadrapo ao corpo dos denunciados.

Denunciados por infração dos arts. 12, 14 e 18, da Lei 6.368/76, afinal foram os apelantes condenados a 8 anos de reclusão e 200 dias-multa, a partir da pena-base de 6 anos de reclusão e 150 dias-multa, totalmente absolvida aquela apelada, como parcialmente o foram os demais denunciados pelo delito de associação (art. 14) — sentença de fls. 299 a 320.

Inconformado, o Ministério Público apelou dessa parte absolutória da sentença — fl. 336, enquanto o fizeram os réus, estes em reproduzindo os protestos de inocência recusados pela sentença, ou que, em derradeira hipótese, que se lhes diminua a pena, em função da sua primariedade aliada a bons antecedentes — fls. 367, 396, 420 e 429.

Devidamente processadas, as apelações foram à Subprocuradoria-Geral da República, que sobre as mesmas assim se manifestou:

«5. *Apelação do Ministério Público.*

6. Não merece provimento a apelação do Ministério Público em relação à condenação de Blanca, pois, como ressaltado pelo MM. Juiz *a quo* as provas existentes nos autos são indiciárias, insuficientes para concluir por um decreto condenatório (fls. 301/302).

7. Igualmente, também não tem cabimento a inclusão do art. 14 da Lei 6.368/76 na condenação dos réus. Para que se perfaça o tipo objetivo do citado artigo é necessário o ajuste prévio dos co-réus o que não ficou comprovado nos autos.

8. *Apelação de Raimundo Brianez.*

9. Improcede a pretensão do réu de ser absolvido ou ter sua pena diminuída.

10. A tese, sustentada pelo acusado de que teria transportado o entorpecente sob a coação irresistível é inaceitável pois, como ressaltado na r. sentença, este poderia muito bem ter se livrado da substância no avião, longe dos coatores que diz terem lhe ameaçado na Bolívia.

11. *Apelação de Ana Rosa Molon.*

12. Não merecem prosperar as alegações da ré de que agira sem vontade própria, que desconhecia o produto acondicionado no seu corpo e que incorrera em erro sobre a ilicitude de fato (art. 21 do CP).

13. A acusada confessou às fls. 12/13 que fora contratada para trazer cocaína da Bolívia e que a droga foi acondicionada em seu corpo. É o que nos demonstra também as fotos de fls. 192/193.

14. Embora em juízo (fls. 67/68) a apelante tenha mudado a versão dos fatos, dizendo que pensava que o pó, acondicionado em seu corpo, era para fabricação de cosméticos, temos que dar credibilidade ao que foi dito anteriormente pois, a nova versão é inaceitável e não está de acordo com a prova testemunhal de fls. 155v./161.

15. Quanto à verificação de erro sobre a ilicitude do fato, temos que a ré incorreu em visível contradição, pois para a caracterização do previsto no art. 21 do CP, seria necessário que a acusada soubesse que estava portando cocaína, mas desconhecesse que precisava de regulamentação para possuí-la. Mas não foi o que ocorreu, pois esta disse em juízo que não sabia que portava cocaína.

16. *Apelação de Oswaldo e Abrahan.*

17. Não tem cabimento a pretensão dos réus de serem absolvidos ou terem suas penas fixadas no mínimo legal como o benefício do regime aberto.

18. A infração ficou plenamente comprovada pelas confissões dos acusados, verificadas às fls. 14 e 15, quando estes declararam que foram contratados para trazer a cocaína da Bolívia.

19. Embora em Juízo os apelantes tenham mudado a versão dos fatos, dizendo que foram os policiais que amarraram a droga, tal versão, restou isolada, pois disso não se fez prova, além de estar em desacordo com a prova testemunhal de fls. 155v./161.

20. Ainda, o MM. magistrado ao condenar os réus pelo art. 18, I, da Lei 6.368/76 não incorreu em *bis in idem*, pois o art. 12 da citada lei, também objeto da condenação, se refere à modalidade de *trazer consigo* e, não exportar, como nos querem fazer supor os apelantes.

21. *Apelação de Eliger.*

22. Igualmente, também não procede o requerido pelo réu de ser absolvido ou ter sua pena diminuída.

23. A autoria ficou comprovada pela confissão do acusado à fl. 14, quando este declarou que fora contratado para trazer a cocaína da Bolívia. Embora em Juízo, tal qual os réus Oswaldo e Abrahan, este tenha dito que a droga foi amarrada ao seu corpo por policiais, tal não ficou comprovado e, não está de acordo com a prova testemunhal de fls. 155 v./161.

III

24. Ante o exposto, somos pelo improvimento das apelações.

Brasília, 23 de junho de 1986.

JULIETA E. FAJARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE, Procuradora da República.

Aprovo:

ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, Subprocurador-Geral da República» (fls. 464/467).

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, da apelação do Ministério Público, deveras, é de dizer-se inviável.

Isso porque, relativamente à absolvição de Blanca Ramon, maiores que sejam as coincidências aduzidas — viagem no mesmo vôo e procedência, ida e volta ao banheiro do aeroporto, antes do desembarço, onde teria deixado os dois pacotes de cocaína, encontrados em seguida, e mais a interceptação de uma carta que trazia, endereçada a conhecido traficante boliviano que se encontra preso —, a tudo isso bem respondeu o douto julgador singular, no tema do art. 386, IV e VI, do Código de Processo Penal. De fato, por maiores que sejam essas coincidências, repitá-se com a sentença o princípio do *in dubio pro reo*, tal a dúvida de que os ditos pacotes de cocaína, ali abandonados, tenham sido mesmo conduzidos pela apelada, em favor da qual há que se ressaltar, na melhor justiça, a probabilidade da inocência sustentada pela defesa.

Doutra parte, ainda em relação à apelação ministerial, tenha-se em conta o controverso entendimento jurisprudencial quanto ao delito de associação no tráfico de tóxico, segundo o qual, a capitulação não se configura pela simples circunstância da co-autoria no crime-fim, senão que se revista da *affictio societatis*, condição essa incompatível com a subalterna atividade em que se põem os chamados *mulas*, eventualmente ajustados para o transporte da substância, conforme bem acentuou a sentença.

Por sua vez, penso que os insistentes apelos de inculpabilidade dos réus foram oportunamente respondidos pela sentença, à luz da melhor prova assim analisada, sob o título Do Tráfico Comprovado em Relação aos Demais Réus — ler-se (fls. 312/316).

Daí que bem se houve a nobre Subprocuradoria-Geral da República em reforço dessas asserções da sentença, como visto do relatório.

Entretanto, sem embargo das considerações sentenciadas sobre a gravidade do crime pela intensidade do dolo e sua deletéria repercussão, reputo rigorosa a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal; é que, consoante queixa de suas respectivas irresignações, aos apelantes não se considerou a circunstância da primariedade nem se valorizaram os bons antecedentes, ponto de real influência dentre os dados da definição inicial da pena.

Na verdade, tais fatores, conforme expressa alusão da sentença (fls. 319), somente influíram na estimativa do acréscimo mínimo previsto no art. 18, I, da Lei 6.368, quando, a meu ver, apreço também mereciam na fixação do próprio quantitativo básico da apenação.

Portanto, reduzo a quatro (4) anos a base da pena de reclusão, e a 100 dias-multa a da pena pecuniária; pelo que, considerado o acréscimo mínimo de 1/3, resulta a redução das penas finais a cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão e cento e trinta e três dias-multa, a que fica reduzida a condenação dos apelantes.

Pelo exposto, nego provimento à apelação do Ministério Público, e provejo parcialmente as apelações dos réus.

VOTO VOGAL

O EXMO. SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, embora seja a pena, inquestionavelmente, destinada à repressão, como medida de prevenção geral representada pela função intimidativa dirigida à coletividade através da sanção prevista na norma legal, tem ela, sobretudo na atualidade, a função reeducativa, com a recuperação do homem para sua reintegração social, razão por que a pena há que ter uma gradação perfeitamente dosada de acordo com as circunstâncias judiciais concernentes.

In casu como bem demonstrou V. Exa., ainda que tenham os réus praticado os fatos delituosos que se lhes imputou na peça vestibular acusatória, há que se levar em consideração a primariedade e os bons antecedentes dos agentes.

Assim, entendendo correto seu entendimento diminuindo a pena imposta, para que possa cumprir sua mais importante meta consistente na ressocialização dos acusados.

Acompanho o voto proferido por V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 7.449-SP (Reg. nº 7.903.626) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas — Aptes.: Justiça Pública, Raimundo Brianez, Ana Rosa Molon, Oswaldo Saucedo Mendez, Abrahan Saucedo Mendez e Eliger Vaca Mendonça — Advs.: Drs. Nelson Cristini e outros, Mayla da Silva Santalúcia, Leonilda Araújo de Almeida e outros e Irineu Rodrigues Lopes — Apdos.: Justiça Pública e Blanca Ramon de Bussad.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do Ministério Público e proveu parcialmente as apelações dos réus, para reduzir a cinco anos e quatro meses de reclusão e cento e trinta e três (133) dias-multa a condenação dos acusados Raimundo Brianez, Ana Rosa Molon, Oswaldo Saucedo Mendez, Abrahan Saucedo Mendez e Eliger Vaca Mendonça. (Em 19.08.86 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.623 — RN
(Registro nº 7.952.945)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Apelantes: *Justiça Pública, Fábio Olegário e José Jaci Fernandes*

Apelados: *Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino, Francisco Gomes das Chagas, João de Souza Duarte, Maria José de Oliveira e Justiça Pública*

Vítima: *INPS*

Advogados: *Drs. Arthur Paredes Cunha Lima, Iza T. Roriz da Rocha, Nehemias de Oliveira Cunha e Natércia Nunes Protásio*

EMENTA: Penal. Estelionato. Acidente do trabalho. Ardil para o recebimento de benefício pago pela autarquia seguradora.

1. O estelionato é crime essencialmente doloso, não se aperfeiçoando quando a ação do servidor autárquico que veio a proporcionar a vantagem a outrem decorre de negligência.

2. Comete a infração do art. 171 o agente que alicia, como os aliciados, para, mediante ardil, induzir em erro a autarquia federal encarregada do seguro de acidente do trabalho e dela receber importâncias, a título de benefício acidente, entre os partícipes rateadas.

3. Incluído entre as prestações da previdência social (art. 17, § único, CLPS), o recebimento doloso de benefício acidentário constitui o tipo do art. 155, IV, a, da LOPS, integrando-o à causa de majoração da pena do § 3º do art. 171 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento, em parte, a ambas as apelações, para reduzir a pena imposta a Fábio Olegário e José Jaci Fernandes a um ano de reclusão e para condenar Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino e Francisco Gomes das Chagas a um ano de reclusão e 20 (vinte) cruzados de multa, e para conceder a suspensão da execução da pena dos três últimos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de junho de 1987 (data do julgamento).

LAURO LEITÃO, Presidente — DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte condenou Fábio Olegário e José Jaci Fernandes a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e multa de Cz\$ 20,00 (vinte cruzados), por infração ao art. 171, § 3º, c/c arts. 69 e 29, do Código Penal, consistente em falsificação das respectivas guias e recebimento indevido de auxílio acidentário junto ao INPS. S. Exa. absolveu ainda Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino, João de Souza Duarte, Maria José de Oliveira e Francisco Gomes das Chagas da mesma imputação feita aos apenados.

Desta decisão apelaram o Ministério Público Federal da parte em que absolveu Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino, João de Souza Duarte, Maria José de Oliveira e Francisco Gomes das Chagas, além de Fábio Olegário e José Jaci Fernandes de suas condenações.

Recebidas e processadas as apelações, subiram os autos a este Tribunal, onde a Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer opinando pelo provimento da apelação do Ministério Público Federal, e improvimento das apelações de Fábio Olegário e José Jaci Fernandes.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Destaco, de logo, que, em juízo, apenas dois dos sete denunciados foram interrogados, restando os demais revéis, resumindo-se a instrução aos depoimentos de duas testemunhas arroladas na denúncia e de duas indicadas pela defesa de João de Souza Duarte, as quais nada trouxeram de interesse para o julgamento da ação.

A prova, em boa parte emprestada, está, assim, toda ela no inquérito policial, não sendo, porém, de desprezar, posto que se revela coerente, sobretudo em relação à atuação dos dois primeiros denunciados, que foram os únicos condenados, bem assim, quanto à consciência com que agiram os que com ele participaram, fazendo-se passar por acidentados, para receberem os benefícios correspondentes e dividir o produto com os autores intelectuais da trama.

Assim, Luiz Aniceto de Lima e Edmilson Cardoso de Aquino, ao serem interrogadas pela autoridade policial, confessam que sabiam que não eram empregados das empresas indicadas nas Comunicações de Acidentes, forjadas pelos dois primeiros acusados, assim como cientes estavam de que não haviam sofrido qualquer acidente. Mesmo assim, para auferirem vantagem que sabiam ilícita, se prestaram à execução do delito e receberam valores desse benefício, de maneira dolosa. E nada há a apontar de irregular na tomada desses interrogatórios, sendo de dizer que a autoridade policial tomou o cuidado de determinar a sua leitura em presença de testemunhas, antes de encerrar os respectivos termos.

Da mesma maneira, o denunciado José Jaci Fernandes, um dos apenados, disse perante a autoridade policial toda a trama feita com seu companheiro de crime, Fábio Olegário, chegando a apontar outros participantes, especialmente um casal Campos e Francinete, ele dito Contador, que seriam os encarregados de preencher as Comunicações de Acidentes, apondo-lhes os carimbos falsificados de empresas salineiras.

Quanto a Francisco Gomes das Chagas, jamais localizado, resta apenas a prova documental de que o mesmo recebera determinada importância e se fizera passar por acidentado, utilizando o mesmo sistema.

Tenho, deste modo, porque, tanto Fábio Olegário, José Jaci Fernandes, quanto os beneficiários Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino e Francisco Gomes das Chagas participaram dolosamente da ação, recebendo prestações indevidas da autarquia seguradora, que aperfeiçoam o delito do art. 171 do Código Penal.

Ainda que a prestação dolosamente recebida diga respeito a seguro acidentário, de modo a me levar a crer que não se trataria de caso da previsão do art. 155, IV, a, da Lei Orgânica da Previdência Social, contudo, melhor examinando a matéria, cheguei à conclusão diversa.

É que a norma definidora do delito diz com o recebimento doloso de «prestação de benefício da previdência social» e a Consolidação das Leis da Previdência Social, inclui, no parágrafo único do art. 17, entre estas as «prestações por acidente do trabalho», que a própria lei acidentária diz que têm caráter previdenciário.

Assim, também aqui, não se justifica a majoração do § 3º do art. 171 do Código Penal, por já figurar no tipo descrito no citado dispositivo da Lei Orgânica (art. 155, IV, a) a causa da elevação da pena.

De relação aos denunciados, ora apelados, João de Souza Duarte e Maria José de Oliveira, tenho que os mesmos não cometeram o delito, que não admite a modalidade culposa, tanto quanto não vislumbrou o nobre representante do Ministério Público dolo na ação dos médicos, que foram excluídos da ação. É que, o primeiro, que era o autorizador dos pagamentos dos benefícios, no máximo, teria agido com negligência no exame dos documentos informadores dos acidentados, isto se considerássemos grosseiras as falsificações, o que, em realidade, não ocorre; a segunda, se limitava, na qualidade de atendente, da estrita confiança dos médicos, a preencher dados de sua atribuição nos Cartões de Consulta de Acidentado, em face das Comunicações de Acidente, formalmente regulares, talvez com certa dose de negligência, não caracterizadora de ação dolosa, pois que integrada em complexo administrativo que, por sua vez, se apresenta falho no tocante ao assunto de que se cuida, a ponto de não possuir o funcionário encarregado das liberações de pagamentos autógrafos dos encarregados de emitir as Comunicações de Acidentes das empresas existentes na área e nem mesmo relação dessas empresas, como ficou informado.

Com dose de culpa bem mais elevada, a ação dos médicos que assinavam cartões de atendimento e de alta de «acidentados» sem examinar os pacientes, dada a balbúrdia decorrente de atendimento de cem ou mais segurados em três horas de trabalho, foi descaracterizada como tipificadora do delito da denúncia.

Os denunciados que se beneficiaram de vantagem indevida, acumpliciados com os já apenados, são todos eles primários, participaram da ação delituosa conscientemente, mas com intensidade dolosa bem menor do que a dos mentores, não caracterizado o estado de necessidade a que alude a sentença, nada indicando que voltem a delinquir, pelo que tenho por suficiente à prevenção e repressão do crime, a aplicação da pena mínima da cominação legal, ou seja, um ano de reclusão.

A esses denunciados, Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino e Francisco Gomes das Chagas, deve ser deferida a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, mediante condições que o Juiz da Execução deverá estipular, segundo as disposições do art. 78 do Código Penal.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento parcial a ambas as apelações, para reduzir a pena imposta a Fábio Olegário e a José Jaci Fernandes a um ano de reclusão, pela prática do delito do art. 155, IV, a, da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, equiparado ao do art. 171 do Código Penal, e para condenar a Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino e Francisco Gomes das Chagas, a um ano de reclusão e

multa de vinte cruzados, pela prática do mesmo delito, além das custas do processo, em rateio com os demais condenados. A estes últimos, defiro o favor da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade por dois anos, mediante condições que o Juiz da execução imporá, segundo as regras do art. 78 do Código Penal.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 7.623-RN (Reg. nº 7.952.945) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade — Aptes.: Justiça Pública, Fábio Olegário e José Jaci Fernandes. — Apdos.: Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino, Francisco Gomes das Chagas, João de Souza Duarte, Maria José de Oliveira e Justiça Pública — Vítima: INPS — Advs.: Arthur Paredes Cunha Lima, Iza T. Roriz da Rocha, Nehemias de Oliveira Cunha e Natércia Nunes Protásio.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento, em parte, a ambas às apelações, para reduzir a pena imposta a Fábio Olegário e José Jaci Fernandes a um ano de reclusão e para condenar Luiz Aniceto de Lima, Edmilson Cardoso de Aquino e Francisco Gomes das Chagas a um ano de reclusão e 20 (vinte) cruzados de multa e para conceder a suspensão da execução da pena dos três últimos. (Em 30.07.87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão e Carlos Thibau votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.017 — MG
(Registro nº 7.876.335)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*

Suscitante: *Juiz Federal da 8ª Vara — MG*

Suscitado: *Juiz de Direito de Bocaiúva — MG*

Partes: *Geraldo Ildefonso Pereira e União Federal*

EMENTA: Administrativo e Processual Civil — Pesquisa de minérios — Terrenos devolutos pertencentes à União — Inocorrência de conflito de interesses entre o pesquisador e o proprietário do solo, ou posseiros — Inaplicabilidade da Súmula 24 do TFR.

1. No caso concreto, pela peculiaridade de não haver questões pertinentes à indenização devida a particulares, quer como proprietários do solo, quer como posseiros, sendo claro, ao revés, que a União é quem detém o domínio, deve-se reconhecer a competência da Justiça Federal, por inaplicabilidade da Súmula 24 do TFR.

2. Conflito negativo de competência julgado improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito, para declarar competente o Juiz Federal da 8ª Vara-MG, o suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 04 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — WASHINGTON BOLÍVAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Mediante ofício ao MM. Juiz de Direito da Comarca de Bocaiúva, Minas Gerais, o Diretor do 3º Distrito do DNPM encaminhou cópia do Alvará que autorizou Geraldo Ildefonso Pereira «a pesquisar minério de ouro e diamante industrial, em terrenos devolutos, pertencentes à

União: leito e margens públicas do R. Jequitinhonha», para que se desse cumprimento ao disposto nos arts. 37 e 38 do Decreto nº 62.934, de 2.7.68, que regulamentou o Decreto-lei nº 227, de 28.2.67, alterado pelo nº 318, de 14.3.67 (Código de Mineração).

Naquela Comarca, o MM. Juiz de Direito Dr. Braz Moreira Henriques, destacando que a proprietária das terras objeto da pesquisa é a União, declinou de sua competência para a Justiça Federal. Atuando na Seção Judiciária de Minas Gerais, o Dr. Ildeu de Resende Chaves, Procurador da República, assim se manifestou (fls. 33v/34):

«MM. Juiz,

O art. 126 da Constituição Federal permite que, além da execução fiscal, «outras causas sejam promovidas nas Comarcas do interior, onde tiver domicílio a outra parte, perante a «Justiça do Estado ou Território, e com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, bem como atribuir ao Ministério Público local a representação judicial da União, tudo de acordo com a lei ordinária.

O Decreto nº 62.934, de 2.7.68, que aprovou o Regulamento do Código de Mineração, estabelece, no art. 38, § 2º, que, nos procedimentos referentes às avaliações judiciais de áreas de mineração, deverá o Dr. Promotor de Justiça funcionar *como representante da União*.

Assim, embora a pesquisa referida à fl. 3 vá desenvolver-se em imóvel da União, tal fato não autoriza o deslocamento da competência para a Justiça Federal, à vista dos termos do art. 38, § 2º, do Decreto 62.934, de 1968, combinado com o art. 126 da Carta Republicana.

Por outro lado, na comarca da situação da jazida, serão menos onerosas as despesas com a avaliação, que poderá ser realizada por perito local.

Nota-se também que o legislador ordinário quis incentivar as atividades mineratórias e facilitar a ação do titular de autorização de pesquisa, que poderá acompanhar a avaliação de forma mais direta e pessoal se ela se realizar na comarca da situação da jazida.

Os interesses da União também serão resguardados, com a intimação do duto representante do Ministério Público Estadual para representá-la no interior, na forma já prevista pelo próprio § 2º do art. 95 da Lei Fundamental.

Pelo exposto, compreendo embora as nobres razões que inspiraram o r. despacho de fls. 32, entendo que a competência para o processamento do feito é do MM. Juiz de Direito da Comarca de Bocaiúva».

Esse entendimento foi perfilhado pelo MM. Juiz Federal Dr. Antônio Augusto Caetano Alves, nestes termos (fls. 36/37):

«6. O art. 126 da Constituição Federal permite que, além das execuções fiscais, outras causas tramitem nas comarcas do interior, ainda que interessada a União Federal, cabendo sua representação judicial ao Ministério Público local.

7. Por outro lado, o art. 38, § 2º, do Decreto 62.934/68, determina que a União Federal seja representada pelo Promotor de Justiça da comarca nos procedimentos de avaliações judiciais de áreas de mineração.

8. Não fora isso, a avaliação na comarca da área de mineração, além de facilitar o procedimento, dá ao perito condição de apresentar trabalho de melhor resultado, circunstância que levou o legislador a redigir o dispositivo legal mencionado no item anterior, que encontra respaldo na Súmula 24 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

9. Assim, o fato de ser a União Federal a proprietária da área de mineração não é suficiente, como muito bem esclarece seu representante (fls. 33 v./34), para deslocar a competência do Juízo Estadual para o Federal.

10. No caso, a área de mineração está localizada na Comarca de Bo-caiúva. Conseqüentemente, independentemente de quem seja o proprietário do solo, este Juízo, ao contrário do que pretende o daquela Comarca, através da decisão de fls. 32-v, é incompetente para processar e julgar o presente processo.

Pelo exposto, *dou-me, também, por incompetente e suscito conflito negativo de competência ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, Órgão encarregado de decidi-lo* (art. 122, I, e, CF).

Feitas as anotações necessárias, remetam-se-lhe os autos».

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer elaborado pelo Dr. Walter José de Medeiros e aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger, opinou pela competência da Justiça Federal, no caso concreto, em que não teria aplicação a Súmula n° 24, deste Tribunal, já que incoorre qualquer conflito de interesses entre particulares, mas posicionamento claro da União no pólo passivo da relação processual, como proprietária dos terrenos em que se desenvolverá a pesquisa autorizada (fls. 41/50).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Estou em que, no caso concreto e pela particularidade de não haver questões pertinentes à indenização devida a particulares, quer como proprietários do solo, quer como posseiros, sendo claro, ao revés, que a União é quem detém o domínio, inaplicável o enunciado da Súmula n° 24, deste Tribunal, que reza:

«A avaliação da indenização devida ao proprietário do solo, em razão de alvará de pesquisa mineral, é processada no juízo estadual da situação do imóvel.»

Efetivamente, dúvida não pode haver, não somente pelos termos inequívocos do ofício da autoridade administrativa, como pela própria localização e delimitação do terreno onde se desenvolverá a pesquisa — leito e margens públicas do Rio Jequitinhonha — que a jurisdição é da Justiça Federal.

Conferi todos os precedentes judiciais que informaram a Súmula n° 24, deste Tribunal, e verifiquei que somente se referiam a conflitos de interesses entre o pesquisador e o proprietário do solo ou posseiros, isto é, questões relativas a particulares e não, como aqui, em que a propriedade proclamada do local da pesquisa é da União, terrenos devolutos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República desenvolveu, a propósito, brilhante parecer, que adoto, nestes termos (fls. 42/50):

«5. A questão, a nosso ver, não se dirime pela invocação pura e simples da jurisprudência dominante no eg. Tribunal Federal de Recursos, cuja Súmula n° 24 dispõe ser competente o juízo estadual da situação do imóvel para processar a avaliação da indenização devida ao proprietário do solo, em razão de alvará de pesquisa mineral.

6. É que a orientação aí cristalizada, tal como a que, paralelamente, se firmou na Suprema Corte, tem como pressuposto o litígio travado entre particulares, a saber, de um lado, o titular do alvará e, do outro, a pessoa física ou jurídica proprietária do terreno. A essa demanda sempre se tem considerado estranha a União que, vez por outra, se animou a sustentar, em juízo, seu interesse no feito, o que, no entanto, foi sempre repellido.

7. Assim, no julgamento do CJ 5.974-SP, o então Procurador-Geral da República defendeu, em parecer perante o Supremo Tribunal, a competência da Justiça Federal em tais casos porque, «se o autor do requerimento de avaliação da renda e dos danos e prejuízos é o DNPM, órgão da própria União, não há como se deixar de ter esta como autora, e, conseqüentemente, da competência da Justiça Federal, o seu processo e julgamento» (RTJ 79/361).

8. A tese foi recusada por acórdão a que o em. Ministro Moreira Alves conferiu a seguinte ementa:

«Embora o art. 27, inciso VI, do Dec.-Lei 227/67, determine, nos processos para avaliação da renda e dos danos «decorrentes de autorização para pesquisa mineral, a citação do Promotor de Justiça da Comarca, para os termos da ação, como representante da União Federal, não é esta, no feito, autora, ré, assistente ou oponente, únicas posições processuais que, em face do disposto no art. 125, I, da EC nº 1/69, ensejariam a competência da Justiça Federal» (RTJ 79/359).

9. No CJ 6.071, o em. Ministro Antônio Neder, dando ênfase à ausência de interesse da União em procedimento travado entre particulares, acentuou na ementa com que resumiu o v. acórdão:

«Tratando-se, como se trata, de procedimento para avaliação de prejuízos a serem indenizados pelo titular de pesquisa ao proprietário ou ao possessor do terreno em que se vai fazer essa operação, tudo sucede no plano dos interesses privados do pesquisador e do proprietário ou do possessor. Ausência de interesse da União no caso. Competência da Justiça Estadual e não da Justiça Federal» (RTJ 85/424).

10. No mesmo sentido podem ser colacionados os seguintes arestos: CJ 5.974, rel. Ministro Cordeiro Guerra (RTJ 74/626); CJ 6.137, rel. Ministro Décio Miranda (RTJ 88/809); e CJ 6.101, rel. Ministro Moreira Alves (RTJ 87/782).

11. Neste último, teve oportunidade de salientar o parecer da Procuradoria-Geral, que serviu para fundamentar as razões do acórdão, tratar-se ali «de litígio entre particulares», anotando em seguida:

«A causa envolve, como partes, o requerente da autorização de pesquisa e os proprietários de terrenos particulares. Não se observou a intervenção da União no feito, que, em conseqüência, não ocupa qualquer das posições descritas no art. 125, I, da Constituição Federal» (RTJ 87/783).

«12. Para tais hipóteses, em que a avaliação da renda e dos prejuízos envolve terreno do domínio particular, não há mais dúvida possível sobre a competência do foro estadual para processar e julgar o litígio.

13. É, nesse sentido, pois, que se deve compreender o enunciado da Súmula nº 24 desta eg. Corte de Justiça.

14. O caso em julgamento, entretanto, tem particularidades que o distingue substancialmente dos anteriormente lembrados.

15. É que, como está dito no corpo do ofício endereçado ao MM. Juiz de Direito de Bocaiúva, MG, trata-se aqui de alvará de pesquisa «de minério de ouro e diamante industrial em terrenos devolutos pertencentes à União», situados às margens públicas do Rio Jequitinhonha (fl. 3).

16. Ora, se nos precedentes colacionados a competência da Justiça Federal foi afastada à mingua de interesse jurídico da União na causa, travada

apenas entre particulares, não se poderá, comprovado aquele interesse no caso em apreço, deixar de proclamar configurado o pressuposto que anteriormente não existia para determinação da competência do foro federal.

17. É o que se extrai, por ilação lógica, da tese firmada pelos próprios acórdãos da Suprema Corte.

18. Nem se argumente, *data venia*, que o art. 27, VI, do D.L. 227, de 1982, constitui regra de competência do foro estadual para as ações de avaliação de renda, quer se trate de terrenos públicos, quer de particulares.

19. A admitir-se tal entendimento, estar-se-ia ferindo de forma direta o texto constitucional (CF, art. 125, I), pois, como afirmou com acerto o em. Ministro Paulo Távora, em voto transcrito no CJ 5.974, «os órgãos do Poder Judiciário, cuja competência assenta na Constituição, não podem ter suas atribuições ampliadas ou reduzidas por lei ordinária» (cf. RTJ 74/627).

20. Por conseguinte, é, ainda segundo aquele eminente Jurista e Professor, pela apreciação judicial do interesse qualificado, como autora, ré, assistente ou oponente, que se «define a legitimidade da intervenção da pessoa jurídica», acrescentando a seguir:

«A lei que determina a participação da União ou sua citação em processo, sem concorrer o pressuposto do art. 125, I, não opera, por essa oblíqua, o deslocamento da competência constitucional» (RTJ 74/628).

21. Na espécie, está nitidamente configurado o interesse jurídico da União, porquanto são do seu domínio as terras em que se desenvolverão os trabalhos de pesquisa.

22. Por conseguinte, não poderia lei ordinária — muito menos decreto-lei — alterar a competência que os Juizes Federais haurem da própria vertente constitucional, já que se comprovou a existência de interesse jurídico da União no feito.

23. Esta, de resto, é a doutrina clássica, perfilhada por autores do porte de Francisco Campos, que leciona a propósito da competência constitucional assegurada ao Supremo Tribunal:

«Assim, pois, como o Poder Legislativo e o Executivo se encontram instituídos na Constituição e com as suas atribuições definidas na Constituição, inalteráveis, portanto, por leis ordinárias, assim também o Poder Judiciário se encontra organizado e com atribuições e competência definidas na Constituição» (Direito Constitucional, Freitas Bastos, 1956, vol. II, p. 348).

24. Parece-nos, assim, que não se poderia ampliar ou restringir, de forma direta ou oblíqua, por obra do legislador ordinário, a competência constitucionalmente assegurada à Justiça Federal.

25. Argumenta, entretanto, o MM. Juiz Federal (suscitante), com o art. 126 da Carta, que permite «que, além das execuções fiscais, outras causas tramitem nas comarcas do interior, ainda que interessada a União, cabendo sua representação judicial ao Ministério Público local» (fls. 36).

26. Não procede, *data venia*, o argumento.

27. Dispõe, com efeito, aquele dispositivo que «a lei poderá permitir que a ação fiscal e outras sejam promovidas na comarca do interior».

28. A lei a que se refere o artigo da Constituição é, naturalmente, aquela de natureza formal, mormente porque, em se cuidando de questão processual relativa à competência, está ela em princípio inserida entre as atribuições legislativas da União (CF, art. 8º, XVII, b).

29. Na espécie, entretanto, a regra da competência, para o procedimento de avaliação da renda, está inscrita em *decreto-lei* editado pelo Presidente da República, com fundamento no art. 9º, § 2º, no Ato Institucional nº 4, de 07.12.66, redigido nos seguintes termos:

«§ 2º Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.»

30. Por conseguinte, apenas em relação às matérias especificadas — administrativa e financeira — detinha o Presidente da República competência para expedir decretos com força de lei.

31. Parece indubitado, assim, que norma relativa à competência funcional dos juízes — matéria de direito constitucional-processual — não se poderia compreender naquelas atribuições excepcionais concedidas ao Chefe do Executivo federal, ainda que se entenda que o Decreto-Lei nº 227, de 28.02.67, ao dar nova redação ao Código de Mineração, teve em vista regular, no geral, matéria de índole administrativa.

32. Não pode, portanto, subsistir, em relação à União, a regra de competência fixada no art. 27, VII, do referido decreto-lei, pois, não satisfeito o requisito do art. 126 da Carta, cabe invocado o 125, I, que contempla o foro da Justiça Federal para as ações em que seja parte a União.

33. Dir-se-ia, ainda, que a jurisprudência, particularmente do Supremo Tribunal, tem-se orientado no sentido de que, para matérias em que tradicionalmente a própria Constituição exige *lei* em sentido formal, podem elas ser disciplinadas por decreto-lei. Assim, p. ex., ocorreu nas inúmeras decisões do Tribunal Federal de Recursos, e da própria Excelsa Corte a respeito da inconstitucionalidade do IOF, majorado por decreto-lei.

34. Ocorre, porém, que nesses casos sempre se temperou o entendimento com a ressalva de que, regulada a matéria por decreto-lei, deveriam estar presentes os requisitos do art. 55 da Carta (RE 99.714, *DJ* de 29.04.83, p. 5560; RE 99.702-RJ, *DJ* de 29.04.83, p. 5560; RE 99.853-RJ, *DJ* de 29.04.83, p. 5561; RE 99.697-RJ, *DJ* de 06.05.83, p. 6033; RE 100.053-RJ, *DJ* de 10.06.83, p. 8475; RE 99.706-RJ, *DJ* de 17.06.83, p. 8964; RE 99.717-RJ, *DJ* de 17.06.83, p. 8964; RE 99.972-RJ, *DJ* de 17.06.83, p. 8965; RE 100.055-RJ, *DJ* de 17.06.83, p. 8965; RE 100.064-RJ, *DJ* de 17.06.83, p. 8966; RE 100.066-RJ, *DJ* de 17.06.83, p. 8966; RE 100.075-RJ, *DJ* de 17.06.83, p. 8966; AG 98.904-SP, *DJ* de 08.11.84, p. 18769).

35. Na espécie, além de não estarem presentes as condições «de urgência ou de interesse público relevante», a matéria disciplinada pelo decreto-lei, relativamente à competência funcional dos juízes, não se enquadra em qualquer dos itens daquela regra constitucional: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias; criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

36. É possível que, do ponto de vista prático, fosse mais conveniente ao proprietário do solo litigar com a União no foro do seu domicílio, onde situa a jazida.

37. A competência, contudo, constitui matéria de ordem pública, deriva diretamente da Constituição, pelo que não pode «ceder às injunções de mera conveniência ou de simples pragmatismo».

38. Nessas condições, em face do interesse jurídico da União no desfecho do procedimento avaliatório, opina o Ministério Público pelo conhecimento do conflito, declarado competente o MM. Juiz Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais (suscitante)».

Estou plenamente de acordo, em linhas gerais, com o entendimento da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, motivo pelo qual, julgo improcedente o conflito e declaro competente o MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, suscitante, ressaltando a inaplicabilidade, no caso, da Súmula nº 24, deste Tribunal.

É como voto.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Pedi vista destes autos para conferir precedentes de minha lavra sobre a espécie.

Nos Conflitos de Competência nºs 6.455-DF e 5.107-MS sustentei a competência da Justiça Estadual, e, por consequência, o alcance da Súmula nº 24-TFR, em casos de pesquisa mineral promovida em terras situadas na Capital da Unidade Federativa, com apoio, inclusive, na jurisprudência que serve de «referência» ao citado verbete.

Acontece, porém, que o caso destes autos oferece aspecto diverso, qual seja o de se cuidar de trabalhos em terras devolutas da União, justificando o interesse direto desta última. Na verdade, os acórdãos que serviram de base àquela Súmula ressaltam a circunstância de prevalecer o entendimento quando inexistente o interesse da União. A propósito, trago à colação o voto do Senhor Ministro José Dantas no CC nº 3.006-PR, onde restou esclarecido esse aspecto:

«Senhor Presidente, prevista em lei a competência da Justiça Estadual para a hipótese, deveras me parece acertada a orientação do Tribunal, consoante o precedente invocado pelo MM. Juiz suscitante, com a seguinte ementa:

«Conflito negativo — Suscitante o Dr. Juiz Federal do Estado do Mato Grosso, suscitado o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cuiabá, no mesmo Estado — Cumprimento de Alvará de pesquisa de cassiterita, expedido pelo Ministério das Minas e Energia. A competência para execução do Alvará em causa está expressamente prevista como sendo do Juiz de Direito da Comarca da situação da jazida, funcionando o Promotor da Justiça da Comarca como representante da União (Reg. do Código de Mineração, Dec. nº 62.934/68, arts. 37 e 38). Não há interesse particular entre pesquisador de minério, beneficiado pela licença, e o proprietário do imóvel onde se dará a pesquisa. Julga-se procedente o Conflito para declarar a competência do Dr. Juiz suscitado da 1ª Vara da Comarca de Cuiabá — MT — Decisão unânime» (*in DJ* nº 29/74, pág. 564, CNJ 1.680) — Fls. 02.

De igual teor é o recentíssimo acórdão do STF proferido no CJ 6.071, T. Pleno, 13-02-78, e assim ementado:

«Conflito de Competência entre o Tribunal Federal de Recursos e o Tribunal de Justiça de São Paulo para conhecer de controvérsia originada em procedimento de avaliação regulado pelas diversas normas do artigo 27 do Código de Mineração (Decreto-lei nº 227/67).

Tratando-se, como se trata, de procedimento para avaliação de prejuízos a serem indenizados pelo titular de pesquisa ao proprietário ou ao possessor do terreno em que se vai fazer essa operação, tudo sucede no plano dos interesses privados do pesquisador e do proprietário ou do possessor. Ausência de interesse da União no caso. Competência da Justiça Federal. Precedentes da Corte» (*DJ* de 10-03-78, pág. 1.172).

Na linha dessa orientação, meu voto é pela procedência do conflito e declaração da competência do Dr. Juiz de Direito suscitado.»

Como visto, a ressalva é expressa quando há interesse da União. O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República também alude a precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal, onde a distinção está presente.

Ante o exposto, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, ao reconhecer, igualmente, a competência da Justiça Federal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente, tendo em vista a particularidade do caso, longamente destacada no voto do eminente Relator, também julgo improcedente o conflito, para declarar competente o Juízo Federal.

EXTRATO DA MINUTA

CC 7.017-MG (Reg. nº 7.876.335) — Rel.: Ministro Washington Bolívar — Subprocurador: Dr. Aristides Junqueira Alvarenga — Suscte.: Juiz Federal da 8ª Vara-MG. Suscdo.: Juiz de Direito de Bocaiúva-MG — Partes: Geraldo Ildefonso Pereira e União Federal.

Decisão: A 1ª Seção do TFR, prosseguindo o julgamento, por unanimidade, julgou improcedente o conflito, para declarar competente o Juiz Federal da 8ª Vara-MG, o suscitante. (Em 04.02.87).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves e Dias Trindade votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Dantas, na ausência justificada do Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.201 — SC
(Registro nº 7.959.940)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Suscitante: *Juízo Federal da 3ª Vara — SC*

Suscitado: *Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Lages — SC*

Parte: *Milton José de Castro Gamborgi*

Advogado: *Dr. Pedro Aujor Furtado*

EMENTA: Justificação judicial — Prova de dependência econômica — Art. 125, I, da Constituição.

A justificação que tem por escopo provar a dependência econômica de menor insere-se, no Código de Processo Civil, entre os processos cautelares mas, em verdade, pode ser requerida sem que exista lide. O art. 361 distingue, prevendo a possibilidade de justificar-se a existência de fato ou relação jurídica, tanto para servir de prova em processo como para constituir simples documento sem caráter contencioso. Tratando a espécie da última hipótese, não se ajusta ao conceito de causa, de maneira a ensejar a incidência do art. 125, I, da Constituição.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages-SC, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 30 de junho de 1987.

JOSÉ CÂNDIDO, Presidente — EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Milton José de Castro Gamborgi requereu ao MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Lages, Santa Catarina, justificação judicial com o objetivo de fazer prova, junto à Receita Federal, de que mantivera sob sua dependência econômica, no ano de 1983, alguns menores. O magistrado declinou da competência para a Justiça Federal com base no artigo 125, I, da Constituição Federal e salientando que a justificação tinha fins eminentemente tributários, visando obter abatimento de imposto de renda.

O MM. Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina suscitou conflito, afirmando tratar-se de matéria de estrita competência local e invocando o conteúdo da Súmula 53 desta Corte.

O Ministério Público, com base na mesma Súmula, opina seja declarado competente o Juiz Estadual.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Parece-me, com a devida vênia, que não se aplica à hipótese o entendimento consubstanciado na Súmula 53-TFR. Com efeito, não está em causa qualquer questão pertinente a Direito de Família. Não se cogita de decidir sobre posse e guarda de menor, mas simplesmente colher prova de um fato: a dependência econômica. Este pode eventualmente ter relevo para questões de família, como pode repercutir em relações jurídicas que interessem a outro ramo do direito. A circunstância de alguém depender economicamente de outro não cria, por si, qualquer vínculo regulado pelo Direito de Família.

Da pesquisa que fiz da jurisprudência do Tribunal, entretanto, verifiquei que se tem inclinado por entendimento restritivo quanto à competência da Justiça Federal em casos análogos. Assim, nos Conflitos de Competência 4.786 e 3.709, relatores, respectivamente, os Ministros William Patterson e Lauro Leitão.

Trata-se, no caso, de justificação que o Código de Processo Civil insere entre os processos cautelares mas que, em verdade, pode ser requerida sem que exista lide. O artigo 861 distingue, prevendo a possibilidade de justificar-se a existência de fato ou relação jurídica, tanto para servir de prova em processo como para constituir simples documento sem caráter contencioso. No caso, verifica-se esta última hipótese. Pretende o requerente fazer prova junto a órgão público, não constando exista litígio. Considero que a hipótese não se ajusta ao conceito de causa, de maneira a ensejar a incidência do artigo 125, I da Constituição.

Em vista do exposto, declaro competente o Juízo suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC 7.201-SC (Reg. nº 7.959.940) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Suscte.: Juízo Federal da 3ª Vara-SC. Suscdo.: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Lages — SC. Parte: Milton José de Castro Gamborgi. Adv.: Dr. Pedro Aujor Furtado.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Lages-SC, o suscitado. (2ª Seção — 30.06.87).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Armando Rollemberg, Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz e Geraldo Sobral. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ CÂNDIDO.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.202 — SC
(Registro nº 7.961.456)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Suscitante: *Juiz Federal da 2ª Vara-SC*

Suscitado: *Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC*

Parte A: *Marina Stodieck Araújo*

Parte R: *José Peixoto do Rego Araújo*

Advogado: *Dr. Roberto Rossenbacher Neto (Parte A)*

EMENTA: Competência. Ação de alimentos. Art. 26 da Lei nº 5.478/68.

I — A Justiça Federal só é competente para o processo e julgamento de ação de alimentos quando a Procuradoria-Geral da República atua como instituição intermediária, nos termos previstos na Convenção aprovada pelo Decreto Legislativo nº 10/58 e promulgada pelo Decreto nº 56.826/65. Inteligência do art. 26 da Lei nº 5.478/68.

II — Conflito que se julga procedente para declarar a competência do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC, o Suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1987 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Cuida-se de conflito negativo de competência que se manifestou nos autos da ação de alimentos em que o demandado é pessoa residente e domiciliada em Portugal.

O dissenso entre o MM. Juiz de Direito da Comarca de Blumenau, o suscitado, e o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Santa Catarina, o suscitante, em torno do processo e julgamento da espécie, tem origem na interpretação do art. 26 da Lei nº 5.478/68.

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, da lavra da Procuradora Maria da Glória Ferreira Tavares e avalizado pelo Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles, opina no sentido de que seja julgado improcedente o conflito e declarada a competência do Juízo Federal.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A questão competencial, como visto do relatório, reside na interpretação do art. 26 da Lei nº 5.478/68, que assim dispõe:

«É competente para as ações de alimentos decorrentes da aplicação do Decreto Legislativo nº 10, de 13 de novembro de 1958, e Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965, o juízo federal da Capital da Unidade Federativa em que residiu o devedor, sendo considerada instituição intermediária, para o fim dos referidos decretos, e Procuradoria-Geral da República.»

Como se verifica, o dispositivo em tela regula apenas a hipótese de o devedor residir no território nacional. Daí, inclusive, a razão de considerar a Procuradoria-Geral da República como instituição intermediária, que, nos termos da Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 10/58 e promulgada pelo Decreto nº 56.826/65, age no território demandado, em nome do demandante alienígena.

Tenho, por isso, que a ação deve correr perante o juízo estadual, consoante as regras comuns da competência. Mesmo que se entenda possível a aplicação extensiva do art. 26 da Lei nº 5.478/68, como sustenta o parecer da ilustrada SGR, de modo a considerar-se a Justiça Federal competente também no caso de o devedor residir no estrangeiro, o certo é que a parte demandante não é obrigada a pleitear por meio da instituição intermediária, convindo, nesse passo, ressaltar que o item 2 do art. 1 da Convenção é claro ao dispor que os meios jurídicos nelas previstos não substituem quaisquer outros meios jurídicos existentes em direito interno ou internacional.

À feição, no particular, o acórdão desta Primeira Seção no Conflito de Competência nº 4.148-RJ, cuja ementa diz:

«Ações de alimentos (art. 26 da Lei nº 5.478/68. Decreto Legislativo nº 10/58. Decreto nº 56.826/65.

Nas ações de alimentos propostas contra pessoas que residem no estrangeiro, submetidas à convenção aprovada pelo Decreto Legislativo nº 10/58, e promulgada pelo Decreto nº 56.826, de 02.09.65, a competência do juízo federal só se afirma, «sendo considerada instituição intermediária, para fins dos referidos decretos, a Procuradoria-Geral da República» (art. 26 da Lei nº 5.478/68).

Não ocorrendo essa hipótese, o julgamento é da Justiça Estadual. Conflito em que se declara a incompetência do juízo federal, suscitante.»

Nessas condições, Senhor Presidente, julgo procedente o conflito e declaro a competência do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, o suscitado. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.202-SC (Reg. nº 7.961.456) — Rel.: Ministro Costa Leite — Suscte.: Juiz Federal da 2ª Vara-SC — Suscdo.: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC — Parte A: Marina Stodieck Araújo — Parte R: José Peixoto do Rego Araújo — Advogado: Dr. Roberto Grossenbacher Neto (Parte A).

Decisão: A Seção, à unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau-SC, o Suscitado. (1ª Seção — 19.08.87).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Assis Toledo, Lauro Leitão, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Carlos Thibau votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.307 — SP
(Registro nº 9.521.380)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*

Suscitante: *Juiz Auditor da 2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar — SP*

Suscitado: *Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais — SP*

Partes: *Justiça Pública e Adolfo Ramos da Cruz Filho*

EMENTA: Processual Penal — Execução da Pena — Condenado pela Justiça Militar — Perda da Jurisdição — Competência do Juiz Estadual — Inteligência do artigo 2º e parágrafo único da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

1) A perda da jurisdição da Justiça Militar para processar e julgar os delitos de assalto a bancos, sem conotação política ou subversiva, transfere, desde logo, para a Justiça Comum Estadual, a competência para a execução da pena de condenado por aquela Justiça especializada.

2) Conflito negativo de competência julgado precedente, para declarar-se a competência do Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para declarar competente o Dr. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais-SP, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 01 de abril de 1987 (data do julgamento).

GUEIROS LEITE, Presidente — WASHINGTON BOLÍVAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: O MM. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, sediada em São Paulo, Dr. Roberto Menna Barreto de Assumpção proferiu decisão (fls. 42/44), em procedimento executório instaurado, originariamente, naquela Auditoria Militar porque o deli-

to de assalto a banco encontrava-se incluído no elenco dos crimes da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 898/69); posteriormente, entretanto, com o advento da Lei nº 6.620 — a nova lei de Segurança Nacional — passou a ser considerado delito comum, de competência da Justiça Estadual.

Tanto assim que este Tribunal, julgando o Conflito de Competência nº 4.274-PR, publicado no *DJ* de 24 de setembro de 1981, decidiu que, «tendo o crime pelo qual foi condenado o réu, na Justiça Militar, passado a ser considerado crime comum, cabe ao Juiz da Vara das Execuções Criminais decidir sobre a requerida unificação de penas».

Argumenta que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11.07.84, art. 2º, parágrafo único) é expressa em declarar que ela se aplica tanto ao preso provisório como ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar.

Entendendo que não havia por que continuar a execução nos processos de assalto a banco, sem conotação político-subversiva, com a Justiça Militar, encaminhou o processo à Justiça Comum Estadual.

O MM. Juiz de Direito, Dr. Fábio Monteiro Gouvêa, da Vara de Execuções Criminais da capital paulista, entendendo que a Lei nº 7.210/84, no artigo citado, ao dispor que à Justiça Comum cabe executar as penas, quando o *preso* (grifou) estiver recolhido em estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, não transfere a competência senão quando se der o evento da prisão, o que inoocorreu, na hipótese dos autos (fl. 46), ordenou a restituição do processo, ocasionando o presente conflito, suscitado nos termos do despacho de fls. 47v. a 48, onde o Juiz-Auditor reitera o seu entendimento.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pela Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque e aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, opinou pela procedência do conflito (fls. 52/54).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Apega-se o MM. Juiz de Direito, suscitado, ao disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.210/84, ao argumento de que o seu ofício somente começaria quando se efetivar a prisão do condenado e tanto assim — complementa — que «o processo de execução só tem início se o réu, cuja sentença condenatória tenha transitado em julgado», «estiver ou vier a ser preso» «(art. 105 do mesmo diploma legal)», o que não ocorreu no caso dos autos (fl. 46).

Parece-me que há dois equívocos a esclarecer:

Em primeiro lugar, as disposições do art. 2º e seu parágrafo único, da Lei de Execução Penal, destinaram-se a assegurar a igualdade de tratamento aos condenados pela Justiça Eleitoral ou Militar, impedindo «o tratamento discriminatório de presos ou internados submetidos a jurisdições diversas», como bem esclarece a Exposição de Motivos ao Projeto de Lei nº 1.657, de 1983, de que resultou a lei sob exame. Isto é, aos presos recolhidos ao mesmo estabelecimento, seja qual for a jurisdição a que estiverem sujeitos, assegura-se idêntico regime jurídico.

Ora, no caso dos autos deixou a Justiça Militar de exercer jurisdição sobre os delitos de assalto a bancos, sem conotação política ou subversiva, transferida para a Justiça Comum Estadual.

Por outro lado, dizer-se que somente começaria o Juiz das Execuções o seu ofício quando o condenado «estiver ou vier a ser preso» (art. 105), é desconsiderar que compete «ao Juiz da execução» um elenco de atribuições, muitas das quais deve decidir antes mesmo da prisão do condenado ou até para evitar que ela se concretize, como na suspensão condicional da pena ou declaração de extinção da punibilidade, por exemplo (arts. 65 e 66, seus itens e alíneas, da Lei de Execução Penal).

Desse modo, perdida a jurisdição da Justiça Militar sobre o condenado, esteja ele, ou não, já recolhido à prisão, a competência para decidir sobre sua situação de fato e de direito passa, imediatamente, ao juiz competente, no caso, o Juiz de Direito suscitado.

Por essas considerações, julgo procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais de São Paulo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.307-SP (Reg. nº 9.521.380) — Rel.: Min. Washington Bolívar — Subprocurador: Dr. Aristides J. Alvarenga — Suscte.: Juiz Auditor da 2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar — SP — Suscdo.: Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais — SP. Partes: Justiça Pública e Adolfo Ramos da Cruz Filho.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o Dr. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais — SP, nos termos do voto do Relator. (Em 01.04.87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezzi, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Assis Toledo e José Dantas votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.461 — DF
(Registro nº 9.631.941)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Suscitante: *Confederação Brasileira de Futebol*

Suscitados: *Juízo Federal da 4ª Vara-DF e Juízo de Direito da 16ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ*

Partes A: *Confederação Brasileira de Futebol e Clube de Regatas do Flamengo e outros*

Partes R: *Os mesmos e União Federal*

Advogados: *Drs. Sérgio Tabajara Silveira e Valed Perry e outros*

EMENTA: Conflito de Competência. Ações Cautelares. Convocação de atletas pela CBF. Interveniência do CND.

Compete ao Juiz Federal o processo e julgamento de ações cautelares, em face da convocação de atletas pela CBF, quando há ato do CND autorizativo da resistência dos clubes a atender a dita convocação.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, conhecer do conflito, para declarar competente o Dr. Juiz Federal da 4ª Vara-DF., na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília-DF, 17 de junho de 1987 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente — DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: O MM. Juiz da 16ª Vara Cível do Rio de Janeiro e o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiram, liminarmente, medidas cautelares ajuizadas, uma a requerimento do São Paulo Futebol Clube, Guarani Futebol Clube e Clube de Regatas Flamengo, visando a obstar a convocação de atletas seus para a composição de time da Confederação Brasileira de Futebol em excursão à Europa e, a segunda, intentada pela mesma Confederação.

ção Brasileira de Futebol, para fazer cessar ato do Conselho Nacional de Desportos que autorizou os clubes sobreditos a não atenderem a convocação de seus atletas para a dita excursão. Daí por que a Confederação Brasileira de Futebol suscitou o presente conflito positivo de competência.

A Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido da competência do MM. Juiz Federal da 4ª Vara.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Até o deferimento liminar das ações cautelares, conflito não havia, porquanto na medida ajuizada no Rio de Janeiro, perante o MM. Juiz da 16ª Vara Cível, eram os clubes que se insurgiam contra a CBF, sob o argumento de que os jogos da excursão seriam amistosos, sem caráter oficial, não havendo qualquer ato do Conselho Nacional de Desportos autorizativo ou obstativo da convocação de atletas. Estava, portanto, o MM. Juiz no exercício de sua jurisdição, com competência definida na organização judiciária local.

Mas, em face de haver o Conselho Nacional de Desportos, posteriormente, deferido requerimento dos mesmos clubes, autorizando-os a se rebelarem contra a convocação, veio a CBF requerer medida cautelar perante o Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, contra a União, posto que o referido Conselho é órgão da sua administração, vinculado ao Ministério de Educação, requerimento que foi, por igual, liminarmente deferido.

Volveu a CBF ao primeiro Juízo para manifestar arguição de incompetência absoluta, dando notícia da ação proposta, em face de ato do CND, versando a mesma matéria fática.

É certo que a CBF não trouxe qualquer notícia de decisão do MM. Juiz da 16ª Vara Cível a propósito de sua argüida incompetência para a causa, até porque, manifestada dita arguição em 19 de maio do ano em curso, já no dia 20, imediato, ajuizava o presente Conflito Positivo de Competência que, a meu sentir, restou indemonstrado.

Não há dúvida de que a competência da Justiça Federal se apresenta patente, posto que a causa foi ajuizada em face de ato da própria União, por seu Conselho Nacional de Desportos, não sendo de acreditar que o MM. Juiz da 16ª Vara Cível do Rio de Janeiro tenha repelido a arguição de sua incompetência, ante a conexão das causas, até porque, a esta altura, encerrada a excursão do time da CBF e já feita nova convocação, para competição oficial, já não têm objeto as ações cautelares de que se trata, não se justificando, portanto, qualquer diligência a respeito.

Não obstante, para definir a quem cabe declarar sem objeto as ações cautelares, voto no sentido de determinar a competência do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.461-DF (Reg. nº 9.631.941) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade — Suscte.: Confederação Brasileira de Futebol — Suscdos.: Juízo Federal da 4ª Vara-DF e Juízo de Direito da 16ª Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ — Partes A: Confederação Brasileira de Futebol e Clube de Regatas do Flamengo e outros — Partes R: Os mesmos e União Federal — Advs.: Drs. Sérgio Tabajara Silveira e Valed Perry e outros.

Decisão: A Seção, à unanimidade, conheceu do conflito, para declarar competente o Dr. Juiz Federal da 4ª Vara-DF. (Em 17.06.87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Assis Toledo, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Costa Lima, Costa Leite e Nilson Naves votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini e Carlos Thibau.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR, na ausência ocasional do Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

HABEAS CORPUS Nº 6.611 — RJ
(Registro nº 7.913.583)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Impetrante: *Ilídio Ventura Vigário de Moura*

Impetrado: Juízo Federal da 13ª Vara/RJ

Paciente: *Davi Izidro da Silva*

Sustentação Oral: *Ilídio Ventura Vigário de Moura (Parte)*

EMENTA: Penal e Processo Penal. Calúnia. Falta de justa causa. Se a ofensa consta de peça processual assinada por terceiro, pelo crime de calúnia não há de responder o réu, advogado que não subscreveu dita peça. Inexistência de justa causa para a ação penal. Pedido de Habeas Corpus deferido, com extensão da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a ordem, para trancar a ação penal relativa ao paciente, e de ofício, a estender à co-denunciada Elisabeth Bruggmann, tudo sem prejuízo da renovação da ação contra quem de direito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: O Juiz Presidente da 12ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro e os Vogais representaram nos termos do parágrafo único do art. 145 do Código Penal, ao Ministério Público, pedindo a instauração de ação penal, por crime de calúnia (art. 138 do Cod. Penal), contra o advogado David Izidro da Silva, brasileiro, casado, OAB-27.683, e sua cliente Elisabeth Bruggmann, qualificação ignorada. Alegaram o seguinte:

«I. Nas razões do Recurso Ordinário interposto da sentença prolatada pelos firmatários, Juiz Presidente e Vogais, membros do Colegiado desta 12ª Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro, no Processo nº

2.189/85, entre *André Luiz Antunes Baeta Neves e Bar e Restaurante Franz Ltda.*, do qual os querelados são, respectivamente, advogado e representante legal, fez a recorrente inserir as seguintes afirmações (*verbis*):

‘No que tange aos itens I e II, constantes da sentença, absolutamente não houve tais declarações, aliás estranha a conduta do Dr. Juiz, em não deixar os depoentes assinarem o termo de declarações, um autêntico ato de abuso de poder inclusive não dando condições de defesa para o declarante, como foi o caso, *descrevendo na ata palavras que o preposto não disse*’. (Os grifos são nossos. Os erros de sintaxe, pontuação e ortografia estão no original — Doc. n.º 17).

II. Atribuiu-se, ali, portanto, aos signatários da presente o escamoteamento, em ata, de declarações que dela deveriam constar e a inserção de outras que o preposto não teria feito.

III. A ser verdadeiro o que se alega nas razões do recurso, os signatários da presente representação teriam incidido, *in thesis*, na prática de ato capitulado na lei como *Crime de Falsidade Ideológica (Código Penal, art. 299)*.

Inversamente, a ser falso o que ali se alega, estariam os querelados assaando contra a honra dos signatários desta representação, incursionando, ‘*in thesis*’, em *Crime de Calúnia (Código Penal, art. 138)*.

IV. Para que ficasse individualizada a autoria da afirmação, determinando-se entre o advogado — primeiro querelado — e a representante legal da ré — segundo querelado — aquele a que devesse ser imputada a afirmação caluniosa, e, ainda, para que o autor ou autores pudessem dela oportunamente retratar-se (ou retratarem-se), ordenou o Dr. Juiz Presidente, primeiro querelante, a intimação de ambos».

O Procurador da República ofereceu então a seguinte denúncia:

«O Ministério Público Federal, no uso de suas atribuições legais, e atendendo a representação oferecida pelo Presidente e Vogais da 12.ª JCJ do Rio de Janeiro (cópias em anexo), vem, ao agasalho do parágrafo único do artigo 145 do Código Penal, oferecer *denúncia* contra David Isidro da Silva, brasileiro, casado, advogado, OAB-RJ 27.683 e Elizabeth Bruggmann, qualificação ignorada, mas com paradeiro à Av. Nova York n.º 499, Bonsucesso, e pela prática do crime de calúnia praticado contra os queixosos no exercício de sua função pública, e como a seguir descrito:

I. Em razões de Recurso Ordinário interposto da sentença prolatada pelos firmatários da representação Proc. n.º 2.189/85, entre *André Luiz Antunes Baeta Neves e Bar e Restaurante Franz Ltda.*, do qual os querelados são, respectivamente, advogado e representante legal, os mesmos inseriram as seguintes afirmações (*verbis*):

‘No que tange aos itens I e II, constantes da sentença, absolutamente não houve tais declarações, aliás estranha a conduta do Dr. Juiz, em não deixar os depoentes assinarem o termo de declarações, um autêntico ato de abuso de poder, inclusive não dando condições de defesa para o declarante, como foi o caso, *descrevendo na ata palavras que o preposto não disse*’.

II. A ser verdadeiro o que se alega, os querelantes teriam incidido, *in thesis*, na prática de ato capitulado na lei como crime de falsidade ideológica, Código Penal, art. 299.

III. Para que ficasse individualizada a autoria da afirmação, determinando-se entre o advogado e a representante legal da ré, e ainda para que o autor ou autores pudessem dela oportunamente retratar-se (ou

retrataram-se), foi procedida à Intimação dos mesmos, sendo que a empresa atendeu à determinação judicial e através de outro profissional liberal, de modo reticente e evasivo, disse em resumo não ter havido calúnia e que as afirmações em tela não poderiam ser imputadas à pessoa do advogado, acrescentando, no entanto, outra afirmação mentirosa como a demonstrar o *animus afendendi* dos querelados, que não se manifestaram oportunamente, dizendo:

‘por aí se vê como funciona a 12ª JCJ do Rio de Janeiro, despachando intempestivamente do recurso na última folha do mesmo e o pior, interposto um dia antes do referido despacho’.

IV. Assim, restou inequívoca a intenção caluniosa dos querelados em alcançar a honra e a reputação dos autores da representação, assim como a dignidade da Justiça, pelo que os denunciados estão incursos nos artigos 138 c/c item II do artigo 141 do Código Penal, devendo ser citados para responder aos termos da presente Ação Penal nos termos do procedimento previsto nos artigos 519 e 523 do Código de Processo Penal e demais normas pertinentes, até seu término, quando então deverão ser condenados, *ex vi legis*.

Foi a denúncia recebida, citados e interrogados os denunciados, conforme informações de fls. 31/36.

2. A Seção do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil pede ordem de *habeas corpus*, em favor do advogado David Izidro da Silva, ao fundamento de falta de justa causa para a ação penal. Alega o seguinte:

«4. Ora, como se vê de tais elementos, oferecidos pelo representante ao Ministério Público, e que informam a ação proposta contra o Paciente, vê-se e confirma-se o absurdo da acusação:

— O Paciente não é signatário das criticadas razões, e não foi delas intimado;

— O Paciente também não é o ‘outro profissional liberal’ que atende à intimação do juízo, ratificando as razões apresentadas.

Em verdade, as razões de recurso e a sua ratificação são assinadas por um só Advogado, que não o Paciente (docs. n.ºs 3 e 5).

5. A participação do Paciente no Processo Trabalhista é a de ter sido constituído Advogado da Reclamada e de ter assinado a sua contestação, peça essa que não é objeto de qualquer crítica.

6. O constrangimento que sofre o Paciente evidencia-se, de plano, com a simples constatação de que a autoria do fato imputado é absurda e inaceitável. Não se trata, na hipótese, de se discutir que a ausência de justa causa para a ação penal repousa no fato de que os termos tidos como caluniosos pertencem à discussão do mérito da ação trabalhista e fundamento do próprio recurso. A verdade é que, a toda evidência, não é o Paciente nem o autor e nem o signatário de tais razões.

7. A acusação é, repita-se, de todo absurda. Até mesmo em relação à Sra. Elizabeth, que se vê processada por delito de calúnia, cujo tipo penal é eminentemente comissivo, quando, de fato, nenhuma ação lhe foi imputada».

A Subprocuradoria-Geral da República é pela concessão da ordem, «para trancar a ação penal quanto ao paciente, ressalvada a possibilidade de se renovar a acusação, ajustando-se os fatos à denúncia».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Em nome da Subprocuradoria-Geral da República, com o «aprovo» do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, falou nestes autos, pela concessão da ordem, o Dr. Mardem Costa Pinto. Fê-lo nestes termos:

«4. Efetivamente, como se vê das razões de fls. 18/19, onde foram detectadas afirmações caluniosas, estas foram assinadas pelo advogado Luiz Geraldo Gonçalves Leite, certamente sócio do paciente, a julgar pelo que vem estampado na parte superior de folha adredemente impressa.

5. Ora, se o paciente não é o autor das afirmações incriminadas, que estão assinadas por outro advogado, a ação penal quanto a ele é injustificada.

6. É possível, em termos hipotéticos, imaginar que o paciente seja mesmo o autor intelectual do texto impugnado, apenas assinado por seu colega de escritório, quando seria aceitável admitir o prosseguimento do feito ante a possibilidade de produção de provas neste sentido.

7. Ocorre, porém, que a denúncia não menciona a hipótese, atribuindo diretamente ao paciente a autoria do escrito assinado por outro, seguindo a trilha equivocada dos representantes, que não se preocuparam em verificar a assinatura e o carimbo apostos ao final das prefaladas razões, talvez até por um condicionamento psicológico em face, quem sabe, da presença única do paciente na audiência de instrução e julgamento».

Estou de inteiro acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República. De fato, a denúncia, reproduzindo, até certo ponto, as palavras da representação, afirma que o advogado David Izidro e sua cliente Elizatheth, nas razões do recurso ordinário interposto, «inseriram as seguintes afirmações...». Acontece, porém, que o advogado David Izidro não interpôs e nem assinou as razões do indigitado recurso ordinário, onde se encontram as palavras tidas e havidas como caluniosas, mas sim o advogado Luiz Geraldo Gonçalves Leite, pelo que se vê de fls. 17 a 19. É, portanto, falha a exposição da peça inicial acusatória, visto que a ação descrita, a de inserir, não corresponde, logo de início, a uma realidade, isto é, não há perfeita correspondência entre as palavras da denúncia e os elementos dos autos. A par do vício formal anotado, não vejo, aqui, como se possa responsabilizar, por crime de calúnia, o advogado que não subscreveu a peça processual onde se acham postas, de acordo com a representação e a denúncia, as expressões caluniosas. Penso assim que a ação penal falta justa causa, e assim penso são só em relação ao advogado denunciado, mas também quanto à cliente denunciada, pois esta, como cliente, não tem acesso ao pensamento do advogado, nem à sua máquina de escrever.

Concedo a ordem a David Izidro da Silva, nos termos do parecer, e a estendo a Elizabeth Bruggman (ou Elisabeth Bruggmann).

EXTRATO DA MINUTA

Habeas Corpus nº 6.611-RJ (Reg. nº 7.913.583) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves — Impetrante: Ilídio Ventura Vigário de Moura — Impetrado: Juízo Federal da 13ª Vara/RJ. — Paciente: David Izidro da Silva — Sustentação Oral: Ilídio Ventura Vigário de Moura (Parte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, para trancar a ação penal relativa ao paciente, e de ofício, a estendeu à co-denunciada Elizabeth Bruggmann, tudo sem prejuízo da renovação da ação contra quem de direito. (3ª Turma, em 19.08.86).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Geraldo Fonteles e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

HABEAS CORPUS Nº 6.632 — RJ
(Registro nº 7.924.240)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*
Impetrante: *Marcos Roberto Alexander*
Impetrado: *Juízo Federal da 13ª Vara*
Paciente: *Maria Aparecida Hais*

EMENTA: Processo Penal. Prisão provisória. Sentença anulada. Excesso de prazo. 1. Competência para Habeas Corpus. E o Tribunal competente para o Habeas Corpus com a alegação de excesso de prazo, pois, ao anular o processo em grau de apelação, não se pronunciou acerca da prisão provisória, que então subsistiu sob a responsabilidade do juiz da ação penal. — 2. Prisão por mais tempo do que determina a lei processual. Existência de coação ilegal, vez que do anulamento do processo decorreu a reabertura da instrução. — 3. Pedido de Habeas Corpus deferido, com efeito extensivo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, quanto à extensão, conceder a ordem, para determinar a soltura da paciente, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal e, de ofício, estender a ordem aos co-réus Miguel Caputto, Marta Fiuza Leite e Iracema Hais, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: Ao iniciar o relatório, esclareço que tive em mãos os autos da ação penal, Apelação Criminal nº 7.133, que neste Tribunal ainda se encontram, conclusos ao Senhor Ministro Vice-Presidente, para apreciar o recurso extraordinário interposto por um dos apelantes.

É caso de tráfico de entorpecentes, envolvendo quatro pessoas: Marta Fiuza Leite, Maria Aparecida Hais, Miguel Caputto, presos em flagrante, e Iracema Hais, com pre-

ventiva. Data a prisão dos quatro do mês de julho do ano de 1985. Denunciados, com denúncia recebida no mesmo mês, foram condenados por sentença do dia 9 do mês seguinte, como incurso na Lei nº 6.368, de 21.10.76.

Subiu o processo em grau de apelação, e esta 3ª Turma, em sessão de 17.06.86, honrando-me com o seu apoio, houve por bem anular o processo a partir e inclusive da sentença. Leio as conclusões do meu voto:

«3 — Em conclusão:

a) rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Federal;

b) dou provimento, em parte, às apelações de Miguel Caputto, Maria Aparecida Hais e Iracema Hais, para anular o processo a partir e inclusive da sentença;

c) estendo os efeitos da decisão à ré Marta Fiuza Leite; declaro prejudicada a sua apelação;

d) em consequência, determino que venham para os autos as alegações preliminares apresentadas em 01.08.85, com despacho de 02.08 determinando a juntada por linha;

e) ainda, em consequência, deve o juiz da ação penal ouvir as testemunhas ali arroladas, proferindo, após, em relação aos 4 (quatro) acusados, nova sentença, como for de direito.»

Em petição da ora paciente, postulando a expedição de alvará de soltura, assim despachei: «Proferida a decisão, a Turma cumpriu e acabou o ofício jurisdicional. Nada há a ser alterado. Por isso, o pedido contido nesta petição há de ser endereçado ao juiz da ação penal. Junte-se, simplesmente. Em 23.06.86».

Estando em curso o mês de julho, Maria Aparecida Hais requereu ao Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro a expedição de alvará, juntando, para tanto, cópia do acórdão desta 3ª Turma, mas não teve êxito, de imediato.

Sob a alegação de excesso de prazo, pede agora, Maria Aparecida, ordem de *habeas corpus* ao Tribunal Federal de Recursos. Na inicial, afirma:

«I — Encontra-se a paciente, presa cautelarmente a mais de um ano (05.07.85 — 23 de julho de 1986).

Inegável e incontestado o constrangimento ilegal que Maria Aparecida está submetida;

II — Com clareza solar reza o inciso II do art. 648 do Código de Processo Penal:

‘art. 648 — a coação considerar-se-á ilegal:

II — quando alguém estiver preso por mais tempo que determina a lei’.

Como é cediço, por construção pretoriana fixou-se o prazo da formação da culpa, nos delitos previstos na Lei 6368/76, em 42 dias. Entretanto, *in casu* tal lapso temporal já ultrapassou 380 dias.

III — Note-se que a defesa, como ficou incontroverso, face à anulação do processo por cerceamento de defesa, em nada contribuiu para tal atraso. Ao inverso, assim que detectou a nulidade, peticionou alertando (doc. 8);»

No período de férias, o Senhor Ministro Presidente solicitou informações, e, ao prestá-las, consignou a Dra. Juíza Federal da 13ª Vara:

«— e da decisão do Juízo *ad quem* se infere que deverá ser reaberto o prazo para a indigitada defesa prévia, sendo não menos certo que estando os autos nesse Juízo, impossível dar-se qualquer seguimento ao feito;»

Ouvida, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem, nestes termos:

«Trata-se de HC impetrado pelo advogado *Marcos Roberto Alexander*, em favor de *Maria Aparecida Hais*, ao fundamento de que está sendo vítima de constrangimento ilegal, pelo fato de estar presa desde o dia 05.07.85, tendo sido anulada a sentença que a condenou, juntamente com outros, por ofensa à lei de tóxicos.

2. Realmente a sentença que condenou a paciente e outros foi anulada por cerceamento de defesa, reabrindo-se inclusive a instrução, como se vê à fl. 22.

3. Dessa forma, fica evidenciado o excesso de prazo, não prevalecendo a prisão processual.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Em duas palavras, justifico a competência, que creio ser nossa, para processar e julgar o presente *Habeas Corpus*. Nos autos da ação penal, a causa da prisão evidentemente decorre de autoridade que tem os seus atos sujeitos ao controle deste Tribunal. Decorria a prisão da sentença e agora, em razão da declaração de nulidade, decorre do flagrante, que o juiz confirmou. Então a autoridade coatora é autoridade de primeiro grau. E não se há de entender, para o fim de deslocar a competência, que esta 3ª Turma, pelo fato de ter anulado o processo, quando do julgamento das apelações (ACr-7.133), tenha mantido o ato de prisão. Como o acórdão se limitou a «anular o processo a partir e inclusive da sentença», não se pronunciando a respeito de outros pontos — até porque não provocado a tanto —, tudo o mais, em termos de atos processuais, ficou como antes, certamente a cargo e responsabilidade do juiz da ação penal.

De conseguinte, conheço do *Habeas Corpus*.

Passando ao seu exame, creio procedente a irresignação. Segundo o relatório, data a prisão do mês de julho do ano de 1985. Anulado o processo para a audiência de testemunhas, reabriu-se a instrução. Inegavelmente, nos termos do parecer e também a meu sentir, a paciente acha-se presa por mais tempo do que determina a lei processual, daí a coação ilegal, *ex vi* do disposto no art. 648, II, do Cód. de Pr. Penal. E assim já decidiu a 1ª Turma, no HC-6.451, relator o Senhor Ministro Carlos Thibau: «Uma vez anulada a sentença condenatória configura-se a existência do excesso de prazo na manutenção da custódia do paciente, face à reabertura da instrução criminal».

O meu voto, Senhores Ministros, é pela concessão da ordem à paciente Maria Aparecida Hais, determinando que em seu favor se expeça alvará de soltura, se por *al* não estiver presa. Como a decisão não se funda em motivo de caráter exclusivamente pessoal, estendo os seus efeitos, face à identidade de situações, aos réus Miguel Caputo, Marta Fiuzza Leite e Iracema Hais, certamente se por *al* não estiverem presos.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Tenho, com a devida vênia, ligeira discordância com o eminente Ministro Relator, no pertinente à amplitude da liberdade ora concedida à paciente e aos co-réus.

Isto porque, não absolvidos pelo Tribunal os então apelantes, senão que meramente anulada por vício de forma a sentença condenatória, a demora na prolação da nova sentença — por motivos, aliás, debatidos aos próprios apelantes, recorrentes extraordinariamente para o Supremo Tribunal Federal — leva-me a crer que a liberdade a

que têm direito os postulantes seja clausulada na forma da disposição processual que, sem frustrar a legalidade da prisão em flagrante, reduz porém a sua repercussão aos termos da chamada liberdade vigiada.

Dáí, que concedo a ordem em menor extensão, dado que subordino a paciente e os co-réus à cláusula da chamada liberdade vigiada.

EXTRATO DA MINUTA

Habeas Corpus nº 6.632 — RJ (Reg. nº 7.924.240) — Rel.: Sr. Ministro Nilson Naves — Impetrante: Marcos Roberto Alexander — Impetrado: Juízo Federal da 13ª Vara — Paciente: Maria Aparecida Hais.

Decisão: A Turma, por maioria, quanto à extensão, concedeu a ordem, para determinar a soltura da paciente, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal e, de ofício, estendeu a ordem aos co-réus Miguel Caputto, Marta Fiuza Leite e Iracema Hais. (3ª Turma, em 19.08.86).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Fonteles e José Dantas. Votou vencido, em parte, o Sr. Ministro Presidente, nos termos do seu voto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

HABEAS CORPUS Nº 6.857 — MS
(Registro nº 9.600.515)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*
Impetrantes: *Dulce Guerra Gomes e outro*
Impetrado: *Juízo Federal da 1ª Vara*
Paciente: *Aristeu Aparecido de Mendonça*

EMENTA: Penal. Contrabando ou descaminho.

Tentativa: cogitação, atos preparatórios e início de execução. Compra de açúcar brasileiro, em território nacional, em nome das firmas igualmente nacionais. Suspeita de que a operação tinha por escopo posterior descaminho para o Paraguai.

Não tendo havido qualquer ato do agente, tendente à transposição das fronteiras, não se caracteriza o crime tentado de descaminho, por ausência do início de execução.

Cogitationis poenam nemo patitur.

Ordem deferida para trancamento da ação penal perante a Justiça Federal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a ordem, para trancamento da ação penal em relação ao descaminho, determinando a remessa dos autos ao Juízo competente para o crime remanescente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de maio de 1987 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO: Aristeu Aparecido de Mendonça, por seus advogados, impetra ordem de *Habeas Corpus* objetivando o trancamento de ação penal contra ele instaurada, alegando falta de justa causa.

Alega-se atipicidade dos fatos descritos na denúncia.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, aprovado pelo Dr. Ruy Ribeiro Franca, opina pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

EMENTA: Penal. Contrabando ou descaminho.

Tentativa: cogitação, atos preparatórios e início de execução.

Compra de açúcar brasileiro, em território nacional, em nome de firmas igualmente nacionais. Suspeita de que a operação tinha por escopo posterior descaminho para o Paraguai.

Não tendo havido qualquer ato do agente, tendente à transposição das fronteiras, não se caracteriza o crime tentado de descaminho, por ausência do início de execução.

Cogitationis poenam nemo patitur.

Ordem deferida para trancamento da ação penal perante a Justiça Federal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A denúncia está redigida nestes termos:

«O *Ministério Público Federal*, no uso de suas atribuições legais, vem oferecer denúncia contra *Aristeu Aparecido de Mendonça*, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado à Av. Internacional, nº 2463, Sete Quedas-MS, pela prática do delito a seguir descrito:

1. No dia 13 de abril do corrente ano, policiais federais, em missão de rotina, fizeram a apreensão de 200 (duzentas) sacas de açúcar e mais 89 (oitenta e nove) que estavam sendo armazenadas no depósito sito à Av. Internacional, s/nº, Sete Quedas-MS, como suspeita de descaminho para o Paraguai.

2. O proprietário do depósito e da mercadoria é o acusado *Aristeu Aparecido de Mendonça* que, para adquirir a mercadoria da Firma *Empacotadora Dourados Ltda.*, lançou mão de expediente fraudulento, forjando notas fiscais com adquirentes falsos, visando com isso descaminhar as mercadorias impunemente para o Paraguai.

3. A clandestinidade da aquisição e o grande volume da mercadoria, segundo o mesmo alega, tinham por escopo «obter um lucro maior», (fl. 57), ou seja, introduzi-la no País vizinho sem o pagamento do tributo incidente já que a demanda do produto naquele País é muito grande.

4. Isto posto, está denunciado *Aristeu Aparecido de Mendonça* como incurso nas penas do art. 334, *caput*, no Código Penal Brasileiro, requerendo o *Ministério Público Federal* a citação do acusado para interrogatório, prosseguindo o feito, com a inquirição das testemunhas arroladas, até final sentença.»

Pede deferimento.

Campo Grande, 30 de julho de 1986.

LUIZ DE LIMA STEFANINI, Procurador da República» (fls. 25/26).

Da leitura dessa peça e do relatório do inquérito policial extrai-se que a imputação feita ao paciente se resume na aquisição de açúcar nacional em território nacional, com emissão de duas notas fiscais em nome de firmas igualmente nacionais, porém inexistentes.

A denúncia, inferindo das circunstâncias que o escopo do paciente seria a posterior prática de descaminho da mercadoria para o Paraguai, capitulou o crime no art. 334 do Código Penal.

Penso que os fatos descritos, ainda que verdadeiros, constituem, se tanto, meros atos preparatórios, insuficientes para caracterizar o crime tentado, visto que as peças em exame não atribuem ao paciente qualquer início de execução de atos tendentes à transposição da fronteira. Se há suspeitas, como se afirma, de que essa era a sua intenção, é bom lembrar que, em Direito Penal, não se pune a só intenção: *cogitationis poenam nemo patitur*.

Note-se que o acusado era residente e estabelecido com comércio na localidade em que se deu a apreensão. A compra e venda, no País, de produto nacional, de intensa comercialização, como é o caso do açúcar, não constitui crime de descaminho. Portanto, até o momento da apreensão, não havia como falar-se na prática desse crime. Se o agente cogitava praticá-lo posteriormente, essa é uma hipótese de «pensamento» impunível. Dizem os italianos: *pensiero non paga gabella* («o pensamento não paga tributos»).

Em Direito Penal, os atos preparatórios não chegam a constituir início de execução. Basileu Garcia ilustra essa afirmação com o exemplo do agente que, *pretendendo* matar alguém, escolhe a arma, um revólver, compra-o e o carrega. Não está ainda em início de execução. Não ultrapassou a fase preparatória. (*Instituições*, 2ª ed., vol. I, tomo I, pág. 231). Nelson Hungria vai além, incluindo nos atos preparatórios até a emboscada e o fazer a pontaria com a arma de fogo. (*Comentários*, 3ª ed., V. I, T. 2º, pág. 82).

No caso, a escolha do açúcar e sua aquisição no território nacional situa-se no plano da licitude. É menos do que a hipótese daqueles exemplos. O início da execução se daria no momento em que o agente tentasse empreender a ultrapassagem das fronteiras; o que não se deu.

Não se ajustam, pois, à modalidade do *caput* do art. 334, nem mesmo sob forma tentada, os fatos descritos na denúncia.

O problema residual da falsificação de notas fiscais, em operações do mercado interno, se constituir algum crime, não será de competência da Justiça Federal.

Ante o exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal, em relação ao descaminho, e determino a remessa dos autos à Justiça estadual (Juízo da Comarca com jurisdição sobre Sete Quedas), para exame da questão relacionada com a falsificação de notas fiscais.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.857 — MS (Reg. nº 9.600.515) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo — Impet.: Dulce Guerra Gomes e outro. Impdo.: Juízo Federal da 1ª Vara — Pacte.: Aristeu Aparecido de Mendonça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, para trancamento da ação penal em relação ao descaminho, determinando a remessa dos autos ao Juízo competente para o crime remanescente. (Em 26.05.1987 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS Nº 6.857 — MS
(Registro nº 9.600.515)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Embargante: *Ministério Público Federal*

Embargado: *Aristeu Aparecido de Mendonça*

EMENTA: Processual Penal. Embargos de Declaração. Pretendida omissão do acórdão por não ter examinado a denúncia à luz de decretos-leis que teriam instituído novas figuras delituosas.

Denúncia sintética que não descreve a inobservância de normas contidas nesses decretos-leis.

O réu se defende dos fatos descritos na denúncia, não de hipóteses cogitadas em parecer proferido na segunda instância.

No sistema constitucional vigente «só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais (arts. 8º, XVII, b, e 43, da constituição)», na esfera do Direito Penal comum.

Precedentes.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 04 de agosto de 1987 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO: Decidiu esta Turma, acompanhando meu voto, trancar ação penal perante a Justiça Federal, sem prejuízo do exame pela Justiça estadual de questão remanescente relacionada com a falsificação de notas fiscais, estando o acórdão assim ementado:

«Penal. Contrabando ou descaminho.

Tentativa: cogitação, atos preparatórios e início de execução. Compra de açúcar brasileiro, em território nacional, em nome de firmas igualmente nacionais. Suspeita de que a operação tinha por escopo posterior descaminho para o Paraguai. Não tendo havido qualquer ato do agente, tendente à transposição das fronteiras, não se caracteriza o crime tentado de descaminho, por ausência do início de execução. *Cogitationis poenam nemo patitur*.

Ordem deferida para trancamento da ação penal perante a Justiça Federal.» (Fl. 42).

A esse acórdão opôs o Ministério Público embargos de declaração, alegando omissão quanto à possibilidade de enquadramento da conduta do paciente em uma das alíneas do art. 1.º do Decreto-Lei nº 16/66, com a redação do Decreto-Lei 56/66.

É o relatório.

EMENTA: Processual Penal. Embargos de Declaração. Pretendida omissão do acórdão por não ter examinado a denúncia à luz de decretos-leis que teriam instituído novas figuras delituosas.

Denúncia sintética que não descreve a inobservância, de normas contidas nesses decretos-leis.

O réu se defende dos fatos descritos na denúncia, não de hipóteses cogitadas em parecer proferido na segunda instância.

No sistema constitucional vigente «só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais (arts. 8.º, XVII, b, e 43, da Constituição)», na esfera do Direito Penal comum.

Precedentes.

Embargos rejeitados.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O acórdão não considerou a hipótese dos citados decretos-leis por duas razões:

a) Primeira; porque a denúncia, extremamente sintética, transcrita no voto, não cuidou de «produção» ou de efetivamente «dar saída» de partida de açúcar, nem descreve a inobservância de normas federais sobre a comercialização desse produto. Limitou-se à questão das notas fiscais e do suposto propósito de ulterior descaminho.

Não cabe à Subprocuradoria-Geral da República ou ao Tribunal suprir falhas ou omissões da denúncia.

b) A segunda razão é mais radical: não pode o decreto-lei instituir crimes. É o que sustentamos em nosso livro *Princípios Básicos de Direito Penal, in verbis*:

«15. A lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. E só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais (arts. 8.º, XVII, b, e 43 da Constituição). Nem mesmo o decreto-lei poderá fazê-lo.

16. O Tribunal Federal de Recursos assim decidiu, em sessão plenária, em incidente de inconstitucionalidade (RTFR, 82:15, 85:209). O Supremo Tribunal Federal não teve ainda, ao que parece, oportunidade de enfrentar diretamente a questão. Não obstante, o voto do Min. Moreira Alves, no HC 55.191, sugere claramente, de passagem, idêntica conclusão, *in verbis*: «... Se se entender — como pretende o impetrante — que esse artigo criou um novo tipo delituoso como modalidade de apropriação indébita, é indubitável que in-

curSIONOU ele em área que lhe era vedada: o Direito Penal. Nem se diga, como o faz o voto do Sr. Ministro Aldir G. Passarinho, que se trata de sanção pelo não-recolhimento de imposto, motivo por que diz respeito a matéria referente a finanças públicas. Em se tratando de definição de crime-novo, ainda que o ato tido como delituoso seja lesivo às finanças públicas, a norma que estabelece é penal, e não financeira ou tributária, tanto que a ela se aplicam os princípios gerais do Direito Criminal. Por outro lado, e ainda partindo da premissa que partiu o impetrante, não se pode afastar o vício da incompetência para legislar sobre Direito Penal por meio de decreto-lei, sob o fundamento de que o Diploma impugnado foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 28 de 1967, havendo, assim, ocorrido a manifestação concorde dos dois Poderes — o Legislativo e o Executivo — tal como sucede as mais das vezes em se tratando de lei. Não procede tal fundamentação, porque a lei e o decreto-lei são figuras diversas no processo legislativo, somente se admitindo este em circunstâncias e em hipóteses taxativas. A aprovação do Congresso Nacional não tem o condão de mudar a natureza do decreto-lei, transformando-o em lei, e permitindo-lhe, portanto, extravasar do âmbito estreito em que é admitido. Portanto, se correta estivesse para mim a premissa assentada pelo impetrante — o artigo 2º, *caput*, do Decreto-lei 326/67 criou modalidade nova de apropriação indébita — não teria dúvida em considerá-lo inconstitucional...» (RTJ, 86:412-3).» (3ª edição, págs. 23/24)

Como o réu se defende dos fatos descritos na denúncia, não das hipóteses cogitadas no parecer, não vejo omissão a suprir.

Rejeito os embargos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDecl. no HC nº 6.857 — MS (Reg. nº 9.600.515) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo. Embte.: Ministério Público Federal. Embdo.: Aristeu Aparecido de Mendonça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos. (Em 04.08.87 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 6.892 — RS
(Registro nº 8.935.726)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Partes: *Caetano Ulharuzo Filho e Justiça Pública*

Paciente: *Sylvia Maria Torgo Gomez*

Rec. Ex. Of.: *Juízo Federal da 3ª Vara*

EMENTA: Penal. Estelionato. Cheque sem fundos.

Emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos. Súmulas 246 e 554, do STF. Vigência dos verbetes sumulados e sua compatibilização com o art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal.

Havendo fraude na emissão do cheque sem fundos, o pagamento desta caracteriza o arrependimento posterior (art. 16 do CP). Não havendo fraude — situação que muitas vezes se revela pelo pronto pagamento —, não há crime a punir.

Precedentes do STF (RHC 64.272 e 64.454).

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 02 de junho de 1987 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de recurso de ofício de sentença concessiva de *Habeas Corpus*, assim lavrada:

«Caetano Ulharuzo Filho, qualificado na inicial, impetra «habeas corpus» em favor de Sylvia Maria Torgo Gomez, também ali qualificada, alegando que está sendo alvo de constrangimento ilegal de se ver indiciada em inquérito policial, no art. 171, VI, c/c § 3º, do CPB pelo Delegado de Polícia Federal, a pedido da Procuradoria da República.

Afirma que em ação executiva fiscal, parcelado o débito, a executada, ora paciente, deu em pagamento cheque contra o BERGS no valor de Cz\$ 2.000,00, emitido por terceiro. Tendo em vista que faltaram fundos, no valor de Cz\$ 75,00, foi o mesmo devolvido, prosseguindo-se com as medidas processuais penais. Tendo disso conhecimento, a paciente depositou a quantia de Cz\$ 3.000,00, superior àquele valor. Após novos pagamentos parcelados a paciente quitou toda a dívida.

Aberto o inquérito, pretende-se o seu indiciamento, o que configura injustiça, pois não incidiu no dispositivo penal.

Requer liminarmente a sustação desse ato e do competente inquérito.

Requisitadas as informações, a autoridade dita coatora oficiou alegando que a instauração do inquérito fora requisitada através de ofício pelo Dr. Júlio César Beheregaray, Procurador da República. Não lhe foi comunicado o saldamento da dívida referente ao cheque. A paciente foi regularmente intimada para tão-somente prestar esclarecimentos e não compareceu. Junta documentação pertinente.

Com vista ao Ministério, pelo mesmo foi manifestado que havendo prova de pagamento do total da dívida, verifica-se que da emissão do cheque em questão não resultou prejuízo à credora. Além disso a instauração do inquérito policial ocorreu meses após a requisição do «Parquet» e do próprio pagamento. Opinou pelo trancamento do inquérito.

É o relatório. Decido.

A jurisprudência é unânime no sentido de que o pagamento de cheque sem suficiente provisão de fundos antes do oferecimento da denúncia extingue a punibilidade, tanto que até sumulada pelo Excelso Tribunal Federal (Verbetes nº 554).

«In casu», é o próprio órgão requisitante que emite opinião contrária à ocorrência de fato típico e pede nada menos do que o «trancamento» do inquérito requisitado.

Isto posto, concedo a ordem e determino o arquivamento do inquérito policial oriundo da Portaria nº 377/86/SR/DPF/RS, de 02/12/86, e que leva o nº 443/86. Publique-se, registre-se, intímese e comunique-se.

Porto Alegre, 12 de janeiro de 1987.

(a.) LUIZ DÓRIA FURQUIM, Juiz Federal em exercício na 3ª Vara» (fls. 55/56).

A douta Subprocuradoria-Geral da República é pela confirmação.

É o relatório.

EMENTA: Penal. Estelionato. Cheque sem fundos.

Emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos. Súmulas 246 e 554 do STF. Vigência dos verbetes sumulados e sua compatibilização com o art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal.

Havendo fraude na emissão do cheque sem fundos, o pagamento deste caracteriza o arrependimento posterior (art. 16 do CP). Não havendo fraude — situação que muitas vezes se revela pelo pronto pagamento —, não há crime a punir.

Precedentes do STF (RHC 64.272 e 64.454).

VOTO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Não adotamos, *data venia*, a tese da sentença.

Em pareceres que tivemos oportunidade de emitir perante o Supremo Tribunal Federal, nos RHC 64.272 e 64.454, acolhidos e transcritos nos respectivos acórdãos, sustentamos o seguinte:

«Temos entendimento diferente das manifestações contidas nos autos e no parecer, parecendo-nos, *data venia*, que as Súmulas 246 e 554, se examinadas em conjunto, não apresentam incompatibilidade com a doutrina e com o art. 16 do CP (redação da Lei 7.209/84). Essa incompatibilidade — e séria — nasce do argumento a *contrario*, incompleto, que se quer extrair da Súmula 554, isoladamente, nestes termos: já que o pagamento do cheque «após o recebimento da denúncia» não tranca a ação penal (esse o enunciado da Súmula 554) o pagamento anterior ao recebimento por si só a trancaria.

A ser assim, estaríamos inteiramente de acordo com as restrições feitas no acórdão recorrido pois, no sistema penal brasileiro (antes e depois da reforma de 1984), o ressarcimento do dano *post factum*, salvo raríssimas exceções (ex.: peculato culposo, art. 312, § 3º; Lei 4729, art. 2º) é mera circunstância atenuante da pena (art. 48, IV, «b», antiga redação; art. 65, III, «b», atual redação), não causa de exclusão do crime ou extintiva da punibilidade.

O atual art. 16 viria reforçar essa posição,stituindo uma nova causa especial de diminuição da pena, nas hipóteses que menciona.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal editou duas Súmulas a respeito do cheque sem fundos — a de nº 246 e a de nº 554. A primeira contém, segundo supomos, a orientação fundamental da Corte, qual seja a de que, na ausência de fraude («comprovado não ter havido fraude»), «não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos». E isso é doutrinariamente correto pois, conforme leciona Nelson Hungria:

«... É força reconhecer, porém, que se o emitente consegue, antes da apresentação do cheque, suprir de provisão o sacado, ou se este, por confiança ou amizade ao emitente, honra o cheque, pagando-o, não obstante a ausência de fundos, o crime desaparece: no primeiro caso, há como que *arrependimento eficaz*, que torna irrelevante a conduta anterior do emitente; no segundo, o que se apresentará é como que um crime putativo (foi erroneamente que o sacador supôs que o cheque não seria pago, e *ab initio* não havia sequer, possibilidade de dano). É de notar que o nosso Código, diversamente de outras legislações, não exige *expressis verbis* que a provisão deve existir no momento da emissão do cheque, permitindo, assim, a interpretação extensiva de que se satisfaz com a existência de provisão no momento da apresentação do cheque». (Comentários, Forense, 1ª ed., vol. VII, pág. 242).

A segunda Súmula (a de nº 554), limitativa e complementar da primeira, certamente resultante dos inúmeros casos em que se alegava o pagamento posterior como prova da inexistência *ab initio* da fraude patrimonial, limitou-se apenas a esclarecer que o pagamento «após o recebimento da denúncia» não fazia presumir a inexistência de fraude, isto é, «não obsta ao prosseguimento da ação penal».

E isso, a nosso ver, é igualmente correto, se considerarmos, como se alega, que a Súmula não se equipara à lei, mas sim consiste em um resumo sintético da jurisprudência dominante no Tribunal, a qual, na *praxis*, ante o exame

dos casos ocorrentes, deve ter verificado que, em bom número desses casos, a inoportunidade de fraude coincidia com o pronto resgate do cheque ante a indubitosa manifestação do favorecido em recebê-lo com a instauração do procedimento preliminar investigatório. O pagamento depois do recebimento da denúncia, quando o acusado, renitente em não honrar o cheque, já tivesse ultrapassado a fase de interrogatório policial, indiciamento, etc., deverá fazer supor uma hipótese manifesta de «reparação do dano», não de simples «ausência de fraude», salvo prova em contrário no curso da instrução.

Chegamos a essa conclusão a partir do exame de alguns julgados constantes da referência da Súmula: HC n.ºs 39.650, 39.665 e 39.472, xerox anexa.

Se estivermos certos nessa ordem de considerações, cabe agora indagar: como fica, nesse quadro, o recente art. 16 do CP, que institui, para a «reparação do dano», nos crimes patrimoniais, uma causa de diminuição de pena, não de exclusão do crime ou de extinção da punibilidade?

Pensamos que tudo se resolve na aplicação de uma nova hipótese, sem atingir-se a orientação sumulada. Assim, naqueles casos em que, apesar da ocorrência de fraude, houver reparação do dano antes do recebimento da denúncia, aplica-se o art. 16. Se, todavia, ficar comprovado que não houve fraude, seja porque o favorecido sabia da inexistência de fundos, seja porque o imediato pagamento do cheque ou posterior suprimento de provisão no sacado revelaram a boa-fé do emitente, que pode ter sido vítima de equívoco, aplicam-se as Súmulas 246 e 554, ou seja, não haverá crime a punir.

Diga-se, por último, que as dificuldades doutrinárias para justificação das súmulas em exame devem ser atribuídas provavelmente à terminologia inadequada de alguns acordãos que, na ementa, falavam em «extinção da punibilidade» pelo pagamento do cheque (RTJ 75/732). Como as causas extintivas da punibilidade são supervenientes à consumação do crime, se correta essa terminologia, nossa tese cai por terra.

Parece-nos, contudo, que não sendo ilícito ao intérprete e, por via de consequência, à jurisprudência criar causas extintivas da punibilidade, não instituídas por lei, ficamos, *data maxima venia*, com a tese ora defendida, única passível de fácil compatibilização com a lei e a doutrina.

Por essas razões, divergindo do acordão recorrido e, em parte, das manifestações contidas nestes autos, inclusive citação de Damásio que quer aplicar a Súmula 554, «na fraude do pagamento por meio de cheque» (fl. 23), desconhecendo por completo a Súmula 246, é que somos pelo provimento do recurso para concessão da ordem. *In casu* comprovou-se o pagamento anterior à denúncia (fl. 17), o que torna inocua a afirmação do item 3 da peça vestibular da ação penal que, para demonstração da fraude, se vale unicamente da recusa do emitente em honrar o seu débito (fl. 12), o que se comprovou não ser verdadeiro».

O acordão, no RHC 64.272, da 1ª Turma, da lavra do Min. Rafael Mayer, que transcreve e acolhe esse parecer, está assim ementado:

«Emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos. Súmulas 246 e 554. Art. 16 do CP (Lei 7.209/84). Vigência dos verbetes sumulados. Art. 171, § 2º, VI, do CP.

O advento do art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal não é incompatível com a aplicação das Súmulas 246 e 554, que devem ser entendidas complementarmente, aos casos em que se verifiquem os seus supostos.

Não há justa causa para a ação penal se pago o cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, antes da propositura da ação penal, a proposta

acusatória não demonstra que houve fraude no pagamento por meio de cheque, não configurado, portanto, o crime do art. 171, § 2º, VI, do CP.

Precedentes.

Recurso de Habeas Corpus provido».

Na linha desse mesmo entendimento, acolhido igualmente pela 2ª Turma do Excelso Pretório (RHC 64.454, Rel. Min. Francisco Rezek), verifico que, *in casu*, não houve fraude imputável à paciente, visto como se tratava de cheque de Cz\$ 2.000,00, dado em pagamento, emitido por terceiro em 11.3.86 (fl. 50), que so não fora pago por faltarlhe uma pequena diferença de fundos, de Cz\$ 75,00, o que pode ser considerado equívoco do emitente.

Por essa razão, inexistindo crime a punir, concordo com a conclusão da sentença, trancando o inquérito policial.

Nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 6.892-RS (Reg. nº 8.935.726) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo — Partes: Caetano Ulharuzo Filho e Justiça Pública — Pacte.: Sylvia Maria Torgo Gomez — Rec. Ex. Of.: Juízo Federal da 3ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 02.06.87 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas e Nilson Naves. Ausente o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 85.968 — MG
(Registro nº 3.160.858)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Apelante: *Universidade Federal de Minas Gerais*

Apelada: *TAU — Eletricidade e Engenharia Ltda.*

Advogados: *Drs. João Bosco Tibúrcio de Oliveira e Leonides de Carvalho*

EMENTA: «Administrativo. Licitação. Penalidade. Direito de Defesa.

A penalidade de suspensão aplicada à empresa, impedindo-a de concorrer, por determinado período, às licitações realizadas no Órgão Público, não pode prevalecer se a medida foi adotada sem as cautelas recomendadas, principalmente no que tange à oportunidade de defesa das imputações que culminaram com a sanção.

Sentença confirmada.»

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, confirmando a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 05 de junho de 1981 (data do julgamento).

ALDIR G. PASSARINHO, Presidente — WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: TAU — Eletricidade e Engenharia Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor-Geral do Departamento de Administração da Universidade Federal de Minas Gerais que aplicou penalidade à impetrante, sem a instauração de processo administrativo.

Alega que, em julho de 1978, requereu à Universidade a restituição de caução prestada para a execução de obra. Todavia, em 28 do mesmo mês, foi surpreendida com a comunicação de que seu representante havia maltratado funcionários da Impetrada, motivando, assim, a aplicação da penalidade de suspensão do direito de licitar, pelo período de um ano.

Sustentou ser a medida ilegal, caracterizando indisfarçável abuso de poder. Pediu reexame da punição, sendo atendida, em parte, porquanto reduziu-se para três (03) meses o prazo da penalidade, o que, ainda, lhe prejudicava, tendo em vista a impossibilidade de participar de concorrência a ser realizada no dia seguinte.

Adverte que a punição da espécie só pode ser decretada no processo de licitação, precedida de instauração do competente processo administrativo, onde se assegure o direito de defesa.

A UFMG apresentou suas informações (fls. 20/28), onde defende a legitimidade do ato.

O Dr. Fernando Gonçalves, eminente Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, sentenciou, deferindo a segurança, ao tempo em que confirmava a liminar concedida (fl. 55).

Inconformada, apelou a Impetrada, com as razões de fls. 59/63, insistindo nos argumentos já expendidos.

Contra-razões à fl. 65.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação do decisório (fls. 78/71).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Confirmo a r. sentença por seus próprios e judiciosos fundamentos. Comprovado restou, nestes autos, que a penalidade foi aplicada sem as cautelas recomendadas, sonogando à Empresa o direito de se defender da infração da qual decorreu o ato de suspensão, ora impugnado. A Impetrante ilustra sua peça vestibular com indicação de aresto desta Egrégia Corte (MS 78.673), através do qual se entende necessária a observância do princípio do «due process of law» no âmbito administrativo, em sentido amplo, vale dizer, sempre que se tiver de impor uma sanção de qualquer natureza, de sorte a assegurar o direito de defesa.

Merece destaque, a propósito, o seguinte lance do v. decisório de primeiro grau:

«A regularidade formal é que legitima a sanção imposta. *In casu*, não declinou a impetrada qual o comportamento inconveniente e insultuoso do representante legal da impetrante e nem mesmo qual a conduta adotada para a apuração da falta.

Sacrificou-se, pois, o direito de defesa da impetrante pela supressão do processo regular, não sabendo mesmo a impetrada, eis que silente se mostrou, qual a atitude inconveniente praticada.

A incharacterística afirmação de que a prática do ato ainda vigente o edital configura inadimplência, dando lugar à punição, não tem a menor procedência.

E mesmo que assim fosse, consoante a lei, deveria ela, impetrada, mediante regular processo, com possibilidade de defesa, declarar a impetrante inidônea.

Mas a suspensão pura e simples, sem qualquer apuração, por sumária que fosse, da possível falta cometida, caracteriza flagrante ilegalidade, pois, *data venia*, exorbitou-se a autoridade no uso de suas faculdades administrativas, afrontando a lei e causando lesão do direito do Administrado.

Uma das condições de validade do ato administrativo é a forma. Todo ato administrativo, adverte Hely Lopes Meirelles, é, em princípio, formal. Isto «pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei».

Na hipótese *sub judice*, além deste revestimento material, faltou ao ato punitivo «o conjunto de operações exigidas para sua perfeição», viciando-o e tornando-o passível de invalidação.

Adstrito aos mandamentos da lei, o Administrador não pode dela se afastar ou desviar, sob pena de abuso ou excesso de poder.

Ilegítima a sanção aplicada, pois sem critério e sem o devido processo legal, conforme acentuou o Dr. Procurador da República. Se falta houve não foi devidamente apurada, não permitindo a nossa legislação a aplicação indiscriminada de penas sem qualquer supedâneo de fato e de direito.

Punição é matéria restritiva e por mais imoral e agressivo que seja o comportamento do agente deve ele ser ouvido, pois isto é de todos um direito natural.»

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR G. PASSARINHO: Entendo que o princípio constitucional previsto no § 15 do art. 153, que se insere ao capítulo dos direitos e garantias individuais, não é amplo de modo a exigir que qualquer ato punitivo no âmbito da administração só se faça após ampla defesa por parte daquele que vier a sofrer a punição. Ao ensejo do julgamento do Mandado de Segurança nº 78.004 examinei longamente a questão e sustentei que, na verdade, o referido preceito constitucional se refere ao campo do Direito Criminal e não do Administrativo. Vejamos onde o dispositivo constitucional aludido (§ 15 do art. 153) se insere:

§ 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.

§ 14. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

§ 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

Esse § 15, portanto, se insere entre outros que dizem respeito a matéria criminal. De fato, não é amplo o preceito constitucional de modo que qualquer ato administrativo punitivo só se faça após ampla defesa do acusado. Até na prática, no cotidiano, se verifica que realmente essa interpretação não poderia prosperar. A entender-se que o preceito referente à ampla defesa é geral, em qualquer grau e em qualquer campo, teríamos, por exemplo, que admitir que, em um quartel, um ato de indisciplina de um soldado contra um oficial teria de ser primeiramente apurado mediante inquérito, para que ao fim de algum tempo — e só então — pudesse o soldado ser punido por aquela indisciplina que praticara, pela ofensa que fizera ao seu superior. Estou dando um exemplo mais chocante, para se ver que, realmente, o disposto no § 15 do art. 153 não pode ser tomado em tal amplitude.

Naquele caso do M.S. nº 78.004, a que me referi, tratava-se de um industrial que contratou, após licitação, com o Ministério da Saúde, o fornecimento de aparelhos de injeção de fabricação estrangeira, com determinadas especificações, mas foi verificado que estava sendo fornecido material nacional de inferior qualidade pelo preço do material estrangeiro. Houve, em face disso, imediata suspensão do fornecimento.

Encontrava-se, em curso, campanha ampla de vacinação. Entretanto, verificada a fraude, o Ministério da Saúde imediatamente fez cessar o fornecimento do material, para que pudesse obter a importação daquele outro que era o aconselhável — e que fora o objeto da licitação — para que a campanha de vacinação prosseguisse com êxito e sem prejuízo para a saúde da população. Se tivesse, porém, o Ministério da Saúde de abrir um processo no qual houvesse necessidade de ampla defesa para que as medidas pudessem ser adotadas — e isso implicaria obviamente em que pudesse haver recursos administrativos até a solução final — estaria frustrada a campanha de vacinação, de alto interesse para a saúde pública. Ou se esperava todo o processamento do inquérito e até seu término, com conseqüente prejuízo para a saúde pública ou, então, far-se-ia, como de fato ocorreu, o imediato cancelamento do contrato. A empresa impetrou o mandado de segurança e, unanimemente, o Plenário deste Tribunal entendeu que o procedimento administrativo era o correto. Não havia necessidade para a cessação do irregular fornecimento que houvesse um prévio inquérito, com proporcionamento de ampla defesa. Se injusta fosse a punição, poderia a empresa pleitear perdas e danos.

Assim, o que cabe, no exame do mandado de segurança, é verificar-se se o ato administrativo foi praticado com irregularidade formal, ilegalidade ou abuso de poder, devendo a prova a respeito, como é da natureza do mandado de segurança, ser pré-constituída. Mas não se encontrando prevista na lei ou no regulamento que deve haver prévia e ampla defesa o ato administrativo dela não depende. O Estado — se o Judiciário verificar posteriormente ter sido o ato viciado — o anulará, ou será ele reparado mediante perdas e danos, conforme a hipótese.

No caso dos autos, entretanto, o que se verifica é que realmente não tem suporte legal a punição aplicada. Houve — pelo que ouvi — conduta desaconselhável, grosseira, impertinente, por parte do representante da firma. Em face disso, a Universidade impediu que essa firma participasse da licitação. Ora, punição dessa natureza não é, evidentemente, a prevista para impedir a participação na licitação. Poderia exigir a Universidade que outro representante da firma funcionasse, porque certamente não estaria obrigada a lidar com uma pessoa que tinha fugido aos padrões de conduta, mas a penalidade aplicada realmente não é prevista em lei, regulamento ou nas normas da licitação e, assim, o ato ficou sem suporte legal, não podendo, em conseqüência, ser mantido.

Com essas considerações, acompanho igualmente o voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 85.968-MG (Reg. nº 3.160.858) — Rel.: Sr. Min. William Patterson — Apte.: Universidade Federal de Minas Gerais — Apda.: TAU — Eletricidade e Engenharia Ltda. — Advs.: Drs. João Bosco Tibúrcio de Oliveira e Leonides de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, confirmando a sentença. (Em 05.06.81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Aldir G. Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. ALDIR G. PASSARINHO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.592 — DF
(Registro nº 3.234.789)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Requerente: *Alan Rodrigues Brandão*

Requerido: *Ministro de Estado das Minas e Energia*

Advogados: *Drs. Antonio Nabor Areias Bulhões e outro*

EMENTA: Administrativo. Anistia. Demissão do emprego, sem conotação política. Indenização paga em juízo.

Não havendo a dispensa do Impetrante, do emprego que exercia na Petrobrás, sido decretada com fundamento em atos institucionais ou complementares, descabe anular-se o ato ministerial que não conheceu do pedido de retorno, por força da Lei nº 6.683, de 1979.

As dúvidas sobre a motivação do afastamento resultaram estancadas pela condenação da Justiça do Trabalho ao pagamento de indenização e outras parcelas pertinentes ao contrato de trabalho.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, denegar o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1980 (data do julgamento).

JOSÉ NÊRI DA SILVEIRA, Presidente — WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Alan Rodrigues Brandão impetra mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia que lhe negou o direito a retornar ao seu emprego, em razão da recente «Lei de Anistia». Diz que era funcionário da Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS — e exercia o cargo de vice-presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração de Petróleo nos Estados de Alagoas e Sergipe, quando foi demitido, por motivos eminentemente políticos.

Com a vigência da Lei nº 6.683, de 28.8.79, regulamentada pelo Decreto nº 84.143, de 11.10.79, requereu ao Senhor Ministro do Trabalho os benefícios da citada legislação, no que foi atendido ao ser declarado anistiado, remetido o respectivo processo ao Ministério das Minas e Energia, para os devidos fins, onde, por despacho de seu titular, se deixou de conhecer da pretensão, ao fundamento de não ter sido o requerente punido com base em Ato Institucional ou Complementar.

Alega que foi atingido, sem dúvida, pela legislação excepcional, sendo destituído da direção sindical e demitido da Petrobrás. Assinala que pediu, perante a Justiça do Trabalho, sua reintegração, negada por decisão definitiva, que lhe reconheceu a condição de punido pelo AI-1.

A digna autoridade coatora prestou as informações de praxe (fls. 65/80), através das quais nega que o Impetrante tenha sido demitido por força dos Atos Institucionais, visto como foi constatado que sua dispensa se deu sem justo motivo, daí decorrendo a indenização que lhe foi paga na Justiça Especializada, referente a todos os direitos. Juntou documentação acerca dos fatos abordados.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação do *writ* (fls. 92/94).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A Lei nº 6.683, de 1979, estabeleceu, com pressuposto essencial à sua abrangência, a circunstância de ter havido punição por força de atos institucionais e complementares.

Alega o Impetrante que se encontra nessa situação, fato negado pela autoridade Impetrada.

É indubitoso que Alan Rodrigues Brandão exercia atividades sindicais, como Vice-Presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração de Petróleo, com jurisdição nos Estados de Alagoas e Sergipe, ao tempo em que era empregado da Petrobrás, ocupando cargo administrativo. Também é irrecusável o reconhecimento de sua atuação política, no período post-revolucionário, da qual resultou instauração de Inquérito Policial Militar, sendo absolvido (cfr. certidão de fl. 46). É certo, igualmente, que foi destituído da direção do Sindicato e demitido da Petrobrás.

Sobre o afastamento da primeira função, é incontroverso, resultou comprovado que teve o mesmo conotação política, por isso que declarou o Ministério do Trabalho, com base na Lei nº 6.683, de 1979, anistiado o Impetrante (Cfr. fl. 25).

A única dúvida situa-se, exatamente, na posição funcional do interessado perante a empregadora, em termos de motivação da sua dispensa.

A causa da demissão pode até estar vinculada à militância política, mesmo porque outros fatos como o IPM e o desligamento do Sindicato induzem à convicção da ocorrência. Todavia, tal aspecto é negado nas informações e não há provas que levem a outro caminho. Muito pelo contrário, ainda que certa houvesse, destituído estaria o pedido de qualquer amparo, face ao episódio trazido ao conhecimento deste Colegiado.

Com efeito, ficou cabalmente comprovado que o Impetrante formulou Reclamação Trabalhista perante a Junta de Conciliação e Julgamento de Maceió visando sua reintegração, ao tempo em que a Petrobrás, considerando que a dispensa era imotivada promoveu ação de consignação em pagamento, objetivando compelir o empregado a receber os seus direitos, anteriormente recusado.

Anexadas as duas ações, aquela Junta proferiu sentença julgando improcedente o pedido de reintegração, e procedente, em parte, a consignatória, condenando a Reclamada ao pagamento da importância de Cr\$ 1.901.783,00, relativa a parcelas de inden-

zação por tempo de serviço; aviso prévio; 13º salário; férias e devoluções do Imposto de Renda e empréstimo compulsório, descontados a mais. A decisão foi submetida ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região que, à unanimidade, a confirmou, estando a merecer destaque o voto condutor do acórdão, *verbis*:

«O reclamante pleiteia a sua reintegração baseado na jurisprudência já firmada pelos Tribunais de que os dirigentes sindicais, quando no mandato, têm direito à «estabilidade provisória».

A causa primordial de assegurar ao diretor sindical a estabilidade provisória é para o fim de evitar que o empregador transfira ou impeça o empregado de exercer o mandato para o qual foi eleito.

No caso presente, o reclamante foi dispensado quando não mais exercia o mandato sindical. Primeiro porque foi destituído do cargo de Vice-Presidente do Sindicato em virtude da Portaria 35 de 7.4.64 da Delegacia Regional do Trabalho. Segundo por ter sido considerado vago o cargo de 2º Secretário da Federação, em virtude de não ter assumido o referido lugar quando convocado.

De tudo verifica-se que a reclamada em nada contribuiu para esta situação, e, ao dispensar o reclamante não fez com intuito de impedir o mesmo de exercer o mandato sindical, uma vez que já se encontrava afastado pelos motivos acima expostos.

Quanto à ilegalidade da destituição no Sindicato e da vacância do cargo na Federação, não cabe à Justiça do Trabalho apreciar se foi legal ou ilegal os atos, e sim à Justiça Comum.

Nessas condições, acordam os Membros do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, nos termos do parecer da Procuradoria Regional, negar provimento ao recurso para confirmar a decisão recorrida.»

Há notícia de que o Reclamante requereu o levantamento do valor da condenação, no que foi atendido (cf. fl. 85). A reparação, *in casu*, desfiguraria, para os efeitos pretendidos, qualquer tentativa de obtenção do favor legal, se fosse o caso, em razão do aresto da justiça especializada, que, ao julgar procedente a consignação, determinando o pagamento das importâncias consignadas, reconheceu a desmotivação da dispensa, impedindo que se vislumbrem, para os efeitos jurídicos desejados, aspectos políticos relacionados com a aplicação de atos institucionais ou complementares.

Não podem ter maior repercussão, de sorte a alterar o sentido do julgado, certas circunstâncias assinaladas pelo Suplicante, tais como a declaração de anistia pelo Ministério do Trabalho e encaminhamento do processo ao Ministério das Minas e Energia. Aquele Órgão decidiu no âmbito de suas atividades, vale dizer, no que concerne à destituição do cargo de Vice-Presidente de Sindicato, não podendo tal orientação refletir na relação contratual. O encaminhamento do processo a outra Secretaria de Estado tinha o propósito de submeter o assunto ao exame desta, encarregada de proceder ao estudo dos pedidos de retorno ou reversão ao serviço, pertinente aos servidores de suas entidades vinculadas. Da análise resultou o não conhecimento da pretensão, exatamente por não ter sido o Impetrante punido com base naqueles atos.

Desta forma, não vejo a liquidez e certeza do direito reclamado, elementos essenciais ao deferimento do pedido.

Assinale-se, por derradeiro, que as provas carreadas aos autos foram suficientes para a instrução do pedido, descabendo, destarte, a requisição do procedimento administrativo.

Ante o exposto denego a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS 90.592 — DF — (Reg. nº 3.234.789) — Rel.: Sr. Min. William Patterson — Repte.: Alan Rodrigues Brandão — Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia — Advs.: Dr. Antonio Nabor Areias Bulhões e outro.

Decisão: À unanimidade, o Tribunal denegou o mandado de segurança. (Em 18.12.80 — T. Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Adhemar Raymundo, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis, Miguel Jeronymo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antonio de Pádua Ribeiro, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha e Wilson Gonçalves. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Hermillo Galant, Armando Rollemberg, Peçanha Martins, Aldir G. Passarinho e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Min. JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.624-DF
(Registro nº 3.237.907)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*
Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara*
Apelante: *União Federal*
Apeladas: *Arcenia Abdala Peixoto e outra*
Advogado: *Dr. Roberto Jorge Dino*

EMENTA: «Administrativo. Concurso. Limite de idade. Exceções. Al-
cance. Lei nº 6.334, de 1976.

As exceções previstas no art. 4º da Lei nº 6.334, de 1976, no que tange ao limite de idade estabelecido nos arts. 1º e 3º, do mesmo diploma, não podem ser estendidos a outras categorias de servidores, senão àquelas indicadas expressamente (órgãos da administração federal direta ou de autarquias federais).

Descabe invocar o princípio de isonomia, por isso que inaplicável na espécie, consoante os postulados doutrinários e jurisprudenciais.

Segurança cassada.»

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, acolher o recurso da União Federal, para reformar a sentença e cassar a segurança, prejudicada a remessa necessária, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de setembro de 1981 (data do julgamento).

EVANDRO GUEIROS LEITE, Presidente — WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Arsenia Abdala Peixoto e outra impetraram mandado de segurança contra ato do Coordenador de Recrutamento e Seleção do DASP, alegando que são funcionárias públicas, pertencentes aos quadros do

Governo do Distrito Federal, razão pela qual é ilegítima a restrição de idade que pretende a autoridade coatora, no que pertine com o desejo de formalizarem suas inscrições para o concurso de Fiscal de Tributos Federais. A limitação contida no Edital n.º 09/80 não as alcança, tendo em vista a condição funcional que ostentam.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a liminar (fls. 18). Às fls. 22/26 vieram as informações de praxe, sustentando que o ato encontra amparo no art. 4.º, da Lei n.º 6.334, de 1976.

A sentença de primeiro grau concedeu a segurança (fls. 68), ao fundamento de que o princípio da isonomia não permite a distinção existente no citado dispositivo. Demais disso, o art. 102, § 3.º, da Lei Maior considera o tempo de serviço público Federal, estadual e municipal, em condições de equivalência.

Recorreu a União Federal, com as razões de fls. 73/75, em críticas ao v. decisório. Contra-razões às fls. 78/81.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 85/88).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Edital impugnado regulou o limite de idade para a inscrição no respectivo concurso, na conformidade do disposto na Lei n.º 6.334, de 31.5.76, a qual estabelece, de modo claro e peremptório, o alcance da normatividade, bem assim as exceções permitidas.

Não pode pairar a menor dúvida que a inobservância à restrição do requisito pertinente à faixa etária só foi autorizado para os servidores de órgãos da Administração Federal direta ou de autarquia federal. Quisesse o legislador estender o privilégio a outras categorias tê-lo-ia feito de modo expresso, não somente quanto a funcionários de esfera diversa do poder público, mas, como igualmente, na própria órbita da Administração Federal. Veja-se, por exemplo, que não foram contemplados os servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista, que integram a Administração Federal (art. 4.º, do Decreto-lei n.º 200, de 1967), sem falar nas fundações oficiais. Estender as prerrogativas a fronteiras indefinidas significaria recusar a disciplina do texto legal, sem motivação jurídica relevante, entendida esta como corporificação jurídica insita na *Lex Fundamentalis*.

É verdade que se acena com o princípio da isonomia, apoiado em lições doutrinárias de inegável realce. Todavia, a hipótese está à margem dos respeitáveis conceitos. O texto constitucional não estanca a possibilidade de restrição da espécie, por isso que o assunto é próprio da atividade administrativa do poder público, sujeito ao disciplinamento da legislação ordinária.

Aliás, o tema já foi por mim abordado, em voto que proferi na AMS n.º 89.556-SC, relativamente à abrangência da norma legal proibitiva aos demais servidores, que não os excepcionais. Faço juntar cópia da referida manifestação, como subsídio às conclusões, neste caso.

Cabe lembrar, ainda, que o postulado isonômico não tem o condão de derogar preceitos, infirmar regras ou estender alcance não autorizado. A sua invocação há de preservar o sentido de que a igualdade reclamada deve atender situações idênticas perante a lei nunca, para colocar na mesma posição os diferenciados pelo próprio texto. A propósito, vale lembrar o ensinamento do mestre Carlos Maximiliano:

«Não se recorre à equidade para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara

e prevista. Esta ressalva, aliás, tem hoje menos importância do que lhe caberia outrora: primeiro, porque se esvaneceu o prestígio do brocardo — *in claris cessat interpretatio*; segundo, porque, se em outros tempos se atendia ao resultado possível de uma exegese e se evitava a que conduziria a um absurdo, excessiva dureza ou evidente injustiça, hoje, com a vitória da doutrina da socialização do Direito, mais do que nunca o hermenêuta despreza o *fiat justitia, pereat mundus* — e se orienta pelas conseqüências prováveis da decisão a que friamente chegou» (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 175).

Hely Lopes Meirelles, em seu clássico «Direito Administrativo Brasileiro», pág. 443, com apoio em destaque, assinala: «o que o princípio da isonomia impõe é tratamento igual aos realmente iguais. A igualdade nominal não se confunde com a igualdade real.»

No particular, a distinção somente seria condenável pelo princípio se se cuidasse de estabelecer tratamento diverso entre os funcionários da administração federal direta ou autárquica. Fora disso é incabível a censura, pelo simples fato de que as demais categorias não estão igualadas pela ficção jurídica.

Diante de tal concepção perdem substância as razões pertinentes à extensão do regime jurídico da Lei nº 1.711, de 1952, ao pessoal do GDF, assim como a equivalência do tempo de serviço, disciplinada no § 3º, do art. 102, da Constituição, sendo certo, ainda, que a disposição fundamental restringe o propósito às aposentadorias e disponibilidades, com expressa menção: «na forma da lei».

Ante o exposto, dou provimento ao recurso voluntário da União, para, reformada a sentença de primeiro grau, cassar a segurança, prejudicada a remessa oficial.

ANEXO

AMS nº 89.556-SC
(Registro nº 3.197.018)

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A Lei nº 6.334, de 31 de maio de 1976, que fixou idade máxima para inscrição em concurso público destinado ao ingresso em empregos e cargos do serviço público federal determinou, *verbis*:

«Art. 3º Em relação ao Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização, a idade máxima para inscrição em concurso público destinado ao ingresso nas respectivas Categorias Funcionais é de 35 (trinta e cinco) anos.

Art. 4º Independerá de idade a inscrição do candidato que seja servidor de órgão da Administração Federal direta ou de autarquia federal; nos casos compreendidos nos arts. 1º e 3º desta Lei.»:

Não vislumbro nas disposições em apreço quaisquer resquícios de incompatibilidade com preceito da Constituição Federal, especialmente o art. 108, sobre o qual repousa a tese da r. sentença, para conceder o *writ*. A restrição legal contida no art. 4º, do citado diploma, é perfeitamente cabível, por isso que se trata de normas de organização e estrutura administrativa, disciplinadoras das atividades da política de pessoal, que cabe a cada esfera de poder político estabelecer seus critérios próprios:

O art. 13, da Lei Fundamental, prescreve que os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e Leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, realçando, no item V, as normas relativas aos funcionários públicos. É evidente que a vinculação está a nível de preceito constitucional, vale dizer, ao Estado cumpre observar diretrizes traçadas na própria Lei Maior, sendo lícito, por-

tanto, dentro da competência atribuída pelo próprio art. 13, criar a sua organização nos padrões que julgue adequados. Da mesma forma, ao Poder Central é conferida idêntica liberdade de procedimento.

A fixação de critérios para concurso público não é matéria erigida a canône constitucional. Logo, ao legislador ordinário incumbe determinar o regime que lhe pareça mais conveniente, atendidas as peculiaridades de cada situação, sem que ofenda a postulados da Lei Maior.

No particular, ao restringir a exceção contida no seu art. 4º, aos órgãos da Administração Federal direta e autárquica, não inobservou comando da Lei Fundamental, porquanto não se cogita de assunto sujeito ao seu disciplinamento.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 90.624-DF (Reg. nº 3.237.907) — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara — Apte.: União Federal — Apdas.: Arcenia Abdala Peixoto e Outra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, acolheu o recurso da União Federal, para reformar a sentença e cassar a segurança, prejudicada a a remessa necessária, nos termos do voto do Relator. (Em 08.9.81 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Evandro Gueiros Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. EVANDRO GUEIROS LEITE.

APelação EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.296 — AM

(Registro nº 3.385.884)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis*

Apelante: *Banco Central do Brasil*

Apelada: *Ialó Ind. Amazonense de Lentes Oftálmicas S.A.*

Remetente: *Juízo Federal no Amazonas*

Advogados: *Drs. Jorge Amaury Maria Nunes e José Carlos Pereira do Valle*

EMENTA: Tributário — IOF — D.L. 1.783/80 e 1.844/80 — D. L. 288/67 (art. 7º) e D.L. 1.455/76 (art. 3º) — Zona Franca de Manaus.

Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva.

Desprocede a invocação do § 2º do inciso I do art. 21 da Constituição Federal, tendente a afastar a legitimidade da incidência do Decreto-lei nº 1.783/80 com a nova redação dada pelo Decreto-lei nº 1.844/80, pois ali se cuida de competência deferida ao Executivo, a ser exercitada mediante ato administrativo, enquanto aqui a inovação ocorreu por força do artigo 55 da Lei Maior, através de decreto-lei, instrumento constitucional de participação originária do Executivo no processo legislativo.

O Plenário desta Corte, na arguição de inconstitucionalidade suscitada na AMS 91.322, teve oportunidade de proclamar a legitimidade constitucional de Decreto-lei, como instrumento de instituição do tributo em apreço, sob reserva do princípio da anterioridade (DJ 18-2-82) entendimento sancionado pelo Alto Pretório.

A política de incentivos fiscais à Zona Franca de Manaus se centra na isenção dos impostos de importação e sobre produtos industrializados, como se vê, explicitamente, do art. 3º do Decreto-lei nº 288/67, na redação introduzida pelo Decreto-lei nº 1.455/75.

Na franquia fiscal em apreço não se insere o IOF, seja por tratar-se de tributo criado posteriormente (D.L. 1.783/80), excluído, assim, do âmbito insencional cogitado (art. 177, II, do CTN), seja por cuidar-se de imposto com perfil técnico-legal próprio (art. 21, VI da Constituição Federal e 63 do CTN).

Irrelevância da Resolução 681 do Banco Central, na espécie. Incidência do IOF sobre a operação de câmbio e não sobre a importação de mercadorias.

Deu-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, de mérito, dar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial para cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília-DF, em 22 de novembro de 1982 (data do julgamento).

MOACIR CATUNDA, Presidente — SEBASTIÃO ALVES DOS REIS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS: A espécie foi relatada pelo MM. Juiz Federal Dr. Paulo Barata nesses termos (fl. 43):

«Trata-se de mandado 'de natureza preventiva, sob o nº 1.066/82, impetrado por IALO — Indústria Amazonense de Lentes Oftálmicas S.A., contra possível ato do Chefe da Divisão Regional de Operações Bancárias do Banco Central do Brasil, no sentido de determinar a incidência do Imposto Sobre Operações Financeiras, mediante a aplicação da alíquota de 10% sobre o valor da operação, em qualquer estabelecimento bancário onde a impetrante pretenda liquidar o câmbio relativo à importação coberta pela Guia de Importação nº 02-81/3365.

Alega, em síntese, a impetrante, que a aplicação de tal alíquota decorre do disposto no art. 1º inciso IV do Decreto-lei nº 1.783 de 18 de abril de 1980, com a nova redação dada pelo Decreto-lei nº 1.844 de 30 de dezembro de 1980, bem assim, nos termos das Resoluções BACEN nºs 672 e 681 de 31 de dezembro de 1970 e 22 de janeiro de 1981, respectivamente.

Entende, a impetrante, que tal cobrança é ilegal e abusiva, porque viola o princípio da reserva da lei (legalidade), estabelecido na Constituição (art. 19, I e 153, §§ 2º e 29) repetido no Código Tributário Nacional (art. 97, I). Sem lei prévia não se pode aumentar ou instituir tributo.

Acresce, ainda, que a aplicação da mencionada alíquota sobre o valor da operação vem opor-se ao princípio basilar que norteou a Lei que veio a conceder incentivos fiscais para a Zona Franca de Manaus, visando acelerar seu desenvolvimento.

Em conseqüência, pede a concessão da segurança, inclusive liminarmente, para que possa realizar o fechamento de câmbio referente à Guia de Importação ao início mencionado, junto a qualquer estabelecimento bancário, sem a incidência da alíquota de 10%.

A inicial (fls. 2/15) veio acompanhada de procuração (fls. 16) e de outros documentos (fls. 17/25).

As custas foram pagas (fl. 27), e foi efetuado o depósito de IOF questionado (fl. 27).

A liminar foi deferida (fl. 28).

O impetrado, através ofício DEBEL/GABIN 82/024, prestou informações (fls. 31/40) aduzindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva porquanto o Banco Central do Brasil «não tem poderes para determinar cobranças ou mesmo efetuá-las diretamente do contribuinte».

Quanto ao mérito, alega que o art. 55 da Constituição Federal permite a edição de Decretos-leis sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias. A redação dada ao § 29 do art. 153 da Constituição Federal de 1967 pela Emen-

da Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 e posteriormente pela Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, não permite se acolha o argumento da impetrante.

Quanto à alegada isenção fiscal por trinta anos, a política governamental tem sido no sentido de reduzir ou eliminar os incentivos outrora adotados.

Acresce, ainda, que «se intenção do legislador fosse a de deixar com alíquota zero essas matérias primas (referindo-nos à Resolução nº 672), bastar-lhe-ia criar outra alínea, que poderia ser a alínea “d”, sob a rubrica “nihil”, como o fez com relação às operações relativas a títulos e valores mobiliários, para as quais a alínea “c” designou expressamente a alíquota zero — “nihil”.

As importações realizadas (aliás o câmbio das importações) através da Zona Franca sofrem tributação, hoje, à base de 10% (dez por cento), enquanto que as importações efetuadas através de outras praças são tributadas à base de 25% (vinte e cinco por cento). E essa é a proteção que o legislador pretendeu dispensar à Zona Franca de Manaus».

Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva “ad causam”, foi concedida a segurança, aos pressupostos básicos de inaplicabilidade à hipótese do art. 2º nº I da Constituição Federal que autoriza o Executivo a alterar alíquota ou base de cálculo dos tributos ali indicados e tratar-se de importação de matéria-prima e componentes para industrialização na Zona Franca de Manaus, invocando, ao propósito, o art. 7º do Decreto-lei nº 288/67, art. 37 do Decreto-lei nº 1.455/76 e Res. nº 681 do Banco Central.

Apela o impetrado e com a resposta do apelado, neste Tribunal, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral às fls. retro.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO ALVES DOS REIS (Relator): Recuso a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, pelos fundamentos da sentença.

De meritis, o r. julgado de primeiro grau ao definir a segurança, fê-lo sob os fundamentos de que o legislador constituinte, no art. 21, § 2º, in. I, não autoriza o Poder Executivo a alterar alíquotas ou a base de cálculo do IOF (item VI), como o fez, no relativo aos impostos de importação, exportação e sobre produtos industrializados (itens I, II e V e que a importação de mercadorias, para industrialização na Zona Franca, nos moldes do disposto nos artigos 7º do Decreto-lei 288/67 e 37, do Decreto-lei nº 1.455, de 7/4/76, não sofre a incidência respectiva, por não ser vedada a sua saída para outro ponto do território nacional.

Posto o debate nesses termos, em primeiro lugar desprocede *data venia* a tese da decisão apelada, quando invoca o § 2º inc. I do art. 21 da Constituição Federal, para afastar a legitimidade da incidência do Decreto-lei nº 1.783/80 com a nova redação dada pelo Decreto-lei 1.844/80, pois ali se cuida de competência deferida ao Executivo, a ser exercitada mediante ato administrativo, enquanto aqui a inovação ocorreu por força do artigo 55 da Lei Maior, através de decreto-lei, instrumento constitucional de participação originária do Executivo no processo legislativo.

Ademais, o Plenário desta Corte, na argüição de inconstitucionalidade suscitada na AMS 91.322, teve oportunidade de proclamar a legitimidade constitucional do Decreto-lei como instrumento de instituição de tributo, sob reserva do princípio da anterioridade, em aresto de que foi Relator o eminente Ministro Justino Ribeiro, publicado no DJ 18/2/82 e aresto assim ementado:

«Tributário. IOF. Operações de Câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários. Cobrança no exercício de 1980. Inconstitucionalidade. Decreto-lei nº 1.783/80 e atos do Banco Central do Brasil.

A instituição do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), nas modalidades incidentes sobre operações de câmbio e relativas a títulos e valores mobiliários, deu-se por força do Decreto-lei nº 1.783, de 18-04-80, em vigência nesse mesmo exercício. Conseqüentemente, a cobrança ou arrecadação desses tributos somente poderia efetivar-se no exercício de 1981 (CF, art. 153, § 29). Inconstitucionalidade da cobrança determinada para aquele mesmo exercício pela Resolução nº 610 e pela Circular nº 523/80, do Banco Central do Brasil».

A adequação constitucional do Decreto-lei para esse fim voltou a ser fixada pelo mesmo Plenário na AMS 91.148 (DJ 20/5/82), Relator o Ministro José Dantas, e AMS 92.313/SP relatado pelo Ministro Pádua Ribeiro. (T. Pleno. Sessão de 7.10.82).

Essa *vexata quaestio* acaba de ser dirimida definitivamente pelo Alto Pretório em recentes decisões de 10 e 19 deste mês, sancionando a orientação deste Tribunal.

Por igual, não vingam o segundo argumento de que, em se tratando de importação de componente para industrialização na Zona Franca, não há cogitar-se da tributação focalizada, por tratar-se de artigo cuja saída para outro ponto do território nacional não é vedada, conforme ressalvado na Resolução nº 681 já referida.

Nesse particular, de início, é de assentar-se que a política de incentivos fiscais à Zona Franca se centra na isenção dos impostos de importação e sobre produtos industrializados, como se vê, explicitamente, do art. 3º do Decreto-lei nº 288/67, na redação introduzida pelo Decreto-lei nº 1.435/75, *verbis*:

«Art. 3º. A entrada de mercadorias na Zona Franca, destinadas a seu consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústria e serviços de qualquer natureza e a estocagem para reexportação, será isenta de impostos de importação e sobre produtos industrializados».

À luz da norma transcrita conclui-se indubitavelmente que na franquia fiscal em apreço não se insere o IOF, seja por tratar-se de tributo criado posteriormente (D.L. 1.783/80), excluída, assim, do âmbito isencional cogitado (art. 177, II, do CTN), seja por cuidar-se de imposto com perfil técnico-legal próprio (art. 21, VI da Constituição Federal e 63 do CTN), acrescendo que, nos termos do art. 111 da Lei 5.172/66, a exoneração tributária é de interpretação estrita.

Nesse quadro legal, não há invocar-se o Decreto-lei ora enfocado, para efeito de debate em torno do IOF.

Outrossim, não se objete com a Resolução nº 681 do Banco Central, na parte em que relaciona o IOF à saída vedada de mercadoria para outro ponto do território nacional, de um lado, porque dito ato normativo é inidôneo, por si só, para outorgar isenção tributária, de outro porque a cláusula “saída vedada” ali deferida é tratada no art. 7º do Decreto-lei nº 288/67 que não inclui, no seu campo isencional, o IOF, como já demonstrado, compreensão cujos limites não podem ser ultrapassados pelo ato simplesmente administrativo, consubstanciado na resolução; a tudo isso se soma que a saída não vedada encerra uma simples isenção condicionada, tanto que ocorrida desencadeia a exigibilidade do imposto de importação (art. 7º do Decreto-lei nº 288/67).

Arrematando, frise-se que “in casu” o IOF não incide sobre a importação de mercadorias, mas sobre a operação de câmbio pertinente.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo do Banco Central e à remessa oficial para reformando a sentença de primeiro grau, denegar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 97.296 — AM (Reg. nº 3.385.884) — Relator: Min. Sebastião Alves dos Reis. Apte.: Banco Central do Brasil — Apda.: Ialo Ind. Amazonense de Lentes Oftálmicas S.A. Rem.: Juízo Federal do Amazonas — Advs.: Drs. Jorge Amaury Maia Nunes e José Carlos Pereira do Valle.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar e, de meritis, deu provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial para cassar a segurança. (22.11.62 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.788 — RJ
(Registro nº 4.857.798)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara-RJ*

Apelante: *União Federal*

Apeladas: *Mesbla Motos Ltda. e outras*

Advogados: *Drs. João Guilherme de Moraes Sauer e outros*

EMENTA: Administrativo e Processual Civil.

Contribuições do Finsocial. Decreto-lei 1.940, de 25.05.82, regulamentado pela Portaria 119, do Ministério da Fazenda.

Exigência do recolhimento no próprio exercício de 1982.

Mandado de segurança.

Sentença que o concede nos termos do pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade do diploma legal para eximir de cobrança a impetrante, tão-somente em relação ao referido exercício, em atenção ao princípio constitucional da anualidade.

Recursos: *apelação.*

Desprovemento.

Precedente: MS 97.775, DJU 08.03.84.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial à *apelação*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1984 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Sentença do MM. Juiz Federal da 3ª Vara (fls. 119/225) concedeu mandado de segurança impetrado contra a exigência,

pelo Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, de recolhimento da contribuição equivalente a 0,5% da receita da impetrante, com fundamento no Decreto-lei nº 1.940, de 1982.

A impetrante alegou a inconstitucionalidade do citado decreto-lei e, mui especialmente, a ilegalidade de exigência da contribuição, no exercício de 1982; e se limitou a pedir fosse posta a salvo de recolhimento, naquele ano.

Apelou o Ministério Público (fls. 243/245) para pedir a reforma da sentença, sustentando a legalidade da cobrança.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos, tendo-se pronunciado a Subprocuradoria-Geral pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, os presentes autos, *mutatis mutandis*, tratam da mesma pretensão versada nos da AMS 100.859—RJ, em que constam como Apelante a União Federal e Apeladas S/A Curtume Carioca e outra, de que fui Relator, julgada nesta C. Quarta Turma, em 20.06.84.

As questões controvertidas, tanto preliminares como de mérito, são exatamente as mesmas.

Eis por que, fazendo juntar cópia do voto que, com a aprovação de meus ilustres Pares, proferi no citado precedente, a fim de integrar o presente, na conformidade do que ali expus, dou provimento, em parte, à apelação, ou seja, tão-somente para excluir a exigência das contribuições relativas ao exercício de 1982.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, quando do julgamento, pelo egrégio Plenário, do MS 97.775-DF, votei pela inconstitucionalidade da cobrança das contribuições destinadas à formação do Finsocial e, por conseguinte, pela concessão da segurança.

Ao assim decidir, acompanhei o d. voto do Senhor Ministro Armando Rollemberg, Relator originário daquele feito.

Para mais amplo esclarecimento do assunto, *brevitatis causa*, farei apensar cópia do d. voto vencido e daquele, por mim, proferido.

Prevaleceu, contudo, naquela oportunidade, o entendimento de que somente a cobrança de tais contribuições no próprio exercício de 1982 se mostra incompatível com o imperativo constitucional da anualidade dos tributos (DJU, 08.03.84).

Eis por que a tanto também agora se impõe limitemos a concessão da segurança, a qual já não pode merecer o amplo acolhimento que lhe conferiu a r. sentença apelada.

Nesta conformidade, dou provimento, em parte, à apelação e reformo, parcialmente, a r. sentença, restringindo a concessão da segurança, tão-somente, para excluir a exigência das contribuições relativas ao exercício de 1982.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA .

AMS 100.788-RJ (Reg. nº 4.857.798) — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — Apelante: União Federal — Apeladas: Mesbla Motos Ltda. e outras — Advogados: Drs. João Guilherme de Moraes Sauer e outros.

Decisão: Deu-se provimento parcial à apelação unanimemente. (Em 31.10.84 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AMS 100.788 — RJ
(Registro nº 4.857.798)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*
Embargantes: *Mesbla Motos Ltda. e outros*
Embargada: *União Federal*
Advogado: *Dr. Gustav Livio Toniatti*

EMENTA: Administrativo e Processual Civil.

Contribuições do FINSOCIAL; Decreto-Lei 1.940, de 25.05.82, regulamentado pela Portaria 119, do Ministro da Fazenda.

Exigência de recolhimento do próprio exercício de 1982.

Mandado de segurança.

Sentença que o concede nos termos do pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade do diploma legal para eximir de cobrança da impetrante.

Recursos: apelação.

Provimento, em parte; restrição da concessão da segurança, apenas às prestações relativas ao exercício de 1982.

Embargos de declaração parcialmente recebidos, a fim de completar o julgado e excluir também a exibibilidade de multas instituídas através de portaria ministerial, por isso, ilegais.

Precedentes: MS 97.775, DJU.08.03.84; EDAMS 100.859-SP, DJU:... 28.03.85.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, receber parcialmente os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 1985 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Na assentada da apelação, assim relatei (fl. 303):

«Sentença do MM. Juiz Federal da 3ª Vara (fls. 119/225) concedeu mandado de segurança impetrado contra a exigência, pelo Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, de recolhimento da contribuição equivalente a 0,5% da receita da impetrante, com fundamento no Decreto-lei nº 1.940, de 1982.

As impetrantes alegaram a inconstitucionalidade do citado decreto-lei e, mui especialmente, a ilegalidade de exigência da contribuição, no exercício de 1982, mas se limitaram a pedir fosse posta a salvo de recolhimento, naquele ano.

Apelou o Ministério Público (fls. 243/45) para pedir a reforma da sentença, sustentando a legalidade da cobrança.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos, tendo-se pronunciado a Subprocuradoria-Geral pelo seu provimento».

Esta egrégia Turma deu provimento ao recurso, na consonância do voto que então proferi, *verbis* (fl. 304):

«... os presentes autos, *mutatis mudandis*, tratam da mesma pretensão versada nos da AMS 100.859-RJ, em que constam como Apelante a União Federal e Apeladas S.A. Curtume Carioca e outra, de que fui Relator, julgada nesta C. Quarta Turma, em 20.06.84.

As questões controvertidas, tanto preliminares como de mérito, são exatamente as mesmas.

Eis por que, fazendo juntar cópia do voto que, com a aprovação de meus ilustres Pares, proferi no citado precedente, a fim de integrar o presente, na conformidade do que ali expus, dou provimento, em parte, à apelação, ou seja, tão-somente para excluir a exigência das contribuições relativas ao exercício de 1982».

Publicado o acórdão em 06 de dezembro de 1984, as impetrantes opuseram, em 10 do mesmo mês (fls. 309 e 326), os presentes embargos de declaração, em que alegam omissões do julgado:

a) por não se pronunciar sobre um dos pedidos constantes da inicial, a saber, de declaração da inexigibilidade das multas instituídas pela Portaria 119, de 22 de junho de 1982, do Senhor Ministro da Fazenda, e

b) Por não explicitar as razões pelas quais repeliu a alegada impossibilidade de criação da contribuição ao FINSOCIAL por meio de decreto-lei.

Concluem as embargantes (fl. 327):

«Com o fito de levar ao Colendo Supremo Tribunal Federal a relevante matéria em discussão, e para que esta abranja todos os pontos suscitados desde a impetração do *writ*, opõem as peticionárias, então, estes embargos declaratórios, requerendo a V. Exa. se digne submetê-los à Egrégia Quarta Turma, a fim de que, reconhecida a ocorrência de omissão, bem como de obscuridade no acórdão proferido, venha esta a declará-lo, nos termos acima expostos».

É o relatório.

À mesa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, em verdade, a r. sentença do MM. Juiz Federal da 3ª Vara (fl. 225), ao conceder a segurança, por isso mesmo que reconheceu a impossibilidade da instituição do FINSOCIAL por meio de decreto-lei (e, por conseguinte, a inconstitucionalidade do Decreto-lei 1940, de 25 de maio de 1982), ao julgar procedente a demanda, acolheu também o pedido cumulativo constante da inicial, nestes termos (fl. 5):

«... ou senão, para não lhes ser jamais exigida qualquer penalidade pelo não recolhimento do referido tributo, por haver sido esta instituída por simples Portaria de Ministro de Estado e, não, por lei, em seu sentido próprio».

2. Como se vê, ao se limitar a decisão desta egrégia Turma a resguardar as embargantes da exigência da contribuição, apenas no exercício de 1982, incorreu, sem dúvida, na omissão em primeiro lugar apontada.

3. Cumpre, pois, supri-la.

4. Faço-o, mantendo, no ponto, a r. sentença e, portanto, negando provimento, também nesta parte, à apelação da União Federal.

Para assim decidir, acolho a impugnação dirigida pela inicial à exigência dessas multas, certo como é que elas não foram estabelecidas pelo citado diploma legal (Decreto-lei 1940, de 1982), omisso, quanto ao tema; e, bem assim, que mera portaria ministerial não constitui instrumento hábil para instituir multas.

De fato, o ato ministerial é manifestamente incompatível com a garantia constante do art. 153, § 2º da Constituição.

Ademais, excede os limites fixados pela lei maior:

«Art. 85. Compete ao Ministro de Estado, além das atribuições que a Constituição e as leis estabelecerem:
(Omissis)

II — expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;»
(Omissis):

Estabelecer multas, como no caso se fez, sem base em lei ou em decreto-lei, caracteriza a prática de ato manifestamente ilegal, pois a portaria não pode sobrepor-se ao decreto-lei, que, quanto ao ponto, silenciou.

5. No que toca às razões da decisão embargada, contudo, tenho para mim que o acórdão não é omisso nem obscuro, desde que se reporta ao precedente julgado do egrégio Tribunal Pleno, no MS 97.775 — DF, em que esta Corte repeliu a arguição de inconstitucionalidade do citado diploma.

É bem verdade que, por lapso de nossos serviços, não veio para os autos cópia daquele precedente, a qual faço agora anexar ao presente voto.

O que foi explicitado na assentada do julgamento da apelação é o bastante para esclarecer que não havia como suscitar perante o Tribunal Pleno a inconstitucionalidade por ele já então repelida.

Ante o exposto, cumpre atender, em parte, aos presentes embargos de declaração.

6. Acresce, Senhor Presidente, que ao reexame dos autos, nesta oportunidade, deparei-me com lamentável equívoco dos trabalhos de meu Gabinete, desde que o aproveitamento de relatório adotado para grande número de casos semelhantes se fez, aqui, deixando-se de observar certa particularidade do caso presente.

Eis por que reformulo, nestes termos, o relatório de fl. 303:

Mesbla Motos Ltda., Crisauto S.A. Representações São Cristovão e Mesbla Náutica Ltda. impetram mandado de segurança contra atos dos Senhores Delegados e Secre-

tário da Receita Federal, fundados no Decreto-lei 1940, de 25 de maio de 1982, pleiteando, sucessivamente, a exoneração, para sempre, da exigência; a inexibibilidade de pagamento no exercício de 1982 e a declaração de inexistência de débito por multas instituídas por portaria ministerial.

A sentença concedeu a segurança, ao entendimento de que é inconstitucional o diploma legal que fundamenta a exigência fiscal.

Inconformada, apelou a União Federal.

7. Assim, ajustado, o relatório da apelação ao teor da espécie, resulta, também, à conta do que agora fica decidido pelo parcial recebimento desses embargos de declaração, que o recurso da União é recebido somente em parte, ou seja, para deixar expresso que o citado decreto-lei não é tido por inconstitucional; e que tal vício se restringe apenas à exigência do tributo, no exercício de sua instituição.

Assim, as impetrantes são, afinal, atendidas, no que diz com a obediência à regra da anualidade e, bem assim, à ilegalidade das multas, por isso inexigíveis.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDAMS 100.788-RJ (Reg. n.º 4.857.798) — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza — Embargante: Mesbla Motos Ltda. e outros — Embargada: União Federal — Advogado: Dr. Gustav Livio Toniatti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, recebeu parcialmente os embargos. (13.02.85 — 4.ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.794 — RS
(Registro nº 4.968.417)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Apelante: *Letícia Franco de Azambuja*

Apelado: *INAMPS*

Advogados: *Drs. Lúcia Terezinha Maia Trajano e outro e Gamaliel Vespúcio Cabral Júnior*

EMENTA: Administrativo. Acumulação de cargo e emprego públicos. Constituição Federal. Art. 99, § 2º.

1. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no artigo 99 da Constituição Federal, é vedada a acumulação de cargos e empregos públicos.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 28 de novembro de 1986 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente — COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Assim sumariou a espécie o MM. Juiz Federal da 2ª Vara Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Osvaldo Moacir Alvarez:

«Segundo a inicial, a demandante exerce atividades como auxiliar de enfermagem no INAMPS, desde 12 de janeiro de 1979, contratada sob o regime celetista. Em agosto de 1982, intimada para defender-se da acusação de estar acumulando ilicitamente cargos. Apresenta suas razões. Retornando das férias, chamada ao Departamento de Pessoal da autarquia, toma ciência, verbalmente, de que teria 30 dias, da edição do boletim de serviço local/BSL, para optar ou pelo cargo no Hospital de Pronto Socorro onde também trabalha, ou

pelo contrato junto ao INAMPS. Assegurando estar protegida pelo direito adquirido e suscitando vício insanável no inquérito administrativo do qual resultou a decisão impugnada, requer medida liminar visando a suspensão do ato e a manutenção no emprego ocupado, para, afinal, ser proclamado o seu direito, concedendo-se a segurança (fls. 2/18).

Deferida a preambular (fl. 2).

Nas informações, a honrada autoridade coatora defende a licitude do seu proceder (fls. 23/27), enquanto o Ministério Público Federal, com o já costumeiro brilho intelectual da Dra. Luiza Dias Cassales, opina pela denegação da segurança (fls. 29/30).

É o relatório». (Fls. 32/33).

Decidindo, cassou a liminar e denegou a segurança impetrada.

Irresignada, recorreu a Impetrante, pugnando pela integral reforma da sentença (fls. 37/40).

Contra-razões às fls. 41/42, pela manutenção da sentença.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição.

Oficiando no feito, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador da República, Dr. Nelson Parucker, com o referendo do Subprocurador-Geral, Dr. Valim Teixeira, opina pelo desprovimento do recurso.

Relatei.

EMENTA: Administrativo. Acumulação de cargo e emprego públicos. Constituição Federal, art. 99, § 2º.

1. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no art. 99 da Constituição Federal, é vedada a acumulação de cargos e empregos públicos.

2. Recurso improvido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Ao denegar a segurança, o eminente julgador de 1º grau o fez com a seguinte motivação:

«A impetrante mantém vínculo empregatício com o INAMPS e, ao mesmo tempo, pertence ao Quadro de Cargos de Provedimento Efetivo, sendo regida pelo Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre, tendo ingressado, na Municipalidade, em 4-12-76, no cargo de auxiliar de enfermagem, da Secretaria de Saúde e Serviço Social (fl. 25). Portanto, de um lado é funcionária pública municipal: de outro, contratada sob as regras da Consolidação das Leis do Trabalho (fls. 8/15).

A autarquia tomou providências para que optasse por uma dessas duas situações. E, com a máxima razão. É que, na forma do artigo 99, § 2º, da Constituição Federal, vedado tal tipo de acumulação.

Bem salientado pelo Ministério Público Federal:

‘Não existe direito adquirido sobre ato ilegal. Ato ilegal, no caso em exame, inconstitucional, não pode gerar direitos que garantam a sua manutenção’. (Fl. 29).

Isto posto, cassando expressamente a liminar, denego a segurança impetrada por Leticia Franco de Azambuja contra ato do Senhor Superintendente Regional do INAMPS». (Fl. 33)

Incensurável a r. sentença hostilizada.

Nem se diga, como insinua a Apelante, que o fato de exercer um emprego público estaria a afastar a vedação legal, pois o texto Constitucional é claro nesse sentido. Veja-se:

«Art. 99.»

§ 2º A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou *empregos* em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.» (Grifei)

De igual modo, resta ao desabrigo de norma legal a invocação de direito adquirido, pelo fato de encontrar-se em tal situação há mais de três anos.

Aliás, não se compraz o direito adquirido com situações de ilegalidade, pois o ato nulo não gera qualquer efeito, devendo a Administração ou o Judiciário declará-lo como tal a qualquer tempo.

E, por derradeiro, não se há de dizer que por ser a atividade da Impetrante tida como de paramédico, tal fato estaria a ensejar a permissão do art. 99, IV, da CF.

A norma constitucional permite, ali, a acumulação de 2 cargos privativos de médico, não se prestando tal comando a interpretações extensivas ou ampliativas, vez que os preceitos proibitivos interpretam-se restritivamente.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 102.794-RS (Reg. nº 4.968.417). Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima — Apelante: Leticia Franco de Azambuja — Apelado: INAMPS — Advogados: Lúcia Terezinha Maria Trajano e outro e Gamaliel Vespúcio Cabral Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 28-11-86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.932 — RJ
(Registro nº 5.865.344)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Apelante: *Sebastião Dodel dos Santos*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Sylvio Cláudio e outros*

EMENTA: Mandado de Segurança — Gratificação de nível superior — Art. 5º do Decreto-Lei nº 1.709/79.

— A Gratificação de Nível Superior, na forma do art. 5º do Dec.-Lei nº 1.709/79, so será computada para o cálculo do provento da inatividade do funcionário que, ao se aposentar, com 35 (trinta e cinco) anos ou mais de serviço, esteja percebendo uma das gratificações instituídas pelo Decreto-Lei nº 1.445/76.

— Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, em 25 de março de 1986 (data do julgamento).

FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente (Em exercício) e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O feito se encontra perfeitamente resumido no parecer da ilustrada Subprocuradoria às fls. 49/50, nestes termos:

«Trata-se de apelação interposta por Sebastião Dodel dos Santos contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara do Rio de Janeiro, denegatória da segurança por ele impetrada contra ato do Diretor do Pessoal Civil do Ministério da Aeronáutica, que indeferiu, no âmbito administrativo, o pedido formulado pelo impetrante, de perceber, como acréscimo em seus proventos, a gratificação de nível superior regulada pelo Dec.-Lei nº 1.820/80.

Irresignado com o indeferimento do pleito formulado na esfera administrativa, o impetrante valeu-se da ação ora examinada, à pretensão de que a autoridade dita coatora seja compelida a lhe pagar dita gratificação, na base de 20%, desde a vigência do DL 1.820/80.

Prestadas as informações, e ouvido o representante do Ministério Público Federal, o ilustre julgador *a quo*, sentenciando, denegou a segurança pleiteada, sob o fundamento de que o impetrante aposentou-se anteriormente à vigência do Decreto-Lei nº 1.709/79, quando a gratificação de nível superior passou a integrar os proventos da inatividade. (Fls. 36/39).

Irresignado, o impetrante interpôs o apelo de fls. 43/44, contra-arrazoado à fl. 46.»

Conclui a d. Subprocuradoria por opinar no sentido do improvemento do apelo.

E o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, o autor, Cirurgião-Dentista, aposentado desde 10 de maio de 1968, impetrou o presente Mandado de Segurança, objetivando o recebimento da Gratificação de Nível Superior, na forma do Decreto-Lei nº 1.709/79.

O Impetrante embasa o seu pedido no art. 5º da norma legal em apreço, que diz, *verbis*:

«A Gratificação de Produtividade e a Gratificação de Atividade, instituída pelo Decreto-Lei nº 1.445, de 13 de fevereiro de 1976, sobre as quais incidirá o desconto previdenciário, serão computadas para o cálculo do provento da inatividade do funcionário que, ao se aposentar com 35 (trinta e cinco) anos ou mais de serviço, esteja percebendo qualquer das aludidas gratificações.»

Como se observa, para que o Requerente tivesse direito à gratificação em discussão, teria que, ao se aposentar, estar percebendo uma das gratificações instituídas pelo Decreto-Lei nº 1.445/76.

As informações dos autos (fls. 7 e 15), dão conta de que o Impetrante foi aposentado em 10 de maio de 1968.

Ora, se uma das condições para que o funcionário inativado tivesse incorporada aos seus proventos a Gratificação de Nível Superior, seria que estivesse percebendo uma das gratificações de que trata o Decreto-Lei nº 1.445/76, é evidente que tendo se aposentado antes desta data, não poderia estar em gozo de qualquer das vantagens ali estabelecidas, de vez que sequer existiam.

Tendo o *v. decisório a quo* perfilhado esta linha de entendimento, sou pela sua confirmação *in totum*.

Com estas considerações, nego provimento ao apelo.

Ê o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 103.932-RJ (Reg. nº 5.865.344) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini — Apte.: Sebastião Dodel dos Santos — Apda.: União Federal — Advs.: Drs. Sylvio Cláudio e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Terceira Turma — 25-3-86).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Nilson Naves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 104.355 — GO
(Registro nº 5.647.541)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Apelante: *Universidade Federal de Goiás*

Apelados: *Maurício Campos Palmerston e outros*

Remetente: *Juízo Federal em Goiás*

Advogados: *Drs. Teodoro de Araújo Aragão Filho e outros, Marilda Helena dos Santos, Pedro Afonso Bezerra de Oliveira*

EMENTA: Administrativo — Funcionário — Remuneração — Limite — Universidade — Regime especial.

— Sendo a universidade conceituada como entidade autárquica em regime especial, o servidor ocupante de cargo de direção tem direito a optar por perceber, a título de honorários, a maior remuneração e vantagens pagas a empregados dessa mesma entidade, acrescida de 20% (vinte por cento) da remuneração do cargo para o qual tenha sido eleito, nomeado ou designado, na forma do art. 3º do Dec.-Lei nº 1.971/82.

— Apelo desprovido.

— Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente — FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Maurício Campos Palmerston e outros, todos integrantes da administração superior da Universidade Federal de Goiás, impetram mandado de segurança contra ato da Professora, Dra. Maria do Rosário Casimiro, na condição de Magnífica Reitora da Universidade, alegando, em

síntese, que, na condição de integrantes do primeiro escalão administrativo, quer como pró-reitores, quer como diretores de unidades, quer como integrantes da administração superior, optaram, a partir de 1º de janeiro deste ano, por perceber os honorários previstos no Decreto-Lei nº 1.971, de 30 de novembro de 1982. Mais, que esses honorários lhes foram pagos regularmente no primeiro semestre, mas, no mês de julho, sem que fossem devidamente cientificados, lhes foram retirados, por determinação pessoal da autoridade indicada como coatora, fato este que afetou sobremaneira a programação orçamentária dos impetrantes, com reflexos nos encargos familiares, conforme demonstração que fizeram.

No tocante ao direito, argumentaram que a Universidade Federal de Goiás é uma autarquia em regime especial, com todas as implicações decorrentes dessa categoria, como está expresso no art. 1º de seu Estatuto, aprovado pela Portaria Ministerial nº 714, publicada no *Diário Oficial* da União do dia 23-12-81. Portanto, no seu dizer, ajustada às exigências do Decreto-Lei nº 1.971/82 e Parecer do Sr. Consultor Jurídico do Ministério da Educação e Cultura, de cujo trabalho transcreveram alguns trechos mais elucidativos. Elucidaram, por fim, a certeza e liquidez de suas pretensões e deram ênfase às decisões que neste sentido vêm sendo proferidas em outras Seções Judiciárias Federais, notadamente na do Ceará, onde a impetrante recebeu parecer favorável da douta Procuradoria da República e foi deferida e confirmada a liminar.

Solicitadas, foram prestadas as informações, nas quais a autoridade indigitada coatora destaca que a gratificação a título de honorários a que se refere esta impetração, foi paga pela Universidade no período de janeiro a junho deste ano, cessando a partir de julho, por determinação do Sr. Secretário-Geral do Ministério da Educação, que, por sua vez, se baseou em pronunciamentos do DASP, que defende a tese de que as Universidades Federais Autárquicas não são entidades em regime especial, o que afasta de seus diretores e dirigentes o direito de opção de que trata o Decreto-Lei nº 1.971/82. Conclui as informações alegando que o DASP, por solicitação do Gabinete Civil da Presidência da República, decidiu que o art. 4º da Lei nº 5.540, de 28-11-68, «estabeleceu, apenas, a diretriz que as Universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados deveriam ser erigidas em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público, sem operar essa caracterização, de imediato, subsistindo a situação das entidades e dos servidores existentes na data de sua vigência».

Houve manifestação da douta Procuradoria opinando pela denegação do *mandamus*.

A r. sentença de primeiro grau adotou a tese dos impetrantes, razão por que concedeu a segurança, *para restabelecer a vantagem a partir do mês de julho e assegurar a percepção de sua continuidade, pelos impetrantes, enquanto desempenharem cargos junto à administração superior da Universidade*. Recorreu de ofício.

Houve apelo por parte da Universidade (fls. 167/173) e os recorridos responderam às fls. 176/190.

Subiram os autos e, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, com parecer da lavra do Dr. Nelson Parucker e aprovado pelo Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, é pela confirmação da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, entendo que, se o legislador, realmente, ao editar as normas consubstanciadas no Decreto-Lei nº 1.971/82, teve como escopo, exclusivamente, os servidores dos entes paraestatais de natureza econômica, não foi suficientemente claro no aludido diploma legal. Limitou-se a estipular que ditas regras aplicavam-se às autarquias de regime especial e, a Universi-

dade de Goiás, em foco, indubitavelmente, se constitui numa dessas personalidades jurídicas. Claro está que não será por via de interpretação do DASP que se desnaturalizará tal caracterização.

Acerca do assunto, em recentíssimo voto (julgado em 31-5-85), o eminente Ministro Evandro Gueiros, julgando o REO nº 102.966-CE, foi favorável à pretensão dos impetrantes, confirmando a r. sentença de primeiro grau. O aresto ficou assim ementado:

«Ensino superior. Universidade: Autarquias em regime especial (Lei nº 5.540/68, art. 4º).

— A autarquia, dentro da finalidade a que se destina, pode ser *educacional e cultural*, constituindo-se, como instituição federal de ensino superior, em “autarquia educacional de regime especial”, vinculada ao Ministério da Educação.

— Aplicação da Lei nº 5.540/68, art. 4º. Estrutura salarial (Decreto-Lei nº 1.971/82, art. 3º).»

Para chegar a tal conclusão, S. Exa., na oportunidade, teceu as seguintes considerações:

«O pronunciamento do DASP foi obedecido a contragosto pela Universidade, porque não se conciliaria com o critério da sua Procuradoria-Geral, adotado em harmonia com as manifestações dos órgãos jurídicos de outras Universidades autárquicas sobre a inteira aplicabilidade do Decreto-Lei nº 1.971/82.

É certo, ainda — conforme sustenta — que o Parecer DASP nº 374/83 não merece aplausos quando sustenta a tese de que as Universidades Federais não são autarquias especiais, pois o contrário está dito na Lei nº 5.540/68, art. 4º, e na Lei nº 6.120/70, art. 1º. Assim também opinou a Consultoria Geral da República, no Parecer nº 1-239, 4.9.1973. Mas, como ao DASP cabe coordenar, supervisionar, controlar e traçar diretrizes em matéria de pessoal, outra posição não poderia tomar a Universidade, tanto mais porque as determinações vieram por intermédio do MEC (fl. 19).

O DASP nega aplicação aos arts. 1º e 4º, do Decreto-Lei nº 1.971/82, às Universidades Federais, que não devem ser consideradas como “autarquias em regime especial”, mas entidades jurídicas cujos servidores estejam sujeitos a regime especial de trabalho. Compõem tão-somente, a administração autárquica da União, sem integrar, portanto, as chamadas entidades estatais (fl. 21).

Prefiro ficar, todavia, com o Parecer nº 32/83-CJ/MEC, da lavra do Dr. Álvaro Alvares da Silva Campos, Consultor Jurídico, onde sustenta, com razão, que tais instituições de ensino superior foram transformadas em “autarquias de regime especial” pelo Decreto nº 70.686/82 e por força da Lei nº 5.540/68, art. 4º. Tanto as Universidades como os estabelecimentos isolados de ensino superior, quando oficiais, organizam-se sob a forma de autarquia de regime especial ou fundações de direito público. Ora, o Parecer nº P-027, da Consultoria Geral da República afirma que as fundações educacionais estão abrangidas pelas disposições do Decreto-Lei nº 1.971/82.

Oportuna e lúcida é, a respeito, a opinião do Procurador-Geral da Universidade Federal do Ceará, trazida às fls. 36/39. Apos citar Mierelles, quando ensina que à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo, classifica, doutrinariamente, essas entidades, situando a Universidade entre as autarquias *educacionais e culturais*. Passando desse critério finalístico ao cenário jurídico, o parecerista acha, então, que as Universidades são instituições federais de ensino superior constituídas como “autarquias educacionais” de re-

gime especial e vinculadas ao MEC. Essa orientação, corporificada na Lei nº 2.373/54, que criou a UFC, foi aprovada pelo CFE, conforme Parecer nº 414/74 homologado pelo Ministro da Educação e Cultura. O tema desaguou, pois, na Lei nº 5.540/68, art. 4º, onde se lê, igualmente, que “as Universidades e os estabelecimentos isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial”.

Como também entendo desta forma, como inicialmente esclareci, nego provimento ao apelo interposto para confirmar a r. sentença monocrática.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 104.355-GO — (Reg. nº 5.647.541) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini — Apte.: Universidade Federal de Goiás — Apdos.: Maurício Campos Palmerston e outros — Remte.: Juízo Federal em Goiás — Advs.: Drs. Teodoro de Araújo Aragão Filho e outros, Marilda Helena dos Santos, Pedro Afonso Bezerra de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida (Terceira Turma — 27-5-86).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 104.937 — SC
(Registro nº 6.111.378)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Apelante: *Altair Guide*

Apelado: *Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia — 10ª Região*

Advogados: *Drs. Werner Backes e outros e João Henrique Blasi*

EMENTA: Mandado de Segurança — Efeitos patrimoniais — Decadência — Necessidade de arguição.

— É defeso ao Juiz decretar a decadência ou prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes (arts. 219, § 5º, e 220 do CPC e art. 166 do Código Civil).

— Apelo provido para determinar ao julgador monocrático que profira nova sentença apreciando o mérito da questão.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença em ordem a que outra seja proferida quanto ao mérito do pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 13 de junho de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente. FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Altair Guide contra ato do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Santa Catarina, representado por seu Presidente que, em data de 26-7-82, proferiu decisão, por maioria de votos, no sentido de suspender o exercício profissional do Impetrante pelo período de 2 (dois) anos.

A sentença de fl. 86 indeferiu o pedido inicial, em virtude do reconhecimento da decadência do direito, determinando o arquivamento dos autos.

O impetrante apela da sentença, sustentando que a decisão recorrida considerou a fluência do prazo de cento e vinte dias previsto no art. 18 da Lei 1.533/51 a partir da

ciência do ato impugnado e não do término do prazo previsto para apresentação de recurso com efeito suspensivo (art. 78 da Lei 5.194/66), conforme determinam a jurisprudência e a doutrina.

Contra-razões vieram às fls. 211/214, após o que subiram os autos e, com o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido do provimento do apelo para que se reforme a r. sentença de primeiro grau, vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, este o parecer do Dr. Arthur de Castilho Neto, Procurador da República, aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Aristides Junqueira Alvarenga:

«Entendemos que assiste razão ao Apelante.

Realmente os doutrinadores (Hely Lopes Meirelles — «Mandado de Segurança e Ação Popular» — 10ª ed. pág. 24 — e Sérgio Sahione Fadel — «Teoria e Prática do Mandado de Segurança — Ed. Konfino — 1976 — pág. 90) e a jurisprudência de nossos Tribunais (AMS 89.104-RJ, Rel. Min. Carlos Mário Velloso — 4ª Turma, DJU de 26-2-81) têm exigido, para a impetração do mandado de segurança, que o ato impugnado seja operante exequível. Na hipótese dos autos, esse ato somente se teria tornado operante exequível após o decurso de prazo de sessenta dias, previsto para a manifestação do recurso com efeito suspensivo, isto é, a partir de 4 de outubro de 1983.

Tendo sido distribuída a ação no dia 23 de janeiro de 1984, não houve decadência do direito do impetrante.

Aliás, Hely Lopes Meirelles é bem claro, na obra citada acima, quando afirma:

«... se admite recurso com efeito suspensivo, contar-se-á do término do prazo para o recurso (se não for interposto) ou da intimação do julgamento final do recurso (se interposto regularmente)» (op. cit. p. 24).

Ademais, tendo, como tem, a presente impetração efeitos patrimoniais, o Juízo *a quo* não poderia decretar a decadência de direito, sem prévia argüição, nos termos dos arts. 2º, 128 *in fine*, 219, § 5º, e 220 do CPC e 166 do Código Civil».

Os artigos a que se refere a douta Subprocuradoria tratam da prestação da tutela jurisdicional pelo juiz, quanto a parte a requerer, sendo, por isso, defeso ao magistrado conhecer de questões não suscitadas, e, especificamente, no artigo 166 do Código Civil temos que «o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes».

Conforme dito anteriormente, este eg. Tribunal tem pronunciamentos sobre a questão e, por sua adequação ao caso, transcrevo a ementa do v. Acórdão da AMS 90.332-SP, em que foi Relator o eminente Ministro Gueiros Leite (*in* RTFR 105/277), *verbis*:

«Mandado de Segurança. Efeitos patrimoniais. Decadência. Necessidade de argüição.

— Tanto a decadência como a prescrição só devem ser decretadas pelo juiz mediante provocação da parte, pois essa é a regra contida nos artigos 219, § 5º, do CPC e art. 166 do CC, à exceção apenas dos casos que não tenham por objeto direitos patrimoniais. A respeito leiam-se os arts. 2º, 128, 2ª parte, e 220 do CPC.

— Recurso provido para arrear os empecos judiciais ao exame de mérito do «writ».

Assim, dou provimento ao apelo do impetrante para reformar integralmente a r. sentença de primeiro grau, arrear a preliminar de decadência e determinar ao julgador monocrático que profira nova sentença apreciando o mérito da questão.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 104.937-SC (Reg. nº 6.111.378). Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini — Apte.: Altair Guidi — Apdo.: Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia — 10ª Região — Advs.: Drs. Werner Backes e outros e João Henrique Blasi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença em ordem a que outra seja proferida quanto ao mérito do pedido (Terceira Turma — 13-6-86).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APelação EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 105.506 — RJ
(Registro nº 4.309.995)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Apelante: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT*

Apelados: *Auto Viação Paraense Ltda., Viação Madureira Candelária Ltda., Viação São José Ltda. e Auto Viação Vera Cruz Ltda.*

Advogados: *Drs. Hercílio Moreira e Sant'Anna e outros, Eneas da Silva Bueno, José Marcos Gomes, Fernando José Barbosa de Oliveira e Célio Alves da Costa e outros*

EMENTA: ECT — Passe livre.

«As empresas concessionárias de transporte coletivo urbano são obrigadas a conceder passe livre aos distribuidores de correspondência postal e telegráfica, quando em serviço.» (Súmula nº 237/TFR).

Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 18 de agosto de 1987 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, para compelir as empresas Auto Viação Paraense S/A e outras a fornecer passe livre para os seus carteiros e mensageiros.

Denegada a segurança e interposto recurso de apelação nesta Instância, o eminente Relator, Ministro Gueiros Leite, propôs a remessa dos autos à 1ª Seção, para uniformização de jurisprudência (art. 116 do RI), resultando no julgamento do incidente constante de fls. 358/376.

Como sucessor do Relator, foram-me os autos redistribuídos para julgamento do mérito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): Concluindo a E. 1ª Seção pela legalidade da discutida obrigatoriedade de passe livre aos carteiros e mensageiros da ECT, foi editada a Súmula nº 237, cujo enunciado proclama:

—«As empresas concessionárias de transporte coletivo urbano são obrigadas a conceder passe livre aos distribuidores de correspondência postal e telefônica, quando em serviço.»

Desta forma, a r. sentença de primeiro grau merece ser reformada para que se conceda o mandado de segurança, de acordo com o entendimento jurisprudencial ora consolidado.

Isto posto, dou provimento ao apelo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 105.506-RJ — (Reg. nº 4.309.995) — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha — Apte.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT — Apdos.: Auto Viação Paraense Ltda. e outros, Viação Madureira Candelária Ltda., Viação São José Ltda. e Auto Viação Vera Cruz Ltda. — Advs.: Drs. Hercílio Moreira e Sant'Anna e outros, Eneas da Silva Bueno, José Marcos Gomes, Fernando José Barbosa de Oliveira e Cêlio Alves da Costa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (2ª Turma — 18/8/87).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Sousa. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 107.001 — RS
(Registro nº 6.324.436)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*
Apelante: *Excelsior S/A Hotéis de Turismo*
Apelada: *União Federal*
Advogado: *Dr. Arno Uhlein*

EMENTA: «Tributário — Imposto de Renda — Incentivos fiscais — PIS — Decreto 85.450/80.

De acordo com o disposto no art. 480 do referido diploma legal, a contribuição para o PIS corresponde a 5% do Imposto de Renda devido pelas pessoas jurídicas, e, normalmente, é deduzida do valor de tal tributo. Se o contribuinte, entretanto, goza de isenção, dita contribuição será calculada sobre o imposto que seria devido se não fizesse jus ao favor, mas não poderia ser deduzida de tributo inexistente. *Apelação desprovida».*

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Mandado de segurança requerido por Excelsior S.A. Hotéis de Turismo contra ato do Delegado da Receita Federal em Porto Alegre, foi assim relatado pelo Dr. Juiz da causa ao proferir a sua sentença:

«Nos dizeres da inicial, o Impetrante é titular de projeto aprovado pela Empresa Brasileira de Turismo. Nessas condições, obteve a isenção do Imposto de Renda sobre as receitas oriundas das atividades de hotelaria no período de 05 de julho de 1976 e 05 de julho de 1986. Daí porque, se não tivesse auferido receitas decorrentes de aplicações financeiras, nada pagaria, a título de Imposto de Renda, no exercício de 1983. Em face dessa circunstância, decla-

rou no aludido exercício como tributo a pagar 537,51 ORTN, da seguinte forma: 372,90 ORTN como Imposto de Renda e 164,61 como contribuição devida ao PIS. Vem, agora, de ser notificada pela Delegacia da Receita Federal a recolher, à guisa de Imposto de Renda, a diferença de 136,67 ORTN. Tudo porque no entendimento fazendário, embora correta a declaração de renda quanto ao montante do tributo nela lançado, o Impetrante teria calculado a maior a soma devida ao PIS. Desta sorte, a composição do tributo seria a seguinte: 509,57 ORTN a título de Imposto de Renda e a diferença à guisa de contribuição para o PIS, no mesmo total de 537,51 ORTN. Toda a questão está em saber se a contribuição devida ao PIS deve ser calculada sobre o Imposto de Renda efetivamente devido ou sobre aquele que seria devido se a empresa dele não estivesse isenta. Fora de toda dúvida, o RIR/80, no art. 480, § 3º, optou pela última hipótese. Assim, a exigência fazendária não pode prosperar e daí a presente impetração com o pedido de que seja anulado o lançamento suplementar (fls. 02/08).

A medida liminar foi deferida «para suspender a exigibilidade do crédito fiscal» (fl. 21) e nas informações a autoridade fez ver que a Impetrante goza do direito à isenção apenas quanto ao lucro decorrente da atividade operacional de hotelaria. Quanto ao mais, está sujeita ao tributo. Para os efeitos da lide, essas duas espécies de receita — de um lado, as provenientes da atividade de hotelaria; de outro, as restantes — devem ser consideradas isoladamente. O Imposto de Renda isento alcançou, no exercício de 1983, a importância de 2.733,28 ORTN. Sobre esse montante, a Impetrante deveria ter recolhido, na forma do art. 480, § 3º, do RIR/80, com recursos próprios, o percentual de 5% correspondente a 136,97 ORTN. O Imposto de Renda devido resultou em 558,97 ORTN, sobre cuja soma a Impetrante tem o direito de deduzir 5% para o PIS, no montante de 27,64 ORTN. Está visto assim que a Fazenda não entende deva a contribuição relativa ao PIS ser menor do que a declarada pela Impetrante. O valor correto é efetivamente de 164,61 ORTN. O dissídio decorre de que, no seu entendimento, apenas parte desse valor pode ser deduzido do Imposto de Renda a pagar. O respectivo saldo deve ser recolhido com recursos próprios da Impetrante (fls. 24/26).

O Agente do Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança, adotando, «por coincidentes com as suas, as razões de entendimento manifestadas pela autoridade indigitada coatora» (fl. 29).»

Decidiu depois o Dr. Juiz:

«Na forma do art. 3º da Lei Complementar nº 7, de 1970, o Fundo de Participação do Programa de Integração Social é constituído de duas parcelas: a) a primeira, formada por valores deduzidos do Imposto de Renda devido pelas empresas; b) a segunda, por recursos próprios da empresa, calculados com base nos respectivos faturamentos. Nos termos do respectivo § 3º, «as empresas que a título de incentivos fiscais estejam isentas, ou venham a ser isentadas, do pagamento do Imposto de Renda, contribuirão para o Fundo de Participação, na base de cálculo como se aquele tributo fosse devido, obedecidas as percentagens previstas neste artigo». Quer dizer, nesses casos, em cujo rol se inclui o caso da Impetrante, a isenção do Imposto de Renda não desonera as empresas de recolherem a contribuição, com recursos próprios, para o Fundo de Participação do Programa de Integração Social. Aqui o Imposto de Renda que seria devido se não houvesse a isenção teria alcançado o montante de 2.733,28 ORTN. Logo, a Impetrante deveria haver recolhido, com recursos próprios, a título de contribuição para o Fundo de Participação do Programa de Integração Social, a quantia de 136,67 ORTN. Essa quantia mais aquela de 27,94 ORTN (legitimamente deduzida do Imposto de Renda a pagar) chega a total de 164,61 ORTN, que é o total devido incontrovertidamente ao Fundo de

Participação do Programa de Integração Social. A questão está em saber se esse montante poderia ser deduzido integralmente do Imposto de Renda devido, ou não. E a resposta, com base na legislação citada, só pode ser negativa. E que, relativamente ao Imposto de Renda isento, a empresa deve recolher a indigitada contribuição com recursos próprios (artigo 3º, § 3º, da Lei Complementar nº 7, de 1970).

Ante o exposto, declarando a insubsistência da medida liminar, denego a segurança. Registre-se. Intimem-se.»

Inconformada apelou a impetrante reiterando as alegações da inicial sumariadas no relatório lido, e, nesta instância, a Subprocuradoria ofereceu parecer contrário ao provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Dispôs o Decreto 85.450, de 4-12-80 (Regulamento do Imposto de Renda), em seu art. 480:

«Art. 480. As pessoas jurídicas deverão deduzir 5% (cinco por cento) do imposto devido, para recolhimento ao Fundo de Participação do Programa de Integração Social — PIS (Lei Complementar nº 7/70, art. 3º, a, e § 1º).

§ 1º — O recolhimento de que trata este artigo deverá ser efetuado juntamente com o do imposto (Lei Complementar nº 7/70, art. 3º, a).

§ 2º — A dedução a que se refere este artigo será feita sem prejuízo do direito de utilização dos incentivos fiscais previstos na legislação em vigor (Lei Complementar nº 7/70, art. 3º, § 1º).

§ 3º — As empresas que, a título de incentivos fiscais, estejam isentas do imposto contribuirão para o Fundo de Participação, obedecida a percentagem prevista neste artigo, a qual incidirá sobre o total do tributo que seria devido se não houvesse isenção (Lei Complementar nº 7/70, art. 3º, §3º).»

Como se vê a contribuição para o Fundo de Participação do Programa de Integração Social — PIS, correspondente a 5% do Imposto de Renda devido pelas pessoas jurídicas, e, normalmente, é deduzido do valor do tributo referido.

Se, entretanto; o contribuinte é isento do imposto, dita contribuição será calculada sobre o imposto que seria devido se não gozasse do favor, mas não poderá ser deduzida de tributo inexistente, cabendo-lhe, assim, fazer o pagamento respectivo, como decidiu a sentença.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 107.001-RS (Reg. nº 6.324.436) — Rel.: Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: Excelsior S/A Hotéis de Turismo. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Arno Uhlein.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 27-5-87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 107.072 — MG
(Registro nº 6.214.940)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Apelante: *Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Eryma Carneiro e outros*

EMENTA: Administrativo. Mandado de Segurança. Contribuições para o PIS/PASEP. Recurso. Decreto nº 70.235/72.

I — A interposição de recurso de ofício pela autoridade administrativa-fiscal, que decidiu consulta formulada por contribuinte, não impede a instauração de procedimento fiscal, pelo não atendimento do decidido.

II — Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 29 de abril de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Leio o relatório da sentença que bem elucidou a controvérsia:

«*Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A* impetrou este Mandado de Segurança «contra ato do *Sr. Delegado da Receita Federral*, em Juiz de Fora...», aos seguintes fundamentos:

O Impetrante sempre foi considerado sociedade anônima de direito privado, pois suas atividades são iguais 'a de todos os Bancos comerciais privados, além de ter se constituído, normalmente, como qualquer entidade privada. Embora não sendo empresa pública ou sociedade de economia mista, por não

ter sido criada por lei, o Estado de Minas Gerais detém, atualmente, a maioria de suas ações. Tendo sua condição de empresa privada reconhecida, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, no processo SA-1757/70 (D.J. 05.10.70, pág. 4610), vem contribuindo para o PIS, nos termos da L. C. 7, de 07.09.70, a qual instituiu o Programa de Integração Social, cujo § 2º do seu art. 3º diz que «As instituições financeiras, sociedades seguradoras e outras empresas que não realizam operações de vendas de mercadorias participarão do Programa de Integração Social com uma contribuição ao Fundo de Participação de recursos próprios de valor idêntico do que for apurado na forma do parágrafo anterior». Por outro lado, o art. 3º estabeleceu, taxativamente, que só as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, da União, Estados, Municípios, DF e Territórios contribuirão para o PASEP, com o que ficou o Impetrante excluído desta contribuição. O D.L. 2.052, de 03.08.83, todavia, ao disciplinar a arrecadação e fiscalização do PIS/PASEP, previu, no seu artigo 14, que são contribuintes do PASEP, também, quaisquer outras entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. Apesar de entender que sendo sociedade privada, como reconheceu o STF, devendo, por isto, continuar a participar do PIS, nos termos da LC nº 7/70, com o fim de se acautelar contra interpretações diversas, apresentou consulta ao Impetrado, acerca da correção do seu entendimento. Foi intimado, em 29.06.84, da decisão proferida na consulta, segundo a qual, a partir do advento do DL 2.052/83, ...«quaisquer entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público são participantes contribuintes do PASEP, ficando dispensadas, portanto, da contribuição para o PIS, tanto repique, como dedução do Imposto de Renda». O exame de tal decisão demonstra que o Impetrado reconheceu que tal diploma alterou a sistemática até então vigente, entendendo que o Impetrante enquadra-se no inciso VI, art. 14, de tal DL, sujeitando-se a contribuir para o PASEP e não para o PIS, como dispõem as Leis Complementares nºs 7 e 8/70. Tal art. 14 — prossegue —, é inconstitucional porque não se pode equiparar, alterar ou revogar normas previstas em Lei Complementar. Discorre, a seguir, sobre o seu direito líquido e certo em contribuir para o PIS, demonstrando a supremacia das LCs 7 e 8, que a tanto lhe asseguram tal direito. Após outras considerações, requereu, dentre outras, a decretação da «ilegalidade praticada pela autoridade coatora, que está exigindo do Impetrante o pagamento das contribuições devidas ao PASEP, com base no art. 14 do D.L. 2052/83, quando, de acordo com a hierarquia das leis, não pode um simples decreto-lei (equiparável à lei ordinária) alterar normas constantes de Leis Complementares à Constituição Federal». Requereu, ainda, liminar.

À inicial vieram acostadas as peças de fls. 11/5. Preparo à fl. 16v. Deferida a liminar e solicitadas as informações (fl. 17), estas vieram aos autos (fls. 19/20), assim:

Da decisão proferida na consulta formulada pela Impetrante, embora esta não tendo recorrido, foi interposto recurso de ofício à Coordenação do Sistema de Tributação, não constando, ainda, a existência de manifestação deste, sobre a questão, até o presente. Não teve o início na DRF «qualquer ação fiscal para exigir da interessada o recolhimento do PASEP, não se tratando, portanto, o elemento anexado ao mandado de segurança impetrado de formalização de «exigência», como afirma a citada instituição bancária em sua peça, mas tão-somente de Decisão de Primeira Instância em processo de consulta, espontaneamente apresentado, e sujeita ainda à reformulação.»

O M.P.F., por seu D. Representante, à fls. 24/5, opinou pelo não conhecimento, à mingua de prova do alegado ou, se conhecido, pela concessão da segurança.»

O MM. Juiz não conheceu da Segurança, julgou extinto o processo ao argumento de que embora o Impetrante não tenha recorrido voluntariamente, o recurso de ofício obistou a exequibilidade da decisão, não havendo qualquer exigência fiscal contra o Banco, segundo as informações de fl. 20, e que a segurança não tem natureza preventiva.

Irresignado, apelou o impetrante com as razões de fls. 35/44, nas quais alegou ser uma sociedade anônima de direito privado, controlada pelo Estado de Minas Gerais, tendo a segurança sido pleiteada em caráter preventivo, para evitar o auto de infração e a conseqüente aplicação de sanções, face à decisão proferida pela autoridade coatora em consulta formulada pelo ora apelante. Sustentou, no mérito, que a finalidade da presente impetração é saber se um Decreto-lei pode alterar uma norma de Lei Complementar, pois, com base na Lei Complementar nº 7, de 07.09.70, sempre contribuiu para o PIS e, com o advento do Dec.-lei nº 2.052/83, passou a contribuir para o PASEP, conforme entendeu o impetrado.

Concluiu suas razões pedindo provimento do apelo para o fim de ser o processo devolvido ao Juízo de origem, para julgamento do mérito.

Neste Colendo Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 49/51, opinou pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

EMENTA: Administrativo. Mandado de Segurança. Contribuições para o PIS/PASEP. Recurso. Decreto nº 70.235/72.

I — A interposição de recurso de ofício pela autoridade administrativa-fiscal, que decidiu consulta formulada por contribuinte, não impede a instauração de procedimento fiscal, pelo não atendimento do decidido.

II — Apelação provida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O ponto nodal reside em saber se em face da legislação reguladora da espécie, a segurança deve ser ou não admitida.

O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que rege o procedimento administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, dedicou ao processo da consulta o Capítulo II, cujo art. 48, reza:

«Salvo o disposto no artigo seguinte, nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta até o trigésimo dia subsequente à data da ciência:

I — da decisão de primeira instância da qual não haja sido interposto recurso;

II — *omissis*.....»

Por sua vez, o art. 56 diz, textualmente:

«Cabe recurso voluntário, com efeito suspensivo, de decisão de primeira instância, dentro de trinta dias contados da ciência.»

A inteligência de ambos os artigos transcritos, se obtém em consonância com as normas do Julgamento em Primeira Instância previstas na Seção VI do Capítulo I. Senão vejamos.

Estabelece o art. 33, *in verbis*:

«Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.»

Já o art. 34, que cuida do recurso de ofício, evidencia as hipóteses para sua interposição, sem indicar os seus efeitos. Confira-se:

«Art. 34. A autoridade de primeira Instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I — exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo ou de multa de valor originário, não corrigido monetariamente, superior a vinte vezes o maior salário mínimo vigente no País;

II — deixar de aplicar pena de perda de mercadoria ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.»

Ora, não tendo interposto recurso voluntário, a partir do trigésimo dia subsequente à ciência da decisão, estava o Impetrante sujeito ao procedimento fiscal, se não passasse a recolher as contribuições dentro do entendimento administrativo resultante da consulta.

Dentro desta linha de raciocínio, entendo, *data venia*, que a impetração tem natureza preventiva, e como tal deve ser examinada e decidida.

Com estas considerações, meu voto é no sentido de dar provimento à apelação, para anular a r. sentença, a fim de que outra seja proferida, com exame do mérito.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 107.072 — MG (Reg. nº 6.214.940) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Apelante: Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A — Apelada: União Federal — Advogados: Drs. Eryma Carneiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma, em 29/04/87).

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 107.592 — SP
(Registro nº 7.182.007)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Requerente: *União Federal*

Requerido: *Juízo Federal da 1ª Vara/SP*

Litisconsórcio Passivo Necessário: *Mistral Indústria e Comércio Ltda.*

Advogados: *Drs. Alcino Guedes da Silva e outro*

EMENTA: Mandado de Segurança. Ato judicial. Suspensão de segurança. Pressupostos. Medida liminar. Lei 4.348/64, art. 4º..

I — Mandado de Segurança não pode atacar medida liminar proferida em Mandado de Segurança, por ser descabível. Quando a parte que se considerar lesada com o ato for pessoa jurídica de direito público, a seu requerimento pode pleitear, perante o Presidente do Tribunal, a suspensão da execução da liminar ou sentença proferida pelo juiz monocrático, somente nas hipóteses de verificação de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas e mediante o procedimento especial de suspensão de segurança — Lei nº 4. 348/64, art. 4º.

II — Indeferida a Suspensão de Segurança pelo Presidente do Tribunal, não comporta à parte pleitear que se suspenda a execução da liminar, por meio de Mandado de Segurança, invocando aqueles pressupostos que já foram examinados pelo Presidente do Tribunal.

III — Mandado não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do Mandado de Segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de novembro de 1985 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: A União Federal impetra Mandado de Segurança contra ato do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, que deferiu medida liminar, proferida nos autos do Mandado de Segurança, interposto por Mistral Indústria e Comércio Ltda. impugnando decisão do Delegado da Receita Federal em Campinas/SP que se negara a fazer a entrega de «selos de controle» do IPI, para maços de cigarros.

Alega a impetrante que a própria lei estabelece o controle dos selos do IPI para a indústria fumageira, através da Secretaria da Receita Federal, com base no art. 1º, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.593/77 e que as empresas desse setor devem manter registro especial junto ao Fisco.

Aduz que o registro especial da impetrante foi cancelado pelo Coordenador do Sistema de Fiscalização, e que cujo cancelamento foi ratificado pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Sustenta, ainda, que o cancelamento do registro especial da impetrante daqueles autos se deu em virtude de a mesma apresentar antecedentes que não justificavam a concessão.

Pediu a liminar sob o argumento de que haveria dano de difícil reparação e que a entrega de selos de controle causaria grave prejuízo à União.

À fl. 41 deferi a liminar.

A autoridade impetrada informa, às fls. 47/49, que a liminar foi deferida em atenção aos enunciados das Súmulas 70 e 547 do STF e, que diante da liminar deferida, a União Federal ingressou com Suspensão de Segurança perante o Presidente do Tribunal, requerendo fossem suspensos os efeitos da liminar então concedida.

Do despacho que deferiu a liminar, a litisconsorte agravou regimentalmente sob o argumento de que fora induzido a erro na inicial, de vez que, os pressupostos de suspensão dos efeitos da liminar foram apreciados pelo eminente Presidente do Tribunal nos autos da Suspensão de Segurança — fls. 51/58.

Reconsiderarei o despacho proferindo a decisão de fl. 60.

Às fls. 64/93 a litisconsorte se pronuncia juntando cópia de peças do «writ» na primeira instância.

A Subprocuradoria-Geral da República, pelo parecer de fls. 95/97, manifesta-se pela permanência do cancelamento do registro especial da empresa-impetrante levantando a inidoneidade e descumprimento reiterado de obrigação tributária e prática de conluio para fraudar o fisco federal.

Alega, ainda, que existe abuso por parte da autoridade impetrada, tendo em conta que a liminar foi deferida em maio de 1985 e que, até hoje, o processo não foi examinado.

A Subprocuradoria-Geral da República anexa parecer da Coordenação do Sistema de Fiscalização aduzindo matéria de mérito da impetração.

Determinei que a Suspensão de Segurança nº 5.709— SP fosse pensada aos presentes autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O presente *mandamus* foi impetrado contra a decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, que deferiu medida liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança requerido por Mistral — Indústria e Comércio Ltda.

Evidentemente, contra essa decisão nenhum recurso é cabível, a não ser um pedido de reconsideração ou, com muito esforço, Agravo de Instrumento.

Mas nos autos não há notícia de que quaisquer dessas medidas tenham sido tomadas, no que poderia subsistir o presente «writ» apenas para conferir efeito suspensivo ao recurso.

Noutra parte, para se suspender a execução de liminares proferidas pelos juízes monocráticos, a pessoa jurídica de direito público interessada deverá requerer ao Presidente do Tribunal Suspensão de Segurança, por meio do procedimento especial previsto na Lei n.º 4.348/64, quando da execução de medida liminar advir grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Esse é o caminho escorregado para se pretender a suspensão dos efeitos do ato atacado, e não via do presente *mandamus*.

A impetrante se utilizou dessa medida ao ingressar com a Suspensão de Segurança n.º 5.709 —SP, que determinei fosse apensada aos presentes autos por uma questão de uniformidade processual e conexão de matéria.

Entretanto, naquela Suspensão de Segurança, o Exmo. Sr. Ministro Presidente examinou todos os pressupostos de cabimento de deferimento do pedido, para mandar suspender os efeitos da liminar, então concedida pela autoridade impetrada.

O pedido foi indeferido, daí é que a impetrante se utilizou do Mandado de Segurança com pedido de liminar, objetivando cassar os efeitos daquela.

Nesta oportunidade, venho utilizar os próprios argumentos de que se valeu a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao se pronunciar em caso análogo. O parecer foi assim expresso:

«O Mandado de Segurança, conforme esse egrégio Tribunal, tem, acertadamente, se manifestado, através de notícias e reiteradas decisões, não pode ser empregado como um mero sucedâneo de recurso não interposto, adequadamente, pelo interessado, devendo ser reservado para as hipóteses em que, interposto o recurso cabível, e não possuindo o mesmo efeito suspensivo, possa a decisão causar dano irreparável ou de difícil reparação.

In casu, não só não houve a interposição do recurso, como também não é certo que a decisão impugnada seja suscetível de dano irreparável ou de difícil reparação, circunstância, por sinal, não alegada na peça vestibular.»

No mesmo sentido temos o MS 94.463, *in DJ* de 13-05-82; MS 90.432, *in DJ* de 14-05-81; MS 83.053 — SP, *in DJ* 27-11-80, Rel.: Min. Néri da Silveira; MS 89.783 — CE *in DJ* 12-12-80, Rel.: Min. Aldir Passarinho; e Ag 41.280 — DF, *in DJ* 19-02-81, Rel.: Min. Justino Ribeiro.

A jurisprudência também tem se inclinado exaustivamente no sentido do descabimento de Mandado de Segurança contra ato judicial de que caiba recurso quando a parte não se utiliza a tempo e modo do mesmo. (MS 83.506 — RJ, *in* 18-10-78, Rel.: Min. Carlos Velloso).

No caso presente, a inviabilidade do presente mandado é patente, pois, da decisão que defere medida liminar em primeira instância, o único caminho a ser utilizado seria o da suspensão de segurança que foi usado e indeferido pelo Presidente do Tribunal.

Ora, pela via do presente mandado quer a impetrante se substituir no recurso para obter decisão que suspenda liminar concedida em outro mandado.

A impetração traz apenas elementos de julgamento de mérito, que no caso é inconcebível, por estar afeto ao conhecimento do Juízo que apreciará a causa na primeira instância. Além do mais a impetrante omitiu na inicial e documentos a existência do indeferimento do pedido de Suspensão de Segurança, o que me levou a proferir uma primeira decisão liminar incabível na espécie, mas reconsiderarei-me a tempo, a pedido da litisconsorte.

O despacho que proferi foi do seguinte teor:

«À fl. 41 proferi despacho deferindo a medida liminar, por entender configurados os pressupostos do seu deferimento. Entretanto, a litisconsorte ao tomar conhecimento do referido despacho dele pede reconsideração e, no caso de sua manutenção, seja recebido o pedido como agravo regimental.

Razão assiste à litisconsorte. A liminar que deferi teve como fim suspender os efeitos da liminar concedida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, no receio de que aquela medida poderia causar dano de difícil reparação à União Federal. Ocorre que a litisconsorte traz ao meu conhecimento o inteiro teor do despacho proferido pelo eminente Ministro Presidente do Tribunal na Suspensão de Segurança nº 5.709 — SP, *in DJ* de 10-06-85, no qual foram examinados os pressupostos de grave lesão à ordem e à economia públicas, ponderou S. Exa. assim:

«Entretanto, a meu ver, tal incensurabilidade não basta ao convencimento de lesão à ordem e à economia públicas, quando nada no nível da gravidade pressuposta do provimento da suspensão autorizada pelo art. 4º da Lei 4.348/64. Deveras, se a assecuração do alegado direito se presta ao cometimento de novas fraudes, como se alega, isso haverá de ser ponderado no juízo de segurança, constituindo-se, justamente, no mérito da impetração; não cabe, pois, antecipar o acolhimento dessa contestação no juízo incidental da suspensão. Pelo exposto, indefiro o pedido.»

Como se vê, pelo caminho escurrito, foi examinada a questão da suspensão dos efeitos da liminar deferida pelo juízo de primeira instância, cuja suspensão foi indeferida. A suspensão de segurança requerida pela União Federal à Presidência do Tribunal, a qual cabe dela conhecer, não foi noticiada nos autos pela impetrante.

Reconsidero o despacho que proferi à fl. 41 dos autos para indeferir a liminar e restabelecer os efeitos daquela que foi concedida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Rondon Teixeira de Magalhães, com as minhas homenagens.

Decorrido o prazo assinado à litisconsorte para se manifestar quanto à impetração, com o seu pronunciamento ou não, abra-se vista dos autos à douta SGR, independentemente de nova conclusão. Expeçam-se as comunicações, com urgência.» (Fl. 60).

O descabimento da presente impetração não deixa dúvida.

Assinalo a ementa proferida pelo Ministro Geraldo Sobral no MS 102.562 —SP, *in DJ* de 09-05-85, nestes termos:

«Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato judicial. Pressupostos de admissibilidade.

I — So é cabível mandado de segurança para atacar ato judicial, quando a impetrante se utiliza, a tempo e modo, do recurso processual atinente, sem efeito suspensivo, e demonstra a possibilidade de dano iminente, irreparável através dos meios normais de composição, inclusive pela idoneidade patrimonial do adversário, a quem aproveita o ato impugnado.

Precedentes do TFR.

II — No caso sob apreciação contra a decisão atacada, o recurso próprio não foi ajuizado no prazo legal, motivo por que não se conheceu do *mandamus*.»

Por tais fundamentos, não conheço do Mandado e, se fosse para dele conhecer, o indeferiria pelos mesmos fundamentos.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, o Mandado de Segurança ataca liminar concedida em outro Mandado de Segurança em curso na Primeira Instância. Segundo entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, não cabe mandado de segurança contra liminar. A liminar, tanto quanto a segurança, afinal concedida, só podem ser suspensas através do Presidente do Tribunal, a que couber o conhecimento do recurso. É o que decorre expressamente no art. 4.º da Lei n.º 4.348, de 26-6-1964. Eis a ementa do referido acórdão, de que foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves (Reclamação n.º 1768 — SP, Pleno, Julg. 5-6-85):

«Reclamação. *Suspensão de liminar concedida em mandado de segurança.* Competência.

O meio processual próprio para a suspensão de liminar concedido em mandado de segurança é o requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal a que cabe recurso contra a decisão dele.

Esse procedimento não pode ser substituído por mandado de segurança, que visa à cassação de liminar obtida em outro mandado de segurança, e que o litisconsorte passivo da autoridade coatora impetra perante órgão judiciário do mesmo Tribunal que não será sequer competente para conhecer de recurso contra a decisão na primeira segurança.

Reclamação que se julga procedente por invasão de competência, declarando-se, conseqüentemente, a nulidade *ab initio*, por impossibilidade jurídica, do mandado de segurança impetrado perante Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo.»

Isto posto, também não conheço da impetração.

EXTRATO DA MINUTA

MS n.º 107.592 — SP (Reg. n.º 7.182.007) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli — Requerente: União Federal — Requerido: Juízo Federal da 1.ª Vara — SP — Litisconsorcio Passivo Necessário: Mistral Indústria e Comércio Ltda. — Advogados: Drs. Alcino Guedes da Silva e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do Mandado de Segurança. (Em 05-11-85 — 2.ª Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis e Miguel Ferrante votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 108.027 — RS
(Registro nº 6.866.131)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Remetente: *Juízo Federal da 1.^a Vara — RS*

Apelante: *Conselho Regional de Contabilidade — RS*

Apelado: *Flávio Vasques Rubim*

Advogados: *Drs. Marcus Soibelman Melzer e José Henrique de Freitas Valle e Silva*

EMENTA: Mandado de Segurança e Administrativo. Fiscal de ICM. Registro no CRC. Desligamento.

1. Para o exercício do cargo de Fiscal do Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM a lei estadual do Rio Grande do Sul exigiu, apenas, a conclusão de curso de «bacharelado em ciências jurídicas, econômicas, atuariais, contábeis, de administração ou de outro nível superior, correlata com as atividades fiscais».

2. Ilegal e abusivo o ato do Presidente do Conselho Regional de Contabilidade negando ao Impetrante o direito de desligar-se da entidade, com baixa do respectivo registro profissional.

3. O Impetrante não quer exercer a profissão de Contabilista, motivo pelo qual a isso o CRC não pode coagi-lo.

4. O Estado do Rio Grande do Sul não legislou sobre matéria de competência federal, mas respeitante a servidores públicos estaduais.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1986 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente — COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Inconformado com a sentença que concedeu segurança a Flávio Vasques Rubim para «determinar o cancelamento da inscrição do Impetrante perante o Conselho Regional de Contabilidade», este apela alegando que o primeiro julgado versa sobre Fiscal do IAPAS e o segundo a cargo público de múltiplas atividades. Sem contra-razões chegaram os autos ao Tribunal, tendo a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiado pelo improvimento do recurso.

Relatei.

EMENTA: Mandado de Segurança e Administrativo. Fiscal de ICM. Registro no CRC. Desligamento.

1. Para o exercício do cargo de Fiscal do Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM a lei estadual do Rio Grande do Sul exigiu, apenas, a conclusão de curso de «bacharelado em ciências jurídicas, econômicas, atuariais, contábeis, de administração ou de outro nível superior, correlata com as atividades fiscais».

2. Ilegal e abusivo o ato do Presidente do Conselho Regional de Contabilidade negando ao Impetrante o direito de desligar-se da entidade, com baixa do respectivo registro profissional.

3. O Impetrante não quer exercer a profissão de Contabilista, motivo pelo qual a isso o CRC não pode coagi-lo.

4. O Estado do Rio Grande do Sul não legislou sobre matéria de competência federal, mas respeitante a servidores públicos estaduais.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Decidiu o Dr. Ari Pargendler, MM. Juiz Federal da 1ª Vara do Rio Grande do Sul:

«O *thema decidendum* já foi objeto de exame pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos na AMS 86.734-PE, Rel. Min. José Cândido, assim ementada: 'Administrativo. Conselho Regional de Contabilidade. Inscrição. Fiscal do IAPAS. Não está obrigado a manter a sua inscrição no Conselho o técnico em contabilidade que restringe a sua atividade profissional às obrigações de agente fiscal autárquico. Sentença confirmada'. (DJU, 31-5-82, p. 5210). No mesmo sentido o acórdão prolatado na AMS 92.021-PE, Rel. Min. Armando Rollemberg, de seguinte ementa: 'Conselho Regional de Contabilidade. Não estão obrigados a registro no Conselho Regional de Contabilidade ocupantes de cargo público, cujas atribuições, fixadas em lei, não são exclusivas de contabilista, podendo desempenhá-las detentores de diplomas de outros cursos superiores' (DJU, 25-10-84, p. 17908). É essa a orientação que aqui se adota.

Ante o exposto, concedo a segurança para o efeito de determinar o cancelamento da inscrição do Impetrante perante o Conselho Regional de Contabilidade» (fl. 34).

O Conselho apelante não tem razão. Cabe-lhe, sem dúvida, fiscalizar o exercício da profissão de Contabilista e o respectivo registro dos profissionais da área. Contudo, lhe é vedado querer intervir na administração estadual impondo condição para o exercício de cargo ou função pública.

Para o exercício do cargo de Fiscal do Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM a lei estadual do Rio Grande do Sul exigiu, apenas, a conclusão de curso de 'bacharelado em em ciências jurídicas, econômicas, atuariais, contábeis, de administração ou de outro nível superior, correlata com as atividades fiscais'.

Ilegal e abusivo o ato do Presidente do Conselho Regional de Contabilidade negando ao Impetrante o direito de desligar-se da entidade, com baixa do respectivo registro profissional.

O Impetrante não quer exercer a profissão de Contabilista, motivo pelo qual a isso o CRC não pode coagi-lo.

O Estado do Rio Grande do Sul não legislou sobre matéria de competência federal, mas respeitante a servidores públicos estaduais.

Em hipótese semelhante originária do Estado de Pernambuco, o eminente Ministro Armando Rollemberg concluiu:

«Da leitura de tais disposições verifica-se que as atribuições do cargo são as mais amplas, e, por isso mesmo, pode ele ser ocupado por quem haja concluído cursos de Direito, Economia, Técnico de Administração ou Ciências Contábeis, indiscriminadamente, o que revela não serem as funções respectivas próprias de contabilistas, pois, da mesma forma que no concurso realizado foram aprovados vários portadores de diploma do Técnico de Contabilidade, poderiam ter sido aprovados apenas detentores de diplomas dos outros cursos mencionados na lei, que não poderiam estar obrigados a registro no Conselho Regional de Contabilidade.

.....

Dou provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança nos termos do pedido» (AMS 92.021-PE. Julg. em 27-8-84).

Faço ligeiro reparo ao r. julgado quando determina o cancelamento da inscrição perante o Conselho Regional de Contabilidade porquanto, conforme está no pedido (fl. 06), a segurança é concedida para determinar que a autoridade proceda ao cancelamento da inscrição do Impetrante.

Com este esclarecimento, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 108.027 — RS (Reg. nº 6.866.131) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima — Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara-RS — Apte.: Conselho Regional de Contabilidade-RS — Apdo.: Flávio Vasques Rubim — Advogados: Marcus Soibermann Melzer e José Henrique de Freitas Valle e Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 31-10-86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 108.452 — RJ
(Registro nº 6.293.778)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Remetente: *Juízo Federal da 14ª Vara — RJ*

Apelante: *Banco Nacional da Habitação*

Apelados: *Flávio Viriato de Sabóia e outros*

Advogados: *Drs. Paulo Martins Zenha Guimarães e outros, Paulo Sérgio da Costa Martins e outros*

EMENTA: Financiamento da casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação. Reajuste das prestações. Lei nº 4.380/64 e Decreto-Lei nº 19/66. Plano de Equivalência Salarial.

— O reajuste impugnado promana de ato do BNH, cuja execução, em cada Estado-membro, compete ao Gerente Regional. Os Decretos-leis nº 2.045/83, 2.065/83 e 2.164/84, embora aparentemente visassem a beneficiar, na verdade estabeleceram condições gravosas que implicaram o desvirtuamento de equivalência salarial contratualmente estipulada. Ilegitimidade passiva *ad causam*, falta de interesse processual e impetração contra lei em tese. Preliminares repelidas.

— Abstraido o acórdão do STF na Representação nº 1.288-3, cumpre ressaltar que a sentença de inferior instância mandou que o reajustamento das prestações se fizesse dentro do Plano de Equivalência Salarial, o qual, além de instituído pelo BNH, está previsto nos contratos, na linha, aliás, de campanha publicitária largamente difundida na imprensa pelo órgão oficial.

— Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 09 de março de 1987 (data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O Dr. Juiz Federal da 14ª Vara do Rio de Janeiro expôs a controvérsia nestes termos (fls. 435/441 — lê).

A sentença concedeu a segurança para que o reajuste das prestações dos impetran-tes fosse feito dentro do Plano de Equivalência Salarial (fls. 442/483).

Houve remessa *ex officio* e apelação do BNH, com as razões de fls. 485/491.

Contra-razões às fls. 559/565.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da sentença (fls. 570/572).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Não procedeu as prelimina-res suscitadas pela autoridade coatora e pelo órgão do Ministério Público na inferior instância.

O reajuste ora impugnado promana de ato do BNH, cuja execução, em cada Estado-membro, compete ao Gerente Regional, e produz resultados concretos junto aos agentes do SFH e aos mutuários. De afastar-se, portanto, a ilegitimidade passiva da au-toridade indigitada coatora, bem como a alegação de que o *mandamus* fora impetrado contra lei em tese.

Também não vinga a arguição de falta de interesse de agir, em face da edição dos Decretos-leis nº 2.045, de 13/07/83, 2.065, de 26/10/83 e 2.164, de 19/09/84. Esses di-plomias legais, embora aparentemente visassem a beneficiar, na verdade estabeleceram condições gravosas que implicaram o desvirtuamento da *equivalência salarial* contra-tualmente estipulada, tais como a modificação do do sistema de amortização para o da Tabela Price ou a exigência de alterar a avença mediante *aditivo-padrão*, cujos termos poderiam onerar ainda mais os interesses dos adquirentes da casa própria.

No concernente ao mérito, a Subprocuradoria-Geral da República invoca o acór-dão do Supremo Tribunal Federal na Representação nº 1.288-3, em que ficou assenta-do que:

«Não mais prevalecem, a partir do Decreto-lei nº 19/66, e com relação ao SFH, as normas dos §§ do art. 5º da Lei 4.380/64, com ele incompatíveis, mesmo porque o decreto-lei, editado com base no Ato Institucional nº 2/65, tem efeito de lei, inclusive revogando anteriores normas antagônicas, mesmo que tenham o caráter de lei formal.»

Peço vênua para divergir do Excelso Pretório na exegese dos textos em discussão, não obstante a autoridade de que se revestem os seus julgados.

Tenho enfatizado, em votos aqui proferidos, a finalidade altamente social da Lei nº 4.380/64, a qual, ao longo dos anos, foi relegada a plano secundário.

Escrevi, a propósito:

“É inquestionável, assim, o caráter tutelar da Lei nº 4.380/64, em decor-rência do que traça regras a serem observadas, de modo cogente, pelo Banco Nacional da Habitação e pelos demais agentes do sistema, tendo em vista os interesses a que visa proteger e a consecução do fim colimado.

E mais adiante, completando o raciocínio e enfrentando o problema relacionado com o advento do Decreto-lei nº 19/66:

Os parágrafos 4º e 5º do art. 5º conferem, destarte, ao mutuário o direito subjetivo de exigir a continuidade dessa *relação-teto* originariamente estabeleci-

da entre os seus ganhos, ou os de sua família, e as prestações mensais, em ordem a que se mantenha íntegra a equação econômico-financeira do contrato e, em consequência, a sua capacidade de adimplir.

De acentuar, contudo, que só, incidem os parágrafos em apreço, isto é, só, deve existir a relação de equivalência em se tratando de *aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes*. Se o imóvel tem outra destinação, como ocorre na compra de casa para veraneio ou de casa de natureza residencial, que vem somar-se à primeira, em localidade diversa, por exemplo, não é de aplicar-se compulsoriamente a limitação dos referidos parágrafos, pois, neste caso, desaparece o compromisso do sistema com os princípios de justiça social que lhe deram sustentáculo. Não está em causa a aquisição de casa para moradia do adquirente e sua família, assim compreendido o lar, o local de assentamento normal do núcleo familiar, de modo que não se faz mister a presença do seu braço protetor para preservar a capacidade de pagamento do mutuário.

Nem se argumente com o Decreto-lei nº 19, de 30 de agosto de 1966. Este texto normativo, embora pudesse fazê-lo, em face da legitimidade que lhe conferiu o art. 173, inciso III, da Constituição de 1967, não revogou a Lei nº 4.380/64 ou os parágrafos 4º e 5º do seu art. 5º, eis que se cingiu a transformar o reajustamento de facultativo em obrigatório, adotando, para tanto, os índices de correção fixados pelo Conselho Nacional de Economia, já previstos no parágrafo 1º do mesmo art. 5º, como regra geral.

Não seria mesmo de supor que o decreto-lei em referência cogitasse de tal revogação, vez que isto implicaria o sepultamento do próprio sistema financeiro da habitação, quando ainda persistia (e ainda persiste) o clamor das classes de pequena e média rendas pelo auxílio efetivo do Poder Público em setor de suma importância para a ordem social.”

Esta inteligência da Lei nº 4.380/84 e do Decreto-lei nº 19/66 é a que melhor se harmoniza com a regra estabelecida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pois a correlação entre a prestação e a renda do mutuário sempre esteve nas cogitações do legislador desde que introduziu a correção monetária no plano habitacional, como ressaltou o ilustre jurista Arnoldo Wald em parecer no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *verbis*:

«É preciso lembrar que a correção monetária nos contratos imobiliários surgiu, inicialmente, nos primórdios da década de 1960, com os Decretos de nºs 786, 787 e 1.120, de 1962, como forma de evitar o paternalismo, pois as verbas dos Institutos de Previdência e da Caixa Econômica estavam sendo esgotadas em virtude da inflação, criando um privilégio para os mutuários que já tinham obtido empréstimos e cujo número ia diminuindo por ausência de rotatividade dos recursos, que perdiam progressivamente o seu poder aquisitivo.

Tanto em 1962, como em seguida, na legislação habitacional posterior à Revolução de 1964, que surgiu com a Lei nº 4.380, sempre foi preocupação básica do legislador assegurar uma adequada vinculação entre a receita do mutuário e o valor de suas prestações devidas ao sistema nacional da habitação. Essa proporção era fixada no duplo interesse do mutuário e da empresa mutuante a fim de evitar eventuais inadimplementos.”

De qualquer modo, e abstraído o *decisum* do STF, cumpre assinalar que a r. sentença monocrática simplesmente mandou que o reajustamento das prestações se fizesse dentro do Plano de Equivalência Salarial (PES). O mencionado Plano, além de instituído pelo BNH mediante a Resolução nº 36, de 11 de novembro de 1969, que por sinal buscou assento no art. 29 e ressaltou, na aplicação de um dos seus preceitos, o disposto

no parágrafo 9º do art. 5º da citada Lei nº 4.380/64, está previsto em todos os contratos e foi objeto de publicidade largamente difundida na imprensa pelo órgão oficial, como esta em que se lê:

«O novo critério adotado pelo Banco Nacional da Habitação é muito cômodo para você. Na compra da sua casa própria, o sistema de correção monetária trimestral, agora, pode ser substituído pelo Plano de Equivalência Salarial do Banco Nacional da Habitação. Neste caso, a sua prestação só aumenta na mesma proporção do salário mínimo e na época que melhor lhe convier.»

Esse convite em termos tão claros e peremptórios logicamente induziu milhares de pessoas à aquisição da casa própria, na certeza de que a relação de equivalência entre a prestação e a sua renda seria observada, prevenindo qualquer inadimplência.

A mim me parece irrecusável o direito deduzido na impetração.

Do quanto foi exposto, nego provimento à apelação e à remessa de ofício.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 108.452-RJ (Reg. nº 6.293.778) — Rel.: Sr. Min. Torreão Braz — Remte.: Juízo Federal da 14ª Vara — RJ — Apte.: BNH — Apdos.: Flávio Viriato de Sabóia Neto e outros — Advs.: Drs. Paulo Martins Zenha Guimarães e outros, Paulo Sérgio da Costa Martins e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa de ofício. (Em 09-03-87 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 108.833 — SP
(Registro nº 2.726.017)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara — SP*

Apelante: *Banco Central do Brasil*

Apelada: *Roupas Profissionais Hercor Ltda.*

Advogados: *Drs. Teresinha Castilho Novoa e Marco Antonio Rodrigues Nahum e outros*

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Licitação pública. Julgamento e homologação. Autoridade coatora.

1. Uma vez homologado o procedimento licitatório, a autoridade homologante passa a responder por todos os efeitos da adjudicação.
2. Impetração ajuizada contra Presidente de Comissão de Licitação quando já havia decisão homologatória de autoridade superior.
3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1986 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente — COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: O MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Rondon Teixeira de Magalhães, assim sumariou a espécie, *verbis*:

«Roupas Profissionais Hercor Ltda. impetrou esta segurança contra o Sr. Presidente da Comissão de Licitações do Departamento Regional do Banco Central em São Paulo dizendo que, por meio do comunicado «DESPA» nº

80/05, publicado em 22-10-80, realizou Tomada de Preços para contratação de fornecimento de uniformes, sob numeração, limitando a Tomada de Preços à participação de empresas inscritas no Serviço de Tomadas de Preços e Concorrências do Banco Central.

Esclarece que preencheu todas as condições do comunicado e, a 11-11-80, apresentou, nos termos do Edital, a sua proposta, acentuando que os invólucros de nº 1, referentes à documentação foram abertos e a Impetrante, entre outras empresas licitantes, foi julgada habilitada.

Em seguida, abertos os invólucros de nº 2 concernentes às propostas, foi a impetrante classificada em 1º lugar quanto à oferta de menor preço, mas desclassificada a pretexto de desobediência às condições do item 7 do Edital de Tomada de Preços «DESPA» nº 80/05.

Esclarece que preencheu todos os itens especificados no item 7 do mencionado edital, quanto ao tempo máximo, prazos e condições gerais de garantia e declaração de substituição dos materiais defeituosos sem ônus para o Banco, acentuando quanto ao item 7.2 se a condição nele inserida optativa, dado que o edital explicitou «as licitantes poderão».

Ressalta ter declarado expressamente na sua proposta que os seus materiais observariam o mesmo padrão de qualidade das amostras objeto de vistoria referida na inicial.

Aduz que, desprezando a proposta da impetrante de menor preço, o impetrado, sob a alegação de descumprimento pela Requerente das condições do edital, desclassificou-a para adjudicar a licitação a outra firma, violando direito, líquido e certo da Impetrante, pois adjudicou à proposta de preço maior, assim ferindo disposição expressa em lei, desclassificação que não poderia ocorrer porque a Suplicante foi classificada em 1º lugar pelo menor preço e preencheu todas as demais condições do «DESPA».

Assim, pediu a impetrante a concessão da presente segurança, para o efeito de anular a classificação em causa e qualquer contrato dela decorrente, adjudicando-se à impetrante a contratação de fornecimento de uniformes sob numeração, destarte restabelecendo o seu direito líquido e certo.

O presente foi processado com liminar, tendo sido notificada a firma beneficiada com a desclassificação da Postulante.

Informações se encontram às fls. 75/81, para dizer em preliminar, que o Presidente da Comissão de Licitações é parte ilegítima para figurar como impetrado.

Assevera também que o contrato de fornecimento de uniformes foi celebrado em 15.12.80, publicado o seu extrado em 19.12.80, perdendo o mandado, em face do ato jurídico perfeito e acabado, o seu próprio objeto e se a impetrante quer anular o contrato deve recorrer aos meios ordinários, sendo impossível o pedido nos termos em que foi postulado.

Acentua também que a homologação do resultado da licitação afasta qualquer vício processual administrativo e que o Judiciário não pode corrigir o vício existente no procedimento.

No mérito, dizem as informações que a desclassificação da Impetrante se deveu à falta de cumprimento das condições do edital, e que o ajustamento às condições do edital é a mais óbvia e elementar das condições a que deve obedecer uma oferta.

Acentua também que a Requerente usou expressão ambígua e que a mesma não fez qualquer referência ao tempo de garantia dos materiais fornecidos e que não ajustaria os uniformes sempre que necessário.

Esclarecem também as declarações que a impetrante buscou complementar sua proposta extemporaneamente por via epistolar e que sua carta é bem a confissão da sua falta de direito ao que postula.

Finalmente, alega que nenhuma irregularidade houve no procedimento da licitação e por isso pediu que o presente mandado fosse julgado improcedente. Fl. 118, parecer da douta Procuradoria da República.

Sobre as preliminares constantes das informações, manifestou-se a Impetrante» (129/131).

Decidindo, concedeu a segurança para anular a classificação imposta à Suplicante. Como já havia sido adjudicado o objeto da licitação, remeteu a Impetrante às vias ordinárias, a fim de buscar perdas e danos pela desclassificação que lhe foi imposta.

Irresignado, apelou o Banco Central do Brasil, postulando a reforma integral da sentença, já que ausente a legitimidade passiva de parte do Presidente da Comissão de Licitação do Departamento Regional de São Paulo do Banco Central do Brasil. Isso em função de que, quando da impetração, já se encerrara a fase de julgamento e fora homologada a licitação, o que deslocaria a responsabilidade da prática do ato, além do que, proclamado o resultado do julgamento, descabe ao Presidente da Comissão modificar o ato administrativo. No mérito, aduz que a desclassificação ocorreu por desatenções às condições do edital (fls. 134/149).

Transcorrido *in albis* o prazo das contra-razões, subiram os autos, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Procuradora da República, Dra. Helenita Amélia Caiado de Acioli, com o aprovo do Subprocurador-Geral, Dr. Valim Teixeira, opinado pelo provimento do recurso (fls. 153/155).

Relatei.

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Licitação pública. Julgamento e homologação. Autoridade coatora.

1. Uma vez homologado o procedimento licitatório, a autoridade homologante passa a responder por todos os efeitos da adjudicação.
2. Impetração ajuizada contra Presidente de Comissão de Licitação quando já havia decisão homologatória de autoridade superior.
3. Recurso provido.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO COSTA LIMA (Relator): — Ao dar pela procedência do pedido, o julgador de 1º grau o fez com a seguinte motivação, *verbis*:

«Rejeito a preliminar de ilegitimidade do impetrado, pois o ato, que desclassificou a impetrante, foi praticado pelo Presidente Requerido, conforme se verifica de fls. 84.

Rejeito também a preliminar no sentido da ilegitimidade do Poder Judiciário para anular o procedimento de licitação, pois que, segundo dispõe a Constituição Federal, nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída ao exame e julgamento do Poder Judiciário.

O pedido não é incabível, pois a sua procedência acarreta o pagamento de perdas e danos, a serem compostas pelo impetrado, na forma do art. 107 da Constituição Federal e sobretudo porque, na forma do Código Civil, aquele que causa dano, por ação ou omissão, deve repará-lo.

Quanto ao mérito, é preciso desde logo, dizer que esta segurança foi processada com liminar, que, por si so, produziu efeitos.

Lamentável que o Banco Central tenha desprezado de imediato a proposta do licitante, que ofereceu menor preço, a pretexto de interpretação também ambígua, no sentido de que a impetrante não teria obedecido às condições do edital.

Moral e juridicamente, tinha a Presidência da Comissão de Licitação o dever de anular a Concorrência ao desprezar o preço menor, de molde a afastar a natural suspeição pela desclassificação da Postulante, de menor preço, em favor de licitante de preço menor.

Li atentamente este processo e os documentos que foram trazidos à consideração deste juízo. Pela leitura dos documentos trazidos à colação pela impetrante, cheguei à conclusão de que o requerente tem inteira razão, pois participou corretamente de concorrência do Banco Central, ofereceu menor preço e viu sua proposta recusada para adjudicar-se a concorrência a licitante com preço muito superior.

Por esta razão é que o Presidente de Gaulle, infelizmente, referindo-se ao meu idolatrado país, disse que o Brasil não é um país sério.

De resto, nos expressos termos do parágrafo único do art. 133 do Decreto-Lei nº 200/67, obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não for escolhida a proposta de menor valor.

Finalmente, as ambiguidades, a que se referiu o Presidente da Comissão, poderiam ter sido objeto de esclarecimento através de simples «avenant» ao contrato.

De conseguinte, concedo a presente segurança, para anular a classificação imposta à Suplicante. Todavia, como o contrato, que se seguiu à estranha adjudicação, já se exauriu até mesmo pelo decurso do tempo, remeto a Impetrante para as vias ordinárias, a fim de que busque as perdas e danos que sofreu pela injusta desclassificação, que lhe foi imposta» (fls. 131/132).

Tem razão o apelante.

Segundo noticiam os autos, a impetrante foi desclassificada da licitação por não preencher as condições previstas no edital. Recorreu na esfera administrativa, não obtendo sucesso (fl. 82).

Posteriormente, a licitação foi homologada pela Autoridade competente, no caso o Chefe do Departamento de Administração de Recursos Materiais, ciente a impetrante em 9-12-80 (fl. 85).

Ao ajuizar a segurança, em 9-12-80, o fez contra ato do Presidente da Comissão de Licitação, visando obter a anulação da classificação do processo licitatório.

Vê-se, daí, que ao ajuizar o «writ» o fez contra autoridade que não mais tinha legitimidade passiva *ad causam*.

E a razão é óbvia: ao homologar a licitação, a autoridade superior convalidou toda e qualquer irregularidade porventura existente, nas fases anteriores, assumindo, assim, a responsabilidade pelos efeitos da adjudicação e demais atos do procedimento.

Nesse sentido leciona Hely Lopes Meirelles:

«Com a homologação, a autoridade homologante passa a responder por todos os efeitos e consequências da adjudicação, *isto porque a decisão inferior é superada pela superior*, elevando-se, assim, a instância administrativa» (grifei). In *Direito Administrativo Brasileiro*, 9ª edição, 2ª Tiragem, 1983, p. 249).

Aliás, ainda que vencida fosse a preliminar, *ad argumentandum*, o mérito propriamente dito vem ao desfavor do Impetrante, como bem destaca a ilustrada Subprocuradoria, de cujo parecer extraio o seguinte:

«3. A proposta da impetrante não atendia às condições prescritas no Edital de licitação, portanto, não poderia ser considerada pela Comissão Julgadora, impondo-se a sua desclassificação.

4. O ato impugnado foi devidamente justificado pela autoridade apontada como coatora, nas informações prestadas às fls. 75/81, e no ato de julgamento das propostas, conforme Ata n.º 011, às fls. 67.

5. A impetrante omitiu em sua proposta dados exigidos nos itens 7.1.1.3, 7.1.1.7, 7.1.1.8 e 7.2 do Edital, importantes ao julgamento da Comissão.

Assim, não tendo a Impetrante atendido a todas as condições exigidas e tendo a sua proposta omitido dados capazes de dificultar o julgamento, legítimo é o ato que a desclassificou, haja vista os itens 9.1.1 e 9.1.2 do referido Edital. Ademais, as omissões não poderiam ter sido solucionados por um «avenant».

8. Conforme bem acentuou a ilustre patrona da Apelante, às fls. 147:

«*Data maxima venia* a solução de um «avenant» (ou *acte modificatif et additionnel à un contrat, a une police d'assurance* cf. Noveau Petit Larousse Illustre, 1951), configuraria uma desobediência aos princípios da licitação e, particularmente, o do imprescindível equilíbrio absoluto entre os licitantes».

Isto posto, opino pelo provimento do recurso, reformando-se a r. sentença de 1.º grau» (fls. 154/155).

Desse modo, verificado que não preencheu a impetrante os requisitos exigidos no Edital, legítima a sua desclassificação.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso para cassar a segurança concedida.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS n.º 108.833-SP (Reg. n.º 2.726.017) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima — Remte.: Juízo Federal da 1.ª Vara — SP. Apte.: Banco Central do Brasil — Apelada: Roupas Profissionais Hercor Ltda. — Advogados: Teresinha Castilho Nova e Marco Antonio Rodrigues Nahum e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação (Em 9.12.86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 110.832 — SP
(Registro nº 7.597.380)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelante: *J. I Case do Brasil & Cia.*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Antonio Pinto e outros*

EMENTA: A Taxa de Melhoria dos Portos configura preço público ou, mais precisamente, sobrepreço portuário, sendo legítima a sua cobrança em se tratando de mercadorias importadas de País signatário do GATT e da ALAC.

— Inconstitucionalidade da exação por contrariar o art. 18, § 2º, da Carta Magna. Arguição já repelida reiteradamente pelo STF.

— Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1986 (data do julgamento).

TORREÃO BARAZ, Presidente e relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O Dr. Juiz Federal da 6ª Vara de São Paulo expôs a controvérsia nestes termos (fl. 86):

«A(s) requerente(s), acima nomeada(s) e qualificada(s) na peça vestibular, impetra(m) a presente segurança alegando, em suma, que, devidamente amparada(s) por Guia(s) de Importação, promoveu(eram) ela(s) a vinda de mercadorias do exterior. Ao tentar desembaraçá-las com isso não concordou o impetrado sem que fosse recolhida previamente a Taxa de Melhoria dos Portos, calculada sobre o valor CIF dos produtos importados. Entretanto, tal exigência é arbitrária uma vez que, com a extinção do Fundo Portuário Nacio-

nal, o valor daquela taxa passou a ser recebido pela União, integrando sua receita tributária e tendo, agora, a natureza de adicional do Imposto de Importação. Como a importação feita pela(s) requerente(s) é isenta daquele imposto, resulta que tal isenção atinge também a chamada Taxa de Melhoramento dos Portos, como adicional do Imposto de Importação que é. Por outro lado, se aludida “taxa” não tiver a natureza de Imposto de Importação adicional, não poderá ela ser exigida na importação de bens de país filiado ao GATT, porque representará discriminação contra o produto estrangeiro, vez que não se lhe cobra das operações de cabotagem. Após exaustivas considerações, pede(m) a ordem para que possa(m) desembaraçar as mercadorias constantes das mencionados Guias de Importação sem o pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos e junta(m) vários documentos.

Concedida a medida liminar mediante garantia, são requisitadas as informações que vêm aos autos defendendo a legalidade da exigência. Em sua manifestação, o douto Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança.»

A sentença denegou a segurança (fls. 87/96).

Apelou a impetrante, com as razões de fls. 104/116.

Contra-razões às fls. 117.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso (fls. 121/126).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos é no sentido de considerar a Taxa de Melhoramento de Portos preço público acrescido aos de capatazias, a ela estando sujeitos mesmo aqueles que gozam de imunidade ou de isenção fiscal.

Leia-se, por exemplo, a ementa do acordão proferido no RE n.º 75.580, Relator Ministro Rodrigues Alckimim, *in DJ* de 28/02/1975, pág. 1120, Plenário:

«Superintendência da Borracha — Isenção de impostos e taxas federais. A chamada Taxa de Melhoramento de Portos é preço acrescido aos de capatazias. A ela não se estende a isenção de imposto. A Taxa de Renovação da Marinha Mercante é contribuição parafiscal, legitimamente exigível depois da Constituição Federal de 1967, aos que gozem da isenção de impostos e taxas. Recursos extraordinários conhecidos e providos.»

Ou o seguinte tópico do voto do Ministro Eloy da Rocha no RE n.º 75.338, *in RTJ* vol. 80/799, que bem sintetiza a posição firmada pelo Excelso Pretório sobre a matéria:

«A partir dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 19-9-1973, nos Recursos Extraordinários n.ºs 74.674 (RTJ 67/503-518), 74.816, 75.342 e 75.343 (Ementário 933-1), apresenta-se pacífica, embora diversidade de entendimento sobre a natureza da chamada Taxa de Melhoramento dos portos, como no RE 75.580, de 16-10-1974, do Pleno (Ementário 975-1), a orientação do Tribunal sobre a sua constitucionalidade e bem assim, sobre a legitimidade de sua cobrança, mesmo em relação aos que gozam da imunidade ou isenção.»

Assinale-se que, em todos os precedentes citados, argüia-se a inconstitucionalidade da exação porque a base de cálculo era idêntica à do Imposto de Importação, em desobediência ao que prescreve o art. 18, § 2.º, da Constituição da República.

De outra parte, não se torna incabível a exigência da TMP na hipótese de mercadoria importada de país signatário do GATT ou da ALALC, conforme tem decidido este Colendo Tribunal em arestos confirmados pelo STF:

«Taxa de Melhoramento dos Portos. Mercadorias provenientes de países integrantes do GATT e da ALALC. Entrada na Zona Franca de Manaus.

Aresto que, ao entender devida a TMP, deu à lei razoável interpretação (Súm. 400). Dissídio de jurisprudência não comprovado. Recurso extraordinário não conhecido (RE nº 104.534-5-AM, Rel.: Min. Francisco Rezek, *in DJ* de 28/06/85, pág. 10684).

«Taxa de Melhoramento dos Portos. É exigível em razão do desembarque na Zona Franca de Manaus, de mercadorias oriundas de países integrantes do GATT, segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal.

Art. 21, § 2º, I da Constituição, cláusula III, § 2º, do Tratado e, em especial, Decreto-lei nº 1.859-81, art. 1º, não prequestionados (Súmulas 282 e 356). Recurso Extraordinário incabível (RE nº 103.624-9-AM. Rel. Min. Octavio Gallotti, *in DJ* de 14/11/85, pág. 20568).»

Quanto à jurisprudência deste Eg. TFR, confirmam-se os acórdãos nas Apelações em Mandado de Segurança nºs 74.328-SP, 108.901-SP e 110.834-SP, relatados pelos Ministros Sebastião Reis, Pádua Ribeiro e Geraldo Sobral, respectivamente.

Do quanto foi exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 110.832 — SP (Reg. nº 7.597.380) — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz — Apte.: J.I. Case do Brasil & Cia. — Apda.: União Federal. — Advs.: Dr. Antonio Pinto e outros.

Decisão: A turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. Sustentou oralmente, pela apelante J. I. Case do Brasil & Cia., o Dr. Antônio Pinto. (Em 10-9-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. TORREÃO BRAZ.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AMS Nº 110.832 — SP
(Registro nº 7.597.380)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Embargante: *J. I. Case do Brasil & Cia.*

Embargado: *V. Acórdão de fl. 136*

Advogado: *Drs. Antônio Pinto, Sérgio Pinto e outros*

EMENTA: Taxa de melhoramento dos portos. Fundo portuário nacional. Embargos de declaração.

— Taxa ou sobrepreço portuário, consoante o entendimento corrente no STF, a natureza jurídica da exação não se modificou com a superveniência da legislação invocada pela impetrante (DL nº 1.507/76, art. 1º; Lei nº 6.222/75, art. 9º, parágrafos 1º a 3º; DL nº 1.754/79, art. 7º; Lei nº 6.093/74, art. 2º).

— Os recursos do Fundo Portuário Nacional constituem receita da Portobrás (Lei nº 6.222/75, art. 9º), e, ainda que tivessem passado a compor a lei orçamentária, conservariam a sua qualidade *ex vi* do art. 62 da Constituição da República.

— Embargos recebidos para suprir a omissão, confirmada, porém, em sua conclusão, a sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, receber os embargos para suprir a omissão, negando, porém, provimento à apelação e confirmando em sua conclusão, a sentença apelada, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 04 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O v. acórdão de fl. 136 negou provimento à apelação e confirmou a sentença de primeiro grau, denegatória do mandado de segurança impetrado por J. I. Case do Brasil & Cia. contra ato do Delegado da Receita Federal em Santos.

A ementa respectiva está vazada nestes termos:

«— A Taxa de Melhoramento dos Portos configura preço público ou, mais precisamente, sobrepreço portuário, sendo legítima a sua cobrança em se tratando de mercadorias importadas de País signatário do GATT e da ALALC.

— Inconstitucionalidade da exação por contrariar o art. 18, § 2º, da Carta Magna.

Arguição já repelida reiteradamente pelo STF.

— Sentença confirmada.»

A esse acórdão opõe a impetrante os embargos declaratórios de fls. 138/142, aduzindo (fls. 139/142):

‘O v. acórdão de fls. transcreveu ementa de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal enfatizando que nestes julgados argüia-se a inconstitucionalidade da exação da TMP porque a base de cálculo era idêntica à do Imposto de Importação, tendo sido desobedecido o que prescreve o art. 18, § 2º, da Constituição da República.

2.2.

A Embargante em sua inicial e suas razões de apelação argüiu que além de ter sido violado o disposto no art. 18, § 2º, da Constituição Federal, também foram violados o art. 77, parágrafo único do Código Tributário Nacional e § 2º do artigo 3º da Lei nº 3.421, de 10/07/58, com a nova redação dada pelo Decreto-lei nº 1.507/76, Lei nº 6.222/75, de 10/07/75 e, finalmente, Decreto-lei nº 1.754/79 de 31/12/79 que dava à TMP o caráter evidente de adicional de Imposto de Importação.

2.3.

O v. acórdão de fls., *em nenhum momento de suas notas*, dispôs que tais dispositivos legais não haviam sido violados pela r. decisão de primeira instância mantida no v. acórdão.

Tal disposição expressa que deve constar do v. acórdão é necessária, a fim de que seja atendido o requisito do prequestionamento exigido pelas Súmulas 356 e 282 do STF.

2.4.

O v. acórdão de fls. 128/132, apenas cingiu-se a transcrever ementas de acórdão onde foi argüida a ofensa ao disposto no artigo 18, § 2º da Constituição Federal, mas não disse expressamente que no presente caso tal dispositivo legal também não havia sido violado o que se faz necessário através dos presentes embargos.

2.5.

Dai o cabimento dos presentes embargos de declaração, a fim de que este E. Tribunal conheça dos presentes embargos, a fim de declarar que não houve negativa de vigência do artigo 18, § 2º da Constituição Federal, artigo 77, parágrafo único do CTN, § 2º do artigo 3º da Lei nº 3.421, de 10/07/58, com a nova redação dada pelo Decreto-lei nº 1.507/76, Lei nº 6.222/75, de 10/07/75 e Decreto-lei nº 1.754/79, de 31/12/79, a fim de que seja atendido o requisito do prequestionamento.

III — Da Contradição

3.1.

Além deste E. Tribunal fazer constar expressamente do v. acórdão que não houve negativa de vigência aos retrodispositivos legais mencionados,

existe contradição entre a pretensão constante da inicial, a r. sentença de fls. e o v. acórdão embargado, pois a embargante em nenhum momento de sua impetração argüiu como matéria de defesa, que seria incabível a exigência da TMP em face da importação de mercadoria de País signatário do GATT ou da ALALC, conforme constante das notas taquigráficas e da própria ementa que traduziu a decisão do v. acórdão.

3.2.

Neste sentido se faz necessário *retificar* a decisão, uma vez que não é matéria de defesa que tenha a embargante importado qualquer mercadoria de país signatário do GATT ou da ALALC, ou que tenha ferido qualquer tratado internacional.

3.3.

Aliás, digno Julgador, a Embargante, em preliminar das razões de apelação, chamou a atenção deste E. Tribunal, informando que a Embargante não argüia ofensa a Tratado Internacional, bem como não havia elencado em suas razões de direito a problemática versada no artigo 98 do Código Tributário Nacional.

3.4.

A matéria versada na segunda parte de fls. 131 e primeira parte de fls. 132, não diz respeito a matéria de direito argüida nas razões da impetração, razão pela qual indevida a sua colocação no v. acórdão de fls. 128/132, sendo contraditório com a pretensão da Embargante, constante de sua inicial, pois tal matéria não foi versada como defesa de seu direito.

3.5.

Tal matéria deverá ser suprimida do v. acórdão de fls. uma vez que não foi questionada pela Embargante em suas razões constantes da impetração. Logicamente, também deverá ser suprida a primeira parte constante da ementa de fls. 136, devendo outra ser redigida para o assunto ventilado na questão.»

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A embargante diz que argüiu, na petição inicial, ofensa ao art. 18, § 2º, da Constituição da República e ao art. 77, § único, do Código Tributário Nacional, à luz da nova redação dada ao art. 3º, § 2º, da Lei nº 3.421, de 10/07/58, pelo Decreto-lei nº 1.507/76, pela lei nº 6.222/75 e pelo Decreto-lei nº 1.754/79.

Realmente, confesso que laborei em equívoco, visto como toda a argumentação da impetrante se orientou no sentido de demonstrar que a Taxa de Melhoramento dos Portos, após a vigência do Decreto-lei nº 1.507/76, passou a ter como base de cálculo o custo CIF da mercadoria, o mesmo, segundo afirmação sua, do imposto de importação.

Ao penitenciar-me do engano, apresso-me a suprir a omissão, reapreciando o apelo na consonância da fundamentação posta na impetração.

Em voto no RE nº 74.674-SP (Plenário), o Ministro Thompson Flores, relator, expôs as diversas tendências do Excelso Pretório a respeito da natureza jurídica da Taxa de Melhoramento dos Portos. Começou por relembrar a doutrina elaborada pelo saudoso Ministro Victor Nunes ao relatar o RMS nº 13.341 e escreveu (RTJ, vol. 67, pág. 506):

«O Plenário, após longos debates, acolheu o voto do Relator, considerando que a Taxa de Melhoramento dos Portos constitui, em realidade, uma taxa. Ficaram, então, vencidos os eminentes Ministros Luiz Gallotti, Pedro Chaves e Vilas Boas.

No mesmo sentido se orientaram os julgamentos proferidos nos RMS 12.899, 13.060 (*in* RTJ 35/504; 13.341, 13.856 (*idem*, 36/594); 14.335 (*idem*, 37/64); 15.503; 15.671; 16.698 (*idem*, 41/802; 16.700; 16.774; 17.692 (Ementário, 709/I; e bem assim nos dos RE 60.746 (Ementário, 849); 60.818 (Ementário, 765/I; ERE 48.846 (RTJ, 51/595).

Todavia, não se pacificou a jurisprudência, e alguns julgados afirmam que a Taxa de Melhoramento dos Portos constituía adicional do Imposto de Importação. Deles foi Relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, vencido naquele primeiro decisório inicialmente referido: RE 50.586, de 8.7.63, *in* DJ de 5.9.63, Ap. 167, p. 822; e 66.744, de 28.8.69, *in* RTJ 52/417, este indicado como padrão.

Daqueles primeiros julgados, os mais expressivos ensejaram o advento da Súmula 550, cujo teor vale rememorar:

«A isenção concedida pelo art. 2º da L. 1.815, de 1953, às empresas de navegação aérea não compreende a Taxa de Melhoramento dos Portos, instituída pela L. 3.421, de 1958.»

Ela bem exprime o conceito que o Plenário perseverou em manter, ao apreciar a Taxa de Melhoramento dos Portos como taxa, razão pela qual dela não se eximiam as companhias de navegação aérea, isentas apenas dos impostos.»

Depois dessa exposição em torno da discussão da *quaestio juris* no Supremo Tribunal Federal, deteve-se o Ministro Thompson Flores no exame do caso que se lhe apresentava a julgamento, quando acentuou:

«Quando tudo indicava a pacificação, eis que se procura reabrir a controvérsia.

Agora, armou a recorrente o seguinte dilema: se é taxa, o tributo a que se refere a L. 3.421-58 não pode prevalecer, face ao disposto no art. 19, § 2º, da Carta de 1967, ou da vigente, art. 18, § 2º; quando, porém, de imposto se cuida, adicional de importação, impõe-se o reconhecimento da imunidade, face ao disposto no art. 20, III, «d», ou 19, III, «d», respectivamente, dos aludidos estatutos.»

Aludiu, linhas adiante, à necessidade de apurar se a cobrança atentava contra a proibição prevista no § 2º do art. 18 da Carta Magna e discorreu, ferindo o cerne da controvérsia:

«Inobstante, inócorrem os pressupostos da proibição.

A começar pelo *fato gerador* no qual se refere o verbete sumulado, distintos são aqueles que originam o Imposto de Importação e a Taxa de Melhoramento dos Portos.

Naquele decorre da entrada de mercadoria estrangeira no território nacional; na última o que prevalece é a *movimentação* no porto.

E tanto pode ela vir do exterior ou não.

Atendendo-se, todavia, às expressões da Carta Maior, «base de cálculo que tenha servido para a incidência do imposto», cabe acentuar: a base de cálculo para a taxa é o valor comercial da mercadoria, enquanto que para o imposto é o valor externo do produto importado, isto é, o seu preço normal, em condições de livre concorrência.

E a distinção entre um e outro é manifesta.»

Na mesma assentada, proferiu magnífico voto o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, que recebeu a adesão do Ministro Xavier de Albuquerque. S. Exa., depois de discorrer sobre o conceito de taxa e de mostrar em breve apanhado histórico, que os serviços de capatazia ou serviços portuários sempre foram remunerados com preços, concluiu o seu raciocínio:

«A chamada Taxa de Melhoramento dos Portos é, conseqüentemente, um sobrepreço ou aumento de preço dos serviços de capatazias. Estabelecida em lei, não porque não pudesse, o aumento de tarifa, ser concedido sem lei. Mas porque a lei iria restringir a livre disponibilidade da Administração do Porto quanto ao acréscimo do preço; parcela deveria ser gasta, pela Administração, em certos serviços e outra parcela a Administração deveria recolhê-la à conta do Fundo Portuário Nacional.

Dir-se-á que existiria, no caso, coatividade, a excluir o caráter de preços público à T.M.P. Mas a coatividade é a *mesma* que decorre do uso dos serviços da capatazia e ao pagamento destes serviços não repugna a qualificação de preços públicos. Trata-se de «coação tênue» a que se refere Giovanni Ingrosso, decorrente de ser o serviço, prestado em área em que não se manifesta a concorrência, o que não exclui a natureza de preço público. A lição, aliás, é do eminente Ministro Aliomar Baleeiro («Uma Introdução à Ciência das Finanças», p. 135), como sempre, segura: «Advirta-se que os preços, muitas vezes, comportam o grau de constrangimento peculiar ao monopólio e à competição, imperfeita, o que também ocorre, freqüentemente, nos negócios da economia privada (monopólios naturais e virtuais decorrentes de patentes de invenção, *trusts*, etc.).

Assim, os serviços de movimentação de mercadorias, realizados pelas administrações dos portos (União, autarquia, concessionárias) justificam a exigência de preços, e desta natureza jurídica é a impugnada «Taxa».

Perfilhei a doutrina do Ministro Rodrigues Alckmin e vários arestos da Suprema Corte a ela aderiram (RR.EE. n.ºs 75.580-SP, 82.904-AM, 85.047-SP, 79.637-SP e 82.267-4-AM, dentre outros), não sendo de estranhar que tal posicionamento esteja estampado na ementa do acordão embargado.

A legislação superveniente, invocada no *mandamus*, não modificou a natureza jurídica da Taxa de Melhoramento dos Portos.

O custo CIF da mercadoria, a que alude o art. 1.º do Decreto-lei n.º 1.507, de 23/12/76 (deu nova redação ao art. 3.º da Lei n.º 3.421/58), inclui «o transporte, o carregamento e quaisquer outras despesas ocorridas até a entrega da mercadoria a bordo do navio no porto de embarque e ainda o frete até o cais no porto do destino e o seguro marítimo sobre a mercadoria» (Carvalho de Mendonça, «Tratado de Direito Comercial Brasileiro», Freitas Bastos, 5.ª ed., vol. VI, parte II, pág. 165), enquanto o *valor externo*, base de cálculo do imposto de importação, traduz o «preço que, ao tempo da importação do produto, ele ou seu similar, é normalmente oferecido à venda, no mercado atacadista do país exportador» (Ruy de Melo e Raul Reis, «Manual do Imposto de Importação e Regime Cambial Correlato», RT, 1970, pág. 68).

A Lei n.º 6.222/75 dispôs que toda a receita proveniente da arrecadação da TMP se destinasse ao Fundo Portuário Nacional e extinguiu os Fundos de Melhoramento dos Portos, cujas receitas por arrecadar destinou ao Fundo Portuário Nacional (art. 9.º, parágrafos 1.º, 2.º e 3.º). Por sua vez, o Decreto-lei n.º 1.754/79, prescreveu no art. 7.º:

«Art. 7.º A partir do exercício financeiro de 1983, inclusive, fica extinto o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), e os recursos que o integram continuarão compondo a lei orçamentária como recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa.»

Esses textos legais, segundo a impetrante modificaram a substância da Taxa de Melhoramento dos Portos, transformando-a definitivamente em imposto de importação.

Não lhe assiste razão, porém.

Admitamos que se trate de verdadeira taxa. Essa sua natureza jurídica continua intacta qualquer que seja a destinação que lhe der o sujeito ativo da relação jurídica tributária. Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 2ª ed., pág. 261, apos acentuar que o tributo não se desnatura pela destinação que se lhe atribua, escreve:

«O tributo é o objeto da *prestação* jurídica. Uma vez efetuada a prestação, a relação jurídica tributária *se extingue*. O que acontece depois com o bem que dava consistência material ao tributo, acontece em momento *posterior* e em *outra* relação jurídica, esta última de natureza *administrativa*. A regra jurídica que disciplinar a destinação e utilização de tributo é regra jurídica de natureza administrativa.

Esta regra jurídica administrativa é a que pode se *inválida* (inconstitucional, sem juridicidade) por estar prescrevendo ao tributo uma destinação proibida por outra regra jurídica. Entretanto, a invalidade da regra jurídica administrativa que disciplina a *destinação* do tributo *não* acarreta a invalidade da regra jurídica tributária que disciplina a *receita* do tributo.»

No concernente especificamente à taxa, manifestam-se no mesmo sentido Rubens Gomes de Souza («Compêndio de Legislação Tributária», Resenha Tributária, 1982, pags. 165/166), Amílcar de Araújo Falcão («Direito Tributário Brasileiro», 1960, pág. 241) e Bernardo Ribeiro de Moraes («A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro», RT, 1968, págs. 39/41), ponderando que a finalidade última de todos os tributos é proporcionar receita ao Estado.

O art. 7º do Decreto-lei nº 1.754/79 parece-me irrelevante aos fins pretendidos pela impetrante.

A Lei nº 6.222, de 10/07/75, que autorizou a constituição da PORTOBRÁS, dispõe, no art. 9º, § 1º, que o produto da arrecadação da Taxa de Melhoramento dos Portos será destinado integralmente ao Fundo Portuário Nacional, cujos recursos constituirão receita da entidade, «com destinação específica que lhe cabe, em função dos objetivos da Empresa». Idêntica regra jurídica está contida no art. 3º do Decreto-lei nº 1.507/76.

O Fundo Nacional de Desenvolvimento, cujos recursos compõem a lei orçamentária como recursos ordinários do Tesouro Nacional e cuja criação remonta a 1974 (Lei nº 6.093, de 29/08/74), nada tem de comum com o Fundo Portuário Nacional.

E ainda que o art. 7º do citado Decreto-lei nº 1.754/79 tivesse algo a ver com o Fundo Portuário Nacional, essa circunstância não acarretaria as conseqüências pretendidas pela impetrante, à vista do estatuído no art. 62 da Constituição da República, que Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta nestes termos («Comentários à Constituição Brasileira», 3ª ed., Saraiva, pág. 330):

«Conforme se depreende do texto, do orçamento farão parte a receita estimada não só da União como de todas as suas descentralizações, inclusive Fundos, bem como a despesa prevista em todas essas entidades, tenham elas personalidade própria ou não.

Com isso, visa-se impedir seja subtraída do controle da representação popular qualquer fração do dispêndio público.

Abre, porém, o texto uma exceção. Não farão parte do orçamento a receita e a despesa das entidades públicas que não recebam subvenções ou transferências a conta do orçamento. Portanto, as entidades que não recebam qualquer auxílio ou dotação seja para sua manutenção, seja como investimento.»

A PORTOBRÁS, *ex vi* do art. 9º, inciso II, da prefalada Lei nº 6.222/75, recebe transferências de dotações consignadas no Orçamento Geral da União.

Do quanto foi exposto, recebo os embargos para suprir a omissão, negando, porém, provimento à apelação e confirmando, em sua conclusão, a r. sentença apelada.

EXTRATO DA MINUTA

EDeclAMS nº 110.832-SP (Reg. nº 7.597.380) — Rel.: O Sr. Min Torreão Braz — Embgte.: J. I. Case do Brasil & Cia. — Embgdo.: V. acórdão de fl. 136 — Advs.: Drs. Antônio Pinto, Sérgio Pinto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos para suprir a omissão, negando, porém, provimento à apelação e confirmando em sua conclusão, a sentença apelada. (Em 04-02-87 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. TORREÃO BRAZ.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 110.840 — DF
(Registro nº 7.868.480)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Requerentes: *Celso Cordeiro Machado e outros*

Requeridos: *Ministro de Estado da Fazenda (Presidente do Conselho Monetário Nacional) e Presidente do Banco Central do Brasil*

Advogados: *Drs. Celso Cordeiro Machado e outros (Reqtes.)*

EMENTA: Processual Civil. Mandado de Segurança. Legitimidade. Lei em Tese.

I — Se os impetrantes buscam, por intermédio da presente segurança, argüir a inconstitucionalidade do item I, da Resolução nº 1.060/85 e do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 4.595/64, sem que exista lesão a direito individual, concretamente demonstrado, o «writ of mandamus» não merece ser conhecido, pois não se presta como substitutivo da representação de inconstitucionalidade (Constituição Federal, artigo 119, inciso I, alínea I). Ilegitimidade ativa ad causam que se reconhece. Ademais, a jurisprudência do Pretório Excelso já consagrou a orientação de que não cabe mandado de segurança contra lei em tese (Súmula nº 266 do STF). Preliminares acolhidas.

II — Mandado de Segurança não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 14 de agosto de 1986 (data do julgamento).

GUEIROS LEITE, Presidente — GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: Celso Cordeiro Machado, Ezequiel de Melo Campos Filho e José Ribeiro da Silva Arantes impetraram Mandado de Segurança de natureza preventiva, contra ato complexo do Conselho Monetário

rio Nacional e do Banco Central do Brasil, na pessoa de seus presidentes, consubstanciado na Resolução do Banco Central nº 1.060, de 19.11.85, que deu publicidade à decisão do Conselho Monetário Nacional, a qual suspendeu as autorizações para funcionamento de novas instituições bancárias, financeiras e imobiliárias.

Os impetrantes, em sua exordial (fls. 02/06), alegaram a inconstitucionalidade de referido ato, por ferir, dentre outros, os princípios da livre iniciativa, do desempenho de ofício e do direito de competição, insculpidos na Lei Maior (artigo 160, incisos I e V; 163, e 153, §§ 1º e 23). Pleitearam a concessão de medida liminar, no sentido de que as autoridades apontadas como coatoras, por si ou por seus subordinados, não viessem a criar nenhum obstáculo à protocolização e ao andamento da documentação exigida nos diplomas legais e regulamentares vigentes, para instruir os pedidos de autorização de funcionamento das instituições financeiras mencionadas no item I, da Resolução nº 1.060/85 do Banco Central. Requereram, afinal, a concessão da segurança com o intuito de impedir que as autoridades coatoras venham a suspender as autorizações para funcionamento de novas instituições financeiras.

Indeferida a liminar (fls. 13), notificadas as autoridades apontadas como coatoras, advieram as informações de fls. 17/34 e 36/43.

O Presidente do Conselho Monetário Nacional, Ministro Dilson Funaro, em suas informações, manifestou-se pela improcedência do «writ» alegando, em preliminar, que a impetração buscava atacar norma em tese; bem como a iliquidez do pedido dos impetrantes. No mérito, sustentou a legalidade do ato impugnado, sob o argumento de que a autorização para funcionamento das empresas nos setores financeiro, bancário e imobiliário está legalmente submetida ao controle do Conselho Monetário Nacional.

O Presidente do Banco Central, em suas informações, também se manifestou no sentido de que não assiste direito algum aos impetrantes, pelo fato de estarem questionando norma *in abstracto*, sendo que a doutrina e a jurisprudência são unísonas em consagrar a orientação de que é incabível mandado de segurança contra a lei em tese.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 47/50, manifestou-se pelo não conhecimento da segurança, face às preliminares levantadas, ou, no mérito, pela denegação do *writ of mandamus*.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O *Parquet* Federal, em parecer da lavra do então Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles, hoje eminente Ministro desta egrégia Corte, bem equacionou a controvérsia, quando acolheu as preliminares levantadas, *ipsis verbis*:

«... além da manifesta improcedência do pedido como se demonstrará adiante — a impetração apresenta, *ab initio*, três aspectos prejudiciais, a merecer, em primeiro plano, a atenção dos Eméritos Julgadores desta ação de segurança.

O primeiro, diz respeito ao objetivo precípuo da impetração, ou seja, o reconhecimento da inconstitucionalidade do item I, da Resolução nº 1.060/85 e art. 4º, § 1º, da Lei nº 4.595/64, fazendo do Mandado de Segurança um substitutivo da Representação de Inconstitucionalidade (art. 119, I, e, da C.F.). E, isto é inadmissível, considerando não haver, no caso, efeitos lesivos a direito individual, concretamente demonstrados. Portanto, resta claro que o Mandado de Segurança não se presta, positivamente, aos fins nele colimados.

O segundo está afeto à natureza do ato impugnado, eis que se trata de ato normativo *in abstracto*. Daí, quedar-se o mandado de segurança, dirigido contra a norma em tese, contrariando à remansosa jurisprudência, condensada

na Súmula nº 266, do S.T.F. (veja-se julgados trazidos aos autos pela Autoridade representante do C.N.M. fls. 21/24). E, isto impede, decididamente, *in casu*, o conhecimento do *remedium iuris*, por incabível na espécie.

O terceiro aspecto se prende ao fato de não possuírem, os autores, qualidade para agir em juízo, por lhes faltar legítimo interesse.

Veja-se que os impetrantes se qualificam na inicial como advogados *em causa própria*, não demonstrando onde e como o ato impugnado causou efeito lesivo a direito líquido e certo dos causídicos peticionários. Logo, temos que falta aos postulantes legitimidade ativa *ad causam* (art. 3º do CPC), impondo-se, conseqüentemente, o indeferimento *in liminis* do writ.

Legitimidade poderiam ter se postulassem uma Ação Popular, que não se confunde com o *mandamus of writ* (fls. 48/49).

Incensuráveis as doudas ponderações desenvolvidas pela Subprocuradoria-Geral da República, as quais adoto como razão de decidir, pois entendo que as preliminares acima apontadas são intransponíveis.

Ante o exposto, não conheço do Mandado de Segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 110.840 — DF (Reg. nº 7.668.480) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral — Reqtes.: Celso Cordeiro Machado e outros — Reqdos.: Ministro de Estado da Fazenda (Presidente do Conselho Monetário Nacional) e Presidente do Banco Central do Brasil — Advs.: Drs. Celso Cordeiro Machado e outros (Reqtes.).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 14-8-86 — T. Pleno).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, José Dantas, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, William Patterson, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro e Costa Lima votaram com o Relator. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Lauro Leitão (Presidente), Armando Rollemberg, Otto Rocha, Bueno de Souza, Américo Luz e Flaquer Scartezzinni. Impedido o Sr. Ministro Geraldo Fontelles. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.017 — RJ
(Registro nº 7.485.344)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Américo Fialdini Júnior*

Advogados: *Drs. Eduardo Marcial Ferreira Jardim e outro, Rubens de Barros Brisolla e outros*

EMENTA: Mandado de segurança — Imposto de Renda — Depósito bancário.

— Lançamento suplementar de imposto de renda, com base em presumida disponibilidade financeira, apurada através de depósito bancário tido como rendimento omitido. Insustentabilidade da pretensão fiscal. Aplicação da Súmula 182 do TFR.

— Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de março de 1987 (data do julgamento).

CARLOS VELLOSO, Presidente — MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Américo Fialdini Júnior, qualificado nos autos, impetra, perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em São Paulo, alegando, em resumo: que a fiscalização federal promoveu exame das declarações de rendimentos e de bens do impetrante, nada encontrando que comprovasse ilícitos tributáveis; que, ainda assim, resolveram os Agentes Fiscais vasculhar os depósitos bancários do impetrante, instando-o para que o mesmo comprovasse a ori-

gem dos depósitos, em especial aqueles relativos à operação de venda e compra de famoso jogador de futebol; que ficou impossibilitado de atender o teor da intimação, em virtude de não possuir um registro de suas contas correntes; que, além do mais, sua intervenção como advogado na operação em pauta ser-lhe-ia facultado deixar de atender a exigência contida na intimação do Fisco Federal, em obséquio ao sigilo profissional prestigiado pela Lei Federal nº 4.215/63; que a fiscalização dessumiu que houvera omissão de rendimentos em defluência da ausência de comprovação da origem e destino dos valores questionados, pelo que foi lavrado o respectivo Termo de Verificação e consequente auto de infração, por meio do qual foi-lhe formalizada a exigência de ordem tributária; que, no procedimento de gestão tributária, não se permite o emprego de recursos imaginativos ou presuntivos por parte da Fazenda Pública e que não há dispositivo na legislação do imposto de renda que obrigue a pessoa física escriturar suas receitas a exemplo das pessoas jurídicas.

Pela sentença de fls. 46/47, o MM. Juiz concedeu a ordem.

A par do duplo grau de jurisdição, apela a União Federal com as razões de fls. 50/51.

Contra-razões, às fls. 53/60.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina, às fls. 62/64, pelo provimento da apelação e da remessa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A jurisprudência da Corte é forte no sentido de considerar ilegítimo o lançamento do imposto de renda com base apenas em extratos bancários. A Súmula nº 182 consolida esse entendimento, nestes termos:

«É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.»

A esse entendimento jurisprudencial adequa-se a espécie em exame.

Deveras, cuida-se de lançamento suplementar, com base em presumida disponibilidade financeira do impetrante, apurada através de depósito bancário tido como rendimento omitido.

Os elementos trazidos à colação pela autoridade impetrada — «Termo de Verificação e Auto de Infração de fls. 36/40» — não respaldam a pretensão fiscal, na medida em que não logram emprestar cunho de objetividade e procedência à presunção, suscitada pelo fisco, de que os recursos tributados eram efetivamente do impetrante. Advirta-se: de uma parte, que esses recursos financeiros estavam relacionados com a operação de compra e venda do «passe» de um atleta, na qual o impetrante figurou como advogado, consoante os esclarecimentos pelo mesmo prestados ao Banco Central, sendo patente a inexistência de qualquer indício de que a transação fora por ele financiada com recursos próprios. E como tive oportunidade de aduzir alhures, na conjuntura não se pode eximir o fisco do ônus probatório. Faz-se mister um mínimo de provas, porquanto não é curial nem justo presumir sonegação através de simples conferência de extratos bancários. As conclusões nesse sentido hão de estar embasadas, não em meras conjecturas, mas em fatos concretos denunciadores de manobras tendentes a fraudar o erário público.

De quanto foi exposto, para confirmar a sentença monocrática por seus próprios fundamentos, nego provimento à apelação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: A expressão «extratos bancários», constante na Súmula nº 182, corresponde, a meu ver, a lançamentos em contas bancárias. Desses lançamentos é que são feitos os extratos remetidos à clientela. Mas o espírito da Súmula é este, constante do voto do eminente Ministro Relator, ao qual acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 111.017-RJ (Reg. nº 7.485.344) — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante — Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara — Apte.: União Federal — Apdo.: Américo Fialdini Júnior — Advs.: Drs. Eduardo Marcial Ferreira Jardim e outro, Rubens de Barros Brisolla e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso e à remessa oficial (Em 11.3.87 — 6ª Turma).

Sustentação oral: Dr. José Armando Gonçalves de Oliveira, Subprocurador-Geral da República, pela Apelante. Dr. Rubens de Barros Brisolla, pelo Apelado.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.183 — DF
(Registro nº 7.877.471)

Relator para o Acórdão: *O Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Relator Originário: *O Sr. Ministro Gueiros Leite*

Requerente: *Cosme Augusto Rebelo de Amorim*

Requerido: *O Sr. Ministro de Estado do Trabalho*

Litisconsorte Passivo Necessário: *Sebastião Ferreira da Costa*

Advogados: *Drs. Guaracy da Silva Freitas e outro e Helder Soares de Almeida*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Nomeação. Concurso público.

I — A demissão, por justa causa, de emprego público, não impede a readmissão do dispensado em cargo que conquistou por concurso público a que se submeteu. Tampouco é impeditiva dessa readmissão o fato de o interessado ter-se envolvido, em concurso anterior, como beneficiário da quebra de sigilo da prova, por isso que, aprovado em primeiro lugar naquele concurso, viu anulada a sua prova e dispensado da função pública que ocupava. Foi, assim, punido, exemplarmente. Impedir o seu reingresso no serviço público em cargo conquistado em novo concurso público, seria puni-lo duas vezes por uma mesma falta e impor-lhe uma sanção perpétua, que a Teoria Geral do Direito repele.

II — Segurança deferida.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por maioria, conceder a segurança, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de outubro de 1986.

LAURO LEITÃO, Presidente — CARLOS M. VELLOSO, Relator (Art. 152, § 3º RI).

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Cosme Augusto Rebelo de Amorim impetrou mandado de segurança contra a Diretoria Geral do Departamento do

Pessoal do Ministério do Trabalho, perante o Juiz Federal da 3ª Vara, do Distrito Federal, queixando-se de haver sido preterido pela nomeação de candidatos, ao arrepio de melhor classificação em concurso público para Fiscal do Trabalho.

Notificada a autoridade impetrada, argüiu preliminar de incompetência do juízo, visto estar provado não ter sido ela a responsável pelo ato impugnado, pois o praticou em estrita obediência a determinação do Senhor Ministro do Trabalho. O Dr. Juiz após ouvir o Ministério Público, determinou a vinda dos autos ao Tribunal (fls. 188/191).

Sem liminar, foram requisitadas informações e admitido o ingresso nos autos de Sebastião Ferreira da Costa, como litisconsorte passivo necessário, por ser aquele candidato pretendidamente nomeado em lugar do impetrante. Ele compareceu às fls. 214/215, sustentando a legalidade de sua nomeação e a inexistência de antagonismo entre tal ato e a situação do impetrante.

O Sr. Ministro de Estado do Trabalho prestou informações às fls. 205/211, esclarecendo que de fato dois candidatos classificados posteriormente ao impetrante foram nomeados por decisão sua, pois ele não poderia admitir a nomeação de pessoa que não reunia os requisitos de moralidade exigíveis para o cargo de Fiscal do Trabalho.

Eis o histórico dos fatos.

O impetrante ocupava a Função de Assessoramento Superior (FAS), no DASP, quando prestou a primeira prova de Fiscal do Trabalho, em 22 de maio de 1983. Em consequência de denúncia de fraude, apurou-se em sindicância a sua implicação como beneficiário da quebra de sigilo, esta provocada pelos executores do concurso.

O Ministro aprovou as conclusões da sindicância e anulou o primeiro concurso. Em seguida determinou a instauração de inquérito para apurar a responsabilidade dos envolvidos. Mas enquanto prosseguia o inquérito foi aberto novo concurso, em 8 de abril de 1984, do qual também participou o impetrante, como todos os outros originariamente inscritos.

Concluído o inquérito, restou configurada a culpa do impetrante na quebra de sigilo. A essa altura estava ele novamente aprovado, surgindo a dúvida do Departamento de Pessoal do Ministério quanto à sua nomeação e iniciando-se uma série de consultas, cujas conclusões, embora divergentes, levaram o Sr. Ministro a impedir a admissão do candidato.

A divergência se deu entre o DASP (Parecer nº 763/75) — que era favorável à admissão do impetrante, porquanto a alegada violação de sigilo não impediria o ingresso do candidato (fls. 82) e o parecer do Consultor Jurídico, que o Ministro aprovou, fulcrando-se na falta de preenchimento, pelo candidato, do requisito do “bom procedimento” (Lei 1.711/52, art. 22, V), exigido com rigor para o exercício do cargo de Fiscal do Trabalho (fls. 125/126).

Também foi ouvida a Consultoria-Geral da República que, sem ingressar no mérito da questão, se limitou a opinar no sentido de que a competência para o julgamento do *writ* seria do Tribunal Federal de Recursos e não da Justiça Federal de primeira instância, razão que pesou também no desaforamento deste processo.

Vale ressaltar ainda que, paralelamente ao curso dessa matéria, tramitava pedido do impetrante visando à reconsideração da decisão proferida no inquérito administrativo, com vistas à sua exclusão do rol dos culpados. Apresentou o requerente, como argumento, o fato de não haver sido indiciado no inquérito policial, nem ter sido denunciado pelo Ministério Público. O pedido foi indeferido (fls. 207, item 9).

Chamada a falar nos autos, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República deu parecer no sentido de que o candidato dispensado do emprego anterior, por justa causa, mas que conquistou outro cargo, em concurso público, não pode ver impedida, por is-

so, a sua posse, pois a tanto equivaleria a penalidade acessória convertida em sanção de caráter perpétuo (Dr. Nelson Parucker, com aprovação do Dr. Paulo A. F. Sollberger, fls. 218/220).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Os fatos revelam que o impetrante, na qualidade de candidato ao provimento de vagas no emprego de Fiscal de Trabalho (LT-NS-933.A) e, como tal, inscrito em concurso público, ter-se-ia envolvido, em benefício próprio na quebra do sigilo das provas, infração funcional de responsabilidade dos organizadores do certame, Norival Nunes da Silva (Diretor Geral do DP do MT) e Edy de Oliveira Chaves (Diretor da Divisão de Recrutamento e Seleção), os quais, agindo isoladamente, prejudicaram a regularidade do concurso.

Em inquérito administrativo, o Ministério do Trabalho em face do pedido de sindicância, apurou que Norival Nunes da Silva foi o responsável pela prévia divulgação de questões integrantes das provas, passadas a alguns dos candidatos inscritos. Mas Edy de Oliveira Chaves, subordinado a Norival Nunes e co-responsável na realização do concurso, enviou, também, através de malote do Ministério, cadernos de provas de Direito Público e de Direito do Trabalho, preparados para aplicação nas provas, ao seu filho Carlos Roberto dos Santos Chaves. E deu conhecimento de questões entre outros, ao impetrante Cosme Augusto Rebelo Amorim. Todos os beneficiários da fraude obtiveram excelente classificação.

Conforme consta de trechos do inquérito administrativo, do inquérito policial e da denúncia na ação penal, esta última envolvendo apenas Norival Nunes, Tierson Alves e Edy Oliveira, o primeiro deles confessou a fraude perante a Comissão de Sindicância. E o segundo também, constatando-se os fatos, quanto a ele, através do auto de apreensão constante do inquérito administrativo. Os três foram denunciados como incurso no art. 325, do CP, por violação de sigilo profissional: revelar fato de que tinham ciência em razão do cargo e que devia permanecer em segredo. Os beneficiários foram arrolados, porém, como testemunhas da acusação (fls. 58), muito embora, na qualidade de candidatos envolvidos e que lograram êxito no concurso, tivessem sido demitidos dos seus cargos de servidores do Ministério do Trabalho. O impetrante era ocupante da Função de Assessoramento Superior (FAS), do DASP, de onde também foi afastado.

Os autos dão conta, ainda, de que além da sindicância foram constituídas duas Comissões de Inquérito Administrativo, pois embora a primeira delas tivesse concluído pela anulação do concurso, por violação do princípio da moralidade administrativa e da lealdade do ato administrativo, o Ministro, em razão de parecer do seu Secretário Geral, designou outra para apurar, com maior amplitude, os fatos delituosos. Esta última foi composta por três Delegados de Polícia Federal e não discrepou dos resultados colhidos na primeira, com acréscimo da necessidade de instauração do inquérito policial. Contra o impetrante constam as declarações do indiciado Edy de Oliveira Chaves, perante a Comissão de Sindicância Policial, muito embora à Comissão de Sindicância Administrativa tenha ele declarado apenas conhecer o impetrante. Mas a Comissão de Inquérito, concluiu às fls. 105, que

«... os depoimentos do Sr. Edy de Oliveira Chaves, se analisados nas suas seqüências, levam a concluir que, realmente, o Sr. Cosme Augusto Rebelo de Amorim foi beneficiado pelo vazamento do sigilo (fls. 1.178)».

Sobre o mesmo leia-se mais o seguinte:

«... ele compareceu perante a Comissão de Sindicância Policial, *de livre e espontânea vontade*, porque «após prestar as declarações anteriores», pensando melhor, “entendeu que deveria falar tudo o que sabia a respeito do concurso de Fiscal do Trabalho, realizado no dia 22 de maio de 1983, no que diz respei-

to ao vazamento do sigilo da prova. Na oportunidade, citou nominalmente, todos aqueles a quem o declarante havia passado as questões das provas do referido concurso. O nome do Sr. Cosme Augusto Rebelo de Amorim foi também citado com a complementação de que havia lhe passado as questões da prova, por telefone, da residência do declarante para a casa do beneficiado, o qual prestou o concurso em Brasília, obtendo o 1º lugar (fls. 1.178). Perante esta Comissão de Inquérito, o Sr. Edy de Oliveira Chaves declarou que conheceu o Sr. Cosme Augusto Rebelo Amorim, funcionário do DASP, em razão de suas constantes idas àquele Departamento e, nos contatos que fez com aquele servidor, fez comentários generalizados a respeito da prova e especialmente sobre cálculos que seriam objeto de várias questões. Acrescentou que Cosme Augusto Rebelo de Amorim, foi ao seu gabinete insistindo em saber informações sobre a prova (fls. 1.464/1.465). Declarou, ter ocorrido um entendimento entre ele, o Professor Norival Nunes da Silva, e o próprio Cosme Augusto Rebelo de Amorim, quando os três se reuniram na casa do Professor Norival Nunes da Silva (fls. 1.465). A referência à conclusão da Comissão de Sindicância Policial não condiz com a realidade, porque se não houvesse atribuição de culpa a Cosme Augusto Rebelo de Amorim, não teria havido solicitação da remessa de depoimentos ao Sr. Diretor-Geral do DASP, com a finalidade de dar-lhe conhecimento “da irregularidade atribuída ao servidor daquele Departamento”. Logo, no entender daquela Comissão Policial, o indiciado também estava comprometido com as irregularidades relativas ao Concurso de Fiscal do Trabalho, porque, de acordo com a confissão do Sr. Edy de Oliveira Chaves, havia recebido, com antecedência, as questões da prova do referido concurso. O fato do Sr. Edy de Oliveira Chaves ter confessado, de livre e espontânea vontade, a falta cometida com relação ao vazamento do sigilo da prova, citando nominalmente cada pessoa que se beneficiou com o seu ato, leva à convicção de que não havia nenhum motivo para envolver o nome do indiciado, se realmente o mesmo não estivesse envolvido. As contradições e fato narrados pelo Sr. Edy de Oliveira Chaves, dão mais elementos sobre o envolvimento do indiciado, porque, em virtude do cargo que ocupava no Ministério do Trabalho, Edy de Oliveira Chaves estava em contato direto com o DASP, onde Cosme Augusto Rebelo de Amorim ocupava um cargo junto ao Diretor Geral daquele Departamento. Lógico que se conheciam bastante, ao ponto de o indiciado lhe pedir ajuda para a realização do concurso (fls. 1.464/1.465). Edy de Oliveira Chaves, tanto atendeu ao indiciado que depois combinaram em dizer que as informações sobre recebidas foram, somente, sobre «tópicos» da prova de Fiscal do Trabalho. Mas, em suas declarações à Polícia, resolveu confessar que de fato havia lhe passado as questões da referida prova. O combinado entre Edy de Oliveira Chaves, Norival Nunes da Silva e Cosme Augusto Rebelo de Amorim, era para, somente, ser dito que Edy de Oliveira Chaves havia comentado com Cosme Augusto Rebelo de Amorim alguns «tópicos» sobre as provas do concurso de Fiscal do Trabalho. Veja-se o depoimento do indiciado às fls. 1.294, onde afirma que Edy de Oliveira Chaves com ele havia comentado «alguns tópicos sobre questões de Direito do Trabalho e de Direito Público Privado» cujos títulos deveriam ser estudados, acrescentando que os tópicos comentados por Edy de Oliveira Chaves, efetivamente foram objeto da prova relativa ao concurso público para Fiscal do Trabalho, a que se submeteu, logrando a primeira colocação em Brasília. O entendimento entre Norival Nunes da Silva, Edy de Oliveira Chaves e o indiciado deixou caracterizado o seu envolvimento com as irregularidades ocorridas no concurso de Fiscal do Trabalho. Concluiu-se, portanto, que o indiciado tomou, antecipadamente conhecimento das questões da prova de Fiscal do Trabalho e se beneficiou em detrimento de outros candidatos, se conduzindo de maneira repreensível e desleal». (Fls. 106/108).

A Comissão de Inquérito Administrativo concluiu que o impetrante, entre outros, teria infringido o art. 482, letra *a* e *b*, da CLT, e as cláusulas 1ª e 8ª dos respectivos contratos de trabalho, porque, na condição de servidor público, agira com improbidade e incontinência de conduta, ensejando a rescisão contratual por justa causa, pelo empregador. No caso do impetrante, porém, mesmo ocupando ele, no DASP, a Função de Assessoramento Superior (FAS), já havia sido dispensado antecipadamente, *sem justa causa* e mediante o recebimento de alentada importância em dinheiro, como pagamento de seus alegados direitos trabalhistas na rescisão contratual (fl. 67). Isso porque a Consultoria Jurídica do órgão, embora reconhecendo haver depoimento prestado pelo infrator confesso, de que o impetrante recebera as questões, anteriormente à realização da prova, opinou favoravelmente à dispensa dele sem justa causa, porque o contrário exigiria a comprovação indubitável da prática do ilícito (fls. 80).

Com apoio nesse parecer e em outros pronunciamentos da mesma origem, o impetrante, após inscrever-se no segundo concurso e obter classificação, pretendeu tomar posse no cargo, sendo impedido por ato do Ministro do Trabalho, após ouvir a sua Consultoria Jurídica, o DASP e a Consultoria-Geral da República, por achar que a matéria era inédita, a requerer uniforme pronúnciação. O *ineditismo* do caso repousaria no fato de haver sido o impetrante dispensado de suas funções no DASP, possibilitando-se a sua inscrição no segundo concurso. A Coordenadoria de Legislação de Pessoal daquele órgão sustentou, então, o seguinte:

«O servidor que forneceu a vários candidatos as questões da prova de que se trata afirma as haver concedido ao interessado. Este, à sua vez, assevera haver, apenas, comentado tópicos do programa com aquele servidor.

A comissão de Inquérito concluiu que o referido candidato teria infringido o art. 482, alíneas *a* e *b* (ato de improbidade e incontinência de conduta ou mau procedimento, respectivamente), da CLT.

Não resultou qualquer aplicação de penalidade ao interessado, que somente ocupava função de assessoramento superior neste Órgão, e da qual foi dispensado, sem justa causa.

Na ação criminal impetrada, em virtude da quebra de sigilo do processo seletivo, não houve denúncia do candidato.

Em face do exposto e ainda que o interessado houvesse recebido as questões da prova, não estaria caracterizada a prática de uma infração infamante, que demonstrasse grau de periculosidade de molde a implicar incompatibilidade para o exercício da função pública.

Portanto, a alegada violação de sigilo de que se cuida não impede que o candidato seja admitido e assuma o exercício de suas atribuições». (Fls. 82).

É certo que o impetrante não foi denunciado criminalmente ou sequer indiciado no inquerito policial, mas apenas ouvido como testemunha. Essa possível lacuna não teria força para obscurecer, porém, os fatos colhidos na instância administrativa, os quais revelam que o impetrante recebera de Edy de Oliveira Chaves as questões da primeira prova. Outro Consultor Jurídico do DASP já admitira antes que «na espécie há depoimento prestado por infrator confesso de que o interessado recebera as questões anteriormente à realização da prova (fls. 50).

Não foi por outro motivo que esse parecer serviu de base à demissão do impetrante da sua função no DASP, pouco importando o argumento da existência ou não de justa causa, porquanto é sabido ocupava ele mera função de confiança, cujo titular é demissível *ad nutum* da autoridade competente.

Essa orientação do DASP, no caso dos autos, não se impôs, porém, na área ministerial.

De fato, baseado no Parecer nº 66/85, de sua Assessoria Jurídica, que, examinando consulta feita pelo Departamento de Pessoal, manifestou-se contrário à nomeação

do candidato, embora classificado no segundo concurso, o Ministro do Trabalho decidiu aprová-lo e, em consequência, determinar àquele Departamento que o candidato Cosme Augusto Rebelo de Amorim não fosse admitido como Fiscal do Trabalho, por não preencher o requisito exigido no art. 22, V, da Lei 1.711/52, a saber:

«Art. 22. So poderá ser empossado em cargo público quem satisfizer os seguintes requisitos:

(Omissis)

V — Ter bom procedimento.»

Conforme acentuam as informações, não se pode imputar ilegalidade ao ato do Sr. Ministro, quando no uso de suas atribuições e em nome da moralidade administrativa impediu a admissão de um candidato envolvido em falcaturas, tanto mais que para ocupar cargo onde se exige do servidor o máximo de idoneidade (fls. 208). Usou ele, pois, sem qualquer desvio, o poder discricionário de que é detentor, em defesa da pública administração (fl. 209).

Disse-o bem o parecerista de fl. 72/76. No serviço público a prova do bom procedimento ou da boa conduta era, antes da Política de Desburocratização, aferida por meio de certidões negativas civis e criminais. Tal prova encontra-se atualmente substituída por declaração do próprio candidato, usualmente nos termos de que não respondeu ou não responde a processo ou inquérito nas esferas judiciais e administrativas (fl. 73).

Está no art. 1º, Decreto nº 83.936/79.

Na CLT, diversamente, e do Estatuto, nada há que preceitue estar o candidato obrigado a comprovar, previamente, o bom procedimento, o que significa ser conveniente, sob o aspecto juríco, mencionar esse requisito, entre outros, no edital de concurso, ainda que de forma genérica e a ser exigido em fase posterior ao certame.

Consta do Edital de concurso, no item 11.2, que a classificação no processo seletivo não assegura ao candidato o direito à admissão, mas apenas a expectativa de ser admitido segundo rigorosa ordem classificatória, ficando a concretização desse ato condicionada à observância da Administração.

Em sendo assim, os candidatos deverão receber tratamento igual, isto é, têm de declarar se já responderam ou se respondem a processo ou inquérito, pois falsearão a verdade se afirmarem negativamente. O crivo da Administração abrangerá a conduta *remota*, ou seja, a existência de indiciamento, e a conduta *atual*, ou seja, a prestação de declaração falsa.

Verificada, em qualquer tempo, a ocorrência de fraude ou falsidade, em prova documental ou declaração do interessado, a exigência será considerada como não satisfeita e sem efeito o ato praticado, devendo o órgão ou entidade dar conhecimento do fato à autoridade competente, para a instauração, inclusive, de processo criminal (Decreto nº 83.936/79, art. 10, parágrafo único).

No presente caso a autoridade foi informada da existência de inquérito e do envolvimento do candidato, devendo seguir, como seguiu, o comando do art. 3º, Decreto 83.936/79, onde se lê que, havendo fundadas razões de dúvida quanto à veracidade das declarações do candidato, ser-lhe-ão logo solicitados esclarecimentos anotando-se a circunstância no processo.

Claro está, porém, que isso não inibe a Administração de procurar elucidar o assunto por livre iniciativa, como fez no caso dos autos. Se for apurado que o fato constante do inquérito ou processo é incompatível com a natureza das atividades do cargo, é lógico e jurídico que se impeça a admissão do candidato.

Ante o exposto, denego o mandado de segurança.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS 111.183 — DF — (Reg. nº 7.877.471) — Rel.: Min. Gueiros Leite — Reqte.: Cosme Augusto Rebelo de Amorim — Reqdo.: Sr. Ministro de Estado do Trabalho — Litisconsorte passivo necessário: Sebastião Ferreira da Costa — Advs.: Drs. Guaracy da Silva Freitas e outro (Reqte) e Helder Soares de Almeida. (Litisc).

Sustentou oralmente o Dr. Guaracy da Silva Freitas.

Decisão: O Plenário, após os votos dos Srs. Ministros Relator, Washington Bolívar e Torreão Braz, denegando a segurança, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Carlos M. Velloso. Aguardam os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Geraldo Fonteles, Armando Rollemberg e José Dantas. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Costa Lima e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO. 11-9-86, T. Pleno.

EMENTA: «Administrativo. Funcionário. Nomeação. Concurso público.

I — A demissão, por justa causa, de emprego público, não impede a readmissão do dispensado em cargo que conquistou por concurso público a que se submeteu. Tampouco é impeditiva dessa readmissão o fato de o interessado ter-se envolvido, em concurso anterior, como beneficiário da «quebra de sigilo» da prova, por isso que, aprovado em primeiro lugar naquele concurso, viu anulada a sua prova e dispensado da função pública que ocupava. Foi, assim, punido, exemplarmente. Impedir o seu reingresso no serviço público, em cargo conquistado em novo concurso público, seria puni-lo duas vezes por uma mesma falta e impor-lhe uma sanção perpétua, que a Teoria Geral do Direito repele.

II — Segurança deferida.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: O eminente Ministro Gueiros Leite, Relator, assim sumariou a espécie:

«Cosme Augusto Rebelo de Amorim impetrou mandado de segurança contra a Diretora-Geral do Departamento do Pessoal do Ministério do Trabalho, perante o Juiz Federal da 3ª Vara, do Distrito Federal, queixando-se de haver sido preterido pela nomeação de candidatos, ao arripio de melhor classificação em concurso público para Fiscal do Trabalho.

Notificada a autoridade impetrada, argüiu preliminar de incompetência do juízo, visto estar provado não ter sido ela a responsável pelo ato impugnado, pois o praticou em estrita obediência a determinação do Senhor Ministro do Trabalho. O Dr. Juiz, após ouvir o Ministério Público, determinou a vinda dos autos ao Tribunal (fls. 188/191).

Sem liminar, foram requisitadas informações e admitido o ingresso nos autos de Sebastião Ferreira da Costa, como litisconsorte passivo necessário, por ser aquele candidato pretendidamente nomeado em lugar do impetrante. Ele compareceu às fls. 214/215, sustentando a legalidade de sua nomeação e a inexistência de antagonismo entre tal ato e a situação do impetrante.

O Sr. Ministro de Estado do Trabalho prestou informações às fls. 205/211, esclarecendo que de fato dois candidatos classificados posteriormente ao impetrante foram nomeados por decisão sua, pois ele não poderia admitir a nomeação de pessoa que não reunia os requisitos de moralidade exigíveis para o cargo de Fiscal do Trabalho.

Eis o histórico dos fatos.

O impetrante ocupava a Função de Assessoramento Superior (FAS), no DASP, quando prestou a primeira prova de Fiscal do Trabalho, em 22 de maio de 1983. Em consequência de denúncia de fraude, apurou-se em sindicância a sua implicação como beneficiário da quebra de sigilo, esta provocada pelos executores do concurso.

O Ministro aprovou as conclusões da sindicância e anulou o primeiro concurso. Em seguida determinou a instauração de inquérito para apurar a responsabilidade dos envolvidos. Mas enquanto prosseguia o inquérito foi aberto novo concurso, em 8 de abril de 1984, do qual também participou o impetrante, como todos os outros originariamente inscritos.

Concluído o inquérito, restou configurada a culpa do impetrante na quebra de sigilo. A essa altura estava ele novamente aprovado, surgindo a dúvida do Departamento de Pessoal do Ministério quanto à sua nomeação e iniciando-se uma série de consultas, cujas conclusões, embora divergentes, levaram o Sr. Ministro a impedir a admissão do candidato.

A divergência se deu entre o DASP (Parecer nº 763/75) — que era favorável à admissão do impetrante, porquanto a alegada violação de sigilo não impediria o ingresso do candidato (fl. 82) e o parecer do Consultor-Jurídico, que o Ministro aprovou, fulcrando-se na falta de preenchimento, pelo candidato, do requisito do «bom procedimento» (Lei 1711/52, art. 22, v), exigido com rigor para o exercício do cargo de Fiscal do Trabalho (fls. 125/126).

Também foi ouvida a Consultoria-Geral da República que, sem ingressar no mérito da questão, se limitou a opinar no sentido de que a competência para o julgamento do *writ* seria do Tribunal Federal de Recursos e não da Justiça Federal de primeira instância, razão que pesou também no desaforamento deste processo.

Vale ressaltar ainda que, paralelamente ao curso dessa matéria, tramitava pedido do impetrante visando à reconsideração da decisão proferida no inquérito administrativo, com vistas à sua exclusão do rol dos culpados. Apresentou o requerente, como argumento, o fato de não haver sido indiciado no inquérito policial, nem ter sido denunciado pelo Ministério Público. O pedido foi indeferido (fl. 207, item 9).

Chamada a falar nos autos, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República deu parecer no sentido de que o candidato dispensado de emprego anterior, por justa causa, mas que conquistou outro cargo, em concurso público, não pode ver impedida, por isso, a sua posse, pois a tanto equivaleria a penalidade acessória convertida em sanção de caráter perpétuo (Dr. Nelson Parucker, com aprovação do Dr. Paulo A. F. Sollberger, fls. 218/220)».

S. Exa. votou, em seguida, denegando a segurança, ao argumento básico seguinte: somente pode ser empossado em cargo público, na forma do disposto no art. 22, V, da Lei nº 1.711/52, quem tiver bom procedimento. Ora, tendo o impetrante sido beneficiário, no concurso anterior, da «quebra do sigilo» das provas, podia ser impedida a sua admissão no serviço público. Os Srs. Ministros W. Bolívar e Torreão Braz acompanharam o voto do Sr. Ministro Relator.

Assim o voto de S. Exa., o Sr. Ministro Gueiros Leite, Relator:

«Os fatos revelam que o impetrante, na qualidade de candidato ao provimento de vagas no emprego de Fiscal de Trabalho (LT-NS-933.A) e, como tal, inscrito em concurso público, ter-se-ia envolvido, em benefício próprio, na quebra do sigilo das provas, infração funcional de responsabilidade dos organizadores do certame, Norival Nunes da Silva (Diretor-Geral do DP do MT) e Edy de Oliveira Chaves (Diretor da Divisão de Recrutamento e Seleção), os quais, agindo isoladamente, prejudicaram a regularidade do concurso.

Em inquérito administrativo, o Ministério do Trabalho em face do pedido de sindicância, apurou que Norival Nunes da Silva foi o responsável pela prévia divulgação de questões integrantes das provas, passadas a alguns dos candidatos inscritos. Mas Edy de Oliveira Chaves, subordinado a Norival Nunes e co-responsável na realização do concurso, enviou, também, através de malote do Ministério, cadernos de provas de Direito Público e de Direito do Trabalho, preparados para aplicação nas provas, ao seu filho Carlos Roberto dos Santos Chaves. E deu conhecimento de questões entre outros, ao impetrante Cosme Augusto Rebelo Amorim. Todos os beneficiários da fraude obtiveram excelente classificação.

Conforme consta de trechos do inquérito administrativo, do inquérito policial e da denúncia na ação penal, esta última envolvendo apenas Norival Nunes, Tierson Alves e Edy Oliveira, o primeiro deles confessou a fraude perante a Comissão de Sindicância. E o segundo também, constatando-se os fatos, quanto a ele, através do auto de apreensão constante do inquérito administrativo. Os três foram denunciados como incurso no art. 325, do CP, por violação de sigilo profissional: revelar fato de que tinham ciência em razão do cargo e que devia permanecer em segredo. Os beneficiários foram arrolados, porém, como testemunhas da acusação (fls. 58), muito embora, na qualidade de candidatos envolvidos e que lograram êxito no concurso, tivessem sido demitidos dos seus cargos de servidores do Ministério do Trabalho. O impetrante era ocupante da Função de Assessoramento Superior (FAS), do DASP, de onde também foi afastado.

Os autos dão conta, ainda, de que além da sindicância foram constituídas duas Comissões de Inquérito Administrativo, pois embora a primeira delas tivesse concluído pela anulação do concurso, por violação do princípio da moralidade administrativa e da lealdade do ato administrativo, o Ministro, em razão de parecer do seu Secretário-Geral, designou outra para apurar, com maior amplitude, os fatos delituosos. Esta última foi composta por três Delegados de Polícia Federal e não discrepou dos resultados colhidos na primeira, com acréscimo da necessidade de instauração do inquérito policial. Contra o impetrante constam as declarações do indiciado Edy de Oliveira Chaves, perante a Comissão de Sindicância Policial, muito embora à Comissão de Sindicância Administrativa tenha ele declarado apenas conhecer o impetrante. Mas a Comissão de Inquérito, concluiu, à fl. 105, que

«... os depoimentos do Sr. Edy de Oliveira Chaves, se analisados nas suas seqüências, levam a concluir que, realmente, o Sr. Cosme Augusto Rebelo de Amorim foi beneficiado pelo vazamento do sigilo (fls. 1.178)».

Sobre o mesmo leia-se mais o seguinte:

«... ele compareceu perante a Comissão de Sindicância Policial, de livre e espontânea vontade, porque «após prestar as declarações anteriores», pensando melhor, «entendeu que deveria falar tudo o que sabia a respeito do concurso de Fiscal do Trabalho, realizado no dia 22 de maio de 1983, no que diz respeito ao vazamento do sigilo da prova». Na

oportunidade, citou nominalmente, todos aqueles a quem o declarante havia passado as questões das provas do referido concurso. O nome do Sr. Cosme Augusto Rebelo de Amorim foi também citado com a complementação de que havia lhe passado as questões da prova, por telefone, da residência do declarante para a casa do beneficiado, o qual prestou o concurso em Brasília, obtendo o 1º lugar (fls. 1.178). Perante esta Comissão de Inquérito, o Sr. Edy de Oliveira Chaves declarou que conheceu o Sr. Cosme Augusto Rebelo de Amorim, funcionário do DASP, em razão de suas constantes idas àquele departamento e, nos contatos que fez com aquele servidor, fez comentários generalizados a respeito da prova e especialmente sobre cálculos que seriam objeto de várias questões. Acrescentou que Cosme Augusto Rebelo de Amorim, foi ao seu gabinete insistindo em saber informações sobre a prova (fls. 1.464/1.465). Declarou, ter ocorrido um entendimento entre ele, o Professor Norival Nunes da Silva, e o próprio Cosme Augusto Rebelo de Amorim, quando os três se reuniram na casa do Professor Norival Nunes da Silva (fl. 1.465). A referência à conclusão da Comissão de Sindicância Policial não condiz com a realidade, porque se não houvesse atribuição de culpa a Cosme Augusto Rebelo de Amorim, não teria havido solicitação da remessa de depoimento ao Sr. Diretor-Geral do DASP, com a finalidade de dar-lhe conhecimento «da irregularidade atribuída ao servidor daquele Departamento». Logo, no entender daquela Comissão Policial, o indiciado também estava comprometido com as irregularidades relativas ao Concurso de Fiscal do Trabalho, porque, de acordo com a confissão do Sr. Edy de Oliveira Chaves, havia recebido, com antecedência, as questões da prova do referido concurso. O fato do Sr. Edy de Oliveira Chaves ter confessado, de livre e espontânea vontade, a falta cometida com relação ao vazamento do sigilo da prova, citando nominalmente cada pessoa que se beneficiou com o seu ato, leva à convicção de que não havia nenhum motivo para envolver o nome do indiciado, se realmente o mesmo não estivesse envolvido. As contradições e fato narrados pelo Sr. Edy de Oliveira Chaves, dão mais elementos sobre o envolvimento do indiciado, porque, em virtude do cargo que ocupava no Ministério do Trabalho, Edy de Oliveira Chaves estava em contato direto com o DASP, onde Cosme Augusto Rebelo de Amorim ocupava um cargo junto ao Diretor-Geral daquele Departamento. Lógico que se conheciam bastante, ao ponto de o indiciado lhe pedir ajuda para a realização do concurso (fls. 1.464/1.465). Edy de Oliveira Chaves, tanto atendeu ao indiciado que depois combinaram em dizer que as informações recebidas foram somente sobre «tópicos» da prova de Fiscal do Trabalho. Mas, em suas declarações à Polícia, resolveu confessar que de fato havia lhe passado as questões da referida prova. O combinado entre Edy de Oliveira Chaves, Norival Nunes da Silva e Cosme Augusto Rebelo de Amorim, era para somente ser dito que Edy de Oliveira Chaves havia comentado com Cosme Augusto Rebelo de Amorim alguns «tópicos» sobre as provas do concurso de Fiscal do Trabalho. Veja-se o depoimento do indiciado à fl. 1.294, onde afirma que Edy de Oliveira Chaves com ele havia comentado «alguns tópicos sobre questões de Direito do Trabalho e de Direito Público Privado, cujos títulos» deveriam ser estudados, acrescentando que os tópicos comentados por Edy de Oliveira Chaves efetivamente foram objeto da prova relativa ao concurso público para Fiscal do Trabalho, a que se submeteu, logrando a primeira colocação em Brasília. O entendimento entre Norival Nunes da Silva, Edy de Oliveira Chaves e o indiciado deixou caracterizado o seu envolvimento com as irregularidades ocorridas no concurso de Fiscal do Tra-

balho. Concluiu-se, portanto, que o indiciado tomou antecipadamente conhecimento das questões da prova de Fiscal do Trabalho e se beneficiou em detrimento de outros candidatos, se conduzindo de maneira repressível e desleal» (fls. 106/108).

A Comissão de Inquérito Administrativo concluiu que o impetrante, entre outros, teria infringido o artigo 482, letras *a* e *b*, da CLT, e as cláusulas 1ª e 8ª dos respectivos contratos de trabalho, porque, na condição de servidor público, agira com improbidade e incontinência de conduta, ensejando a rescisão contratual por justa causa, pelo empregador. No caso do impetrante, porém, mesmo ocupando ele, no DASP, a Função de Assessoramento Superior (FAS), já havia sido dispensado antecipadamente, *sem justa causa* e mediante o recebimento de alçada importância em dinheiro, como pagamento de seus alegados direitos trabalhistas na rescisão contratual (fls. 67). Isso porque a Consultoria Jurídica do órgão, embora reconhecendo haver depoimento prestado pelo infrator confesso, de que o impetrante recebera as questões anteriormente à realização da prova, opinou favoravelmente à dispensa dele *sem justa causa*, porque o contrário exigiria a comprovação indubitável da prática do ilícito (fls. 80).

Com apoio nesse parecer e em outros pronunciamentos da mesma origem, o impetrante, após inscrever-se no segundo concurso e obter classificação, pretendeu tomar posse no cargo, sendo impedido por ato do Ministro do Trabalho, após ouvir a sua Consultoria Jurídica, o DASP e a Consultoria Geral da República, por achar que a matéria era inédita, a requerer uniforme pronúnciação. O *ineditismo* do caso repousaria no fato de haver sido o impetrante dispensado de suas funções no DASP, possibilitando-se a sua inscrição no segundo concurso. A Coordenadoria de Legislação de Pessoal daquele órgão sustentou então o seguinte:

«O servidor que forneceu a vários candidatos as questões da provas de que se trata, afirma as haver concedido ao interessado. Este, à sua vez, assevera haver, apenas, comentado tópicos do programa com aquele servidor.

A comissão de Inquérito concluiu que o referido candidato teria infringido o art. 482, alínea *a* e *b* (ato de improbidade e incontinência de conduta ou mau procedimento, respectivamente), da CLT.

Não resultou qualquer aplicação de penalidade ao interessado, que somente ocupava Função de Assessoramento Superior neste Órgão, e da qual foi dispensado, *sem justa causa*.

Na ação criminal impetrada, em virtude da quebra de sigilo do processo seletivo, não houve denúncia do candidato.

Em face do exposto e ainda que o interessado houvesse recebido as questões da prova, não estaria caracterizada a prática de uma infração infamante, que demonstrasse grau de periculosidade de molde a implicar incompatibilidade para o exercício da função pública.

Portanto, a alegada violação de sigilo de que se cuida não impede que o candidato seja admitido e assuma o exercício de suas atribuições» (fl. 82).

É certo que o impetrante não foi denunciado criminalmente ou sequer indiciado no inquérito policial, mas apenas ouvido como testemunha. Essa possível lacuna não teria força para obscurecer, porém, os fatos colhidos na instância administrativa, os quais revelam que o impetrante recebera de Edy de Oliveira Chaves as questões da primeira prova. Outro Consultor Jurídico do DASP já admitira antes que «na espécie há depoimento prestado por infrator confesso de que o interessado recebera as questões anteriormente à realização da prova» (fls. 50).

Não foi por outro motivo que esse parecer serviu de base à demissão do impetrante da sua função no DASP, pouco importando o argumento da existência ou não de justa causa, porquanto é sabido ocupava ele mera função de confiança, cujo titular é demissível *ad nutum* da autoridade competente.

Essa orientação do DASP no caso dos autos não se impôs, porém, na área ministerial.

De fato, baseado no Parecer nº 66/85, de sua Assessoria Jurídica, que, examinando consulta feita pelo Departamento de Pessoal, manifestou-se contrário à nomeação do candidato embora classificado no segundo concurso, o Ministro do Trabalho decidiu aprová-lo e, em consequência, determinar àquele Departamento que o candidato Cosme Augusto Rebelo de Amorim não fosse admitido como Fiscal do Trabalho, por não preencher o requisito exigido no art. 22, V, da Lei 1.711/52, a saber:

«Art. 22. So poderá ser empossado em cargo público quem satisfizer os seguintes requisitos: (*Omissis*)

V — Ter bom procedimento.»

Conforme acentuam as informações, não se pode imputar ilegalidade ao ato do Sr. Ministro, quando no uso de suas atribuições e em nome da moralidade administrativa impediu a admissão de um candidato envolvido em falcatruas, tanto mais que para ocupar cargo onde se exige do servidor o máximo de idoneidade (fl. 208). Usou ele, pois, sem qualquer desvio, o poder discricionário de que é detentor, em defesa da pública administração (fl. 209).

Disse-o bem o parecerista de fls. 72/76. No serviço público a prova do bom procedimento ou da boa conduta era, antes da Política de Desburocratização, aferida por meio de certidões negativas civis e criminais. Tal prova encontra-se atualmente substituída por declaração do próprio candidato, usualmente nos termos de que não respondeu ou não responde a processo ou inquérito nas esferas judiciais e administrativas (fl. 73).

Está no art. 1º, Decreto nº 83.936/79.

Na CLT, diversamente e do Estatuto, nada há que preceitue estar o candidato obrigado a comprovar, previamente, o bom procedimento, o que significa ser conveniente, sob o aspecto jurídico, mencionar esse requisito, entre outros, no edital de concurso, ainda que de forma genérica e a ser exigido em fase posterior ao certame.

Consta do Edital de concurso, no item 11.2, que a classificação no processo seletivo não assegura ao candidato o direito à admissão, mas apenas a expectativa de ser admitido segundo rigorosa ordem classificatória, ficando a concretização desse ato condicionada à observância da Administração.

Em sendo assim, os candidatos deverão receber tratamento igual, isto é, têm de declarar se já responderam ou se respondem a processo ou inquérito, pois falsearão a verdade se afirmarem negativamente. O crivo da Administração abrangerá a conduta *remota*, ou seja, a existência de indiciamento, e a conduta atual ou seja, a prestação de declaração falsa.

Verificada, em qualquer tempo, a ocorrência de fraude ou falsidade, em prova documental ou declaração do interessado, a exigência será considerada como não satisfeita e sem efeito o ato praticado, devendo o órgão ou entidade dar conhecimento do fato à autoridade competente, para a instauração, inclusive, de processo criminal (Decreto nº 83.936/79, art. 10, parágrafo único).

No presente caso a autoridade foi informada da existência de inquérito e do envolvimento do candidato, devendo seguir, como seguiu, o comando do

art. 3º, Decreto 83.936/79, onde se lê que, havendo fundadas razões de dúvida quanto à veracidade das declarações do candidato, ser-lhe-ão logo solicitados esclarecimentos, anotando-se a circunstância do processo.

Claro está, porém, que isso não inibe a Administração de procurar elucidar o assunto por livre iniciativa, como fez no caso dos autos. Se for apurado que o fato constante do inquérito ou processo é incompatível com a natureza das atividades do cargo, é lógico e jurídico que se impeça a admissão do candidato.

Ante o exposto, denego o mandado de segurança.

É como voto.»

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

Em resumo, o que aconteceu foi o seguinte: o impetrante, então ocupante de FAS-Função de Assessoramento Superior, no DASP, inscreveu-se no concurso de Fiscal do Trabalho e prestou a prova, no dia 22.05.83. Em consequência de denúncia de fraude, foram instauradas sindicâncias, que concluíram no sentido de que o impetrante fora beneficiado na «quebra do sigilo» das provas, «quebra de sigilo», essa provocada pelos executores do concurso, o então Diretor-Geral do Departamento do Pessoal e o Diretor do Departamento de Recrutamento e Seleção. A prova foi, então, anulada, convindo esclarecer que o impetrante fora aprovado em 1º lugar. Realizou-se, então, um segundo concurso, no qual o impetrante foi aprovado em 29º lugar. Esclareça-se que, tendo em vista o ocorrido no primeiro concurso, o impetrante foi dispensado da função de Assessoramento Superior — FAS, que detinha, no DASP, por justa causa. Esclarece, em seguida, o Ministro de Estado, nas informações:

«6. Com a proximidade da classificação do candidato Cosme Augusto Rebelo de Amorim, aprovado quando da realização do segundo certame, o Departamento de Pessoal deste Ministério alçou à instância do Senhor Ministro a indagação se não haveria óbice à admissão do candidato na categoria de Fiscal do Trabalho, face ao seu envolvimento no rumoroso episódio do viciado concurso.»

.....
(fls. 206/207).

Concluiu-se, então, que diante do ocorrido no primeiro concurso, no qual o impetrante fora beneficiado com a «quebra do sigilo», deveria ser obstada a sua admissão como Fiscal do Trabalho.

Está nas informações:

«13. O Titular da Pasta, ao impedir a admissão do candidato, usou do poder discricionário de que é detentor, em defesa dos princípios morais que devem reger a atividade administrativa. E por todo o respeito que goza e merece o Poder Judiciário, não deverá ele, certamente, contrariar a decisão interna do Senhor Ministro que não cometeu nenhuma ilegalidade ao obstar a admissão, como não cometeu nenhuma ilegalidade o Departamento de Pessoal deste Ministério, ao executar a ordem ministerial.

14. O candidato Cosme Augusto Rebelo de Amorim redimiu-se intelectualmente ao fazer a segunda prova e habilitar-se em 29º lugar, com a nota 69 (sessenta e nove), muito embora não seja uma posição equivalente à primeira prova, em que habilitou-se em 1º lugar com a nota 97 (noventa e sete). Relativamente, porém, ao aspecto moral, restou comprovado o seu mau procedimento, ainda não justificado.

15. Finalmente, com a aprovação no certame, convém seja observado que o Impetrante gerou, tão-somente, uma expectativa de direito, mas nunca

um direito adquirido. Para tanto, seria necessário o preenchimento dos demais requisitos exigidos para a função, notadamente o da honestidade, e que o candidato não conseguiu atender.»

.....
(fls. 208/209)

Assim posta a questão, peço vênha ao sr. Ministro Gueiros Leite, Relator, para divergir do seu respeitável entendimento.

A uma, porque, conforme ficou esclarecido, o impetrante, por ter sido beneficiário da «quebra do sigilo» ocorrida no primeiro concurso, foi punido: tendo sido aprovado em 1º lugar, teve anulada a sua prova e a sua classificação; ocupante da função de Assessoramento Superior — FAS, no DASP, foi dispensado *por justa causa* (v. informações dirigidas ao MM. Juiz Federal, fls. 150/151, destes autos).

Foi exemplar, portanto, a punição que sofreu.

A duas, porque não devem a Administração e o Poder Judiciário assentar as suas decisões em motivos puramente éticos e morais, já que as pessoas não são todas elas puras e boas, certo que a ética de uns costuma ser diferente da ética de outros. Por isso, para a segurança dos indivíduos, há o Direito, há a lei. Em nome dessa segurança, devem a Administração e o Judiciário observar o Direito, observar a lei. Em termos puramente éticos, acho que alguém que foi beneficiário da «quebra de sigilo» de um concurso não poderia ocupar um cargo público de fiscal. A questão, entretanto, diante do Direito, deve ser assim decidida? Penso que não. Com propriedade, a questão foi equacionada no parecer da douta Subprocuradoria-Geral, no parecer lavrado pelo Dr. Nelson Parucker, com a aprovação do Dr. Paulo Sollberger, Subprocurador-Geral, ao escrever:

«4. Todavia, quanto ao mérito, tem razão o Impetrante, no particular. Assim, embora não resolvendo a matéria na esfera administrativa, visto como o litígio já se encontrava pendente de decisão judicial, o Parecer nº SR-002, de 23.2.86, da E. Consultoria-Geral da República (fls. 198-A/199), evidencia a ilegitimidade do procedimento inquinado, na espécie.

5. Com efeito, a transformação da rescisão do anterior contrato de trabalho, mantido pelo Impetrante, em «por justa causa», ainda que equiparável fosse à nota «a bem do serviço público», não é, por si só, capaz de impedir a nomeação de candidato aprovado em concurso público para outro cargo, até por inexistir penalidade perpétua, no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

6. Nesse sentido, merece transcrito parte do supracitado Parecer da E. Consultoria-Geral da República:

«Em síntese, a orientação emanada do Parecer CGR B-5, relativamente ao tema em exame, é a seguinte:

«Tratando-se de cargo a ser conquistado em concurso público, a nota de demissão a bem do serviço público não pode constituir obstáculo. Impedimento desta natureza terá lugar, apenas na interdição de direitos constantes da lei penal. Aquela nota será levada em conta, como peso negativo, no conjunto das provas do requisito do bom procedimento, previsto no at. 22, item V, do Estatuto. Isto não exclui, contudo, a possibilidade de reabilitação».

Ora, no caso presente, sequer houve demissão «a bem do serviço público, mas mera rescisão de contrato de trabalho por justa causa». Acresce que no inquérito policial mandado instaurar, o ex-servidor apenas foi *ouvido como testemunha* e não como *indiciado* (fl. 16).

Além disso, o pleiteante apresentou certidão negativa (fl. 7) expedida pela Justiça Federal de Brasília, D.F., comprovando inexistência da interdição prevista na Lei Penal (art. 67 do Código Penal).

Enfim, a penalidade administrativa, consistente na rescisão do contrato por justa causa, não vai além de pôr termo qualificado à relação empregatícia, não existindo texto de lei que a torne perpétua e definitivamente inabilitante, sobre tudo:

a) porque o cargo foi conquistado por concurso público;

b) porque está previsto o estágio probatório para aferir, na prática, as condições exigidas *in abstractu* (lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, art. 15).»

7. Assim, é de prosperar o «writ» de que se cuida.»

.....
(fls. 219/220).

Nó parecer do ilustre Consultor-Geral da República, à fl. 199, foi invocada lição do saudoso Victor Nunes Leal, então Consultor-Geral, no sentido de que a própria demissão «a bem do serviço público», decorrente de «falta grave» (art. 209 do Estatuto), não constitui impedimento absoluto para que o demitido volte a exercer outro cargo público.» Assim a lição de Victor Nunes Leal, transcrita no parecer do Consultor-Geral da República, que vale a pena ser transcrita também aqui:

«9. Se não há, confessadamente, disposição legal que institua a interdição de direitos que ora discutimos, não pode essa consequência ser derivada por via administrativa. Basta considerar que nos casos indicados, além da demissão, o servidor culpado é passível de pena criminal. Se isto ocorrer, isto é, se ele vier a sofrer penalidade mais severa que a demissão, em consequência da gravidade da falta, ainda assim a sua incapacidade para o serviço não será permanente, mas temporária, na conformidade do que dispõe o Código Penal.

Como seria possível criar, por via administrativa, um caso de incapacidade definitiva ou permanente em função pública, quando a própria Lei Penal só contempla esta hipótese por prazo determinado?

10. A questão é da maior importância, porque envolve, não somente a readmissão, que é ato voluntário da administração pública, mas também as situações em que um *servidor demitido a bem do serviço público pretenda competir, em concurso para obtenção de outro cargo.*

... (omissis)...

11. Pelos motivos expostos, não podemos concordar com essa interpretação extensiva. *Tratando-se de cargo a ser conquistado em concurso, a nota de demissão a bem do serviço público não pode constituir obstáculo absoluto.* Impedimento desta natureza terá lugar apenas na hipótese de interdição de direitos constantes da Lei Penal. Aquela nota será levada em conta, com peso negativo, no conjunto das provas do requisito do «bom procedimento», previsto no art. 22, V, do Estatuto. Isto não exclui, contudo, a possibilidade de reabilitação.

Tratando-se porém, de readmissão, que é ato facultativo, embora não haja impedimento jurídico, a nota de demissão a bem do serviço público, exprimindo a gravidade da falta cometida, impõe à administração pública o dever de proceder com extrema cautela, de modo a só fazer voltar ao serviço, mormente na mesma função anterior, o funcionário que tiver dado demonstração inequívoca de se haver reabilitado (ou nos casos de revisão do processo em que haja desclassificação da falta).

12. Em consequência, os despachos presidenciais, referidos pelo DASP, deverão ser entendidos, não como tendo criado uma norma jurídica nova, mas como instrução de serviço dirigida aos órgãos administrativos, no sentido de não processarem readmissão de servidores demitidos a bem do serviço público. Essa instrução, entretanto, não obriga o próprio Chefe de Estado, que julgará cada caso segundo o seu prudente critério.

13. É este, aliás, o entendimento do ilustre Themístocles Cavalcanti. Como Consultor-Geral da República, ao opinar pela readmissão de determinados funcionários, observou: «Assim entendo porque não vejo como prolongar indefinidamente os efeitos da expulsão a bem do serviço, pena, a meu ver, demasiadamente rigorosa» (Parecer 94-X).

O seu pensamento está expresso com mais nitidez na segunda edição da obra o Funcionário Público e o seu Regime Jurídico, 1958, tomo II, pág. 266; «Quanto às consequências desta nota para a readmissão do funcionário ou a sua nomeação para outro cargo, é preciso esclarecer que, embora, tenha havido opinião oficial no sentido de obedecer uma consequência maior, a verdade é que não há nenhuma limitação legal à readmissão. Deve-se, porém, observar que a própria nota constitui uma orientação para a administração no sentido de maior cautela no ato da nomeação. A não ser que haja demonstração de uma reabilitação e um lapso razoável de tempo, não se justifica a readmissão. O caminho para a reabilitação efetiva é a revisão e o reexame do processo.»

... (omissis)...

18. A doutrina administrativa do cancelamento da nota de demissão a bem do serviço público, independentemente de processo de revisão, foi uma construção que se tornou necessária em virtude da tese de que o servidor demitido a bem do serviço público não poderia ser beneficiado pela readmissão. Verificado porém, que este entendimento não tem base legal, o cancelamento da nota é uma complicação burocrática, perfeitamente inútil.

Nem cabe, aqui, a nosso ver, a consideração de que o texto constitucional veda as penas perpétuas (art. 141, § 31). Há penas que produzem um efeito permanente, mas que não se incluem no conceito de penas perpétuas, vedadas pela Constituição. Isto ocorre nos casos em que a permanência dos efeitos resulta, não diretamente da pena, mas do rompimento, por ela determinado, de um vínculo-jurídico. Se a pena de demissão põe termo à relação de serviço público que existe entre o servidor e o Estado, é óbvio que tais efeitos se produzem de uma vez para sempre, e, portanto, em caráter permanente. O servidor deixa para sempre de ser funcionário, a menos que, por outro título, venha a adquirir, de novo aquela situação. Nem por isso a pena de demissão pode ser considerada perpétua para os efeitos da vedação constitucional.

Se da nota de demissão a bem do serviço público resultasse incapacidade permanente para o exercício de função pública só então teria lugar o exame do assunto sob aquele ângulo porque haveria, em tal caso, uma pena acessória permanente. Entretanto, a nota referida apenas exprime que o servidor foi afastado por um motivo grave, e esta circunstância é mencionada no ato demissório para conhecimento de todos, através da sua publicidade oficial. Trata-se, sem dúvida, de uma pena diversa da demissão — por que acessória — mas seu efeito, que consiste em tornar ostensiva a qualificação da falta, nos termos da lei, é inseparável do próprio ato demissório.

19. Com base nas considerações precedentes, assim conclui esta Consultoria:

I — A nota indicativa de que a demissão se deu a bem do serviço público não tem o efeito de inabilitar o servidor atingido para o serviço público, nem impede a sua readmissão.

II — Impõe-se, porém, a maior cautela na apreciação das circunstâncias e fatos comprobatórios da reabilitação do servidor, condição do seu reingresso no serviço público.

III — Não é necessário o cancelamento da nota referida como formalidade prévia da readmissão, podendo a reabilitação do servidor ser apreciada no próprio processo de readmissão.

IV — Esse cancelamento só é possível em processo de revisão, no qual se prove a inocência do servidor, ou se desclassifique a falta para um dos incisos legais que não acarretam a imposição obrigatória da nota de demissão a bem do serviço público.

V — Os despachos presidenciais, que declaram a nota de demissão a bem do serviço público impeditiva da readmissão, devem ser interpretados como instrução de serviço no sentido de não ser processada qualquer readmissão naquelas condições, sem prévia autorização presidencial. Essa providência equivale, para o efeito prático de facultar a readmissão, ao cancelamento, e formaliza a cautela indispensável em tais casos.»

.....
DOU, 31.03.86, págs. 4538/4539.

Em verdade, impedir o reingresso do impetrante no serviço público, com base no ocorrido no famigerado concurso em que se viu envolvido como beneficiário da «quebra do sigilo», equivaleria, bem lembra a douta Subprocuradoria-Geral da República, a impor-lhe uma sanção perpétua, o que a Teoria Geral do Direito repele.

Em conclusão, com a vênia do eminente Ministro Relator, defiro o «writ».

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Ministro Carlos Velloso, acompanho o voto do eminente Ministro Gueiros Leite, uma vez que este bem demonstrou em seu voto, não preencher o impetrante o requisito constante do art. 22, item V, da Lei nº 1.711, de 1952.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Senhor Presidente, segundo depreendi, o Impetrante teve sua admissão obstada sob o fundamento legal de «mau procedimento» (art. 22, item V, da Lei nº 1.711, de 1952), acusado de ser beneficiário da quebra de sigilo em relação à primeira prova.

Examinei, rapidamente, as peças que compõem os presentes autos e fiquei estarrecido em ver que inexistem provas concretas a respeito da imputação feita ao interessado. Da cópia do processo criminal juntada vê-se, apenas, leve referência à censurada atitude. Com efeito, o Diretor da Divisão de Seleção e Aperfeiçoamento, ao ser reinquirido em juízo, afirmou que entregou ao seu filho, no Rio de Janeiro, um dos concorrentes, um exemplar da prova, aludindo, ainda, a conhecimento que dera de «questões» a servidores do DASP, entre os quais o Impetrante. Não trouxe maiores esclarecimentos, vale dizer, não informou quantas questões forneceu, nem se indicara a certeza de sua inclusão nas provas, bem assim não especificou a maneira e as circunstâncias de seu oferecimento. Tudo leva a crer que pretendeu não deixar seu filho isolado como único beneficiário.

O Impetrante não foi indiciado e foi ouvido, tão-somente, como testemunha. Por outro lado, não houve qualquer procedimento específico onde lhe fosse assegurado o direito de ampla defesa. Ora, se se cuidasse de funcionário em pleno exercício, a ocorrência de tais fatos ensejariam uma sindicância ou mesmo um inquérito para sua apuração, e neste o acusado teria oportunidade de se defender. A demissão só seria possível após cumprimento desse ritual.

Na espécie, é verdade, o Impetrante não tinha no momento, qualquer vínculo com o Serviço Público, e, portanto, não poderiam ser observadas essas cautelas. Contudo, teria e tem o direito de não ver impedida sua admissão por força de meras insinuações ou acusações de co-réus. Não teve ele a oportunidade de refutá-las, porquanto só com a sua exclusão da lista de classificados no concurso veio a perceber que aquela leve referência teria ocasionado o prejuízo.

Como se sabe, a doutrina é cáustica ao analisar a cláusula estatutária «ter bom procedimento». O subjetivismo da expressão conduz à sua rejeição toda vez que o princípio é aplicado negativamente sem a observância de certo concretismo, isto é, sem a prova de um fato real e objetivo. Não basta dizer, também, que determinado procedimento é mau. Há necessidade de apurar-lhe as causas, as conseqüências e os reflexos. Conreiras de Carvalho (*in* «Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado», vol. I, pág. 171) diz:

«É necessário que a pessoa tenha o hábito de agir desta ou daquela forma, para que se possa admitir ser bom ou mau o seu procedimento. A transgressão isolada de preceitos de conduta não pode indicar por si só um mau proceder.»

In casu, sequer há a certeza desse mau procedimento e muito menos há notícia de precedentes que levariam a considerar habituais maneiras não recomendáveis de proceder.

A própria Administração, através do Parecer n.º B-5, do saudoso Ministro Victor Nunes Leal, quando ocupava o cargo de Consultor-Geral da República, definiu que a demissão com a anotação «a bem do Serviço Público» não poderia constituir obstáculo ao retorno de quem, mais tarde, viesse a ser habilitado em seleção pública, pois, se assim não fosse, estar-se-ia concebendo uma penalidade perpétua, o que não é possível. A situação sob exame é bem menos grave e, no entanto, estão dando o tratamento condenado na citada manifestação.

Sintomático, parece-me, ainda, que todos os pronunciamentos administrativos que instruem o processo são favoráveis ao Suplicante. O DASP, a Consultoria-Geral da República e até a própria Subprocuradoria-Geral da República, ao falar nestes autos, opinaram pela admissão do candidato. Sua capacidade não pode ser contestada. Aprovado na primeira prova, que foi anulada, também obteve aproveitamento na segunda, sendo que sobre esta não recaiu qualquer suspeita.

Ante o exposto, acompanho o voto do Senhor Ministro Carlos Mário Velloso.

EXTRATO DA MINUTA

MS 111.183-DF (Reg. n.º 7.877.471) — Rel.: Min. Gueiros Leite — Reqte.: Cosme Augusto Rebelo de Amorim — Reqdo.: Sr. Ministro de Estado do Trabalho — Litisconsorte passivo necessário: Sebastião Ferreira da Costa — Advs.: Drs. Guaracy da Silva Freitas e outro (Reqte.) e Helder Soares de Almeida (Litisc.).

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Relator, Washington Bolívar, Torreão Braz e Otto Rocha, denegando a segurança, e os votos dos Srs. Ministros Carlos M. Velloso e William Patterson, deferindo-a, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Aguardam os Srs. Ministros José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José de Jesus, Geraldo Fonteles, Armando Rollemberg e José Dantas. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sebastião Reis (ausentes na Sessão de 25-9-86), Costa Lima e Carlos Thibau (não assistiram à leitura do relatório). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO. 25-9-86, T. Pleno.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A divergência que se estabeleceu em torno da questão em julgamento levou-me a pedir vista dos autos, para exame mais detido, de minha parte, dos elementos fáticos que informaram o ato ministerial atacado.

O impetrante, aprovado em concurso público para o cargo de Fiscal do Trabalho, teve sua posse obstada sob fundamento de não preencher o requisito do «bom procedimento», previsto, para o efeito, no art. 22, item V, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711, de 1952).

Acusam-no de ser beneficiário da quebra de sigilo da prova do concurso anteriormente realizado para preenchimento de vagas da mesma categoria funcional, com o que estaria caracterizado, no entender da Administração, o «mau procedimento» impeditivo de sua admissão no serviço público.

Os fatos, colhidos à vista dos elementos trazidos à colação, são os seguintes: ocupante de Função de Assessoramento Superior no DASP, o impetrante concorreu ao primeiro concurso e logrou aprovação em primeiro lugar. As provas, contudo, foram anuladas ante a comprovação, em sindicância, de quebra de sigilo, instaurando-se, em consequência, processo administrativo e inquérito policial correlato.

Dentre os responsáveis pelas irregularidades que viciaram o concurso, encontrava-se o então Diretor da Divisão de Seleção e Aperfeiçoamento do Ministério do Trabalho que confessou ter enviado a seu filho, residente no Rio de Janeiro, as questões das provas. Posteriormente, veio a acrescentar que também dera conhecimento dessas questões a outros candidatos, entre os quais citou o impetrante. Vale acentuar que a Comissão de Sindicância Administrativa esse funcionário simplesmente declarou conhecer o impetrante. Perante a Comissão de Inquérito é que adiantou que em contato com o mesmo, no DASP, «fez comentários generalizados a respeito da prova e especialmente sobre cálculos que seriam objeto de várias questões da prova» (sic. fl. 114). Declarou, também, que o impetrante fora procurá-lo, em seu gabinete, «certa vez, insistindo em saber informações a respeito da prova, oportunidade em que lhe foi informado que as questões estavam prontas e já se encontravam no DASP» (sic. fls. 114/115). Não disse quando isso ocorreu, nem esclareceu que informações eram essas que o impetrante queria saber, ou se as prestou.

Esse testemunho isolado, feito sem maiores explicitações a respeito do conteúdo das questões comentadas, das circunstâncias de seu oferecimento e do fato de terem ou não sido incluídas na prova, constitui todo o fomento do ato impugnado.

O impetrante negou a imputação.

Perante a Comissão de Inquérito reafirmou não ter tido «qualquer participação na quebra de sigilo» das provas (fl. 122).

O órgão do Ministério Público Federal, em sua denúncia, arrolou-o somente como testemunha.

Eis tudo.

Diante desse quadro, compreende-se a censura do ilustre Ministro William Patterson de que, ao breve exame dos autos, ficara «estarcido em ver que inexistem provas concretas a respeito da imputação feita ao interessado».

Essa é, igualmente, a minha opinião, «data venia».

Não houve, como observa o ilustre Ministro «qualquer procedimento onde lhe fosse assegurado o direito de ampla defesa». Ao invés, concluiu-se do episódio, sem maiores indagações, pela configuração do «mau procedimento» que estaria a incompatibilizá-lo com o exercício da função pública.

Não se discute que o «bom procedimento» é condição indispensável para o ingresso no serviço público. Evidentemente, quem não tem boa conduta, quem carece de idoneidade moral, não pode aspirar ao exercício de cargo público.

Todavia, em contrapartida, não se afigura lícito atribuir a alguém a pecha de «mau procedimento», como se fez neste caso, sem lhe abrir a oportunidade de qualquer justificativa.

O bom procedimento se refere à conduta moral e civil da pessoa. É sua maneira de se conduzir; de se portar na vida pública e privada. É a idoneidade moral. Ao tratar desse requisito, em matéria de naturalização, sustentei, alhures, que o fato de haver o naturalizando respondido a processo ou de ter sido, eventualmente, condenado, a rigor não induz a sua falta. A denúncia ou a punição em juízo criminal não é, necessariamente, pressuposto de «mau procedimento», embora do quadro delituoso se possa inferir, não raro, o comportamento moral e a conduta. O razoável é perquirir, com profundidade, largo período do passado do interessado, para que se tenha a certeza de que o fato criminoso constitui um acidente na sua vida, sem conotação com a sua idoneidade moral.

Essas considerações, pautadas na doutrina mais abalizada e na lição reiterada da jurisprudência dos Tribunais, vêm a propósito na apreciação da espécie posta nos autos, obviamente de muito menor gravidade.

Aliás, o ilustre Ministro William Patterson salienta, com propriedade, que o «mau procedimento» requer prova objetiva e real, não bastando dizer que determinado procedimento é mau, sem que se lhe apure as causas, as conseqüências e os reflexos. E lembra o lúcido magistério de Contreiras de Carvalho de que «a transgressão isolada de preceito de conduta não pode indicar «per si» um mau proceder.»

Do episódio em que se viu envolvido o impetrante não há como inferir-se, objetivamente, a existência de «mau procedimento».

No caso, não se imputa ao impetrante, em nenhum passo, o fato de haver violado, ou tentado violar, o sigilo das provas anuladas, de ter induzido alguém a fazê-lo, de se ter apropriado, concretamente, das questões, ou ainda de qualquer prática direta, tendente a macular o concurso. Informa, a propósito, a autoridade impetrada: «Concluído o Inquérito Administrativo, ficou configurada a culpa do candidato, não na «quebra de sigilo», mas como beneficiário da mesma...» (fl. 151). Assim, acusa-se-no, tão-somente, de ser beneficiário da inconfidência de um dos executores do certame, em comentários generalizados sobre possíveis questões da prova, acusação que ele peremptoriamente nega e que de resto somente tem a respaldá-la a declaração de quem a fez. Através de comentários deste, teria tomado conhecimento, com outros candidatos, do conteúdo de certas questões da prova.

Esse quadro não sofreu alteração. Prova concreta não foi apurada contra o impetrante, no âmbito da Administração ou no inquérito policial que se instaurou, além das declarações do citado coordenador do concurso. Com base nessas declarações, a dispensa do impetrante que originariamente se fizera sem justa causa foi transmutada em justa causa.

Frágil, assim, é a prova oferecida, e incerta, de tal sorte que, a meu ver, «data venia», dos que pensam contrariamente, não serve para sustentar um juízo exato sobre a capacidade moral do impetrante, levando antes a uma valoração subjetiva a esse respeito que pode não ser correta. Deveras, entre ouvir comentários, espontaneamente feitos, sobre pontos que eventualmente poderiam ser objeto das questões, e concorrer para a quebra do sigilo da prova, medeia um abismo.

Na realidade, em sã consciência, não vejo como ponderar, com justeza, o grau de envolvimento do impetrante no fato denunciado e as implicações éticas de seu comportamento. Em tal situação, não me abalanço à formulação de um juízo de valor sobre sua conduta moral para criar óbice ao seu legítimo direito à posse do cargo que, livre e

corretamente, conquistou em concurso público. Na conjuntura, prefiro, como o fez o ilustre Ministro Carlos Velloso, superar os aspectos puramente éticos da questão para ater-me, exclusivamente, à segurança do direito posto em confronto.

Lembro que a condição do «bom procedimento», exigida para a admissão no serviço público, é preenchida pelo funcionário, segundo a legislação vigente, no período de estágio probatório, durante o qual se procede à apuração de sua idoneidade moral e de suas aptidões para o desempenho do cargo.

Em remate, assim como o fez o Ministro Patterson, permito-me anotar que o DASP, a Consultoria-Geral da República e a Subprocuradoria-Geral da República, ao exame do caso, opinaram favoravelmente à posse do impetrante. A Consultoria-Geral da República conclui com acerto que a nota de «justa causa», atribuída à rescisão do seu contrato de trabalho, e invocada como obstáculo à pleiteada posse, «não vai além de pôr termo qualificado à relação empregatícia, não existindo texto de lei que a torne perpétua e definitivamente inabilitante, sobretudo: a) porque o cargo foi conquistado por concurso público; b) porque está previsto o estágio probatório para aferir, na prática, as condições exigidas *in abstractu* (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, art. 15)».

De quanto foi exposto, portanto, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, adiro ao voto do Senhor Ministro Carlos Velloso.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, a lei estabelece, como condição mínima para o exercício da função pública, a idoneidade moral. É pelo menos o que se pode concluir do que diz o Estatuto dos Funcionários ao dispor sobre o estágio probatório (art. 5º, inciso I).

No caso dos autos, parece-me que o impetrante ainda é beneficiário da fraude, no segundo concurso, por uma razão muito simples. É que, normalmente, esses órgãos não renovam todos os quesitos de provas de um concurso para o outro. Se ele teve conhecimento, no 1º concurso, de todos os quesitos, porque alguém lhe passou o segredo, é evidente que ele se beneficiou no segundo concurso.

De modo que, Sr. Presidente, sem querer discutir e prolongar mais o meu voto, estou de acordo com o Senhor Ministro Gueiros Leite.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, ouvi com a maior atenção os votos elucidativos do Sr. Ministro Relator e dos Ministros Carlos Velloso, Miguel Ferrante e William Patterson. Peço vênia para acompanhar o eminente Ministro Relator e o faço porque tenho em mãos um memorial que me foi entregue pelo advogado, Dr. Guaracy da Silva Freitas.

Nesse memorial, o próprio impetrante diz que a comissão, após o devido relatório e sob o título «Responsabilidade», assegurou que o comportamento do impetrante é punível disciplinarmente, *verbis*:

«Apesar de não tipificar crime capitulado no Código Penal, o comportamento de diversos outros funcionários, inclusive o impetrante, é punível disciplinarmente.»

E o memorial diz mais:

«A seguir, em conclusões, a comissão definiu a situação do impetrante: Cosme Augusto Rebelo de Amorim infringiu o art. 482, letras a e b, da Consolidação das Leis do Trabalho e as cláusulas 1ª e 8ª dos respectivos contratos de trabalho, porque, na condição de servidores públicos, agiram com desleal-

dade à instituição pública a que serviram e, com manifesta desonestidade, com relação aos demais candidatos inscritos no Concurso Público de Fiscal do Trabalho, realizado no dia 22 de maio de 1983, dando, desse modo, ensejo à rescisão contratual por justa causa pelo empregador (Processo Administrativo.), etc...».

Ressalto que o ato de improbidade, letra *a*, do art. 482, é a pena capital do Direito do Trabalho. Incontinência de conduta e mau procedimento também criam obstáculo à posse.

Mas, Sr. Presidente, o próprio memorial alega que não desconhece que as portas do Judiciário estão abertas para fazer a revisão do processo administrativo. Dispunha ele de dois anos para fazê-lo. Foi exonerado da função pública no dia 2 de fevereiro de 1984. Já se passaram dois anos e meio; está alcançado pela prescrição.

Tivesse ele ingressado em juízo, pedindo a revisão do processo que o dispensou, não teria dúvida em votar diferente, mas com esses argumentos, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GERALDO FONTELES: Sr. Presidente, também recebi o memorial e o li com a devida atenção, bem como dispensei o mesmo interesse na discussão do caso.

Justifico, até certo ponto, o entendimento do eminente Ministro Relator, porque entendo que, além do aspecto ético na conduta do autor, há um emolduramento desse aspecto na norma estatutária, quando exige certas características de probidade moral do habilitando ao cargo público.

De outra parte, há que se considerar, ainda, que a imputação atribuída ao impetrante foi facilitada pelo exercício da função pública, que constitui, até, no caso de matéria penal, agravamento da pena.

Esse é um aspecto.

Depois, já tinha até rascunhado dados que o eminente Ministro José de Jesus trouxe à colação, do ponto de vista de que, apesar de tudo isso, nada fez o impetrante para limpar a sua honorabilidade na sanção sofrida, nem administrativa, nem judicialmente.

Devo acrescentar que deveras me impressionou um ponto do voto do eminente Ministro William Patterson. Foi o de que esta punição se perpetuaria. Se não fosse esse aspecto real de uma punição altamente injustificada, eu votaria de pleníssimo acordo com o eminente Ministro Relator e os que o acompanharam. Mas esse aspecto, como disse, que foi enfocado no voto do Ministro Patterson, impressionou-se vivamente.

Em razão disso, concedo a segurança.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: *Data venia*, fico de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS 111.183-DF — (Reg. nº 7.877.471) — Rel. para o acórdão: Min. Carlos M. Velloso — Rel. originário: Min. Gueiros Leite — Reqte.: Cosme Augusto Rebelo de Amorim — Reqdo.: Sr. Ministro de Estado do Trabalho — Litisconsorte passivo necessário: Sebastião Ferreira da Costa — Advs.: Drs. Guaracy da Silva Freitas e outro (Reqte.) e Helder Soares de Almeida (Litisc.).

Decisão: O Plenário, prosseguindo no julgamento, por maioria, concedeu a segurança, vencidos os Srs. Ministros Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, José Cândido, Dias Trindade, José de Jesus e Armando Rollemberg. Impedido o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Carlos M. Velloso. 9-10-86, T. Pleno.

Os Srs. Ministros William Patterson, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acio-li, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Costa Lima, Geraldo Sobral, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Geraldo Fonteles e José Dantas votaram de acordo com o Sr. Ministro Carlos M. Velloso. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza, Flaquer Scartezzini e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 111.617 — DF
(Registro nº 7.891.920)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*
Impetrantes: *José Smith Braz e Cônjuge*
Impetrado: *Juiz Federal da 2ª Vara — DF*
Litisconsorte Passiva Necessária: *União Federal*
Advogado: *Dr. Afonso de Araújo Lopes*

EMENTA: Mandado de Segurança. Reintegração de posse. Expedição do mandado liminar, sem justificação prévia. Não interposto do ato judicial impugnado, a tempo certo e oportuno, recurso cabível, o agravo de instrumento, e não resultando desse ato patente ilegalidade, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1986 (data do julgamento).

GUEIROS LEITE, Presidente — NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: A União Federal, por petição de 17-3-86, ajuizou ação de reintegração de posse contra José Smith Braz e Clóris Martins Ferreira Smith Braz, ocupantes do apto. nº 509, SQN nº 216, bloco E, nesta Capital, alegando o seguinte, conforme relatório do Coordenador de Assuntos Jurídicos da SUCAD (fls. 29/31):

«Na condição de servidor do Ministério do Trabalho, ocupante do cargo de Assessor, José Smith Braz, recebeu da SUCAD, através do Termo de Ocupação de Unidade Residencial, datado de 9-2-81, o supracitado imóvel, de propriedade da União (doc. 01).

Através da publicação no *DOU* de 02.05.85, esta Superintendência tomou conhecimento da dispensa do referido servidor, das funções que exercia no citado Ministério. Tal fato, de acordo com a legislação vigente, ensejaria a restituição das chaves da unidade residencial no prazo de 30 (trinta) dias, o que entretanto não ocorreu (doc. 02).

Através do Exp. SUCAD/DIOPI/DDI, nº 233/85, de 23.05.85, foi-lhe solicitada a devolução das chaves do imóvel até o dia 4-6-85 (doc. 03).

O interessado, alegando possuir dependente econômico cursando estabelecimento de ensino nesta Capital, solicitou prorrogação de prazo, a qual foi indeferida por falta de amparo legal, uma vez que se verificou tratar-se de curso supletivo e não regular, como estabelece o art. 15, § 3º, do Decreto 85.633/81 (doc. 04).

Ciente do indeferimento, o interessado solicitou mais uma vez a permanência, sendo mantido o indeferimento, o qual lhe foi comunicado pelo Exp. SUCAD/DIOPI/DDI Nº 538, com prazo para devolução das chaves até 31-10-85 (doc. 05).

Tendo o interessado recorrido mais uma vez da decisão administrativa, foi dado o Parecer Normativo SUCAD/JURID nº 232/85, tendo sido indeferida por falta de amparo legal a solicitação referente à permanência no imóvel (doc. 06).

Através do Exp. SUCAD/DIOPI/DDI nº 695, de 20.12.85, foi comunicada o indeferimento ao interessado, sendo solicitada a devolução das chaves até o dia 03.01.86, o que não ocorreu (doc. 07).

Esta Superintendência rescindiu o Termo de Ocupação através da Portaria SUCAD nº 013, publicada no *DOU* de 24.01.86, à página 1381 (doc. 08).

Extinto o prazo concedido, após a rescisão do Termo de Ocupação para a entrega das chaves do imóvel, sem que isto acontecesse, caracterizado está o esbulho possessório (doc. 09).»

Por despacho de 25.03.86, o juiz deferiu, sem ouvir os réus, a expedição do mandado de reintegração.

Daí o presente mandado de segurança, requerido, neste Tribunal, pelo casal-réu na ação de reintegração, em 08.05.86. São alegações da inicial: que o impetrante aguarda a nomeação para outro cargo, «nomeação essa que está próxima a se efetivar em um dos Ministérios do Presidente José Sarney»; que a impetrante é funcionária pública federal aposentada, e que «o próprio Ministério da Administração, na sua política de cunho social, tem o propósito de manter o servidor aposentado, ocupando imóvel funcional, de acordo com a entrevista...»; que será apresentada emenda a projeto de lei «permitindo que o servidor aposentado continue residindo em imóvel funcional da União»; que inúmeras irregularidades são praticadas nos imóveis vazios.

Das informações prestadas, fls. 27/28, recolho os seguintes trechos:

«3. Em face da argumentação expendida pela Autora e da documentação acostada, concedi a liminar de reintegração e determinei a citação, cujos mandados se encontram em fase de cumprimento desde 16 de abril último.

4. Trata-se de ato judicial recorrível. Consoante certificado pela Secretaria desta Vara, nenhum recurso da decisão foi tomado até o momento. Consigno, entretanto, que ela ainda não foi publicada, a despeito da ciência inequívoca manifestada com a impetração do *writ*.»

A certidão a que se refere o texto acima é de 16.05.86.

Após, concedi a liminar, e determinei a citação da União, que falou às fls. 65/67.

Com vista dos autos, disse a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (fls. 70/71):

«5. Preliminarmente, não se deve conhecer do *writ* porque não interposto recurso contra o r. despacho atacado. Ademais se recurso houvesse este não teria efeito suspensivo. Ora, se a lei não prevê efeito suspensivo ao recurso é porque não quer que a ele se dê tal efeito. Na hipótese dos autos sequer há o recurso, que de acordo com a jurisprudência seria o primeiro pressuposto para se examinar do *mandamus*.

6. Acrescente-se a isto o fato de que na inicial não é sequer alegado e muito menos demonstrado qualquer perigo de irreparabilidade de dano no ato do magistrado.

7. Também não se alega nem o *fumus boni iuris* em seu favor, que de resto existe mas em favor da União, protegido pelo despacho concessivo de reintegração liminar.

8. A par de não alegada, a ilegalidade flagrante inexistente. Antes o contrário. Como os fatos são incontroversos, já que os requerentes admitem não ter vínculo com a União, pode-se antever que a matéria se torna só de direito, aplicando-se a Súmula n.º 157 do TFR:

‘A perda definitiva do vínculo com a administração pública federal, ou a passagem do servidor para a inatividade, faz cessar o direito à ocupação de imóvel funcional, em Brasília.

9. Não há mesmo qualquer lesão de direito líquido e certo individual a ser reparada. É completa a carência de ação de segurança, *data venia*. Manifesta-se, isto sim, evidentemente, como medida protelatória a presente impetração, *venia concessa*.

10. O r. despacho de primeiro grau merece restabelecido na íntegra, em todo o seu vigor, para tanto é que o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento da segurança e, não se fazendo, que o seja para se denegar o *writ* requerido, em qualquer hipótese revogando-se a liminar concedida nestes autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Com o mesmo tema de fundo destes autos, isto é, expedição do mandado liminar de reintegração, o Senhor Ministro Carlos Thibau, em maio último, ao votar, como relator, no MS-106.565, da impetração não conheceu, preliminarmente, pela ausência de recurso próprio, o agravo de instrumento, então não interposto do ato judicial. Na ocasião, dada essa circunstância, acompanhei S. Exa. Entretanto, esta 1.ª Seção, em decorrência de flagrante ilegalidade, vez que a medida *initio litis* fora deferida, pelo juiz, em contrariedade a textos de lei, houve por bem conhecer e deferir o mandado.

Mas, no caso sob exame, os impetrantes, consoante se depreende das razões apresentadas, já resumidas no relatório, não censuram, penso eu, sob o aspecto legal, o ato impugnado. A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, também em caso de restituição possessória *initio litis*: Comporta, em tese, ataque através do mandado de segurança. Não provada, porém, a ilegalidade do ato impugnado, mas, apenas, invocada sua injustiça, descabe a concessão (*in* RTJ-48/423, relator Min. Thompson Flores). Por outro lado, não vislumbro, ainda que assim não deduzida pelos impetrantes, ilegalidade no ato em cópia à fl. 60v., do Juiz da 2.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou a expedição do mandado liminar. É que a ação de reintegra-

ção de posse fora intentada dentro em um ano e dia, pois o *dies a quo* desse prazo há de ser o da rescisão do termo de ocupação — antes, com requerimento e requerimento, o impetrante José Smith defendia a posse do apartamento (art. 523 e parágrafo único do Cod. Civil) —, estando, a par disso, a inicial devidamente instruída.

Ausente, a meu ver, a patente ilegalidade, e como não se interpôs, no momento certo, o recurso cabível, o meu voto é pela denegação da impetração; em consequência, caso a liminar que concedi à fl. 62.

EXTRATO DA MINUTA

Mandado de Segurança nº 111.617 — RJ — (Reg. nº 7.891.920) — Relator: Sr. Ministro Nilson Naves — Impetrantes: José Smith Braz e cônjuge — Impetrado: Juiz Federal da 2ª Vara/DF — Litisconsorte Passiva Necessária: União Federal — Advogado: Dr. Afonso de Araújo lopes.

Decisão: A Seção, por unanimidade, denegou o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma, em 13-08-86).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Geraldo Fonteles, José Dantas, Washington Bolívar, William Patterson, José Cândido, Costa Lima e Costa Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha, Flaquer Scartezini e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.035 — CE
(Registro nº 7.903.960)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Impetrante: *Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária*

Impetrado: *Juízo Federal da 4ª Vara — CE*

Litisconsortes Necessários: *Juarez de Queiroz Olímpio e cônjuge e São Luiz Agropecuária S.A. — SALUSA.*

Advogados: *Drs. Olavo Franca Sobreira de Sampaio, outros e Raimundo Cavalcanti Filho (fls. 96 e 97)*

EMENTA: *Desapropriação por interesse social (Dec.-Lei nº 554/69).*

Mandado de segurança contra decisão judicial que suspendeu a execução de imissão na posse do bem expropriado até o julgamento do agravo de instrumento pertinente.

Descabimento, à vista da ausência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Mandado de segurança não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, não conhecer do mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 02 de dezembro de 1986 (data do julgamento).

CARLOS VELLOSO, Presidente — TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA requereu mandado de segurança contra ato do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, fundando o pedido nas seguintes razões de fato e de direito, *in verbis* (fls. 02/05):

«O impetrante ajuizou, em data de 14 de janeiro do corrente, uma ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, Proc. n.º 500/86, nos termos do art. 161, §§ 2.º ao 4.º da Constituição, e do art. 20, I e V da Lei n.º 4.504, de 30-11-64, c/c o Decreto-Lei n.º 554, de 25-04-69, contra Juarez de Queiroz Olimpio e s/mulher, e São Luiz Agropecuária S.A. — SALUSA, empresa com sede nos imóveis Serrote Branco e Luiz Ferreira, no município de Jaguaretama, neste Estado (doc. junto).

Os imóveis objeto da ação estão insertos na área prioritária especificada pelo Decreto n.º 92.155/85, denominados «Fazendas Reunidas Serrote Branco e Luis Ferreira», com área de 9.227.3287 ha.

A capacidade do impetrante para promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária decorre do disposto no art. 22, da Lei 4.504/64 c/c o estipulado no Decreto-lei n.º 1.110/70 e no art. 5.º do Decreto n.º 92.155, de 17/12/85.

Os expropriados Juarez de Queiroz Olimpio e sua mulher, Luiza Bezerra de Olimpio, inconformados com a expropriação de suas terras ingressaram em 15 de janeiro do corrente ano — após, portanto, o ajuizamento da referida ação de desapropriação — com uma ação cautelar *inominada preparatória* requerendo *liminarmente* e sem audiência do impetrante a não desapropriação dos imóveis descritos no Decreto n.º 92.155, de 17/12/85, antes do julgamento definitivo da ação cautelar. (doc. junto).

O MM. Juiz, em exercício na 4.ª Vara, Dr. José Maria de Oliveira Lucena, deferiu o pedido, conforme transcrição abaixo *in verbis*.

«Concedo liminarmente a medida requerida para determinar a paralisação, até decidida a cautelar da ação expropriatória, em curso nesta 4.ª Vara, promovida pelo INCRA (Processo 500/86, Classe V). Cite-se. CE, 23/01/86 (a) José Maria de Oliveira Lucena — Juiz Federal.»

Do citado despacho o impetrante ingressou com agravo de instrumento como comprovam os documentos em anexo.

No entanto, no exercício da judicatura da 4.ª Vara, o Dr. Orlando Rebouças reformou a decisão daquele magistrado, ordenando o processamento normal da expropriatória, conforme transcrição abaixo *in verbis*.

«Tendo sido tornado sem efeito o despacho supra-referido por decisão exarada nos autos do agravo de instrumento interposto pela Autarquia Autora, *dê-se prosseguimento à presente ação*.

Proceda o INCRA o depósito da quantia ofertada com a sua conversão em pagamento do preço do imóvel objeto da desapropriação.

Em seguida expeça-se mandado de imissão de posse, a ser cumprido através do MM. Juiz de Direito da Comarca de Jaguaretama, abrangendo todos aqueles que estejam ocupando a área expropriada na qualidade de agregados, comodatários, arrendatários, posseiros, parceiros, sócios, empregados ou sucessores dos expropriados, bem como os intrusos que porventura ali se encontrem.

Expeça-se, igualmente, mandado de transcrição do domínio do imóvel no Registro de Imóveis da Comarca de Jaguaretama, na forma e prazo previstos no art. 7.º, parágrafo único, do Decreto-lei n.º 554/69, também a ser cumprido através do MM. Juiz da mesma comarca.

Após o retorno dos mandados devidamente cumpridos, voltem os autos conclusos para os fins do art. 8.º do Decreto-lei 554/69.

Ciência à douta Procuradoria da República. Fortaleza, 03-4-86.»

Os agravados postularam a remessa do instrumento ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, segundo o permissivo inscrito no art. 527, § 6º, do Código de Processo Civil, publicação do Diário da Justiça, edição do dia 7 de maio do corrente (doc. junto).

Inconformados com a decisão do MM. Juiz, Dr. Orlando Rebouças, os expropriados pedem a suspensão do curso da expropriatória, com base no art. 265, IV, a, do CPC, não concordando o ora impetrante, tendo em vista que já se operou a preclusão da matéria objeto de decisão anterior. A liminar deixou de existir, não produzindo efeitos, sendo que a nova decisão do Douto Magistrado, Dr. Orlando Rebouças, somente será alterada no grau superior, nos termos do § 6º do art. 527 do CPC.

Ressalte-se ainda, que o agravo de instrumento não suspende o curso da expropriatória, como se depreende do art. 497 da Lei Adjetiva.

Já no exercício como titular da 4ª Vara, o Dr. Vicente Leal de Araújo, resolve o mesmo, de forma *arbitrária e paradoxal*, suspender a execução do despacho do segundo magistrado, Dr. Orlando Rebouças, de fl. 27, da expropriatória, até o julgamento do agravo de instrumento (doc. junto.)»

Aduziu que o ato impugnado feriu frontalmente os dispositivos legais que disciplinam a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, sobretudo o art. 7º do Decreto-lei nº 554/69, consoante o qual o juiz deferirá, de plano ou no prazo máximo de quarenta e oito horas, a petição inicial, declarando efetuado o pagamento do preço e determinando a expedição, em 24 horas, dos competentes mandados em nome do expropriante, e o art. 9º do Decreto-lei nº 3.365/41, que veda ao Poder Judiciário, no processo expropriatório, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública. Por força desses preceitos normativos, a jurisprudência firmou o entendimento de que somente em ação direta caberá discutir matéria outra que não a relativa ao vício do processo judicial ou à impugnação do preço, tal como prescrito no art. 20 do citado Decreto-lei nº 3.365/41. O ato increpado, por isso, importou em ofensa ao seu direito individual, líquido e certo.

Terminou por suplicar a concessão do *mandamus*, a fim de que tenha prosseguimento a ação de desapropriação até o julgamento dos agravos de instrumento interpostos pelas partes.

O eminente Ministro Armando Rollemberg, a quem inicialmente foi distribuído o feito, indeferiu a liminar (fl. 51).

A ilustre autoridade coatora prestou as informações de estilo, vazadas nestes termos (fls. 56/60):

«Primordialmente, apresto-me a esclarecer a Vossa Excelência que, ao assumir a Judicatura nesta Seção Judiciária, já se encontravam em curso uma ação de desapropriação promovida pelo INCRA contra Juarez de Queiroz Olímpio e uma medida cautelar requerida por Juarez de Queiroz Olímpio contra a União Federal, esta intentada em caráter preparatório, com o objetivo de suspender o curso da desapropriação até o julgamento de ação ordinária anulatória do decreto de desapropriação.

Os despachos iniciais lançados nos referidos processos foram exarados pelos MM. Juizes Federais Orlando de Souza Rebouças e José Maria de Oliveira Lucena, conforme exaustivamente exposto na inaugural do *mandamus*.

As razões de direito que conduziram este Juízo a prolatar o despacho impugnado encontram-se expressas no contexto da mencionada decisão, do teor seguinte, *litteris*:

«Os expropriados promoveram perante este Juízo ação ordinária postulando a anulação do decreto que declarou de interesse social, para fins de desapropriação, os imóveis mencionados na inicial.

Em procedimento cautelar preparatório, os expropriados pediram a suspensão do processo expropriatório, o que foi deferido pelo MM. Juiz Federal Dr. José Maria Lucena, então em exercício nesta Unidade Judiciária. Desse despacho, proferido *in limine litis*, o INCRA interpôs agravo de instrumento, que se processou regularmente. Na fase processual do art. 527 do CPC, o MM. Juiz Federal Dr. Orlando Rebouças, no eventual exercício da judicatura nesta Vara, reformou aquela decisão e ordenou o processamento da presente ação. Os agravados postularam, por isso, a remessa do instrumento ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, segundo o permissivo inscrito no art. 527, § 6º, da lei adjetiva civil.

Podem os expropriados, agora, a suspensão do curso da expropriatória, invocando o preceito inscrito no art. 265, IV, a, do nosso Estatuto Processual, com o que não concorda o expropriante, ao fundamento de que já se operou a preclusão da matéria, objeto de decisão anterior. Salienta, ainda, o expropriante, que o agravo de instrumento não obsta o andamento do processo.

Efetivamente, é de elementar conhecimento que a interposição de agravo de instrumento não suspende o curso do processo. A matéria tem sede no art. 497 do CPC, que, todavia, faz remissão ao art. 558, onde se encontram consignadas exceções a esse entendimento. Tal dispositivo prevê a suspensão da medida atacada até o julgamento do agravo nas hipóteses de (a) prisão de depositário infiel; (b) adjudicação; (c) remissão de bens; ou (d) levantamento de dinheiro sem prestação de caução.

Há, no entanto, situações processuais em que a suspensão do processo se impõe como medida de economia e de racionalidade processual. Tal ocorre quando a questão enfocada no agravo é prejudicial ao curso da demanda.

No caso *sub examen*, o agravo de instrumento tem por objeto a manutenção ou insubsistência da decisão que suspendeu o curso da ação de desapropriação, proferida em medida cautelar preparatória de ação ordinária que objetiva a anulação do decreto em que se fundou a mencionada desapropriação.

Ora, ressalta, a toda evidência, que a questão enfocada na medida cautelar e na ação ordinária anulatória é prejudicial à ação de desapropriação. Se acolhido o pleito formulado na ação ordinária (fls. 65/80) — anulação do Decreto nº 92.155/85 — ação de desapropriação perderá o objeto.

Como corretamente assentado na peça de fls. 41/45, o Código de Processo Civil, em seu art. 265, IV, a, prevê a suspensão obrigatória do processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa.

Tal preceito tem, iniludivelmente, aplicação ao caso *sub examen*.

Ademais, o cumprimento do despacho inicial, que encerra o comando discutido no agravo de instrumento, importa em transferência dominial imediata do imóvel objeto da desapropriação, que equivale a uma adjudicação, o que faz incidir sobre a espécie a regra do art. 558 do Código de Processo Civil.

Isto posto, suspendo a execução do despacho de fl. 27, até o julgamento do agravo de instrumento referenciado nas peças de fls. 29/32 e 39/40, dos autos.»

Não vislumbro, na decisão supratranscrita, qualquer ilegalidade ou arbitrariedade, como afirmado, de forma contundente, pelo ilustre signatário da peça exordial do *writ*.

Ora, a regra inscrita no art. 7º do DL nº 554/69 encerra um mandamento que consubstancia uma satisfação plena da ação expropriatória, resultando irreversíveis os efeitos do cumprimento do despacho inicial do processo de desapropriação.

Com a transcrição do domínio do imóvel no Registro Imobiliário em favor da autarquia expropriante e a simultânea imissão de posse, o expropriado perde, em definitivo, a posse e o domínio sobre o imóvel. E o INCRA inicia, de logo, a etapa de titulação de lotes em favor de terceiros, que passam a ocupar e a lavrar a área expropriada.

Em face de tal situação de fato, restaria sem objeto a ação ordinária promovida pelo expropriado, visando à anulação do decreto de desapropriação, que é um ato administrativo vinculado, passível de revisão pelo Poder Judiciário.

A prevalecer a pretensão do impetrante, restaria, em absoluto, prejudicados os pleitos formulados por Juarez de Queiroz Olímpio no processo cautelar preparatório e na ação ordinária proposta contra o decreto que declarou de interesse social, para fins de desapropriação, o imóvel rural de sua propriedade.

A ação de anulação do mencionado decreto é, a meu entender, ação prejudicial à ação de desapropriação porque, se aquela for julgada procedente, desaparece o fundamento desta. Tal circunstância, por si só, acarretaria a suspensão da ação expropriatória, na forma preconizada no art. 265, IV, a, da lei adjetiva civil.

Dentro dessa linha de considerações, tenho que a decisão atacada se conforma com o nosso ordenamento jurídico e atende aos princípios que orientam a boa Justiça, o que afasta a procedência da tese expendida no *mandamus* em referência.

Seguem, em anexo, cópias das iniciais da ação ordinária e da medida cautelar referenciadas.

No ensejo, apresento a Vossa Excelência protestos de elevada consideração e profundo apreço.»

Citados os litisconsortes passivos necessários Juarez de Queiroz Olímpio e s/mulher Luiza Bezerra de Queiroz e São Luiz Agropecuária S.A. — SALUSA, manifestaram-se às fls. 93/95.

A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do ilustre Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, aprovado pelo Subprocurador-Geral José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, opinou pelo conhecimento e concessão da segurança (fls. 130/140).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Senhor Presidente, o impetrante invoca o disposto no art. 12 do Decreto-lei nº 554/69, que manda aplicar à desapropriação por interesse social a regra jurídica do art. 9º do Decreto-lei nº 3.365/41 e chama a atenção para o art. 14, cujo comando torna impossível a reivindicatória após a transcrição dos bens expropriados no registro de imóveis.

E argumenta:

«Vale dizer, na presente ação de desapropriação defesa está a indagação sobre a ocorrência ou não de interesse social, conceito, aliás, bem mais amplo e vasto do que os casos de utilidade ou necessidade públicas, arrolados naquele diploma legal.

A partir do contido no artigo 12, a jurisprudência construiu sábio e irrepreensível entendimento de que, somente em ação direta, compete discutir matéria estranha àquela preceituada no art. 9º, e nesta tarefa supridora incorporou ao quadro legal, norteador de desapropriação por interesse social, o disposto no art. 20 do DL nº 3.365/41.»

O citado Decreto-Lei nº 554/69, em verdade, transplantou para a desapropriação por interesse social preceitos ordinariamente inseridos nos textos legais reguladores da desapropriação por utilidade pública, quando situações específicas, de relevante alcance, aconselhavam pelo menos o silêncio.

No sistema do decreto-lei em atinência, a transcrição no registro imobiliário se dá *in limine litis*, conjuntamente com a imissão de posse (art. 6º). E admitindo ele exceções a esse modo de intervenção coativa na propriedade particular, como no caso da empresa rural, seria lógico que a essas providências antecederse alguma dilação probatória, via da qual se propiciasse ao expropriado a demonstração de que o seu imóvel se enquadraria na isenção de que trata o art. 19, § 3º, letra «b», da Lei nº 4.504, de 30-11-64. Ausente, porém, tal dilação e desde que o expropriado somente é citado após a imissão e a transcrição, em forma cuja sofreguidão sugere um quase confisco, no dizer de alguns autores, como pode ele evitar o fato consumado a não ser por intermédio da ação cautelar inominada, seguida da necessária medida liminar?

A resposta à indagação há de ser dada na via processual adequada, eis que, no caso vertente, não se nota a ocorrência, ou a possibilidade da ocorrência, de dano irreparável, uma das condições para a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial, na conformidade da jurisprudência assente neste Colendo TFR. Com efeito, a decisão que defere a imissão de posse *initio litis* pode implicar dano irreparável, não só em face da agressão sofrida pelo réu, que fica privado do uso e gozo do bem objeto da medida constritiva, como, na hipótese de expropriação por interesse social, da perda definitiva do *jus domini*, a teor do disposto nos arts. 6º e 14 do citado Decreto-lei nº 554/69. A decisão impugnada preveniu a concretização deste último evento, ou seja, manteve o *status quo* entre as partes, o estado anterior ao litígio, o que, por força das circunstâncias, não ocasionará ao impetrante prejuízo que se possa qualificar de irreparável ou mesmo de difícil reparação.

Do quanto foi exposto, não conheço do Mandado de Segurança.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Sr. Presidente, estou de acordo, considerando, em especial, que do ato impugnado não resulta dano irreparável para o impetrante, conforme demonstrou o Sr. Ministro Relator.

Assim, acompanho S. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

MS 112.035 — CE (Reg. nº 7.903.960) — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz — Impte: INCRA — Impdo.: Juízo Federal da 4ª Vara — CE — Litisconsortes necessários: Juares de Queiroz Olimpio e Cônjuge e São Luiz Agropecuária S.A. Salusa — Adv.: Drs. Olavo Franca Sobreira de Sampaio, outros e Raimundo Cavalcanti Filho (fls. 96 e 97).

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança. (Em 02-12-86 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral e Ilmar Galvão. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Eduardo Ribeiro e José de Jesus. Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência da Seção, o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.916 — SP
(Registro nº 6.394.922)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Prefeitura Municipal de Santo André*

Advogados: *Drs. Dalci Domenice e outro*

EMENTA: Imposto de Renda — Empréstimo contratado no exterior — Remessa de juros — Imunidade.

No contrato de repasse de empréstimo contratado no exterior, a dívida de juros, embora carregada ao devedor do repasse é, no exterior, dívida da instituição financeira que obteve originalmente o crédito. A imunidade tributária, acaso existente, só poderia ser invocada pela instituição financeira, não pelo devedor do repasse, que em verdade, nenhum contrato celebrou no exterior.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

CARLOS VELLOSO, Presidente — MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A espécie vem assim resumida na sentença de fl. 61.

«A Prefeitura Municipal de Santo André impetra o presente Mandado de Segurança contra ato do Delegado da Receita Federal de Santo André, alegando, em síntese, que celebrou contrato particular de empréstimo externo, com base na Resolução nº 63, do Banco Central, no qual assumiu o ônus contratual pelo pagamento do imposto de renda quando da remessa dos juros ao exterior.

Como o impetrado vem de exigir do credor repassante do empréstimo referido, o Banco do Estado de São Paulo, o recolhimento do imposto de renda na fonte, na oportunidade das remessas dos juros, sustenta a impetrante a inconstitucionalidade dessa exigência, à vista do artigo 19, III, a, da Constituição Federal, que lhe garante imunidade tributária.

Concedida a liminar, vieram as informações, suscitando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sob dois argumentos: como é credor repassante que recolhe o imposto de renda na fonte, só ele teria legitimidade para impetrar a Segurança; como é o Banco Central que autoriza a a remessa de numerário para o exterior, dele seria a legitimidade passiva. No mérito, sustenta a constitucionalidade do ato impugnado.

O M. P. F., oficiando às fls. 58/59, reafirma as preliminares e, no mérito, opina pela denegação da ordem.»

O MM. Juiz concedeu a segurança.

A par do duplo grau de jurisdição, apela a União Federal, com as razões de fls. 67/70.

Contra-razões, à fls. 72/74.

Às fls. 77/82, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A impetrante celebrou com o Banco do Estado de São Paulo S/A contrato particular de repasse de empréstimo externo, com base na Portaria 63 do Banco Central, e, por força de disposição contratual, obrigou-se a responder, em nome do referido estabelecimento bancário, pelos ônus fiscais resultantes da operação.

Questiona-se agora a incidência do imposto de renda na fonte sobre a remessa de juros contratuais, ao exterior, assentando a decisão recorrida que a hipótese está abrangida pela imunidade prevista no artigo 19, item III, letra a, da Constituição Federal.

Ora, consoante bem pondera a apelante, o mutuário com relação ao mutuante no exterior é o Banco do Estado de São Paulo S/A — BANESPA —, que repassou à impetrante o empréstimo contraído e é responsável pelo imposto de renda na fonte.

Nesse contexto, a imunidade constitucional de que goza a impetrante não aproveita o mutuante ou o BANESPA, terceiros contratantes, pessoas jurídicas de direito privado.

Na realidade, o titular dos rendimentos, no caso, é o ente financeiro no exterior. E sobre esses rendimentos incide o imposto de renda, consoante o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 586 do Supremo Tribunal Federal, cabendo a responsabilidade pelo imposto ao BANESPA, nos termos da legislação de regência, responsabilidade que a imunidade da impetrante não tem o condão de afastar, porque, como anotado, ela não se comunica a terceiros.

Nem vale, para o efeito, a disposição contratual pela qual a impetrante se obrigou pelos ônus fiscais devidos, porquanto a ele se opõe a regra do art. 123 do Código Tributário Nacional.

Assim, com inteira razão a autoridade impetrada, quando aduz:

«Advirta-se que o imposto incide sobre a produção de rendimentos de cuja titularidade o é a mutuante no exterior. Incidindo o imposto sobre os rendimentos produzidos pelo capital estrangeiro, o ônus do imposto é suportado

pelo titular dos rendimentos e não pela impetrante. A assunção da responsabilidade assumida pela impetrante, então mutuária, no contrato de mútuo, não descaracteriza essa situação. Ao contrário. Nos termos do artigo 5º, da Lei nº 4.154, de 28 de novembro de 1962, «quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo». É a situação espelhada nos autos da presente ação. Tendo assumido a fonte pagadora, no caso, a Prefeitura Municipal de Santo André, o ônus do imposto, impõe-se-lhe, por disposição legal, o reajustamento do rendimento bruto sobre o qual recairá o tributo. Há, por todo, impedimento legal à pretensão da impetrante. É o artigo 123 do Código Tributário Nacional, que estabelece:

«Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.»

O fato de a impetrante ter assumido a responsabilidade pelo pagamento do imposto não a converte em titular dos rendimentos, de modo a reclamar a imunidade constitucional, pois a Prefeitura do Município de Santo André não gerou nenhum rendimento que justifique a imunidade fiscal reclamada. A prosperar a tese desenvolvida pela impetrante, todos os serviços por ela, impetrante, contratados com terceiros e pelos quais tenha assumido a responsabilidade pelo pagamento do imposto de renda estariam imunes à incidência.»

Em remate, registre-se, por oportuna, a ponderação da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República de que a questão em pauta não se amolda à situação prevista no RE nº 81.530-PR, invocada na decisão singular, «porquanto nesta o Estado do Paraná contraiu diretamente o empréstimo no exterior, e no presente caso a Prefeitura de Santo André tomou o empréstimo ao Banco do Estado de São Paulo S/A, que por sua vez, contraiu empréstimos no exterior. Portanto, os fatos não são idênticos».

A situação enfocada adequa-se ante a decisão da Suprema Corte proferida na Apelação em Mandado de Segurança nº 70.273-CE, relatada pelo Ministro Décio Miranda e assim ementada:

«Imposto de renda. Remessa de juros para o exterior.

No contrato de repasse de empréstimo contratado no exterior, a dívida de juros, embora carregada ao devedor do repasse, é, no exterior, dívida da instituição financeira que obteve originariamente o crédito. A imunidade tributária, acaso existente, só poderia ser invocada pela instituição financeira, não pelo devedor do repasse, que, em verdade, nenhum contrato celebrou no exterior.» (DJ de 19-3-73, pág. 1518).

Do quanto foi exposto, pois, dou provimento à apelação para reformar a sentença remetida, em ordem a cassar a segurança.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 112.916-SP (Reg. nº 6.394.922) — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante — Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara — Apte.: União Federal — Apda.: Prefeitura Municipal de Santo André. Advs.: Drs. Dalci Domenice e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo e à remessa oficial. (Em 18.2.87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.919 — SP
(Registro nº 6.590.365)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*
Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *Prefeitura Municipal de Santo André*
Advogada: *Dra. Dalci Domenice*

EMENTA: Tributário. Remessa de juros para o exterior. Empréstimo contraído por municipalidade, mediante repasse feito por instituição bancária.

Tendo em vista que a norma do parágrafo único do art. 11 do Decreto-lei nº 401/68 considera fato gerador do tributo a remessa dos juros para o exterior, e contribuinte o remetente, é de reconhecer-se a imunidade do Município responsável pela remessa, na forma do art. 19, III, «a», da Constituição Federal.

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A Prefeitura Municipal de Santo André impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal da mesma cidade, alegando, em síntese, que celebrou contrato particular de empréstimo externo, com base na Resolução nº 63 do Banco Central, no qual assumiu o ônus contratual pelo pagamento do Imposto de Renda quando da remessa dos juros ao exterior, e que, não obstante a imunidade de que goza, o Impetrado vem de exigir do credor repassante do empréstimo, o Banco do Estado de São Paulo, o recolhi-

mento do Imposto de Renda na fonte, na oportunidade das remessas dos juros, exigência essa que considera inconstitucional, em face da imunidade de que goza, como previsto no art. 19, III, «a», da Constituição Federal.

Cumpridos os trâmites processuais, sentenciou o MM. Juiz Federal da Sétima Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, concedendo a segurança.

Além da remessa, recorreu a União, alegando ter a Prefeitura Municipal de Santo André celebrado contrato de repasse com o Banco do Estado de São Paulo, razão pela qual o mutuário, com relação ao mutuante no exterior, é o estabelecimento bancário, sendo este o responsável tributário pelo Imposto de Renda retido na fonte, não podendo ser oposta à Fazenda Pública a cláusula contratual pela qual a municipalidade assumiu a responsabilidade pelos tributos devidos, conforme prevê o art. 123 do CTN.

Contra-arrazoou a Apelada.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, sustentou que a decisão do Plenário da Excelsa Corte, no RE nº 81.530-PR, invocada na r. sentença apelada, se por um lado atende à finalidade social do imposto, por outro, vai de encontro aos textos legais vigentes e à Súmula nº 586 do mencionado Pretório, criando a ficção legal de que a Prefeitura seria o contribuinte do imposto, quando, na verdade, o contribuinte é o titular dos rendimentos, cabendo àquela tão-somente descontar, como fonte, o imposto devido por este.

Assim, considerando-se que o tributo está incidindo sobre rendimentos produzidos por capital estrangeiro e não sobre o patrimônio, a renda ou serviços prestados pela municipalidade, na qualidade de pessoa jurídica de direito público, não há se falar em imunidade.

Sustentou, ainda, a necessidade de distinguir-se entre o devedor e o portador do imposto, invocando, para tanto, ensinamento de Pontes de Miranda, para concluir que, no caso em tela, a imunidade destinada ao segundo não pode beneficiar o primeiro.

Por fim, sustentou que o caso em tela não se amolda à situação prevista no RE nº 81.530-PR, já que neste o Estado do Paraná contraiu diretamente o empréstimo no exterior, e no presente caso a Prefeitura de Santo André tomou o empréstimo ao Banco do Estado de São Paulo S/A que, por sua vez, contraiu o empréstimo no exterior.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Remessa de juros para o exterior. Empréstimo contraído por municipalidade, mediante repasse feito por instituição bancária.

Tendo em vista que a norma do parágrafo único do art. 11 do Decreto-lei nº 401/68 considera fato gerador do tributo a remessa dos juros para o exterior, e contribuinte o remetente, é de reconhecer-se a imunidade do Município responsável pela remessa, na forma do art. 19, III, «a», da Constituição Federal.

Apelação desprovida.

O EXMO. SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O MM. Juiz a quo, para conceder a segurança, assim fundamentou a sua decisão:

«Quanto ao mérito, duas ordens de argumentos se alinham à análise.

A primeira, não considera pertinente a questão da imunidade porque identifica como beneficiário dos juros o credor estrangeiro não imune, procurando demonstrar que o não recolhimento do imposto só a ele beneficiaria.

Essa orientação foi adotada pela E. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 79.157-PR, pelos fundamentos expostos no voto do eminente Ministro Djaci Falcão (RTJ 77/303).

A segunda, entende relevante identificar apenas o responsável pelo pagamento do imposto, reconhecendo a imunidade quando tal ônus recair sobre as pessoas jurídicas de direito público indicadas no art. 19, III, «a», da Constituição.

Os fundamentos dessa corrente foram alinhados nos RE 81.530-PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *in* RTJ 77/305; Ação Cível Ordinária nº 231-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, *in* RTJ 89/359.

De nossa parte, pensamos que a segunda orientação melhor se ajusta à sistemática legal do Imposto de Renda incidente sobre remessa de numerário ao exterior.

Com efeito, nas remessas de numerário ao exterior, contribuinte do Imposto de Renda é o remetente e o fato gerador do tributo é a remessa, conforme decorre do art. 11, parágrafo único, do Decreto-lei nº 401, de 1968, assim redigido:

«Para os efeitos deste artigo, consideram-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente».

De sorte que o critério legal manda identificar apenas o remetente do numerário a quem é imputado o pagamento do imposto e, como na espécie, é o impetrante que paga o imposto e que remete os juros através do banco repassante, o reconhecimento da imunidade é inafastável.

Não há temer infringência ao art. 123 do Código Tributário Nacional pelo qual as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não modificam a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias, porque qualquer que seja a previsão contratual quanto ao pagamento do imposto, contribuinte será sempre o remetente, força da imposição legal.

Releva notar, ainda, que o impetrante obteve o empréstimo externo para construção de uma central municipal de abastecimento e que a imunidade, no dizer de Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 3ª Edição, pág. 90), tem por objetivo impedir «que o imposto federal anule ou embarace os meios de ação dos Estados e Municípios, para exercício das atribuições da respectiva competência e reciprocamente», o que vem demonstrar que o reconhecimento da imunidade para o fim de permitir a ação do município em matéria de seu peculiar interesse, como ocorre na espécie, atende exatamente ao objetivo constitucional» (fls. 77/79).

Tenho por convincentes as razões expendidas, que acolho, para confirmar a r. sentença apelada.

Com efeito, não há como deixar de reconhecer-se que o devedor do repasse, no caso a municipalidade, é que é o autor da remessa tributada, sendo a instituição bancária repassadora mera intermediária do empréstimo, cuja atividade é remunerada mediante comissão.

Ante o exposto, meu voto é negando provimento à apelação, para confirmar a r. sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 112.919-SP (Reg. nº 6.590.365) — Rel.: Min. Ilmar Galvão — Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara — Apelante: União Federal — Apelada: Prefeitura Municipal de Santo André — Advogada: Dra. Dalci Domenice.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 11-05-87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 114.464 — DF
(Registro nº 9.062.980)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Relator Designado: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Requerente: *Francisco Barreto Silva*

Requerido: *O Sr. Ministro de Estado das Comunicações*

Advogados: *Drs. Antonio Luiz do Amaral Rêgo e outro (requerente)*

EMENTA: Administrativo. Concessão. Telefones. Direito de uso. Proibição da transferência em todo o País. Portaria nº 209, de 6.8.86, do Ministro das Comunicações. Necessidade de respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas antes da sua promulgação. Ato administrativo. Revogação. Efeitos.

I — A Administração pode revogar os seus atos praticados em harmonia com a lei, por não mais convir a sua subsistência. Todavia, os particulares não podem ser afetados nos seus legítimos interesses, que se tenham consolidado à sombra de orientação que a Administração considerava conveniente ao interesse público. A mudança de critério só pode atingir atos futuros.

II — No caso, tendo editado normas admitindo a transferência de assinaturas de telefones e a sua locação, não pode a Administração, ao revogá-las, deixar de respeitar as situações jurídicas constituídas sob a sua égide. Resolução nº 12, de 12.3.68, do CONTEL. Portarias nºs 351, de 26.6.72, 663, de 18.7.79, e 209, de 6.8.86, do Ministro das Comunicações. Aplicação da Súmula nº 473 do STF.

III — Mandado de segurança concedido, para assegurar ao impetrante o direito de comercializar as linhas telefônicas que estavam em seu poder, antes da decisão da edição da citada Portaria Ministerial.

ACORDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 5 de março de 1987 (data do julgamento).

LAURO LEITÃO, Presidente — ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator p/a-córdão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Francisco Barreto Silva, qualificado nos autos, contra ato do Senhor Ministro das Comunicações, consubstanciado na vedação da transferência do direito de uso de linhas telefônicas. Em síntese, alega e requer afinal o impetrante: que a Portaria Ministerial 209, de 1986, veio impedir a transferência do direito de uso de linhas telefônicas a terceiros; que o impetrante, estabelecido há alguns anos como corretor na venda do direito ao uso de aparelhos telefônicos, atividade amplamente permitida pela Cia. Telefônica de Borda do Campo e pelas autoridades federais, foi surpreendido com o ato ministerial e ferido no seu direito de, livremente, exercer o seu negócio; que à invocação do direito adquirido requer a segurança para que possa efetivar a venda dos telefones que tinha em seu poder na data da publicação da citada Portaria número 209/86.

Processado sem liminar, prestou a autoridade impetrada as informações de fls. 136/254.

Às fls. 256/257, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Versa a questão sobre o direito ou não do usuário de linha telefônica de transferi-la a terceiro.

Com vistas a coibir a especulação que vinha desnaturando os objetivos da manutenção dos serviços telefônicos, a Portaria nº 209/86 do Ministro das Comunicações proibiu essa prática, até então consentida.

Na história da implantação da telefonia, entre nós, vê-se que o primeiro contrato de concessão desse serviço, firmado a 13 de novembro de 1887, apenas referia-se ao assinante quando, na sua cláusula 20ª, tratava do preço da assinatura, tida a essa época como intransferível. Desde então, nas modificações que se seguiram até 1947, o tema da transferência da responsabilidade pela assinatura a terceiro não foi enfrentado. Somente com a Resolução 19, de 7 de agosto daquele ano, passou-se a admitir a transferência da linha para pessoa da família, em caso de falecimento do assinante, quando o telefone fosse residencial, e para firma sucessora, em caso de telefone comercial.

Comenta o impetrado:

«No caso do serviço telefônico, desde seu surgimento no País, no final do século passado, até 1968, a transferência da assinatura do serviço — esse o nome técnico — era vedada. No entanto, diante de problemas surgidos com transferências clandestinas, o Poder Concedente, à época representado pelo CONTEL, decidiu, apesar de com isso arranhar a essência do Instituto, permitir que fossem atendidos pedidos de transferência de assinatura de um assinante para um candidato, quando formulados, por ambos os interessados, perante a concessionária, disciplinando, ainda, a transferência no caso de morte do assinante e no caso de sucessão de pessoa jurídica. Tal regra foi fixada na Resolução nº 12, de 12.03.68, do CONTEL (publicada no DJU de 28.03.68). Tal permissão alcançava apenas as áreas de concessão da Companhia Telefônica Brasileira — CTB e da Companhia Estadual de Telefones — CETEL, que compreendiam, basicamente, o Rio de Janeiro e Estados do Rio e de São Paulo.

Posteriormente, já instalado o Ministério das Comunicações na qualidade de mentor da área de Telecomunicações, como já se viu, e diante da continuidade dos problemas de demanda reprimida e transferências clandestinas, foi baixada a Portaria nº 351, de 26.6.72 (publicada no *DOU* de 3.7.72), que revogou a Resolução nº 12/68, antes citada, e aprovou a «Norma Sobre Transferência de Assinaturas de Serviço Telefônico Público Urbano». Esta já tinha aplicação geral, para todas as concessionárias do país. Os motivos para sua edição, fica bem claro nos *consideranda*, diziam respeito à manutenção da qualidade do serviço e melhor atendimento aos usuários, bem como à constatação da existência de demanda reprimida, ou seja, quantidade de linhas telefônicas inferior à procura pelos interessados no serviço.

Tal Portaria foi substituída pela Portaria nº 663, de 18.07.79 (publicada no *DOU* de 24.07.79), que aprovou a Norma nº 5/79 — Prestação do Serviço Telefônico Público — que, como se viu, regulou a transferência de assinatura nos itens 13 a 16 e a locação nos itens 17 a 18.

Essa era a regra vigente quando da edição da Portaria nº 209/86, atacada pela Segurança.

Vê-se, assim, que a transferência de assinatura foi proibida durante longos anos e, após, foi facultada, dentro de certas regras e em razão de motivos determinados, sempre com vistas ao bom desempenho do serviço público e à satisfação dos assinantes, ou seja, em atenção ao interesse coletivo.

Não se vislumbra, porém, nessa faculdade de transferência, nenhuma idéia de permitir especulação, de se criarem empresas de intermediação para essas transferências, ou seja, de implantar, à margem das concessionárias, um verdadeiro *comércio de telefones*» (fls. 150/151).

Realmente a análise dos contratos e instrumentos legais trazidos à colação corroboram essa conclusão.

O certo é, porém, que à sombra da tolerância oficial instalou-se e desenvolveu-se o comércio de telefones, através de pessoas físicas ou jurídicas, estabelecidas com essa finalidade específica.

Essa atividade negocial, à evidência, carece de legitimidade.

Deveras, cabendo à União, direta ou mediante autorização ou concessão, explorar os serviços de telecomunicações, entre os quais se incluem os de telefonia, resulta que a concessão desse serviço é instituto de direito público, cujos princípios e regras presidem não só as relações entre o poder concedente e as concessionárias, como os direitos e deveres dos usuários. Nesse contexto não se ajusta a possibilidade da comercialização, por terceiros, das linhas telefônicas, sujeitando-as à lei da oferta e da procura, em detrimento não raro do desempenho de um serviço essencial pelo qual a União, por imperativo constitucional, é responsável e lhe compete prestar, diretamente ou através de concessionária. Tal serviço não pode ficar à mercê da especulação de mercados.

Aqui cabe um parêntese.

In casu não se cuida, à evidência, do direito de usuário do serviço concedido. Cuida-se, sim, da mercância desse direito, o que me parece coisa bem diferente. Pessoas físicas ou empresas se dedicam ao comércio de telefones, isto é, compram e vendem o direito de uso de linhas telefônicas, têm esse mister como objetivo de sua atividade comercial.

Essa atividade é que não pode ser admitida.

Primeiro, porque a legislação vigente não a ampara, nem a autoriza em nenhum passo as leis e regulamentos pertinentes à matéria, nem os contratos de concessão. Segundo, porque tal atividade, em última análise, atenta contra a boa prestação do serviço de telefonia, essencial aos interesses da coletividade que se sobrepõem *erga omnes*.

E não se contradiga com a tese do direito adquirido.

O respeito ao direito adquirido se insere no rol das garantias constitucionais, não podendo a lei prejudicá-lo.

Na abordagem do tema do direito adquirido, no contexto da legislação pátria, Paulo Lacerda situa-o como: «a) o direito cujo exercício esteja inteiramente no arbítrio do respectivo titular, ou de alguém por ele; b) o direito cujo exercício, para estar inteiramente no arbítrio do respectivo titular ou de alguém por ele, depende apenas de termo já fixado, ou de uma condição já estabelecida, contanto que não seja alterável a arbítrio de outrem» («Manual do Direito Civil», Vol. I, nº 107). E aduz que são seus elementos componentes: «a) que o direito seja de utilidade individual concreta; b) e que essa utilidade pertença ao sujeito do direito» (obr. cit. nº 154). Em consequência, pondera G. E. Nascimento e Silva, requerendo que a utilidade seja individual, «só abrange aqueles direitos relativos a interesses de caráter individual, a saber: a) os direitos patrimoniais; b) e os direitos personalíssimos. *Excluídos, portanto, os direitos relativos a interesses públicos* (grifei, in «Rep. Encicl. de Dir. Bras.» — Vol. 16, pág. 216).

É de se ver que com esse conceito de direito adquirido, que reflete a melhor doutrina, não se harmoniza a prevalência de situações pretéritas, de caráter individual, aqui enfocadas. Deveras, a pretensão, no caso de o detentor da linha telefônica dela dispor, a seu talante, carece dos pressupostos do direito adquirido.

É que o poder concedente pode unilateralmente modificar as regras da concessão, estabelecer condições e determinar providências que julgar necessárias à prestação do serviço, o que vale dizer que o direito ao uso da linha telefônica é um direito cujo exercício não está inteiramente ao arbítrio de seu titular, mas é alterável ao arbítrio de outrem (v. Paulo Lacerda, obr. cit.).

Ademais, o serviço telefônico, como já ressaltado, diz com relevante interesse social e mesmo com áreas de segurança nacional, e seria ocioso discorrer sobre a competência do Poder Público para ditar-lhe as regras.

Assim, não me parece tenha a malsinada Portaria nº 209/86 ferido direito adquirido ao vedar a transferência do uso de linhas telefônicas, adquiridas antes de sua publicação.

Na realidade, nela não vislumbro qualquer atentado a direito líquido e certo, a enjugar o amparo do remédio heróico. Tenho-a, ao invés, como ato legítimo, expedido em razão de competência constitucional, a enquadrar atribuições regulamentares do Poder concedente.

Não merece, pois, censura a vedação que impõe.

Isso não quer dizer que inadmita, terminantemente, a transferência da linha. Considero essa possibilidade, mas sempre a critério da concessionária em determinadas circunstâncias, e nunca como resultante de uma atividade negocial.

Igualmente parece-me razoável que as concessionárias readquiram as linhas telefônicas dos usuários pelo mesmo preço que as oferecem ao público.

De quanto foi exposto, denego a segurança.

VOTO VISTA (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: «Acompanho o eminente Ministro Relator, denegando a segurança».

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Vogal): Senhor Presidente, concedo a ordem por se cuidar de intermediário que, no advento da portaria malsinada, tinha direito adquirido sobre os telefones agora relacionados à venda.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, farei anexar o voto que proferi no Mandado de Segurança nº 113.008-DF; nos seus termos, concedo a segurança.

ANEXO
MS Nº 113.008 — DF
(Registro nº 7.935.707)

EMENTA: Mandado de segurança. Ato normativo. Cabimento, no caso.

Administrativo. Concessão. Telefones. Direito de uso. Proibição da transferência em todo o País. Portaria nº 209, de 6-8-86, do Ministro das Comunicações. Necessidade de respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas antes da sua promulgação. Ato administrativo. Revogação. Efeitos.

I — Cabe mandado de segurança contra Portaria que contém, em si mesma, medida coercitiva, sendo apta, por si so, independentemente da atuação de qualquer outra autoridade, a causar lesão a direito de que as impetrantes se julgam titulares.

II — A Administração pode revogar os seus atos praticados em harmonia com a lei, por não mais convir a sua subsistência. Todavia, os particulares não podem ser afetados nos seus legítimos interesses, que se tenham consolidado à sombra de orientação que a Administração considerava conveniente ao interesse público. A mudança do critério só pode atingir atos futuros.

II — No caso, tendo editado normas admitindo a transferência de assinaturas de telefones e a sua locação, não pode a Administração, ao revogá-las, deixar de respeitar as situações jurídicas constituídas sob a sua égide. Resolução nº 12, de 12-3-68, do CONTEL. Portarias nºs 351, de 26-6-72, 663, de 18-7-79, e 209, de 6-8-86, do Ministro das Comunicações. Aplicação da Súmula nº 473 do STF.

IV — Mandado de segurança concedido, em parte.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): De início, cabe examinar a preliminar de cabimento da impetração. O ato impugnado é a Portaria nº 209, de 6-8-86, publicada no *Diário Oficial* da União de 7 subsequente, nestes termos:

O Ministro de Estado das Comunicações, no uso de suas atribuições e, considerando:

A ação especuladora que vem sendo praticada por intermediários na comercialização do direito de uso de telefone no País;

O desvio da poupança popular para as mãos de tais especuladores, contrariando as medidas antiinflacionárias do Governo e os atos de moralização dos serviços públicos;

Que o atual Governo, levando em conta os problemas existentes, adotou como uma de sua metas a expansão do serviço telefônico de forma a atender em quatro anos à demanda hoje existente e que a que vier surgir, como única forma de bem servir o usuário e evitar os malefícios do mercado paralelo;

Que a partir do próximo ano serão colocados à disposição dos usuários, por etapas, terminais telefônicos em quantidade suficiente para atender às necessidades da população, resolve:

I) Ficam proibidas as transferências do direito de uso de telefones em todo o País.

II) As mudanças de endereço somente serão atendidas mediante real comprovação de mudança de domicílio do usuário.

III) Todas constatações de burlas a quaisquer das normas vigentes serão punidas com a perda, pelo infrator, do direito de uso.

IV) Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES»

Sobre o cabimento de mandado de segurança contra ato normativo, disse em trabalho publicado na Revista Brasileira de Direito Processual — vol. 49, págs. 33 a 50 — 1º Trimestre 1986 — Universidade de Uberaba:

«Constitui orientação pacífica aquela no sentido de que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese (Súmula nº 266). Daí não caber mandado de segurança contra ato normativo. Todavia, tal entendimento não pode ser, como não é, absoluto. Há casos em que o ato normativo produz efeitos concretos, independentemente de qualquer outro ato da autoridade, senão o de baixá-lo. Em caso recente, de muita repercussão, o Plenário do Tribunal Federal de Recursos teve ensejo de enfrentar a questão. Fê-lo no caso de donominado FINSOCIAL. Decidiu, naquele ensejo, que a Portaria Ministerial nº 119, de 22-6-82, que regulamentou o Decreto-lei nº 1.940, de 25-5-82, instituidor daquela contribuição, tornou concreta a sua exigência, independentemente de qualquer atuação da autoridade. Daí ter conhecido, originariamente, do *mandamus* interposto contra o Ministro da Fazenda, que editou a citada Portaria.

Na AMS 89.043-DF, de que fui Relator, decidiu a 4ª Turma do TFR, na consonância da seguinte ementa (DJ 13-11-80, pág. 9457):

«Mandado de segurança preventivo — Ato normativo expedido pelo Conselho Federal dos Corretores de Imóveis — Configuração da possibilidade de lesão a direito subjetivo de categoria profissional — Cabimento do *mandamus*.

I — É cabível mandado de segurança contra ato consubstanciado em Resolução do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis que, ao admitir hipóteses de registro de Corretores, com possível exorbitância aos limites legais, acarretou ensejo a lesão de direito subjetivo da categoria profissional, representada pelo sindicato impetrante, a ser traduzida na redução do mercado de trabalho a que faz jus, nos termos da lei.

II — Apelação provida».

Há, também, precedentes do Excelso Pretório. Esta é a ementa do RE 81.847-RS, Relator Ministro Leitão de Abreu, decidido pela sua 2ª Turma. (RTJ 90/518):

«Mandado de segurança. Seu cabimento para impugnar portaria ministerial que contém, em si mesma, medida coercitiva, podendo, independentemente de ato de aplicação, em concreto, da regra nela expressa, produzir efeito lesivo ao direito do impetrante. Inaplicabilidade da Súmula 266.

Recurso extraordinário não conhecido».

No MS 18.428, decidiu o Pleno da Suprema Corte que, embora não caiba o remédio heróico contra a lei em tese, tem aquele Tribunal o entendimento de ser o mesmo admissível, quando «o ato, por si só, pode produzir ato lesivo ao direito» (RTJ 54/71, Relator Ministro Barros Monteiro)».

Com apoio nessa linha de entendimento, este Plenário, na assentada de 25-9-86, por unanimidade, conheceu do MS 110-568-DF, requerida contra a Resolução nº 659/85 do CONTRAM, mantida por despacho do Senhor Ministro da Justiça. O Acórdão, então proferido, ficou assim ementado:

«EMENTA: Mandado de Segurança. Ato normativo. Cabimento, no caso.»

Trânsito. Resolução nº 659, de 30-10-85, do CONTRAM. Vícios de incompetência e ilegalidade. Não caracterização.

I — Cabe mandado de segurança contra Resolução, baixada pelo CONTRAM, que contém, em si mesma, medida coercitiva, podendo independentemente de ato de aplicação, em concreto, da regra nela expressa, produzir efeito lesivo ao direito das impetrantes. Inaplicação, em tal caso, da Súmula nº 266 do STF. Precedentes.

II — A Resolução nº 659, de 31-10-85, do CONTRAM, que dispõe sobre a identificação dos veículos automotores, não se ressentente dos vícios de incompetência, nem de ilegalidade. Lei nº 5.108, de 21-9-68, arts. 5º, com a redação do Decreto-lei nº 237, de 28 de fevereiro de 1967, e 39, parágrafo único. Decreto nº 62.127, de 16-1-68, arts. 9º, XVII, e 121, este último com a redação do Decreto nº 92.387, de 6-2-86.

III — Mandado de Segurança denegado. Liminar cassada.»

Assinalo, por último, que, na sessão de 16-10-86, também, por unanimidade, em caso idêntico, em que o ato atacado é o mesmo (Portaria nº 209/86 do Ministro das Comunicações), este Plenário conheceu da segurança (MS 113.098-DF, Relator Ministro Costa Lima).

Na verdade, não há negar que, no caso, o ato malsinado, antes transcrito, se ilegítimo, como afirmam as impetrantes, é apto, por si só, independentemente da atuação de qualquer outra autoridade, a causar lesão a direito de que se julgam titulares. Por isso, conheço da segurança.

II

No mérito, consiste a questão em saber se a Portaria nº 209, de 6-8-86, do Senhor Ministro das Comunicações, que proibiu a transferência do direito de uso de telefones em todo o País, lesa, ou não, direito adquirido das impetrantes de continuar a exercer as suas atividade de intermediação e corretagem na compra, troca, venda e locação de telefones.

Conforme reconhecem as informações da ilustre autoridade coatora, a transferência do direito de uso dos telefones, inicialmente vedada, passou a ser admitida, primeiramente, pela Resolução nº 12, de 12-3-68, do CONTEL (publicado no *DOU* de 23-3-68), alcançando apenas as áreas de concessão da Companhia Telefônica Brasileira — CTB e da Companhia Estadual de Telefones — CETEL, que compreendiam, basicamente, o Rio de Janeiro e os Estados do Rio e São Paulo. Posteriormente, já instalado o Ministério das Comunicações, foi baixada a Portaria nº 351, de 26-6-72 (*DOU* de 3-7-72), que revogou a citada resolução e aprovou a Norma sobre Transferência de Assinaturas do Serviço Telefônico Público Urbano, de aplicação geral, para todas as concessionárias do País. Finalmente, a referida Portaria foi substituída pela Portaria nº 663, de 18 de julho de 1979 (publicada no *DOU* de 24-7-79), que aprovou a Norma 5/79 — Prestação do Serviço Telefônico Público — que, nos itens 13 a 16, regulou a

transferência de assinaturas e, nos itens 17 e 18, a sua locação. Essa a situação, quando foi editada a Portaria nº 209, deste ano, que, conforme assinalado, proibiu as transferências do direito de uso de telefones em todo o País.

A ilustre autoridade impetrada após examinar as relações entre o poder concedente e o concessionário, sustenta, em suma, que é da essência do serviço público a sua intransferibilidade, sendo o único direito do usuário o de haver a prestação do serviço, enquanto satisfizer as suas obrigações junto ao concessionário.

Tal colocação, sob o aspecto doutrinário e, portanto, abstrata, é correta. Todavia, no tocante ao direito de uso de telefones, como esclarecido, foi a própria autoridade pública que estabeleceu as regras sobre a sua transferência e locação. Isso constitui fato incontroverso nos autos. As regras editadas nesse sentido foram amplamente aplicadas em todo o País. Adquirir telefones passou a ser excelente investimento, segundo amplamente divulgado pelas concessionárias, o que é do conhecimento geral. As fls. 159-161, lê-se, a respeito, algumas propagandas feitas pela TELESP:

«Pesando bem as coisas, o telefone vale bem mais do que custa».

«Telefone, o investimento que mais valorizou, nem parece investimento»

Aqui mesmo, nesta Capital, tenho conhecimento de propaganda recente da Telebrasil, com este texto:

LIGUE

144

BOLSA DE TELEFONES
COMPRA. VENDA. TROCA
NEGÓCIO COM SEGURANÇA
TELEBRASÍLIA
Empresa do Sistema Telebrás
Ministério das Comunicações
GOVERNO JOSÉ SARNEY

Em outro prospecto, da mesma Telebrasil, lê-se:

LIGUE 144

E FAÇA NEGÓCIO ATRAVÉS
DA BOLSA DE TELEFONES.

Em consequência à livre iniciativa, nada mais natural que exista um mercado paralelo de telefones. Mas, mesmo sendo livre e legal, muitas vezes o comércio entre particulares não oferece todas as garantias para quem quer vender, comprar ou trocar um telefone. Por isso, a Telebrasil colocou na linha a Bolsa de Telefones, um serviço para evitar possíveis problemas nas contas atrasadas, débitos e falta de condições técnicas para a instalação.

144. O Número da Bolsa.

Com a Bolsa de Telefones, a Telebrasil aproxima os interessados, agiliza os entendimentos e dá mais segurança na hora de fechar negócio. É só ligar 144 e dizer o que quer. Não custa nada e você tem todas as garantias da Telebrasil, uma empresa que está sempre ligada na comunidade que serve.

Bolsa de Telefones
144
Negócio com Segurança

Nesse contexto, se ocorreu desvio na prestação dos serviços telefônicos, a distorção decorrente não pode ser atribuída aos usuários. Resulta de atos, cuja legalidade foi amplamente defendida pela autoridade impetrada, inclusive quanto à sua competência para praticá-los.

Feito tal esclarecimento, cabe acentuar que o direito de uso de telefone, anteriormente à Portaria impugnada, é reconhecido por pacífico entendimento pretoriano, respaldado pela Suprema Corte.

Na assentada do último dia 16, o ilustre Ministro Costa Lima, em voto proferido, teve ensejo de invocar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no RE 86.172-6-MG, assim ementado (RTJ 88/969):

«Telefone. O seu direito de uso é penhorável.

Se a própria empresa concessionária de serviço público é penhorável (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, a alienação do direito ao uso em leilão, não acarreta nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir às normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

RE conhecido, mas improvido.»

Naquele ensejo, tive a satisfação de ver acolhido pelo eminente Relator, Ministro Cordeiro Guerra, parecer que proferi, há cerca de dois lustros, no alegre tempo em que exerci o cargo de Procurador da República, em que disse:

«A nosso ver, não há como conceber qualquer ofensa ao invocado preceito constitucional (tratava-se do artigo 8º, XV, letra a da Constituição). Com efeito, se a própria empresa concessionária do serviço público pode ser penhorada (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, consoante ressaltado às fls. 67/68, a substituição subjetiva nos negócios jurídicos bilaterais, através da atuação dos órgãos jurisdicionais, é freqüente (como na adjudicação ou arrematação), sendo que, na espécie, a alienação do direito ao uso, em leilão, não acarretará nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir às normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

Não se pode olvidar, que a concessionária de serviço público só pode agir nos limites regulamentares ditados pelo poder concedente, visando a um interesse público. Assim, qualquer particular que atenda às prescrições legais e regulamentares para utilização dos serviços, se investe do direito subjetivo de exigí-los. A concessionária não pode escolher, a seu talante, o usuário dos aparelhos telefônicos, mas há de reconhecer o direito de uso a qualquer particular que adira às normas pertinentes.

O ilustre Relator, no seu douto voto, aduziu:

«Conheço do recurso nos termos do despacho que o admitiu, porém lhe nego provimento.

A concessionária não é senhora ou possuidora de direito de uso do aparelho telefônico, mas somente deste. O direito de uso pertence ao assinante, em virtude do contrato de adesão regulamentado pelo poder público. Posto que esse contrato tem um valor econômico, como reconheceu o acórdão, incorpora-se ao patrimônio do usuário e conseqüentemente responde por suas dívidas.

Não pode a concessionária recusar por lei ou por contrato o uso a concessionário por quem adira ao contrato, assim, admissível é a alienação forçada que se realiza pela Justiça.

O acórdão, da lavra do ilustre Ministro José Néry da Silveira, bem fundamentado, resiste à crítica que lhe é feita, como ressalta do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Nego provimento ao recurso».

Nessas condições, não havendo como ser posta em dúvida a legalidade dos atos administrativos anteriores, que admitiam o comércio do direito de uso de telefones, direito esse reconhecido pela própria Suprema Corte, ao admitir a sua penhorabilidade (só pode ser penhorado bem alienável), penso que a Portaria n.º 209/86, malsinada nesta impetração, há de ser considerada válida, desde que respeite as situações já definitivamente constituídas, isso porque configura simplesmente ato revogatório da sistemática anterior. A propósito, é elucidativo este trecho de Marcello Caetano, ao versar sobre os efeitos da revogação:

«Quando o acto administrativo praticado de harmonia com a lei seja revogado apenas por a sua subsistência não convir à Administração, ou por se não reputar justo ou oportuno, há que respeitar os efeitos produzidos no intervalo entre os dois momentos — o da prática do acto e o da revogação: os efeitos da revogação produzem-se unicamente *ex nunc*, há revogação extintiva. Na verdade, os particulares não devem ser afectados nos seus legítimos interesses, quando estes tenham sido objecto de actos legais praticados à sombra de uma orientação que a Administração considerava nessa ocasião como conveniente ao interesse público. As mudanças de critério só podem afectar actos futuro» (Manual de Direito Administrativo, Tomo I, págs. 494-495, Forense, 1970).

A respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 473, merecendo desta-que a parte final do respectivo verbete:

«A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou *revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*»

III

Examinada a questão posta nos autos sob o ponto de vista estritamente jurídico, cabe fazer breves considerações sobre aspectos atinentes à realidade da vida, que são cediços e, por isso, o juiz não pode desconhecê-los. A alienação do direito de uso de telefone ocupa, há longos anos, parte das páginas de anúncios dos principais jornais do País (Jornal do Brasil, Correio Braziliense, Estado de S. Paulo, Estado de Minas, dentre outros). Trata-se de meio a que recorrem numerosos cidadãos para, de maneira imediata, obter numerário, a fim de atender certas despesas, algumas previsíveis outras imprevisíveis: tratamento de doenças, casamento, formatura, viagens, estudos, complementação de verba para compra de veículos ou imóveis e numerosas outras hipóteses. Diante de tal situação, admitir a validade da questionada Portaria, quanto aos telefones adquiridos das concessionárias anteriormente à sua promulgação, significa dar acolhida a que seja lesado o patrimônio de milhões de pessoas, que compraram os aparelhos,

muitas delas estimuladas pela própria propaganda das concessionárias, fundada nos textos então em vigor, no sentido de que a referida aquisição seria excelente negócio, por versar sobre bem de grande solvabilidade. Todavia, não pode o Judiciário permitir que tantas pessoas sejam logradas por ato do Poder Público. Sabe-se das distorções que a falta de telefones provoca. Tais distorções decorrem de fatores diversos, muitos dos quais derivados da má administração de algumas concessionárias, que ao invés de investirem na prestação de serviços públicos, se preocuparam em construir prédios luxuosos para as suas sedes e em desvirtuar a sua atuação, com a prática de operações destoantes da sua finalidade (*open*, por exemplo). Não há negar que essas falhas devem ser corrigidas pelo Governo, que, aliás, para evitar a especulação, promulgou a combatida Portaria. Todavia, como reconhece a própria autoridade impetrada, a solução do problema só ocorrerá com o aumento da oferta de aparelhos pelas concessionárias. Enquanto isso não ocorrer, o problema existirá, assumindo aspectos diversos. Por isso mesmo, outra alternativa não há conceber senão a de proteger a situação jurídica daqueles, atuais proprietários, fazendo-se respeitar o seu direito de uso consolidado diante de regras ditadas pela própria Administração.

IV

À vista do exposto, em conclusão, concedo, em parte, a segurança, isto é, para assegurar às impetrantes o direito de comercializar os telefones que tenham sido adquiridos por elas ou por terceiros das concessionárias de serviço telefônico, anteriormente à promulgação do ato malsinado neste *mandamus*.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, concedo a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 114.464-DF — (Reg. nº 9.062.980) — Relator Originário: Sr. Ministro Miguel Ferrante — Relator Designado: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Requerente: Francisco Barreto Silva — Requerido: Ministro de Estado das Comunicações — Advogados: Dr. Antônio Luiz do Amaral Rêgo e outro (Reqte.).

Decisão: A Turma, por maioria, concedeu a segurança, vencido os Srs. Ministros Relator, José Cândido, Américo Luz, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Washington Bolívar, William Patterson e Costa Lima, com explicitação do voto do Sr. Ministro José Dantas. (Em 05-03-87 — Pleno).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Costa Leite, Ilmar Galvão, José de Jesus, Armando Rollemberg, José Dantas, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha e Bueno de Souza votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gueiros Leite, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Flaquer Scartezzini, Carlos Thibau e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 115.131 — RS
(Registro nº 9.515.208)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*
Impetrante: *Alê do Prado*
Impetrado: *Juízo Federal da 2ª Vara — RS*
Advogados: *Drs. Jorge Kern e outro*

EMENTA: Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato judicial, impetrado sem prévia interposição de Agravo de Instrumento.

É cabível a impetração, porque impugna ato flagrantemente ilegal, consistente no recebimento, nos efeitos devolutivo e suspensivo, de apelação de sentença concessiva de segurança, contrariamente ao disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.071/74. Somente na hipótese do art. 7º da Lei nº 4.348/64 é que se poderá pedir ao Presidente do Tribunal, e não ao Juiz prolator da sentença, a suspensão de seus efeitos.
Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, preliminarmente, conhecer do pedido, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves e no mérito, por unanimidade, conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de março de 1987 (data do julgamento).

GUEIROS LEITE, Presidente — CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Alê do Prado impetrou mandado de segurança contra despacho, proferido pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, em que S. Exa. recebeu, no duplo efeito, apelação interposta pela Caixa Econômica Federal em mandado de segurança concedido ao impetrante para que ele pudesse levantar quotas de participação no PIS.

O impetrante esclarece que não agravou do despacho impugnado, por considerá-lo irrecurável, mas que, a prevalecer o ato, sofreria dano irreparável, sendo certo que tem somente efeito devolutivo a apelação interposta de sentença concessiva de mandado de segurança.

Sem deferir a medida liminar requisitei informações à digna autoridade impetrada, que justificou-se apontando a possibilidade de ocorrência de lesão grave, de incerta e difícil reparação, em prejuízo da CEF, na eventualidade de vir a ser reformada sua sentença.

Aduziu que o Sr. Ministro Geraldo Fontelles, em processo correlato da 11ª Vara Federal, por meio de liminar deferira efeito suspensivo à apelação da Caixa para suspender a execução de sentença mandamental.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do pedido, porque do despacho atacado não foi proposto o remédio cabível e porque inexistiria dano irreparável do impetrante, uma vez que, vitorioso naquela demanda, receberia a importância devida com os acréscimos da demora.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Sobre o cabimento, ou não, de agravo de instrumento de decisões ou despachos com conteúdo decisório em mandados de segurança a jurisprudência é oscilante, inclinando-se esta Seção, ao que parece, pela admissibilidade desse recurso somente em hipóteses em que o efeito suspensivo pleiteado não obsta ao prosseguimento expedito do remédio constitucional.

Uma dessas seria a hipótese destes autos, em que o efeito suspensivo a ser dado a agravo eventualmente interposto teria justamente a finalidade de retirar a suspensividade da apelação apresentada contra a sentença mandamental, tornando, assim, imediato o cumprimento do *writ*.

Contudo, não me parece razoável exigir-se do impetrante o pré-requisito da interposição do recurso, dado o caráter tormentoso do tema e, principalmente, porque está-se diante de uma flagrante ilegalidade, porque o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51, na redação dada pela Lei nº 6.071/74, estabelece literalmente que

«A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.»

Como se sabe, somente na hipótese do art. 7º da Lei nº 4.348/64 é que terão efeito suspensivo os recursos interpostos de decisão concessiva de segurança, podendo, também, a pessoa jurídica de direito público interessada pedir a suspensão da execução mandamental para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Mas essa providência não é da alçada do Juiz prolator da sentença, e sim do Presidente do Tribunal (art. 4º).

De modo que, apesar de não haver sido interposto o agravo de instrumento e de não haver iminência de dano irreparável, ou de difícil reparação, conheço do pedido e concedo a segurança.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O EXMO. SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, o princípio parece-me o mesmo dos MS's 112.823, 114.023 e 114.522 de novembro último: não se conhece de mandado de segurança contra ato judicial praticado em outro mandado de segurança. Por essa razão, deixo de conhecer do presente pedido, *data venia*.

EXTRATO DA MINUTA

MS 115.131 — RS (Reg. nº 9.515.208) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thi-
bau — Impetrante: Alê do Prado. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara — RS. Adv-
ogados: Drs. Jorge Kern e outro.

Decisão: A Seção, por maioria, preliminarmente, conheceu do pedido, vencido o
Sr. Ministro Nilson Naves e no mérito, por unanimidade, concedeu a segurança, nos
termos do voto do Sr. Ministro Relator (julg. em 11-03-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Dias Trindade, José Dantas, Washington Bolívar,
Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezini e Costa Lima vota-
ram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Minis-
tro Costa Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.113 — BA
(Registro nº 6.208.843)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Justiça Pública*

Recorridos: *Raul Federico Laguzzi, Elsa Lídia Repetto de Laguzzi, Francisco Domingo Garra e Déa Mascarenhas Cardoso*

Advogados: *Drs. Ronilda Noblat e outros e João de Melo Cruz*

EMENTA: Penal. Processual penal. Parto suposto e falsidade ideológica. Recebimento parcial da denúncia.

A denúncia não pode ser rejeitada em relação ao parto suposto que, inclusive, admite co-autoria. A existência do motivo nobre apenas caracteriza a figura privilegiada desse delito, amenizando a pena, porque o perdão judicial somente poderá ser concedido após sentença condenatória.

Recurso provido, em parte.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 17 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente — CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Recorre o Ministério Público do despacho de fl. 2, do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que não recebeu a denúncia oferecida contra Raul Federico Laguzzi, Elsa Lídia Repetto de Laguzzi, Francisco Domingo Garra e Déa Mascarenhas Cardoso, pela prática dos crimes de parto suposto e falsidade ideológica (arts. 242 e 299 do Código Penal), por haverem os dois primeiros, com a colaboração dos dois últimos, dado parto alheio como próprio e registrado como seu o filho de outrem, através de dados falsos que passaram a figurar na certidão de nascimento.

Em suas razões, às fls. 209/210, alega que não poderia o MM. Juiz *a quo* rejeitar a denúncia, fundamentando sua decisão na ausência de dolo para a falsidade ideológica e aplicando o disposto previsto no parágrafo único do art. 242 do Código Penal para o parto suposto, em virtude do motivo nobre que levou os indiciados a praticar o delito. Salienta que a adoção posterior «não interfere com a consumação do delito que a antecedeu, nem exclui o dolo específico.»

Contra-razões às fls. 214/219 e 223/225.

Despacho mantendo a decisão recorrida à fl. 234.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 236/240, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A r. decisão impugnada rejeitou a denúncia por considerar que os fatos narrados não constituem crimes, estando assim fundamentada:

«A própria denúncia reconhece a nobreza do motivo que impulsionou os denunciados — os dois primeiros, «casados e sem prole, vieram no intuito de obter, aqui, uma criança brasileira, como se fora sua verdadeira filha». Durante o curso das investigações, a situação foi normalizada, com a adoção, deferida pelo MM. Juiz de Menores (fls. 193/6). O Eg. Supremo Tribunal Federal tem determinado o trancamento de ação penal, por falta de justa causa, em casos como este, em que se revela a falta do dolo específico para a falsidade ideológica e incide o parágrafo único do art. 242 (v. ac. no RHC 61.655-CE, Rel. Min. Moreira Alves (*DJ*, 28-9-1984, pág. 15959). Por essas razões, com base no art. 43, I, CPP, rejeito a denúncia. Após trânsito em julgado dê-se baixa, façam-se as devidas comunicações e arquivem-se. I.»

Incensurável a r. decisão recorrida, na parte em que, em observância às diretrizes da jurisprudência e da doutrina, entendeu que o fato não tipificava a hipótese descrita no art. 299, parágrafo único, do Código Penal, ou seja, falsidade ideológica em assentamento do registro civil, em decorrência da ausência de seu elemento subjetivo, o dolo específico, porque o falso beneficiaria o menor em vez de prejudicar seus direitos, tendo sido praticado por motivo nobre.

No entanto, se inexistente a falsidade ideológica, o fato narrado na denúncia se reveste, em tese, da ilicitude penal tipificada na hipótese descrita no art. 242 do Código Penal, depois da nova redação que lhe deu a Lei nº 6.898/81, isto é, dar parto alheio como próprio ou registrar como seu filho de outrem.

Esse delito absorveu a falsa inscrição no registro civil, prevista na falsidade ideológica, por ser o falso elemento do crime do art. 242 do Código Penal, inexistindo concurso de crimes.

A denúncia não pode ser rejeitada em relação ao parto suposto que, inclusive, admite co-autoria. A existência do motivo nobre apenas caracteriza a figura privilegiada, amenizando a pena, porque o perdão judicial somente poderá ser concedido após sentença condenatória.

No caso concreto, a rejeição da denúncia importou em absolvição sem processo, o que é inadmissível. O voto citado do eminente Ministro Moreira Alves não se aplica ao caso *sub judice*, porque se refere a fato praticado antes da vigência da Lei 6.898/81, e procura o que beneficiaria mais ao acusado, ou a nova redação dada ao art. 242/CP ou o entendimento da jurisprudência em relação à falsidade ideológica em assentamento de registro civil, por motivo nobre.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para receber a denúncia, excluindo apenas a incidência do art. 299 do Código Penal e seu parágrafo único.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr-1.113-BA (Reg. nº 6.208.843) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau — Recorrente: Justiça Pública — Recorridos: Raul Federico Laguzzi, Elsa Lúcia Repetto de Laguzzi, Francisco Domingo Garra e Dea Mascarenhas Cardoso — Advogados: Drs. Ronilda Noblat e outros e João de Melo Cruz.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator (Julg. em 17-02-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.744 — BA.
(Registro nº 3.295.020)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT*

Recorrido: *Carlos Alberto Conceição*

Advogados: *Drs. Raimundo Floriano de Oliveira e outro (Recte.) e Arlindo Rodrigues de Souza (Recco.)*

EMENTA: Trabalhista. Justa causa.

I — Hipótese em que, do cotejo entre os elementos carreados para os autos para evidenciar a justa causa e os apurados no curso de instrução, extrai-se a certeza de que o despedimento foi injusto, sendo por isso, devidas as verbas rescisórias.

II — Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 7 de abril de 1987 (data do julgamento).

CARLOS THIBAU, Presidente — COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Recorre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos de sentença proferida pela Dra. Eliane Calmon Alves, que a condenou, por reconhecer imotivada a dispensa, a pagar verbas rescisórias a Carlos Alberto Conceição.

Em suas razões, diz a recorrente que o ato de indisciplina e a desídia, causas ensejadoras da demissão por justa causa, restaram suficientemente provados.

Recebido e processado o recurso, com contra-razões, subiram os autos.

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, nesta instância, é pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este é o relatório.

EMENTA: Trabalhista. Justa causa.

I — Hipótese em que, do cotejo entre os elementos carreados para os autos para evidenciar a justa causa e os apurados no curso de instrução, extrai-se a certeza de que o despedimento foi injusto, sendo, por isso, devidas as verbas rescisórias.

II — Recurso ordinário a que se nega provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Do cotejo entre os elementos carreados para os autos para evidenciar a justa causa e os apurados no curso da instrução, extrai-se a certeza de que o despedimento foi injusto.

Assim, não restou cabalmente provado o ato de indisciplina. A propósito, colho e endosso o seguinte lance da sentença recorrida:

«... o ato de indisciplina alegado como uma das causas da despedida, não ficou comprovado nos autos. A este respeito a prova documental é nenhuma e a testemunhal não foi endereçada para esta constatação. Apenas referiram-se vagamente as testemunhas a uma agressão moral sofrida pelo Supervisor Postal Reginaldo Santos Carvalho, que inclusive foi a terceira testemunha da reclamada. Entretanto, o próprio que se diz ofendido não sabe dizer com segurança qual a punição sofrida pelo reclamante quanto a tal ato».

Ora, indisciplina e insubordinação — como anotou o eminente Ministro Coqueijo Costa em voto proferido no RR 2.441/79 — captam-se no campo da matéria fático-probatória e dependem da gravidade. No caso dos autos, como se viu, a prova não permite que se forme, com segurança, juízo de valor quanto à gravidade da falta imputada ao reclamante.

Também a desídia não resultou demonstrada de modo satisfatório, e, ao contrário do que afirma a recorrente, a sentença analisou percucientemente a prova produzida, sendo irrefutáveis os motivos em que alicerçada. É ler-se:

«Pelos documentos aos autos trazidos pela reclamada como também pelo que foi dito à unanimidade pelas testemunhas da ré, todos superiores hierárquicos do reclamante, verifica-se que o mesmo não era um bom servidor. Constantes eram as suas faltas na entrega dos telegramas ao seu cargo, como também constantes eram as reclamações a respeito da quantidade de trabalho. Ora, é sintomático que o mal servidor reclame do excesso das tarefas a seu cargo. Entretanto, é grande a distância que vai entre a comprovação de um funcionário não eficiente e um funcionário ou servidor que mereça ser despedido sob a rubrica de justa causa. Reiterada é a jurisprudência em reconhecer como desidioso o comportamento do empregado que de forma reiterada falta ao serviço e reconhece também como desidiosa a conduta do faltoso constante. Contudo, na presente demanda, diante da liberalidade da reclamada quanto aos registros do cartão de ponto, os quais ficavam a critério exclusivo do servidor abonar ou não a falta do registro do horário de saída, não foi possível ao julgador detectar até onde ia a falta do servidor em questão. Isto porque demonstram os cartões de ponto aos autos trazidos pela reclamada, que nos mesmos só era rígido o controle do início da jornada de trabalho, mas o registro do final desta jornada ficava subordinado a uma série de condições. Primeiro, a quantidade do serviço, pois se fosse muita havia a liberação do registro final da jornada; segundo, o local para onde se dirigia o mensageiro a fim de entregar a correspondência, pois se fosse muito longe, também havia a liberação e finalmente, o arbítrio total do monitor que a seu único critério poderia ou não liberar o registro do ponto quanto ao final do expediente. Evidentemente que para um funcionário não muito produtivo, como tu-

do parece crer era o reclamante, o critério adotado pelo monitor era bem mais rígido. Isto é uma conclusão lógica e que deflui da própria prova testemunhal. Aliás, esta prova nos autos foi bastante contraditória, pois as testemunhas, todas elas eram lotadas no setor de telegramas, não se entenderam bem quando cotejadas as informações oferecidas em juízo. Assim é que a testemunha Paulo Ferreira dos Santos foi categórico ao dizer: «que algumas vezes quando o mensageiro tem que efetuar entregas em local distante, como por exemplo bairro do Castelo Branco e outros mais, é permitido que só efetue o registro no cartão de ponto do horário de entrada, ficando a saída para ser abonada pelo monitor respectivo; que tal prática é também considerada normal». A segunda testemunha, Raimundo Nonato Assis do Espírito Santo, já enfocou o problema por outro ângulo, ao dizer que tal prática, ou seja, o abono do ponto, digo o abono do registro de saída, só se fazia em caráter excepcional e finalmente a testemunha Reginaldo Santos de Carvalho apresentou ao julgador um outro critério usado pela reclamada para proceder ao controle do horário dos mensageiros: «que o registro do horário do mensageiro é feito de forma peculiar, pois o mesmo bate o ponto de entrada e saída dentro do horário de oito horas e dentro deste horário são distribuídas as tarefas a cada mensageiro e fixado pelo monitor o prazo para o cumprimento das mesmas». Assim, temos para o mesmo fato três opiniões diferentes, dadas por pessoas a quem incumbe a tarefa de fiscalizar a realização e cumprimento do serviço telegráfico. Entretanto, as três testemunhas foram unânimes em afirmar que ficava ao interi, digo, inteiro critério do monitor o abono ou não do registro de saída.»

Isto posto, nego provimento ao recurso. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.744 —BA (Reg. nº 3.295.010) — Relator: Ministro Costa Leite — Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT — Recorrido: Carlos Alberto Conceição — Advogados: Drs. Raimundo Floriano de Oliveira e outro (Recte.) e Arlindo Rodrigues de Souza (Recco.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 07.04.87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e Carlos Thibau votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Washington Bolivar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 8.467 — RN
(Registro nº 7.202.300)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *União Federal*

Recorrido: *Vicente Alexandre da Silva*

Advogada: *Dra. Marijane Tavares da Silva Dias*

EMENTA: Trabalhista. Desvio de Função.

- Diferença salarial. Direito à majoração, enquanto durar o desvio.
- Dispensa a pedido. Inviabilidade de verbas indenizatórias.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1986 (data do julgamento).

JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: A cuidar-se de reclamação proposta com vistas ao reconhecimento de desvio funcional de Agente de Portaria do Ministério da Saúde, decidiu o MM. Juiz Federal, Dr. Araken Faria, julgar procedente a reclamação, à fundamentação a seguir transcrita:

«O pedido do Reclamante visa compelir a Reclamada, através do Ministério da Saúde, a pagar-lhe a diferença salarial da função de guarda, função essa que sempre exerceu conforme comprova por certidão fornecida pela Reclamada, além das diferenças de férias, 13º salário, FGTS, adicional noturno, aviso prévio, e, indenização pelo tempo de serviço anterior à opção pelo FGTS.

Na presente ação ficou comprovado que o Reclamante sempre executou tarefas exclusivas do cargo de Guarda, sem que lhe tenha sido paga a correspondente remuneração, pois os ocupantes dessa função percebiam salários superiores aos salários de Agente de Portaria.

Diante do exposto, julgo procedente a reclamação, condenando a Reclamada a pagar ao Reclamante Vicente Alexandre da Silva as verbas de: diferença de salário para o cargo de Guarda, levando-se em conta as promoções durante todo o período de trabalho; diferença de férias por todo o período; diferença de 13º salário por todo o período; diferença do FGTS, inclusive multa de 10%; diferença de adicional noturno; diferença de aviso prévio; indenização por tempo de serviço anterior à opção pelo FGTS; e, Súmula 148, do Tribunal Superior do Trabalho (ex-prejuicado 20), tudo corrigido monetariamente» fl. 82.

O recurso da União (fls. 87/99) alberga preliminares de nulidade da sentença; a primeira, por ausência de motivação, argüida ao encarecimento da minguada análise sentencial dos pressupostos da equiparação salarial elencados no art. 461 consolidado; e a segunda, por não adstrição ao pedido, à configurar decisão *citra petita*.

Meritoriamente, entende descabida a condenação no tocante à equiparação salarial em face do contido no art. 461, § 2º, da CLT, obstáculo intransponível ao deferimento da mesma ao pessoal celetista do serviço público, cujos quadros são previstos em lei. Por igual, aponta como indevida a indenização por tempo de serviço, comprovada que a rescisão do pacto decorreu de pedido de demissão do recorrido.

A recorrida, nas contra-razões de fls. 101/106, refuta as preliminares argüidas contra sentença, a seu ver suficientemente fundamentada, tendo em vista o menor rigor formal do processo trabalhista, ademais inexistindo, quanto à configuração de decisão *citra petita*, qualquer gravame que pudesse suportar a argüição do vício pela reclamada. No mérito, defende a manutenção da sentença.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo provimento parcial do recurso, consoante entendimento sintetizado na ementa de fl. 109, *verbis*:

«Trabalhista. Diferenças salariais e indenização por tempo de serviço anterior à opção, comprovado o desvio funcional, tem direito o servidor às diferenças salariais devidas. Se dispensado o servidor a pedido seu não lhe assiste direito à indenização por tempo de serviço anterior à opção. Recurso ordinário. Conhecimento e parcial provimento» — fl. 109.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, as preliminares argüidas não merecem prosperar.

A sentença, embora concisa, consigna fundamentação suficiente a suportar o dispositivo que prescreve. Se a recorrente estima existir conflito entre aquela fundamentação e a disposição legal reguladora da equiparação salarial, a questão foge do âmbito da anulação para radicar-se entre as hipóteses de modificação do julgado.

A argüição de nulidade estribada na configuração de decisão *citra petita*, por sua vez, não importando a configuração desta em prejuízo ao recorrente, mas sim ao recorrido, contenta-se com a indicação do disposto no artigo 794 consolidado e no princípio da *non reformatio in pejus*, para pôr-se como manifestamente improcedente.

Meritoriamente, na esteira do douto parecer, é certo que a condenação imposta cingiu-se às diferenças salariais decorrentes do desvio funcional, comprovado este pelos documentos de fls. 20 e 21, além dos depoimentos testemunhais constantes da fl. 69 e v., não importando o deferido, ao contrário do que parece crer a recorrente, na equiparação salarial vedada aos servidores públicos. Fico com os precedentes desta Eg. Corte, que na linha do decidido, consignam:

«*Trabalhista. Desvio de função. Diferença salarial.*

I — Comprovado o desvio de função, faz jus o empregado à diferença salarial entre o seu cargo e o daquele cujas atribuições efetivamente exerce. Precedentes do Tribunal.

II — Recurso a que nega provimento» — RO 6.950 — SC, Rel. Min. Costa Leite, 1ª T., DJ de 02/05/86.

«*Trabalhista. Desvio funcional.*

1. O desvio funcional comprovado, que se não confunde com equiparação salarial, gera para o empregado regido pela CLT o direito às diferenças de salário. Não, porém, à reclassificação nem à irreversibilidade da situação, o que implicaria readaptação por via oblíqua e desrespeito à norma proibitiva do mesmo desvio.

2. Restrição, pelas normas de direito administrativo referentes à classificação e à remuneração no serviço público, ao princípio do art. 468 da CLT» — RO 8.146-CE, Rel. Min. Costa Lima, 2ª T., DJ de 15/05/86.

«*Trabalhista. Desvio de função. Diferença salarial.*

Comprovado o desvio de função, faz jus o empregado tão-só à diferença salarial correspondente ao trabalho que presta» — RO 8.418-PE, Rel. Min. Nilson Naves, 3ª T., DJ de 29/06/86.

No que se refere, contudo, à indenização pelo tempo de serviço anterior à opção pelo FGTS, comprovada à fl. 43 que a rescisão do pacto decorreu de pedido do recorrido e tendo presente o disposto no artigo 16 da Lei 5.107 de 13/09/66, c/c artigo 30 de seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 59.820, de 20/12/66, força é concluir-se pela improcedência da reclamação no particular; é que o tempo de serviço anterior à opção subordina-se às prescrições do Capítulo V, do Título IV, da CLT, que não contempla a hipótese de indenização no caso de pedido de dispensa do empregado. Conseqüentemente, têm-se igualmente por incabíveis a aplicabilidade à espécie do disposto na Súmula 184/TST (ex-prejulgado 20) e a diferença de aviso prévio, mesmo porque a este último não foi condenado o recorrente.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para retirar da condenação as verbas referentes à indenização por tempo de serviço anterior à opção pelo FGTS, Súmula 148/TST e a diferença de aviso prévio.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 8.467-RN (Reg. nº 7.202.300) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas — Recte.: União Federal — Recdo.: Vicente Alexandre da Silva — Adv.: Dra. Marijane Tavares da Silva Dias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso. (Em 12-08-86 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ORDINÁRIO Nº 10.219 — RN
(Registro nº 9.575.235)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Recte. Ex Of.: *Juízo Federal da 1ª Vara/RN*

Recorrente: *Universidade Federal do Rio Grande do Norte*

Recorrida: *Anilza de Sena Marinho*

Advogados: *Drs. João Medeiros Netto e outro e Arthur Paredes Cunha Lima*

EMENTA: *Reclamação Trabalhista — Horas extras — Incorporação.*

O valor correspondente às horas extras prestadas habitualmente e posteriormente suprimidas, integra-se ao salário para os efeitos legais, respeitado, entretanto, o limite permitido em lei. Recursos providos em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar parcial provimento aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de agosto de 1987 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente/Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Anilza de Sena Marinho moveu reclamação trabalhista contra a Universidade Federal do Rio Grande do Norte, objetivando a incorporação definitiva ao seu salário, do valor correspondente às horas extraordinárias devidas, devendo a condenação incidir sobre as parcelas vencidas desde janeiro de 1986 e, também sobre as vincendas, tudo monetariamente corrigido na forma da lei.

Sustentam uníssimo o entendimento de que as horas extras pagas habitualmente integram o salário, trazendo à colação decisões pretorianas, inclusive a Súmula nº 76 do TST.

Contestando o feito, a Reclamada argüiu que a suspensão das horas extraordinárias se deu em obediência a comando inserido no Decreto nº 92.001/85. Acrescentou que sendo uma autarquia, não se lhe aplicam integralmente as normas da CLT, especialmente aquelas de natureza protecionista.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a reclamatória, a fim de que a Reclamada incorpore definitivamente ao pagamento do salário da parte reclamante o valor correspondente às horas extras que lhe vinham sendo pagas, a partir de janeiro de 1986, com correção monetária nos termos da lei e juros de mora, incluindo-se as parcelas vencidas.

Houve recurso de ofício e voluntário da Universidade reclamada.

Contra-arrazoado o recurso, os autos subiram a este E. Tribunal, tendo a douta Subprocuradoria opinado pelo parcial provimento do recurso, apenas para restringir a condenação ao limite de duas horas extras diárias.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): Trata-se, como se viu do relatório, de pedido de incorporação ao salário do valor correspondente às horas extras prestadas com habitualidade e posteriormente suprimidas.

Sustenta a recorrente, diante da sua condição de autarquia federal, a não aplicação da legislação trabalhista que permite a incorporação da remuneração das horas suplementares prestadas por servidores submetidos ao regime da CLT, em face das peculiaridades das normas administrativas que regem o servidor público.

Esta alegação foi brilhantemente rebatida pelo eminente Ministro José Cândido, ao julgar hipótese semelhante (RO nº 8.329-RJ), destacando em seu voto:

«O Estado empregador não é diferente do empresário a não ser naquilo que a lei, expressamente o distingue. Não há nem deve haver privilégio. Se o Estado age mal, administra mal, não se há de corrigir os erros, com o sacrifício dos seus empregados.

A Lei nº 6.185, de 11-11-74, que dispõe sobre os servidores públicos segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, excepciona os direitos a que não fazem jus os servidores regidos pela legislação trabalhista. Lê-se no texto do art. 3º:

«Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplina o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.»

Tudo mais, obviamente, aplica-se-lhes. As restrições são expressas, não há outras. E mesmo que outras haja, dúvida haveria em face do princípio de igualdade de todos perante a lei.»

Coerente com o entendimento acima esposado, tenho que a espécie tem regência pelo diploma consolidado e, conseqüentemente, aplica-se o disposto na Súmula nº 76, do TST, *verbis*:

«O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de dois anos ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se no salário, para todos os efeitos legais.»

Nesse sentido decidiu o eminente Ministro Nilson Naves, ao apreciar o RO nº 8.012-MG, estando o acórdão assim ementado:

«Trabalhista. Contrato. Horas extras. Incorporadas, expressamente, ao salário as horas extras, o seu cancelamento unilateral acarreta ilícita alteração contratual. Aplicação do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso Ordinário desprovido.»

Entretanto, não constando dos autos nenhuma referência acerca do número de horas suplementares que, habitualmente, foram prestadas pelo reclamante, vale deixar consignado que o limite permitido para a integração salarial é de duas horas extraordinárias diárias, como faz certo o decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 97.350-RJ, Relator, o eminente Ministro Soares Muñoz, cuja ementa proclama:

«Horas extraordinárias trabalhadas habitualmente por longo tempo. O direito do empregado a incorporá-las ao salário, depois de suprimidas pela empregadora, não alcança aquelas que excedem o máximo permitido em lei. Recurso extraordinário conhecido e provido para limitar a integração salarial a duas horas extraordinárias diárias».

Esta restrição se deve ao entendimento de que, admitida a possibilidade de integração ao salário de horas suplementares superiores ao número de duas, estaria o Poder Judiciário permitindo ao empregador exigir de seu empregado, o trabalho extraordinário além do previsto pela lei e pela Constituição, infringindo, desta forma, os princípios de proteção do trabalho humano consagrados pela Carta Magna (art. 165, IV).

Com estas breves considerações, dou parcial provimento aos recursos, para fixar a condenação ao limite máximo de duas (2) horas extraordinárias diárias, mantida, no mais, a respeitável sentença recorrida.

É o meu voto.

VOTO VOGAL (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A matéria, objeto dos presentes autos, já mereceu, de minha parte, cuidadoso exame no julgamento do RO nº 9.473-RN, onde concluí ser devido o pagamento das horas extraordinárias efetivamente prestadas. Todavia, a sua incorporação definitiva ao salário do servidor incluído no Plano de Classificação de Cargos não me pareceu viável, pelos motivos expostos no citado precedente.

Nestas condições, dou provimento ao recurso da Universidade Federal do Rio Grande do Norte para reformar a sentença e julgar a Reclamatória improcedente.

EXTRATO DA MINUTA

RO 10.219 —RN — (Reg. 9.575.235) — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha — Recte. Ex Of.: Juízo Federal da 1ª Vara-RN — Recte.: Universidade Federal do RN — Recda.: Anilza de Sena Marinho — Advs.: Drs. João Medeiros Netto e outro e Arthur Paredes Cunha Lima.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Min. William Patterson, deu parcial provimento aos recursos. (2ª Turma — 18-8-87).

O Sr. Ministro Costa Lima votou com o Sr. Min. Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. OTTO ROCHA.

REMESSA EX OFFICIO Nº 91.890 — SP
(Registro nº 2.384.094)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo Federal da 6ª Vara*

Partes: *Ind. J. B. Duarte S/A — União Federal*

Advogados: *Drs. Felipe Castells Manubens e Luiz Carlls Bettiol*

EMENTA: Mandado de Segurança. Restituição de IPI, em razão de prêmio de incentivo à exportação.

— Sentença que determinou a expedição de ordem de pagamento de importância relativa à restituição de IPI, em razão de prêmio de incentivo à exportação. Matéria de fato controvertida. Descabimento da segurança. Reforma da sentença remetida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, reformar a sentença e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília-DF, 18 de março de 1987 (data do julgamento).

CARLOS VELLOSO, Presidente — AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: O MM. Juiz Federal José Pereira Gomes Filho concedeu a segurança objetivada, para que fosse expedida, em favor do impetrante, ordem de pagamento de importância relativa à restituição de IPI, em razão de prêmio de incentivo à exportação, após resumir a controvérsia nestes termos (fl. 40):

«Indústrias J. B. Duarte S.A., devidamente qualificada e representada, impetra a presente segurança contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal do Ipiranga, que, face à existência de débitos fiscais ainda não julgados definitivamente pelo Poder Judiciário, não atende a requerimento de restituição de importâncias relativas a créditos de IPI, decorrentes de estímulos fiscais, quer

pela aquisição de insumos utilizados na fabricação de produtos exportados, previstos no artigo 7º e § 1º da Lei 4.502/64 e artigo 5º do Decreto-lei 491/69, quer pela aquisição de máquinas, aparelhos e equipamentos de fabricação nacional, Decretos-leis 1.136/70, 1.137/70 e 1.287/73, sendo que a impetrante, com amparo na Portaria nº 322, de 16 de setembro de 1980, publicada no DOU de 19 de setembro de 1980, do Exmo. Sr. Dr. Ministro da Fazenda e na Instrução Normativa do SRF nº 102, de 30 de setembro de 1980, requereu à autoridade impetrada a restituição das importâncias mencionadas na inicial. Juntou os documentos de fls. 8/27.

Processado o feito sem liminar, vieram aos autos as informações de fls. 35/38, nas quais sustenta a impetrada a legalidade do ato impugnado.

Manifesta-se a D. Procuradoria da República, opinando pela denegação da segurança».

Submeteu sua decisão ao duplo grau de jurisdição, em razão do que vieram os autos a esta instância.

Aqui, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao entendimento de que não foi esgotada a via administrativa; de ser incabível a via eleita, dada a complexidade da matéria; de não ser líquido e certo o direito irrogado, e, ainda, por não ser a ação de segurança sucedânea da ação de cobrança, opina pela reforma da decisão (fls. 67/68).

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Do douto parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, transcrevo (fls. 67/68):

«Afigura-se-nos, *data venia*, incabível a segurança pleiteada, em primeiro lugar porque o impetrante não esgotou a via administrativa; em segundo lugar, porque a matéria de fato é controvertida e contraditória, não podendo ser deslindada na via estreita do mandado de segurança; por último, o ato da autoridade, porque baseado em lei e atos normativos em vigor, não é abusivo nem ilegal, ao mesmo tempo que o direito do impetrante não é extremo de dúvida, líquido e certo, exigindo para o seu deslinde o rito ordinário. Tão temerário é o pedido, que Sua Excelência, o eminente Ministro José Néri da Silveira, na época Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, suspendeu as execuções das sentenças concedidas pelo MM. Juiz, conforme despacho que se encontra às fls. 54/57 dos autos.

No mérito, não é a ação de segurança sucedânea da ação de cobrança, como pretende o impetrante e considerou o digno magistrado, consoante dispõe a Súmula 269, do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

«O Mandado de Segurança não é substitutivo de ação de cobrança».

Assim, descabe totalmente a segurança, que não é via idônea para matéria complexa (AMS 71.370, *DJ* de 28.02.74, pág. 960), devendo prevalecer as informações da autoridade em questão de fato (AMS 68.784) e não produz efeitos patrimoniais (Súmulas 269 e 271).»

Ao suspender os efeitos de sentenças idênticas a que está em exame, esta, inclusive, a Presidência deste Tribunal, considerou, *in verbis* (fls. 56/57):

«Verifica-se da leitura das decisões que o ilustre Dr. Juiz Federal ordenou o pagamento da importância pleiteada pela impetrante, em Mandado de Segurança, sem determinar a prestação de qualquer garantia do Juízo. Trata-se de pedido de restituição de I.P.I., segundo as sentenças em referência, «decorrente de prêmio de I.P.I. a exportação». Havia a impetrante solicitado dita restituição administrativamente, fazendo-o, também, por via do mandado de segurança.

Certo está que não cabe, ao ensejo do exame do presente pedido, discutir se a Fazenda Nacional estaria, ou não, autorizada a contrapor a existência de débitos fiscais da firma impetrante, para não lhe garantir, desde logo, a restituição de toda a importância requestada. Isso constitui a *quaestio juris* debatida nos mandados de segurança.

Não é possível, entretanto, deixar de entender ocorrente perigo de grave lesão à economia pública e à ordem administrativa, em se determinando o pagamento de valores cujos montantes estão sendo discutidos, sem qualquer prestação de garantia pelo impetrante. Se a Fazenda Federal restituirá toda a quantia pedida, ou se poderá, desde logo, compensar os débitos da empresa para com a União, constitui fato que, por si só, não autoriza, em mandado de segurança, ordenar, à margem de qualquer garantia ao Erário, sejam pagos expressivos montantes a particular, sob pena de criar-se, com a determinação judicial, perigo de grave lesão à economia pública e à ordem administrativa.

Acolhendo o parecer do Ministério Público nesta instância e os fundamentos acima transcritos, do despacho do então Ministro Presidente José Néri da Silveira, reformo a sentença remetida para cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

REO Nº 91.890 — SP (2.384.094) — Relator: Sr. Ministro Américo Luz — Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara — Partes: Ind. J. B. Duarte S/A e União Federal — Advogados: Drs. Felipe Castells Manubens e Luiz Carlos Bettiol.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença e cassou a segurança (Em 18.03.87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

REMESSA EX OFFICIO Nº 94.717 — RS
(Registro nº 2.894.491)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Remetente: *Juízo Federal da 5ª Vara/RS*

Partes: *Hospital de Clínicas de Porto Alegre e União Federal*

Advogados: *Drs. Emílio Rothfuchs Neto e outro*

EMENTA: Mandado de Segurança. Isenção Tributária. Decreto-Lei nº 1.726/79.

I — Bens importados diretamente por instituição científica, educacional e de assistência social, gozam da isenção tributária prevista no Decreto-lei nº 1.726/79.

II — Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de junho de 1987 (data do julgamento).

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de Remessa «Ex Officio» da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, que, no Mandado de Segurança requerido pelo Hospital de Clínicas de Porto Alegre contra ato da Superintendência Regional da Receita Federal da 10ª Região, concedeu a Segurança, para mandar sustar qualquer ato de cobrança de tributo decorrente de importação de equipamentos, ao fundamento de que o impetrante está enquadrado na isenção do art. 2º, «i», nº 1, do Decreto-Lei nº 1.726/79.

Remetidos os autos, e ouvida a Subprocuradoria-Geral da República opinou, às fls. 84/85, pelo não provimento da remessa, com a confirmação do julgado.

É o relatório.

EMENTA: Mandado de Segurança. Isenção Tributária. Decreto-lei nº 1.726/79.

I — Bens importados diretamente por instituição científica, educacional e de assistência social, gozam da isenção tributária prevista no Decreto-lei nº 1.726/79.

II — Sentença confirmada.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Procurador, Dr. João Leoni Taveira, aprovado pelo douto Subprocurador-Geral, José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, assim resumiu a controvérsia e sobre ela opinou, *verbis*:

«Trata-se de remessa *ex officio*, ordenada na r. sentença de fls. 75/78, concessiva de segurança visando a sustar cobrança de tributo, pelo reconhecimento de isenção de imposto de importação e de I.P.I.

A r. sentença analisou de modo irresponsível a questão e não merece qualquer reparo. Em verdade, houve equívoco do Fisco, pois o DL 1.726/79 reconhece a isenção tributária de que gozava o impetrante, através das exceções que abriu no art. 2º e seus diversos incisos. O mencionado DL disciplinou o complexo de diplomas editados em caráter individual, concedendo isenções e reduções de tributos.

De fato, esse Decreto-lei teve um cunho sobretudo restritivo ao disciplinar a multifária legislação. Todavia, no que concerne à situação do impetrante, comprovadamente instituição de ensino médico e pesquisa (art. 7º do seu Estatuto), está amparado pelo art. 2º, inciso IV, letra *i*, nº 1 do mencionado diploma legal.

É irrelevante ao deslinde da controvérsia a invocação do parágrafo primeiro, do art. 1º, do DL 1.726/79, que aplica a orientação restritiva também às entidades da administração indireta. Ora, o impetrante é uma entidade da administração indireta, mas o mencionado parágrafo não implica restrição ao seu direito, eis que há de ser interpretado em harmonia com a disposição especial do art. 2º e seus diversos incisos.

Ante o exposto, pedimos o improvimento da remessa, mantida a r. sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos.»

O parecer transcrito está em perfeita harmonia com a legislação reguladora da espécie. Adotando-o como razões de decidir, confirmo a r. sentença.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO 94.717-RS (Reg. nº 2.894.491) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho — Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara/RS — Partes: Hospital de Clínicas de Porto Alegre e União Federal — Advogados: Drs. Emilio Rothfuchs Neto e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença. (4ª Turma, em 03/06/87).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 102.916 — SP
(Registro nº 5.578.370)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo de Direito de Registro*

Partes: *Viação 9 de Julho Transporte e Turismo Ltda. Departamento de Estradas e Rodagem de São Paulo*

Advogados: *Drs. Francisco Marco Antonio Rovito e outro*

EMENTA: Taxa Rodoviária Única. Recolhimento a menor por culpa da administração.

Exigência de complementação, com acréscimos, para liberação de plaquetas de ônibus. Incabimento.

Segurança concedida por sentença que se confirma.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de março de 1987 (data do julgamento).

CARLOS VELLOSO, Presidente — AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Viação Nove de Julho Transporte e Turismo Ltda. impetrou segurança atacando ato do Chefe da Fiscalização da Taxa Rodoviária Única do DER/SP, consubstanciado na exigência de complementação da TRU, relativamente aos exercícios de 1980 e 1981, recolhida a menor por culpa do próprio órgão arrecadador, para liberação de plaquetas de ônibus de sua propriedade.

Sustenta a ilegalidade da medida, impeditiva da livre circulação de seus veículos, assim impossibilitados de licenciamento, sujeitos, inclusive, à apreensão e multa.

Deferida a liminar e prestadas as informações, sobreveio a sentença de fls. 79/86, concessiva da segurança.

Sem recurso voluntário, subiram os autos por força do oficial.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da decisão (fls. 89/91).

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Transcrevo do douto parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 90/91):

«Na r. sentença de fls. 79/86, o MM. Juiz de Direito, que atuou no feito em judicatura federal, concedeu a segurança pleiteada, sob a convicção de que:

a) o pagamento da TRU a menor decorre de culpa da Administração;

b) a Administração dispõe da Lei nº 6.830/80 para exigir coativamente o que lhe é devido, não cabendo, por isso, recorrer a meios inidôneos, como «in casu».

c) a condição imposta à impetrante não tem amparo legal, além de cercear-lhe qualquer defesa;

d) a solução mais consentânea ao caso é a cobrança de todos os consectários decorrentes da mora, liberando-se as plaquetas mediante visto conseqüente à comprovação do pagamento da taxa no exercício anterior.

Reputamos acertada a r. decisão monocrática, eis que coerente com o entendimento assentado em jurisprudência dos Tribunais Superiores do País.

Com efeito, a ameaça de retirada de circulação, apreensão e multa, dos veículos da impetrante, para forçá-la a complementar a TRU paga a menor nos exercícios de 1980 e 1981, embora o documento de fls. 45/46 atribua ao contribuinte o dever de rejeitar e providenciar a substituição de documento que lhe é expedido com erros, não nos parece conforme a lei, doutrina e jurisprudência que ocupam da espécie, dado que não é lícito à Administração usar de meios coativos inidôneos para conseguir o recebimento de créditos tributários, quando à sua disposição está a Lei da Execução Fiscal como instrumento aparelhado para esse desiderato.

Dessarte, força é convir que a autoridade impetrada ameaça de lesão a direito líquido e certo da impetrante de tráfegar com os seus veículos, cumprindo o contrato que lhe permite a prestação daquele serviço à coletividade, sem embargo de ser-lhe movida competente ação executória, após a regular inscrição do débito levantado».

Acolhendo essa motivação para decidir a espécie, confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 102.916-SP (Reg. nº 5.578.370) — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz — Remetente: Juízo de Direito de Registro — Partes: Viação 9 de Julho Transporte e Turismo Ltda. e Departamento de Estradas e Rodagem de São Paulo — Advogados: Dr. Francisco Marco Antonio Rovito e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença (Em 30.03.87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

REMESSA EX OFFICIO Nº 107.827 — DF
(Registro nº 7.193.165)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*
Remetente: *Juízo Federal da 7ª Vara*
Parte Autora: *Sérgio Navarro de Vasconcelos*
Parte Ré: *União Federal*
Advogado: *Dr. José da Costa e Oliveira*

EMENTA: Administrativo. Concurso Público. Controlador de Arrecadação Federal. «Vista» de Prova.

1. Em respeito à moralidade da atividade administrativa, impõe-se a concessão de «vista» das provas em qualquer concurso público.
2. Remessa oficial conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1986 (data do julgamento).

OTTO ROCHA, Presidente — COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: A matéria foi assim sumariada pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Murat Valadares:

«Sérgio Navarro de Vasconcelos, brasileiro, casado, economista, residente e domiciliado nesta Capital, regularmente representado por advogado, ajuizou a presente ação de mandado de segurança contra ato do Diretor-Geral da Escola de Administração Fazendária — ESAF, pelo qual foi indeferido pedido de vista de provas relativas à primeira etapa de concurso público destinado à seleção de candidatos à categoria funcional de Controlador da Arrecadação Federal (grupo TAF-600/MF), com a conseqüente desclassificação do Impetrante.

Alega dubiedades e deficiência na formulação das questões submetidas aos concursandos, notadamente na matéria de Matemática Financeira, que teria sido a causadora da sua reprovação, sendo necessária a vista das provas para a constatação de tais fatos.

O pedido, cumulado com o de medida liminar, veio instruído com os documentos de fls. 006 «usque» 019, complementados às fls. 026/030, e objetiva a concessão da segurança para que a autoridade apontada como coatora seja compelida a,

a) — incluir o nome do Impetrante na relação dos candidatos aprovados na primeira fase do concurso, para que possa se submeter à segunda fase;

b) — conceder ao requerente vista das provas, notadamente a relativa a Matemática Financeira.

As custas iniciais foram pagas e, atendida diligência determinada por este Juízo, foi concedida em parte a medida liminar, para atendimento do pedido constante da alínea b, retro.

A autoridade indigitada coatora prestou as tempestivas informações de fls. 36 a 46, em que esclarece resumidamente que:

a) foi cumprida a ordem liminar;

b) o subitem 3.10 do Edital ESAF/DASP/Nº 016/84, que estabeleceu as normas para o concurso, veda expressamente a concessão de vista das provas, sendo que o Impetrante a ele aderiu quando se inscreveu para o aludido concurso;

c) — atendendo a determinação da Instrução Normativa DASP 140/83 (item 10), as provas foram testadas, antes de sua aplicação, por mais de uma Banca Revisora, dispensando-se, assim, a vista de provas pretendida;

d) — o Impetrante foi notificado do indeferimento de seu pedido de revisão através do Edital ESAF/DASP/CRS/Nº 002/85, publicado no *D.O.U.* de 11/02/85, sendo que em 28-2-85 o procurador do Suplicante teve ciência pessoal das razões que fundamentaram a denegação do seu recurso;

e) — ao contrário do que afirma o Impetrante, além do mesmo não ter obtido o mínimo exigido para aprovação em Matemática Financeira (mais dois pontos), não satisfaz ainda outra exigência, deixando de obter o mínimo de 50% dos pontos da prova que valia oitenta pontos;

f) — finalmente, as questões imperfeitas por falha na impressão foram anuladas, sendo que os respectivos pontos foram atribuídos a todos os concorrentes.

As informações vieram acompanhadas dos documentos de fls. 40/42 e do Parecer de fls. 44/46.

A douta Procuradoria da República, pela cota de fl. 47 e verso, endossando as informações retrossintetizadas manifesta-se pela denegação da segurança.

É o relatório (fls. 48/49).

Decidindo, deferiu em parte o pedido para conceder o direito de «vista» da prova.

Sujeitou a sentença a reexame necessário.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição.

Oficiando no feito, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Procuradoria da República, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli, com o referendo do Subprocurador-Geral, Dr. Valim Teixeira, opina pela confirmação da sentença remetida.

Relatei.

EMENTA: Administrativo. Concurso público. Controlador de Arrecadação Federal. «Vista» de prova.

1. Em respeito à moralidade da atividade administrativa, impõe-se a concessão de «vista» das provas em qualquer concurso público.
2. Remessa oficial conhecida e improvida.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Ao dar pela parcial procedência do pedido, o eminente julgador de 1º grau o fez com a seguinte convicção:

«Objetiva o Impetrante o deferimento da segurança para que a autoridade coatora seja compelida, cumulativamente, a:

- a) — incluir o seu nome na relação de convocação dos candidatos aprovados na primeira fase do concurso, para que possa se submeter à segunda fase;
- e
- b) — conceder-lhe vista da prova de Matemática Financeira, para a eventual medida administrativa cabível.

O primeiro pedido pressupõe a efetivação do segundo, pois a convocação do Impetrante para a segunda fase do concurso está condicionada a sua aprovação na primeira, razão por que, invertendo a ordem das proposições, passo a examinar em primeiro lugar a postulação derradeira.

Pretende a autoridade coatora sustentar a legalidade da vedação de «vista» de provas e conseqüente inadmissibilidade de interposição de recurso administrativo sob o argumento de que essa proibição «está amparada em dispositivo legal emanado do Órgão Central Normativo de todo Sistema de Pessoal Civil da União.»

Ora, em que pesem respeitáveis opiniões em contrário, mesmo os denominados contratos de adesão, muito em voga nas esferas administrativas, têm de ser interpretados e validados de conformidade com a legislação em vigor, notadamente a de hierarquia superior.

Com efeito, é princípio inserto na Constituição Federal que nenhum direito pode ser excluído de apreciação pelo Poder Judiciário, sendo ainda defeso aos órgãos públicos a recusa de certidões ao interessado, para que possa postular em Juízo ou fora dele.

Assim, as denominadas cláusulas leoninas, mesmo quando integrantes de normas estabelecidas para os denominados contratos de adesão, não têm validade jurídica.

E a cláusula que veda a «vista» de provas é uma dessas escrescências incompatíveis com o Estado de Direito em que vivemos, mormente quando a «norma legal» em que se ampara a autoridade coatora não passa de uma Instrução Normativa proveniente do DASP, editada quando da voracidade legislante que grassou na tecnoburacracia reinante, propositadamente esquecida do salutar princípio que estabelece hierarquia para as leis e que estas, para terem legitimidade, são editadas por um Poder independente, por delegação dos cidadãos.

Por outro lado, não se ajusta ainda à realidade fática a alegação da autoridade coatora de que os concursos ali realizados sempre o foram com integral lisura, mesmo porque é fato público e notório que concursos diversos, programados pelo DASP, anteriormente, foram anulados pela própria autoridade administrativa devido à constatação de fraudes, até mesmo mediante a venda de «gabaritos» a determinados concursandos.

De qualquer modo, é um direito indisponível do candidato a cargo público, cujo preenchimento está obrigatoriamente vinculado ao cumprimento de normas legais rígidas e moralizadoras, emanadas da própria Carta Magna, poder verificar se as «bancas examinadoras» agiram com imparcialidade e correção, mesmo porque essa ação fiscalizadora extrapola o campo do interesse meramente individual, para abranger o interesse público, no sentido de estabelecer uma garantia de que a moralidade administrativa não foi descurada.

Razão, entretanto, não assiste ao Impetrante quando pretende, desde logo, ver-se inscrito para a segunda etapa do Concurso: *a uma* porque, tendo sido reprovado, não atingirá, de qualquer modo, a ordem de classificação para os candidatos que serão convocados na primeira etapa; *a duas*, porque, mesmo se tal fato viesse a ocorrer, estaria ele na dependência da revisão das provas em que não obteve número suficiente de pontos, inexistindo, atualmente, nessa parte, direito líquido e certo a ser amparado pela via estreita do *mandamus*.

Ante o exposto, defiro apenas em parte o pedido para, declarando subsistente a medida liminar, conceder em definitivo a segurança quanto ao direito de «vista» da prova retrorreferida, o que já foi atendido pela autoridade coatora (fl. 42), ficando denegado o *mandamus*, conseqüentemente, no que se refere à postulação restante.

Custas *pro rata*, metade para cada parte.

Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula do STF, *verbete* nº 512).

P. R. I., fazendo-se a comunicação a que se refere o artigo 11 da Lei nº 1.533/51.

Estando esta sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição necessário, remetam-se os autos, oportunamente, ao egrégio Tribunal Federal de Recursos». (Fls. 49/52).

Incensurável a r. sentença ora em reexame necessário.

Em verdade, a «vista» de provas em concursos públicos é um direito do candidato.

E tal providência não pode ser afastada por meras instruções administrativas obstaculizadoras da verificação da lisura do pleito.

Se é certo que a atividade administrativa é vinculada à estrita observância da lei, o mesmo se há de dizer em relação à verificação da regularidade de realização do processo seletivo, como decorrência do princípio da moralidade da Administração Pública, o qual é integrativo do princípio da legalidade.

Assim, cerceado o direito do candidato em verificar a lisura do pleito, ofendeu-se-lhe direito líquido e certo.

Com estas considerações, conheço da remessa oficial para negar-lhe provimento, confirmando a r. sentença remetida.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 107.827-DF (Reg. nº 7.193.165) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara-DF — Parte Autora: Sérgio Navarro de Vasconcelos — Parte Ré: União Federal — Advogado: José da Costa e Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença. (Em 9-12-86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

**DESPACHOS EM RECURSO
EXTRAORDINÁRIO**
