
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.095 — SP
(Registro nº 5.613.566)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Autores: Léo Wallace Cochrane Júnior e outros

Réu: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

Advogados: Drs. Aldo Castaldi e outro e Ruy Ferreira Brettas

EMENTA: Processual Civil. Desapropriação indireta. Contagem dos juros compensatórios e moratórios. Verba de patrocínio. Ação Rescisória por ofensa a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V). Alegações repelidas. Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, 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, 28 de outubro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, Léo Wallace Cochrane Jr., Leila Barrionuevo Cochrane e Dora Barrionuevo, qualificados na inicial, querem desconstituir acórdão da eg. 5ª Turma proferido na Apelação Cível nº 74.064 em ação de desapropriação indireta, objetivando:

- a) a contagem dos juros moratórios a partir da citação;
- b) o cálculo dos juros compensatórios sobre o valor corrigido da indenização;
- c) a fixação dos honorários advocatícios em percentual calculado na conformidade do art. 20, § 4º, do CPC.

Para conseguir esse desiderato, alegam a afronta, pelo acórdão rescindendo, de disposições do Código Civil (art. 1.536, § 2º), da Lei 4.414/64 (art. 1º), do Código de

Processo Civil (arts. 20, § 4º, 458, III, e 467) e da Constituição Federal (art. 153, §§ 1º e 22).

O réu contestou, aduzindo, em síntese, que a rescisória não deve prosperar, «porquanto visa ela a trazer a debate matéria já sumulada e exaustivamente julgada pelo TFR e STF, não oferecendo a ação elementos novos que possam ensejar mudança no entendimento pretoriano» (fls. 95/104).

Feito o saneamento do processo e aberta vista às partes, somente o réu apresentou razões finais (fls. 111 verso e 114).

Decidindo incidente de impugnação, fixei o valor da causa em Cr\$ 15.875.000,00 (quinze milhões, oitocentos e setenta e cinco mil cruzeiros), após o que os autores completaram o valor do depósito (Apenso, fls. 18 verso e 20).

A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do ilustre Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, aprovado pelo Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, opinou pela inadmissibilidade da ação (fls. 116/122).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORRÊAO BRAZ (Relator): Senhor Presidente, a Jurisprudência do TFR, seguindo a esteira do STF, firmou-se no sentido de que, na expropriação, são devidos cumulativamente os juros compensatórios e os moratórios, cuja fluência, porém, não coincidem no atinente ao **dies a quo**.

Essa cumulação resulta de criação pretoriana, com o fito de assegurar indenização a mais justa possível ao expropriado, e a fixação de termo inicial diverso (trânsito em julgado da sentença para os moratórios) repousa na circunstância de que, destinando-se os juros compensatórios a atender à rentabilidade do bem de que se despojou o expropriado, seria injurídico que se lhe desse ainda o que a lei oferece para corresponder à renda do capital (v. voto do Ministro Moreira Alves no RE nº 90.656-8-SP, citado na resposta do réu).

Produto de construção jurisprudencial, é evidente que à matéria não se aplicam a Lei nº 4.414/64 e o art. 1.536, § 2º, do Código Civil.

Demais disso, ainda que o aresto rescindendo se tivesse baseado nos textos legais suso referidos, não caberia a ação rescisória pelo fundamento invocado, em face da controvérsia instalada no STF a respeito do tema. Na Ação Rescisória nº 1.136-8, o excelso Pretório decidira que os juros moratórios se contam a partir da citação inicial. Esta orientação veio a ser reformulada no RE 98.650-2, quando ficou assentado que eles têm fluência a partir do trânsito em julgado da sentença.

A Súmula nº 74 deste Colendo TFR, ao contrário do que supõem os autores, guarda inteira consonância com o art. 153, parágrafos 1º e 22, da Constituição da República.

No cálculo preconizado pelo citado verbete, os juros compensatórios já incidem sobre preços vigentes à data do laudo, o que equivale a mais do que a atualização do valor da moeda mês a mês. O modo de calcular os juros compensatórios, pretendido pelos autores, não exprimiria legitimamente os princípios constitucionais da isonomia e da justa indenização; implicaria, antes, o enriquecimento indevido do expropriado.

Conforme entendimento uniforme dos tribunais, o art. 20 do CPC não se aplica às desapropriações. A admitir-se a sua aplicação, porém, a verba de patrocínio, no caso, arbitrada em quantia certa, atende exatamente à regra do referido art. 20, § 4º, por isso que, na expropriação indireta, não existe oferta. De outra parte, essa verba, segundo a orientação do STF, está sempre sujeita à correção monetária.

Por fim, no concernente à inobservância dos arts. 458, III, e 467 do CPC, bem ressaltou o ilustre Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos em seu parecer (fls. 120/121):

«Incorre igualmente a alegada violação aos arts. 458, III, e 467 do Código de Processo Civil, caracterizada, segundo os autores, pela circunstância de não constar da parte dispositiva do voto do Relator, mas somente da ementa do acórdão, a menção de que a contagem dos juros compensatórios observaria o que estabelece a Súmula n.º 74 desse Colendo Tribunal.

Com efeito, além da ementa, a fundamentação do *decisum* é explícita a respeito, inexistindo de resto qualquer contradição com o dispositivo.

«3. A respeito dos juros, é da jurisprudência tranqüila que os compensatórios de 12% se contam desde a ocupação (Súmula n.º 74 deste Tribunal) e os moratórios, cumuláveis com aqueles, desde o trânsito em julgado (RE 90.656, *DJ* de 26-9-80)».

Do quanto foi exposto, julgo improcedente a ação e condeno os autores nos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, revertida em favor do réu a importância do depósito.

EXTRATO DA MINUTA

AR 1.095 — (Reg. n.º 5.613.566) — SP — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Autores: Léo Wallace Cochrane Junior e Outros. Réu: DNER. Advs.: Drs. Aldo Castaldi e Outro e Ruy Ferreira Brettas.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação (Em 28-10-86 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro e José de Jesus. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ilmar Galvão e, justificadamente, os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.172 — PR
(Registro 6.139.361)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Autora: Farmácia Guairacá Ltda.

Ré: União Federal

Advogado: Dr. Olympio Estorillo

EMENTA: Ação Rescisória. Documento novo (CPC, art. 485, inciso VII).

Por documento novo não se deve entender o documento que só posteriormente veio a formar-se, mas o documento já constituído, cuja existência o autor da rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso no curso do primeiro feito.

Ação julgada inadmissível.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, julgar inadmissível 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, 28 de outubro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Farmácia Guairacá Ltda., qualificada na inicial, quer rescindir o acórdão da eg. 4ª Turma na Apelação Cível nº 73.481, confirmatório da sentença proferida pelo Juiz Federal da 1ª Vara do Paraná, em execução fiscal intentada contra ela pela Fazenda Nacional.

Funda o pedido no art. 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, visto como requereu produção de prova pericial junto à Seção Judiciária do Paraná, a qual constitui o «documento novo» que servirá de respaldo à sua pretensão. E acrescenta, em arremate:

«A requerente ingressou com pedido de «Produção de Prova», junto ao Juízo da 4ª Vara da Justiça Federal — Seção do Paraná, em 25-4-84 (docu-

mentos anexos), porém, até a presente data não foi autorizada a efetivar tal prova.

Assim, pede-se, com base nos artigos 282, 846, *in fine*, combinados com o art. 420 e seguintes do Código de Processo Civil, seja deferida a produção de prova (Prova Pericial) por esta egrégia Corte de Justiça, prova, que até o momento vem sendo cerceada (por absoluta injustiça).

Outrossim, após concluída a «prova pericial», a ser efetivada nos livros contábeis da requerente, pede seja julgada procedente a presente «Ação Rescisória», por seus próprios fundamentos, conseqüentemente rescindida a decisão do Acórdão n.º 73.481, seja julgado procedente o Embargo n.º 4015/79 interposto ao Executivo Fiscal n.º 4015/79».

Contestando, aduziu a União Federal a inexistência de qualquer documento novo a autorizar a propositura da rescisória, pois «o documento novo que a autora, em tese, poderia ter obtido seria exatamente a prova que deixou de produzir nos embargos».

À fl. 82 e 82 verso, declarei saneado o processo.

No prazo das razões finais, somente a ré se pronunciou (fl. 85).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Senhor Presidente, reza o art. 485, inciso VII, do CPC que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando «depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável».

Portanto, a disposição prevê a hipótese de documento já constituído à época da sentença rescindenda, mas de existência ignorada ou de uso impossível no curso do primeiro feito.

«Ou ele (o autor) — diz PONTES DE MIRANDA, *in*, «Comentários», Forense, vol. VI/327 — prova a ignorância ao propor a ação, ou já em momento do processo em que não o poderia apresentar, ou prova que o conhecia, mas dele não podia aproveitar-se, por exemplo, o documento estava em cofre que fôra roubado e só tardiamente, com a descoberta do local em que se pusera o cofre, pôde o autor saber da existência do documento; o tabelião não lhe podia dar certidão, devido a incêndio do arquivo, e só mais tarde, alguém encontrou o traslado.»

O caso dos autos, como se vê, não se ajusta à moldura do texto legal invocado, porquanto a autora quer provar o seu direito e obter, conseqüentemente, pronunciamento favorável mediante exame pericial a ser realizado. Em outras palavras, pretende renovar o feito primitivo e produzir prova que não produzira por mera desídia.

À vista do exposto, julgo inadmissível a ação e condeno a autora a pagar à ré os honorários advocatícios de 10% (dez por cento), calculados sobre o valor da causa, revertida em favor da mesma ré a importância do depósito.

EXTRATO DA MINUTA

AR 1.172 — PR — (Reg. 6.139.361) — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Autora: Farmácia Guairacá Ltda. Ré: União Federal. Adv.: Dr. Olympio Estorillo.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou inadmissível a ação. (Em 28-10-86 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro e José de Jesus. Au-

sentos, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ilmar Galvão e, justificadamente, os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Na ausência justificada o Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência da Seção, o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.199 — RJ
(Registro nº 6.165.400)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Autor: Banco Central do Brasil

Réu: Brazeite Indústria e Comércio S/A

Advogados: Drs. Manoel Lucívio de Loiola e outros, Marli Moreira Guaianaz e outros, Felipe Belmonte dos Santos e Waldevan Alves de Oliveira e outros

EMENTA: Ação Rescisória. Erro de interpretação. Princípio da anualidade. IOF. DL nº 1.783/80.

I — Fechando-se a operação de câmbio do ano subsequente ao que se instituiu o IOF, obedecido está o princípio anual, para a cobrança do imposto.

II — Baseado o acórdão que confirmou a sentença, em erro de fato dada a interpretação dos atos e documentos da causa, impõe-se a sua rescisão. Isto porque, partiu-se do pressuposto que a operação de câmbio teve desfecho em 1980. Fato que não ocorreu, pois o fato gerador do IOF não é a expedição da guia de importação, e sim, o fechamento do contrato de câmbio, com a entrega de moeda estrangeira, ocorrida em 1981, sob o pálio, portanto, do DL 1.783/80.

III — Procedência da rescisória, determinando-se o retorno dos autos à Turma, para novo julgamento.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrêgia Segunda Seção, por unanimidade, julgar procedente a ação e determinar a remessa dos autos à Quinta Turma para novo julgamento, 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 novembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de ação rescisória intentada pelo Banco Central do Brasil contra Brazeite Indústria e Comércio S/A visando desconsti-

tuir acórdão proferido pela egrégia Quinta Turma nos autos da AMS nº 95.817 — RJ (2.671.263), relatada pelo eminente Min. Sebastião Reis, e publicada no *Diário da Justiça* de 4-11-82.

Alega o autor que a ré em mandado de segurança preventivo requereu fosse desobrigada do pagamento do imposto sobre operações de câmbio objeto do Decreto-Lei 1.783/80 que majorou as alíquotas dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguros e valores mobiliários, em face da inconstitucionalidade dessa exigência.

A segurança foi deferida na primeira instância e confirmada no Tribunal ao fundamento de que a exigência da alíquota majorada no exercício em que foi instituída é inconstitucional, cuja decisão, em outro caso, foi confirmada no Supremo Tribunal Federal. Admitindo-se as decisões como cabível a cobrança a partir do exercício de 1981.

Aduz sucintamente que

«... a impetração referida no pórtico desta inicial tratava de episódio tributário cujo fato gerador deu-se em 1981 — tanto que a impetrante sequer mencionou, nem mesmo de relance, o princípio da anualidade — e a sentença de primeiro grau, «malgrado não articulado na inicial» entendeu que a operação ocorreu *no ano de 1980*, afrontando, pois, o princípio constitucional da anualidade do tributo.»

Conclui alegando que a impetração se deu em 1981 e o fechamento do contrato de câmbio foi após aquela data e não em 1980, como entendeu a r. sentença. Completando que o fato gerador do tributo *sub exame* é o fechamento do contrato de câmbio com a efetivação da entrega da moeda estrangeira, não se levando em conta a data da guia de importação — art. 63, inciso II, do CTN.

Arremata ao argumento de que a decisão rescindenda contraria frontalmente o disposto no art. 63, inciso II do CTN e que houve erro de fato resultante da interpretação dos atos e documentos que instruíram a causa.

A ré apresentou contestação alegando que a cobrança do IOF no exercício em que foi instituído foi julgada ilegal em virtude do princípio da anualidade tributária e que nos exercícios posteriores a cobrança, também, é ilegal em razão do princípio da reserva legal.

Disserta a contestação nesta parte.

À fl. 48 determinei às partes especificação de provas.

O autor pediu julgamento antecipado da lide por se tratar de matéria puramente de direito.

A ré permaneceu silente e à fl. 65 proferi despacho saneador.

Nas alegações finais o autor refuta o princípio da reserva legal e se firma no sentido do pronunciamento do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal — fls. 61/71.

A ré aduz que sem lei prévia não se pode aumentar ou instituir tributo e que não se pode fazê-lo por decreto-lei. (Fls. 73/75).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela procedência do pedido do autor com a consequente rescisão da decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Ao expressar o meu ponto de vista hei por bem enumerar alguns tópicos do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, quando assinala no item 2 o seguinte:

«2. Fundamentando a ação no art. 485, incisos V e IX, do CPC, alega o autor violação à literal disposição do art. 63, II, do CTN, assim como con-

figuração de erro de fato resultante da «interpretação» dos atos e documentos da causa. Isto porque, na sentença e no acórdão rescindendo que a confirmou, partiu-se de pressuposto de que a operação de câmbio que deu origem à exigência fiscal ocorrera no ano de 1980, circunstância que foi determinante para a concessão do writ, em face do princípio da anualidade.

3. Na verdade, ainda segundo o autor, a referida operação só poderia realizar-se após fevereiro de 1981, data em que foi requerido o mandado de segurança, que, tendo o caráter preventivo, haveria de referir-se a atos concretizados após a impetração. De modo que, ao incidir em semelhante erro de fato, o v. acórdão rescindendo culminou por violar o art. 63, II, do CTN, que define o fato gerador do tributo em exame como o fechamento do contrato de câmbio com a efetivação da entrega da moeda estrangeira». (Fls. 77/78).

Por ocasião do julgamento da preliminar de inconstitucionalidade, por mim argüida e submetida pela Turma ao conhecimento do Plenário, sustentei no voto que proferi a tese de não admitir-se majoração de tributos por decreto-lei, ao argumento de que este só pode ser editado nas condições especiais previstas no art. 55 da Constituição.

Resguardava assim o princípio da reserva legal previsto na Constituição, art. 153, §§ 2 e 29, entretanto, fiquei vencido pelo voto médio proferido pelo eminente Min. Justino Ribeiro, no sentido de que estaria inconstitucional apenas a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, ou seja, 1980.

Da decisão as partes recorreram e o STF, igualmente entendeu nesse sentido e veio a confirmar todas as decisões então proferidas.

Curvo-me ao entendimento da mais alta Corte e naquela linha venho decidindo casos e casos.

Os autos da presente rescisória nos dá notícia de que o fechamento do câmbio se deu em 1981 e que a majoração do imposto ocorreu em 1980, de fato, pois o Decreto-Lei é de 1980, e pelas decisões judiciais a sua eficácia se tornaria válida no exercício seguinte.

O mandado de segurança preventivo impetrado pela ré foi em *fevereiro de 1981*, ora, se é preventivo se refere a ato posterior e se posterior o ato, este só pode ser praticado no exercício de 1981 — fl. 18.

À fl. 19 vê-se que a guia de importação é de dezembro de 1980 com prazo para janeiro de 1981 e à fl. 20 o original do contrato de fechamento do câmbio demonstra que esta operação se verificou em abril de 1981.

Isto é fato comprovado nos autos.

Veja-se como destacou a Subprocuradoria-Geral da República à fl. 79:

«In casu, constata-se facilmente que as mercadorias correspondentes à guia de importação de fl. 19 só ingressaram no território nacional no ano de 1981, pois foram embarcadas no país de origem após 24 de janeiro do mesmo ano, data em que foi expedido o conhecimento de transporte (v. no contrato de câmbio de fl. 20 o item «outras especificações»). De modo que é indiscutível que o fechamento de câmbio correspondente a tal importação só veio a ser pretendido quando já em curso o ano de 1981. E se é certo que o fato gerador do tributo se concretizou no exercício subsequente ao advento do Decreto-Lei n.º 1.783/80, não havia qualquer razão para cogitar-se do princípio da anualidade, tal como fez o v. acórdão rescindendo ao confirmar a r. sentença concessiva.»

Daqui já se conclui o erro de fato resultante da interpretação dos atos e documentos que instruíram a causa do mandado de segurança a permitir a procedência da ação.

Noutra parte cumpre-me salientar a disposição constante do art. 63, inciso II do CTN:

«Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I —

II — quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela *entrega* de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este.» (Fl. 69).

Nesta parte destaca-se, ainda, o duto parecer do Ministério Público assim:

«é indiscutível a procedência da ação. Efetivamente, o acórdão rescindendo violou o disposto no artigo 63, II, do CTN, pois, se a operação de câmbio haveria de realizar-se no ano de 1981, inexistia qualquer impedimento para a cobrança do imposto instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, cujo fato gerador se concretiza no momento da entrega da moeda nacional ou estrangeira ou do documento que a represente (ou então no instante em que é colocada à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este), e não por ocasião da importação ou da expedição da guia correspondente» (fls. 78/79).

Estou em que razão assiste ao autor, o fato gerador do IOF não é a expedição da guia de importação, mas a liquidação, o fechamento do contrato de câmbio com a entrega da moeda estrangeira.

Ante o exposto julgo procedente a ação com fundamento no art. 485, incisos V e IX do CPC, condeno a ré em 10% de honorários advocatícios e determino o retorno dos autos à Turma para que seja proferido novo julgamento, além da restituição do depósito multa em favor do autor.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, tendo porém como desnecessário o retorno dos autos à Turma.

EXTRATO DA MINUTA

AR 1.199 — RJ — (Reg. nº 6.165.400) — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Autor: Banco Central do Brasil. Réu: Brazeite Indústria e Comércio S/A. Advs.: Drs. Manoel Lucívio de Lóiola e outros, Marli Moreira Guaianaz e outros, Felipe Belmonte dos Santos e Waldevan Alves de Oliveira e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação e determinou a remessa dos autos à Quinta Turma para novo julgamento. (Em 19-11-85 — Segunda Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Sebastião Reis e Miguel Ferrante votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz. Ausente justificadamente o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu a Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.234 — RS
(Registro nº 6.208.835)

Relator: O Senhor Ministro William Patterson
Autora: União Federal
Réu: Antônio Carlos Barbosa
Adv.: Dr. Pompilio Nunes de Matos

EMENTA: Processual Civil. Ação Rescisória. Militar. Expulsão. Ato administrativo. Motivos determinantes.

Logrando o autor, na ação ordinária, comprovar que os motivos determinantes do ato expulsório não subsistiam, descabe falar em infringência a textos do Regulamento Disciplinar aplicado e muito menos a normas processuais que regem os encargos dos litigantes.

Ação improcedente.

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 improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de novembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente — Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, a União Federal ajuizou esta ação contra Antonio Carlos Barbosa, com objetivo de rescindir a sentença de primeiro grau, favorável ao ora Réu, na qual a matéria discutida está assim resumida por seu prolator, Dr. Osvaldo Moacir Alvarez, eminente Juiz Federal da Segunda Vara, da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, verbis:

«Segundo a inicial, o autor ingressou no Exército Nacional em 2-3-53, sendo expulso em 6-7-66, na graduação de 3º Sargento, com 13 anos, 4 meses e 4 dias de serviço, acusado de pederastia passiva. Sustenta nunca ter sido homossexual. Diz ter ficado no Hospital Psiquiátrico São Pedro, com diagnósti-

co de «neurose», de 21-9-65 a 11-12-65, excluído do exército sem prévia inspeção de saúde, embora sob o gozo de estabilidade. Requer, ao final, seja anulada sua expulsão, retornando ao serviço ativo ou, então, decretada a reforma, com direito a vencimentos e vantagens integrais a partir do ato ilegal, mais juros e correção monetária (fls. 2/20).

Citada, a União Federal reafirma, com base na documentação remetida pela autoridade militar, o fato da expulsão, pelo cometimento de atos desonrosos e ofensivos à dignidade das Forças Armadas, devidamente apurados em IPM e Conselho de Disciplina. De outro lado, a pretensa neurose não caracteriza doença mental. Espera a improcedência da ação (fls. 23/33).»

Diz a autora que a decisão rescindenda deu provimento a pedido formulado em petição inepta, porque passível de sanção prevista no art. 295, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil. Além disso, violou o disposto no art. 333, I, do mesmo Código, por ter invertido o ônus-da prova. Por fim, cita precedentes desta Corte segundo os quais é defeso ao Judiciário apreciar o mérito dos atos da Administração, devendo cingir-se sua interferência ao exame da legalidade desses procedimentos. Acrescenta, ainda, terem sido violados os arts. 55 e 56, do Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto nº 8.835, de 1942, então em vigor, malferindo, ainda, o art. 6º, da Constituição Federal.

No longo arrazoado de sua contestação (fls. 98/131), o réu defende a integral correção da decisão que ora se pretende resilir, trazendo aos autos inúmeros documentos para confortar suas alegações e precedentes judiciais contrários à rescisão pretendida (fls. 132/176).

Saneado o feito (fl. 179), atendendo à sugestão da União, que declarou dispensar produção de outras provas, determinei a requisição da ação originária, cujos autos se acham apensados.

Somente a autora ofereceu alegações finais (fls. 187/189), em que, considerando plenamente justificado o pedido inicial, pede o seu provimento.

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

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A ação ordinária foi instruída com cópia do Parecer do Conselho de Disciplina, publicado no Boletim da 3ª RM nº 53, onde a situação do militar foi examinada, na órbita administrativa, estando claro que a motivação única era a acusação de pederastia passiva. É o que se lê à fl. 15 (apenso):

«Vistos e examinados os presentes autos do Conselho de Disciplina a que foi submetido o 3º Sgt. Antonio Carlos Barbosa, acusado de pederastia passiva, deles consta ter sido ele interrogado à fl. nº 9, ouvindo-se as testemunhas Roberto Laranjo Pinto, Luiz Carlos Tavares, Ary Guindel às fls. 16, 21, 22, 27 e 28, tendo deixado de ser feito o Exame Pericial, tendo em vista a declaração de fl. 40 do Capitão William Alves Teixeira.

Dos depoimentos das testemunhas ouvidas, conclui-se que o acusado praticou atos de pederastia passiva, atos estes que são altamente infamantes e atingem violentamente o pundonor militar.»

Em razão do citado processo, o militar foi expulso, justificada a medida pela prática de atos desonrosos, ofensivos à dignidade militar, altamente nocivos à disciplina.

O suplicante, inconformado com a decisão, veio a Juízo com o propósito de demonstrar o equívoco da causa determinante de sua expulsão. Fê-lo com base em perícia cujos resultados lhe foram favoráveis. Demais disso, a prova testemunhal que embasou o ato administrativo não foi ratificada na Justiça. Está escrito na sentença rescindenda.

«O autor nega a prática de homossexualismo.

A perita consignou:

«Acredito que tenha prestado esclarecimentos claros, considerando a impossibilidade de afirmar o homossexualismo do A...» (Fl. 161).

Os depoimentos das pessoas que acusam o requerente não foram ratificados em Juízo. Sendo prova unilateral, sem o crivo do Judiciário, sem passar pelo contraditório, não podem ser aceitos.

Aliás, a União Federal teve tempo suficiente para arrolar as suas testemunhas (esta ação foi proposta em 1971), não o fazendo.

À míngua de qualquer subsídio, inviável creditar-se validade jurídica aos depoimentos prestados perante a autoridade militar.»

Como visto, não se cuida de analisar os motivos da punição disciplinar, mas de avaliar as provas que sustentaram o ato expulsório. Isso é possível na Justiça, pois a esta não é defeso aferir a eficácia dos motivos determinantes. Se estes não existem, como aconteceu na espécie, ao Judiciário é lícito apreciar o aspecto.

Poder-se-á argumentar que o Julgador monocrático analisou a questão de modo distorcido, ao valorizar documento que não retrata a realidade dos fatos apurados no procedimento administrativo. Pode ser que isto tenha acontecido, mas não autoriza a rescisão do julgado. A propósito, lembro os seguintes acórdãos:

«Processual Civil. Ação Rescisória. Inadmissibilidade. É inadmissível a rescisória como novo ensejo da prova de cuja produção se omitiu o autor na ação originária, se a seu alcance e conhecimento sempre estiveram os documentos agora exigidos» (AR 1.205 — RJ, Rel.: Min. José Dantas, 1ª Seção. 13-11-85, unânime, in *DJ*, 19-12-85, pág. 23.680).

«Ação Rescisória. Reexame de prova. Improcedência. Julga-se improcedente a ação rescisória ajuizada para coibir injustiça, resultante do alegado exame defeituoso da prova pela decisão rescindenda. Justiça gratuita.» (AR-883—MG, Rel.: Min. Gueiros Leite, 1ª Seção, 8-9-82, unânime, in *DJ*, 3-3-83, pág. 1.871)..

«Ação Rescisória. Reexame do acórdão rescindendo. Não se presta a ação rescisória ao reexame puro e simples do que foi apreciado pela decisão rescindenda, como se se tratasse de uma nova instância. Ação Rescisória julgada improcedente.» (AR-1121—SP, Rel.: Min. Rafael Mayer, Pleno, 29-2-84, unânime, in *DJ*, de 6-4-84, pág. 5.099).

Assim considerando, descabe falar em violação aos arts. 55 e 56, do então vigente Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 8.835, de 23-2-42).

No tocante às críticas à peça vestibular, sob o prisma da inépcia, não vejo a questão desse ângulo, assim como não viu, igualmente, o digno sentenciante. O autor se propôs a comprovar que a sua expulsão não podia subsistir, tendo em vista a incorrência dos motivos que a justificariam. Fê-lo de modo satisfatório, tanto que acolhidas suas razões.

Não vislumbrei, também, a alegada infringência ao art. 33, I, do Código de Processo Civil. O seu compromisso de demonstrar não ser homossexual veio por prova que trouxe aos autos (perícia), não sendo certo que a decisão inverteu os ônus da providência.

É verdade que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário cinge-se ao aspecto de sua legalidade. Mas, nesse mister, pode ser incluído o exame da ausência de legalidade. A doutrina e a jurisprudência pretoriana não discrepam no entendimento segundo o qual se a Administração motiva o ato, torna a medida sujeita à apreciação judicial.

A passagem do decisório acerca dos depoimentos colhidos no processo administrativo, sem o crivo do Judiciário, não pode ser concebida como inversão do encargo da prova. À Ré caberia confirmar, em juízo, as declarações tomadas no seu âmbito, principalmente com o objetivo de contraditar a prova do autor. Foi omissa nesse aspecto. Não pode, agora, pretender superar a dificuldade com argumento de tal natureza.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação, condenando a autora em honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor dado à causa.

EXTRATO DA MINUTA

AR 1.234—RS — (Reg. 6.208.835) — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Autora: União Federal. Réu: Antônio Carlos Barbosa. Adv.: Dr. Pompílio Nunes de Matos.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente a Ação Rescisória. (Em 12-11-86 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros José Cândido, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, Geraldo Fonteles e Otto Rocha votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas, na ausência ocasional, do Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.429 — BA
(Registro nº 3.429.628)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante
Agravante: Hélio Antônio Teixeira de Freitas
Agravada: União Federal
Advogado: Dr. José Borges Domingues

EMENTA: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Remição. Prazo.

O prazo para o exercício do direito de remição é de 24 horas, que mediar entre a arrematação e a assinatura do respectivo auto, a teor do art. 788, item I, do Código de Processo Civil.

Agravo improvido.

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 agravo, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de fevereiro de 1983 (data do julgamento).

MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Presidente. MINISTRO MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Hélio Antonio Teixeira de Freitas, nos autos da execução fiscal que a União Federal move contra Teixeira de Freitas Associados Propaganda Ltda., no Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, agravo de instrumento de despacho trasladado às fls. 15/16, do teor seguinte:

«Pede Hélio Antonio Teixeira de Freitas, sócio da firma Teixeira de Freitas e Associados Propaganda Ltda., executado, a remição dos bens penhorados e arrematados, no processo de execução, em que é credora a União Federal.

Alguns doutrinadores, em verdade, admitem a remição de bens pelo sócio da firma executada, como José da Silva Pacheco (Processo de Execução, Saraiva, SP, 1975, 2º vol. pág. 535), que recebeu o aplauso de Frederico Marques

(Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 1976, vol. IV, pág. 300). Outros, porém, discordam desse entendimento, argumentando que o novo Código estabelece taxativamente as pessoas que estão legitimadas a pedir a remição dos bens penhorados (Humberto Theodoro Júnior, in *Processo de Execução*, ed. Universitária de Direito, SP, 4ª ed. 1978, pág. 446).

Tenho também, que só as pessoas legitimadas pelo art. 787, do CPC, podem remir dos bens penhorados. A Lei foi clara e precisa.

Ademais, o direito de remir deve ser exercido «no prazo de 24 horas, que mediar entre a arrematação dos bens em praça ou leilão e a assinatura do auto (art. 693)», segundo reza o artigo 787, inciso I.

Pelo Código de 1939, o prazo para a remição era até a assinatura do auto (art. 986). Enquanto este não fosse assinado, tempestivo era o pedido de remição. No entanto pelo Código atual, o prazo é de 24 horas após o leilão (cf. José da Silva Pacheco, ob. cit. pág. 537).

In casu, o leilão se deu em 30 de agosto e só no dia 6 de setembro é que se ingressou com o pedido de remição.

Além do mais, ao fazer o pedido de remição, deveria o requerente, anexar a prova do depósito.

Explica Frederico Marques: «O requerente da remição, ao apresentar sua petição em juízo, deve fazê-la acompanhar da prova do depósito» (Ob. cit. pág. 301).

O preço oferecido pelo remido «deve ser depositado imediatamente, isto é, junto com o pedido de remição», ensina Humberto Theodoro Junior (ob. cit. pág. 448).

Ante o exposto, indefiro o pedido de remição formulado por Hélio Antonio Teixeira de Freitas.

Intimem-se.»

Salienta o agravante, em suma, que tem legitimidade para requerer remição; que o pedido é tempestivo; que o direito de remir não tem como pressuposto o depósito prévio ou concomitante ao pedido cujo comprovante deva instruí-lo. Requer a suspensão da execução, na forma do art 558 do Código de Processo Civil.

Formado o instrumento, não oferecida a resposta, manteve o MM. Juiz a quo o despacho agravado, a fls. 20/21.

Parer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 25/30, no sentido do provimento do agravado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Ao contrário do que fazia o direito revogado (art. 986 do CPC e art. 38 do Decreto-Lei 960, de 1938), o estatuto processual vigente não inclui o devedor solvente entre os que podem remir bens penhorados em execução contra ele aparelhada. A faculdade é assegurada a seu ascendente ou descendente (art. 787).

Inobstante, sustenta-se que a circunstância não exclui sua legitimação para o efeito, ante o direito que lhe assiste, em maior amplitude, de remir a própria execução (art. 651). Quem pode o mais pode o menos, argumenta-se. Malgrado, porém, a respeitabilidade desse entendimento, nota-se que a posição contrária encontra o respaldo da melhor doutrina. Aqui não se cuida de poder mais ou menos, porque, como observa José Afonso da Silva, «sendo direito instituído *pietatis causa*, para que os bens penho-

rados, de afeição ou estimação, não saiam da família, conferi-lo ao executado não seria realizar essa razão desde que ficariam os bens remidos sujeitos a nova penhora na mesma execução, se isso fosse necessário» («Execução Fiscal», ed. Revista dos Tribunais — São Paulo — 1975, pág. 133). Na realidade, não haveria sentido em admitir a remição, com intuito de preservar, por espírito de equidade, bens de estimação, se tais bens não ficassem ao abrigo de nova constrição.

A essas considerações, salienta notar, no caso, que o pedido de remição não guardou o prazo de 24 horas assinado no art. 788 do Código de Processo Civil. Deveras, esse prazo, por mediar, consoante dispõe expressamente o referido dispositivo legal, entre a venda dos bens em leilão, realizada a 30 de agosto de 1982, e a assinatura do auto de arrematação, já teria expirado quando o pedido de remição foi formulado, a 6 de setembro do mesmo ano.

O fato de somente a 3 do mesmo mês ter dado entrada na Secretaria da Vara a prestação de conta do leiloeiro é irrelevante e em nada interferiu no curso desse prazo.

Por derradeiro, no tocante ao preço da arrematação, lembra-se que cabia à parte se o reputasse vil, contestá-lo, no momento oportuno, com fulcro na parte final do art. 692, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n.º 6.825, de 1980: «Não sendo aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil, que não baste para a satisfação da parte razoável do crédito».

Face ao exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AG 43.429 — BA — (Reg. 3.429.628) — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Agte.: Hélio Antônio Teixeira de Freitas. Agda.: União Federal. Advogado.: Dr. José Borges Domingues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. (Em 9-2-83 — Sexta Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Wilson Gonçalves, na ausência justificada do Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. MINISTRO TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 46.534 — SP
(Registro nº 6.172.016)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Agravante: Comercial e Transportadora D. R. Calderaro Ltda.

Agravada: União Federal

Advogados: Drs. Luiz Sérgio Marrano e outro

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Cancelamento de débito. Decreto-Lei nº 2.163/84. Exegese da lei tributária. CTN, artigo 111.

I — A interpretação de dispositivos atinentes a direito tributário deve ser literal, conforme quer a lei (CTN, art. 111, inc. III), não sendo o entendimento do intérprete o que deva prevalecer.

II — Querendo a lei que se cancele débitos inferiores a determinada quantia, não há como se possa entender que lhe subsista a multa (acessório), posto que, em direito, o acessório sempre segue o principal. Não há entender-se a aplicação de cancelamento para o principal, deixando subsistir a multa. Cancelados os débitos, cancelam-se por via de consequência os acessórios. Precedentes jurisprudenciais.

III — O legislador, ao referir-se em cancelamento, expressa-se no uso do vernáculo *débito*, assim, cancelam-se os débitos, não fazendo referência de forma alguma às certidões. A lei não diz que estão canceladas as Certidões de Dívida, mas sim os débitos.

IV — Provimento do agravo.

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, dar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de dezembro de 1985 (data do julgamento).

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente. MINISTRO PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: — Cuida-se de agravo de instrumento apresentado por Comercial e Transportadora D. R. Calderaro Ltda., de decisão que negou o

pedido de decretação da extinção da execução, por entender o agravante, estar a dívida exequiênda cancelada pelo DL nº 2.163/84.

Devidamente contraminutado o agravo, subiram os autos a esta instância. Com vista, a douta SGR manifestou-se pela confirmação do *decisum* e improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão cinge-se à interpretação do dispositivo legal que trata do cancelamento do débito, qual seja, o art. 8º do DL 2.163/84, que assim expressa-se:

«Art. 8º Ficam cancelados, arquivando-se os respectivos processos administrativos, os débitos de valor originário igual ou inferior a 40.000 (quarenta mil cruzeiros):

I — de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, inscritos como dívida ativa da União, pelas Procuradorias da Fazenda Nacional, até 31 de dezembro de 1982;

II — concernentes ao imposto de renda, ao imposto sobre produtos industrializados, ao imposto sobre a importação, ao imposto sobre operações relativas a combustíveis, energia elétrica e minerais do País e ao imposto sobre transportes, *bem assim a multas, de qualquer natureza, previstas na legislação em vigor*, constituídos até 31 de dezembro de 1982; (os grifos e destaque não são do original).

Levanta, ainda o representante da Fazenda Nacional, reiterado pela SGR, que na conformidade do art. 9º, valor originário do débito é aquele estabelecido pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 1.736/79. Transcrevemos, portanto, tal norma legal:

«Art. 3º Entende-se por valor originário o que corresponda ao débito, excluídas as parcelas relativas à correção monetária, juros de mora, multa de mora e o encargo previsto no Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969...»

faz, em final de sua argumentação, que dita multa é punitiva, não excluída, portanto, pelo artigo retrotranscrito e, remete a questão para que seja apreciada ao entendimento exposto pelo artigo 113 e parágrafos do CTN.

Como sobressai do art. 8º do DL 2.163, o legislador expressou-se de forma clara e precisa ao indicar que as multas são de *qualquer natureza*, e é no próprio corpo do CTN, art. 111, inciso III, que temos o mandamento de que a interpretação de normas da natureza do referido decreto seja feita de forma literal.

Poder-se-ia levantar a hipótese de que as normas do Decreto-Lei nº 1.736/79 e CTN são colidentes com o que expressa o inciso II do art. 8º do Decreto-Lei nº 2.163/84; mesmo assim, não há que entender-se como quer a Fazenda Nacional, haja vista que o principal sendo cancelado, não há como subsistir o acessório, já que este segue o destino do principal.

É de observar-se, por fim, que o Decreto-Lei nº 2.163/84 não faz referência à Certidão de Dívida Ativa, mas tão-só aos débitos inferiores a Cr\$ 40.000, então como aplicar o Decreto-Lei, se cancela-se o débito principal, inferior a 40.000, deixando subsistir a multa?

Creio eu, não ser a melhor exegese do referido decreto.

A intenção do legislador, ao cancelar os débitos de montantes irrisórios não é a que lhe quer emprestar os agravados.

Cancelados os débitos, cancelam-se por via de consequência os acessórios.

À luz desse entendimento, dou provimento ao agravo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AG 46.534 — SP — (Reg. nº 6.172.016) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli.
Agrte.: Comercial e Transportadora D. R. Calderaro Ltda. Agrda.: União Federal.
Advs.: Drs. Luiz Sérgio Marrano e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 2-12-85 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Torreão Braz votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr Ministro TORREÃO BRAZ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 48.467 — SP
(Registro nº 7.263.805)

Relator: O Sr. Ministro Carlos M. Velloso

Agravante: Marcos José Pigossi

Agravado: Luiz Alberto Menim

Advogados: Drs. Frutuoso Patrício de Almeida Santos, Antonio Henrique Pirolla

EMENTA: Processual Civil. Remição de bens. Prazo. Arrematação. CPC, art. 788, I.

I — O prazo para o exercício do direito de remição é de 24 horas, que mediar entre a arrematação e a assinatura do respectivo auto (CPC, art. 788, I).

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

Custas como de lei.

Brasília, 9 de abril de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de Agravo de Instrumento tomado por Marcos José Pigossi contra a r. decisão reproduzida às fls. 27/27v, através da qual o Dr. Juiz da 3ª Vara de Araraquara-SP, nos autos da execução fiscal promovida pela União Federal contra Wanderley Pigossi, indeferiu o pedido de remição dos bens arrematados em leilão feito pelo agravante, por entender que esse pedido foi apresentado a destempo.

Assim a decisão agravada:

«1. *Marcos José Pigossi*, filho do executado, com fundamento no art. 787 do CPC, requereu a remição dos bens penhorados e arrematados (fls. 184/186), depositando a quantia equivalente ao preço alcançado em leilão.

A tal pretensão, opôs-se o arrematante. A Fazenda Nacional, pelo seu procurador, não colocou nenhum óbice à pretensão, muito embora ressaltasse que o pedido aparentava ser extemporâneo.

Relatados. Decido.

2. Procede a impugnação do arrematante. O leilão foi realizado às 13:30 h do dia 7 de agosto pp., consoante se vê do respectivo auto (fl. 184). E, à fl. 186, foi normalmente lavrado o auto de arrematação, sendo certo que, também ali, constou o horário de realização do leilão, ou seja, 13:30 h.

Tendo sido o pedido de remição protocolado às 14:01h, do dia 8 de agosto pp., dúvida não há que o mesmo foi apresentado fora do prazo previsto no art. 788 do CPC.

Alegou o remidor que não há nos aludidos autos indicação do horário em que teria terminado o leilão. Sem razão, no entanto. No auto de arrematação constou expressamente que o auto do único leilão foi lavrado às 13:30h, «após terem sido procedidos os pregões de estilo» (sic).

Ora, é evidente que o referido auto foi lavrado às 13:30h, após ter sido oferecido o lance vencedor.

3. Isto posto, indefiro o pedido de remição dos bens arrematados à fl. 184, considerando válido o auto de arrematação de fl. 186.

Intimem-se, partes, arrematante e remidor».

Sustenta o agravante que o leilão dos bens pertencentes ao seu pai, Wanderley Piggosi, realizou-se no dia 7 de agosto de 1985, no prédio do Fórum da Comarca, e que no dia seguinte, 8 de agosto, ofereceu um pedido de remição dos bens arrematados, que, tendo em vista o prazo previsto no CPC, art. 788, veio a ser indevidamente indeferido. Esclarece que o leilão teve início às 13:30h do dia 7-8-85 e que no dia 8-8-85 apresentou no protocolo do Fórum, às 14:01h, tempestivamente, o pedido de remição, uma vez que «... seria humanamente impossível iniciar-se a alienação judicial às 13:30 horas e terminá-la no mesmo horário...».

Respondeu o agravado às fls. 29/31.

Mantida a decisão agravada (fl. 32v), subiram os autos.

Nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Tem-se, no caso, um pedido de remição de bens penhorados (CPC, arts. 787 a 790), benefício que se concede em razão da equidade, ou *pietatis causa*, restrito ao cãnjuge, ao descendente, ou ao ascendente do devedor (CPC, art. 787).

No voto que proferi por ocasião do julgamento do Ag. n.º 41.597 — PR, examinei a matéria e estabeleci a distinção entre a remição da execução (CPC, art. 651) e a remição de bens (CPC, art. 787).

Disse eu, então:

«Há que distinguir a *remição da execução* (CPC, art. 651) da *remição de bens* (CPC, art. 787).

A *remição da execução* é o resgate da dívida, mediante o pagamento do principal, mais juros, custas e honorários advocatícios, o que poderá ocorrer antes da arrematação ou adjudicação dos bens penhorados (CPC, art. 651).

Podem remir a execução «tanto o devedor (art. 651 do CPC), como qualquer terceiro, interessado ou não (artigos 930 e parág. único, do C. Civil) (1). É esse direito pode ser exercitado enquanto não assinado o auto de arrematação ou de adjudicação, ou não publicada a sentença de adjudicação, pois até então não se consideram arrematados ou adjudicados os bens penhorados (2)». (Humberto Theodoro Jr., «Processo de Execução», EUD, São Paulo, 1979, 5ª ed., pág. 447).

A *remição de bens executados* (CPC, art. 787 a 790) é «benefício inspirado na equidade para evitar que bens de estimação saiam da família, enquanto isso seja possível sem prejudicar a execução» (E. T. Liebman. «Processo de Execução», Saraiva, São Paulo, 1963, 2ª Ed., pág. 122) e «consiste na liberação dos bens penhorados, feita pelo cônjuge, o descendente ou o ascendente do devedor, após arrematação ou a adjudicação (mas antes da assinatura do auto ou publicação da sentença), mediante o depósito do preço por que foram alienados ou adjudicados. «(Humberto Theodoro Jr., ob. cit., pág. 448).

A remição de bens e a remição da execução não se confundem, pois, na sistemática processual (Orlando de Souza, Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete «Remição de Bens Executados — II», vol. 64, pág. 487), certo que, se, «no Código revogado permitia-se ao próprio devedor, além dos parentes, o exercício da remição de bens, o que era motivo para infundáveis polêmicas a respeito da possibilidade ou não de renovação de penhora sobre a coisa resgatada», o mesmo não ocorre no sistema do CPC de 1973, que restringe «aos parentes e ao cônjuge o direito de remir os bens executados (5). Ao devedor, portanto, só cabe agora o direito de remir a execução, o que se faz mediante resgate integral da dívida e acessórios (art. 651).» (Humberto Theodoro Jr., ob. cit., pág. 448).

II

Posta assim a questão, força é concluir no sentido do desprovemento do agravo.

É que a devedora, uma pessoa jurídica, pretendeu remir os bens executados, após o leilão, pelo preço por que foram alienados.

Não tinha direito a fazê-lo, porque, conforme acima dissertamos, o CPC de 1973, art. 787, não conferiu ao devedor a faculdade de remir os bens executados.

Confirmo a decisão agravada.

Nego provimento ao recurso».

No caso, o pedido de remição dos bens foi feito pelo filho do executado. Isto está esclarecido na decisão agravada. Mas o pedido foi apresentado depois de vencidas as vinte e quatro horas contadas a partir da arrematação. Isto está, também, esclarecido na decisão agravada. É que o auto de leilão foi lavrado às 13:30 horas (fl. 14). A arrematação deu-se, então, às 13:30 horas. Ora, apresentado o pedido de remição no dia seguinte, às 14:01 horas, conforme esclarece a decisão agravada, assim o foi a destempero, à luz do disposto no art. 788, I, CPC.

Do exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AG 48.467-SP — (Reg. 7.263.805) — Rel.: O Sr. Min. Carlos M. Velloso. Agte.: Marcos José Pigossi. Agdo.: Luiz Alberto Menim. Advs.: Drs. Frutuoso Patrício de Almeida Santos, Antônio Henrique Pirolla.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 9-4-86 — Sexta Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 48.956 — RJ

(Registro nº 7.333.080)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Agravante: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES

Agravados: Fiação e Tecelagem Dona Rosa S/A e Abel Pinto Rodrigues e outros

Advogados: Drs. Carlos Alberto Dias Ferreira e outros (Agrte.), Américo Lourenço Massete Lacombe e Urubatan Salles Palhares (Agrdos.)

EMENTA: Processual Civil. Concurso de preferência. Devedor solvente. Créditos Trabalhistas.

I — Em face da existência de diversas execuções contra o mesmo devedor solvente, tendo a penhora recaído sobre os mesmos imóveis, restou devidamente configurado o concurso particular de credores, afigurando-se incensurável a decisão interlocutória que reconheceu a preferência dos créditos trabalhistas.

II — 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, em 30 de junho de 1986 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES interpôs, tempestivamente, agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida pela MMa. Juíza Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Tânia de Melo Bastos Heine, que, nos autos da execução promovida pelo agravante contra Fiação e Tecelagem Dona Rosa S/A e outros, reconheceu a preferência de crédito trabalhista, formulado por Abel Pinto Rodrigues e outros, credores da executada Cia. Fiação e Tecidos São Bento.

O agravante, em seu recurso (fls. 02/09), pleiteia a reforma do *decisum*, sob o argumento de que não sendo a devedora comum (Cia. Fiação e Tecidos São Bento) em-

presa extinta, falida ou concordatária e, ainda, possuindo outros bens passíveis de execução, não é cabível se falar em preferência dos créditos trabalhistas. Menciona, em defesa de sua tese, diversos precedentes jurisprudenciais, deste colendo Pretório.

Devidamente contraminutado (fls. 15/17 e 20/23), extraído o traslado das peças indicadas pelas partes (fls. 26/35), efetuado o preparo, foram os autos conclusos à ilustre Juíza de primeira instância, que manteve a decisão agravada.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu douto parecer de fls. 42/47, opinado pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que a execução prosseguisse em favor do BNDES, sendo-lhe deferido o produto da arrematação dos bens penhorados.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Em que pese as duntas argumentações trazidas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES, em seu recurso, entendo que a decisão interlocutória dirimiu, corretamente, a controvérsia, quando assim dispôs:

«Nos termos do art. 186 do CTN, o crédito tributário prefere a qualquer outro, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho. Este dispositivo se aplica à Dívida Ativa de natureza não tributária, como consta expressamente no § 4º do art. 4º da Lei nº 6.830/80.

Às fls. 442/443 consta a relação dos débitos trabalhistas, no total de Cr\$ 4.569.557.101.

Não cabe a este Juízo aditar carta de arrematação expedida pelo Juízo Deprecado. Oficie-se ao Registro de Imóveis (fls. 486/487) comunicando que os imóveis têm forma irregular, com cópia da petição mencionada e dos documentos que a acompanham (fls. 488/492).» (Fl. 35).

Compulsando os autos, bem como o memorial apresentado pelo ilustre causídico dos agravados, que ora determino a juntada por linha, constato que concorrem os elementos necessários para se instaurar o concurso de preferência previsto no artigo 711 do Código de Processo Civil.

Como sabemos o artigo 711 do Código de Processo Civil, ao dispor sobre o privilégio ou preferência do pagamento do débito apurado na alienação judicial, tem como pressupostos básicos a existência de diversas execuções em curso, recaindo a penhora sobre os mesmos bens.

É bem verdade que o artigo 711 do Código de Processo Civil não cuida de execução contra devedor insolvente, onde se instaura o concurso universal. **In casu**, estamos diante do concurso particular de credores, em execução contra o mesmo devedor solvente, onde se discute apenas o direito de preferência e a anterioridade da penhora.

Constitui fato incontroverso, nestes autos, que a devedora possui outros imóveis, perfeitamente penhoráveis, nas Comarcas de Itapetinga e Mauá. Vale dizer, por conseguinte, que se trata de execução, repito, contra devedor solvente.

Em contrapartida, afere-se pelo auto de arrematação, acostado às fls. 26/30 verso, que os bens alienados judicialmente são os mesmos imóveis penhorados nas Execuções Trabalhistas nºs 986/81 e 984/81, promovida pelos agravados contra a devedora comum (Cia. Fiação e Tecidos São Bento), conforme se extrai do edital de praça e leilão apresentado no memorial dos agravados.

Entendo, repito, que ficou devidamente caracterizado o concurso de preferência, haja vista a existência de diversas execuções contra a mesma devedora solvente, tendo a penhora recaído sobre os mesmos bens.

Destarte, entre os créditos trabalhistas e os créditos do BNDES, há de prevalecer os créditos trabalhistas.

Oportuna é a lição do mestre Sérgio Sahione Fadel, em sua obra «Código de Processo Civil Comentado», quando, ao abordar o artigo 711, assim dispõe:

«Pagamento aos credores — Instaurado o concurso de credores, pela concorrência de duas ou mais penhoras sobre os mesmos bens alienados e cujo produto foi depositado, a distribuição do dinheiro será feita segundo a ordem das preferências ou prelações de cada um deles.

Se não houver título legal estabelecendo a preferência, esta decorrerá da ordem cronológica das penhoras, primeiro recebendo o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais credores concursais direito sobre o que remanescer, de acordo com a anterioridade de cada um penhora.

O que há, no fundo, é um verdadeiro concurso de credores; mas como as penhoras estabelecem uma preferência, à medida em que forem ocorrendo — e isto está no art. 667, III —, a ordem das mesmas deve ser obedecida: o princípio do *jus non succurrit dormientibus* aqui tem um caso de aplicação prática, embora sem consequência.

Convém não esquecer que nesse ponto o código está cogitando da execução contra o devedor solvente de forma que o concurso de credores, a *par conditio creditorum*, que, contra esse devedor se instaura, não afetará o fato em si de ocorrerem todos os pagamentos aos credores mas, apenas, influirá na ordem em que cada um receberá o montante de seu crédito.

O código de processo português, o moderno, no art. 874, ao regular o pagamento por entrega de dinheiro, estabelece o mesmo direito de preferência, ao dizer que «o exequente ou qualquer credor que deve preteri-lo será pago do seu crédito pelo dinheiro existente.»

O princípio instituído no artigo é universal: se há credores privilegiados, devem ser dispostos em ordem de acordo com suas preferências legais; depois os diversos credores quirografários que concorreram ao patrimônio do devedor comum solvente, a começar pelo que promoveu a execução; em segundo o que penhorou em segundo lugar; e assim por diante, partindo-se do pressuposto de que o dinheiro arrecadado é suficiente para pagar a todos, ou, não o sendo, outros bens há no patrimônio do executado que bastam à satisfação de todas as suas dívidas.» (in *op. cit.*, Tomo IV, Editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1974, páginas 86/87).

Em síntese, instaurado o concurso particular de preferência contra devedor solvente, tenho que os créditos trabalhistas preferem os créditos do BNDES, estando, dessa maneira, incensurável o *decisum* proferido pela ilustre Juíza de primeira instância.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 48.956 — RJ — (Reg. nº 7.333.080) — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES. Agrdos.: Fiação e Tecelagem Dona Rosa S/A e Abel Pinto Rodrigues e outros. Advs.: Drs. Carlos Alberto Dias Ferreira e outros (Agrte.), Américo Lourenço Masset Lacombe e Urubatan Salles Palhares (Agrdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 30-6-86 — Quinta Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49.462 — RS
(Registro nº 6.849.075)

Relator: Sr. Ministro Américo Luz
Agravante: União Federal
Agravados: Refrigeração Rubra Ltda. e outro
Advogados: Dr. Victor Francisco Storck e outro

EMENTA: Medida cautelar. Liminar concedida para que a demandada depositasse cotas do Fundo Nacional de Telecomunicações em conta de Poupança à disposição do juízo.

Embora a concessão de medida liminar, sem audiência prévia da parte contrária, constitua ato atribuível ao prudente critério do Juiz, *in casu* não há para ela justificativa plausível, dada a inexistência de ameaça iminente ou de dano irreparável aos postulantes.

Ademais, a decisão agravada infringe o disposto no artigo 117 da Constituição Federal.

Agravo provido.

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.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de março de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS VELLOSO, Presidente. MINISTRO AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Refrigeração Rubra Ltda. e outro ajuizaram medida cautelar contra a União Federal e Cia. Riograndense de Telecomunicações, na qual pleitearam e obtiveram medida liminar, independentemente de audiência das rés, em ordem a que a segunda demandada depositasse mensalmente as quotas inseridas a título de FNT nas contas telefônicas dos autores.

Irresignada com essa decisão, que se encontra reproduzida à fl. 13, agrava a União Federal, instruindo seu recurso com as peças de fls. 7/22.

Sem resposta dos agravados, foi mantido o despacho impugnado (fl. 27). Subidos os autos, a douta subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 29/30, opinando por que se julgue prejudicado o recurso por falta de objeto, dada a extinção do FNT, ou, ainda, pelo seu provimento, pelo fato de não haver ameaça alguma a justificar a concessão cautelar.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): É do seguinte teor a decisão agravada (fl. 13):

«Concedo a liminar para determinar a CRT que deposite mensalmente as quotas referentes ao FNT dos impetrantes em conta de poupança, com juros e correção monetária, na CEF, Posto de Justiça Federal, à disposição deste Juízo, até final sentença recorrida.

Cite-se a União Federal.

Intime-se a CRT».

I — Em primeiro lugar considero não ser caso de julgar-se o recurso sem objeto, em face da extinção do FNT pelo Decreto-Lei nº 2.186/84, que data de 20 de dezembro de 1984, quando a inicial da medida cautelar está datada da véspera (19-12-1984), tornando-se evidente que a autora, ora agravada, postulou o depósito das importâncias devidas anteriormente a esse dia e «até decisão final da ação principal» a ser intentada.

II — Todavia, apesar de reconhecer na maioria dos casos que a concessão ou denegação de medida liminar constitui ato que a lei processual atribui ao prudente critério do Juiz, *in casu* ela não encontra justificativa plausível, por não haver ameaça iminente ou dano de difícil e incerta reparação ao alegado direito da postulante, posto que se vitoriosa no pleito, haveria de receber o seu crédito através de precatório, como dispõe o artigo 117 da Constituição Federal. Se mantida a decisão agravada, essa norma de hierarquia superior estaria sendo descumprida.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 49.462 — RS — (Reg. nº 6.849.075) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Agravante: União Federal. Agravados: Refrigeração Rubra Ltda. e outro. Advogados: Dr. Victor Francisco Storck e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo — (Em 18-3-87 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 49.547 — RJ
(Registro nº 6.982.042)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Agravantes: Cláudio Cunha de Almeida e outro

Agravados: Sunab, Glauco Carvalho e outro e União Federal

Advogados: Marcelo Cunha de Almeida e outros e Guilherme Galvão Caldas Cunha e outro

EMENTA: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Traslado obrigatório.

1. Não se conhece do agravo dada a ausência da certidão de intimação da decisão recorrida, peça obrigatória (art. 523, parágrafo único do CPC) e indispensável à verificação da tempestividade do recurso.

2. O fato de a organização do traslado caber à Secretaria do Juízo, não exime as partes da verificação da regularidade do respectivo instrumento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente. MINISTRO COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Trata o presente de Agravo de Instrumento interposto por Cláudio Cunha de Almeida e outro, contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Clélio Erthal, nos autos de impugnação ao valor da causa, em apenso à Ação Ordinária que movem contra a Superintendência Nacional de Abastecimento — SUNAB e outros, vazada nestes termos, verbis:

«Irresignada com o valor dado à causa por Glauco Cunha de Almeida e outro, na ação ordinária que lhe move, em litisconsórcio passivo com a União Federal, a Superintendência Nacional do Abastecimento — SUNAB ofereceu a

presente Impugnação, pretendendo fosse o mesmo elevado para Cr\$ 7.360.000,00.

Atendida, em parte, a impugnação, com a fixação do valor em Cr\$ 5.000.000,00, através de decisão proferida à fl. 8 da impugnação oferecida por Glauco Carvalho e Eurico de Sá da Rocha Maia, nada mais há que decidir.

Pelo que, deixo de acolher o agravo de fl. 9, para manter a decisão agravada.

Permaneça, não obstante, retido nos presentes autos o referido agravo, para eventual apreciação pela Instância Superior.

P., R. e Intime-se.» (Fl. 36).

Nas razões do agravo, sustentam que «não propuseram ação de cobrança, mas sim fizeram pedido genérico de pagamento das *diferenças* de gratificação de produtividade eventualmente pagas a menor, o que só será possível se apurar com a competente perícia contábil pleiteada na inicial, sendo também certo que por maiores que sejam as *diferenças pleiteadas* na ação, não somam as mesmas Cr\$ 5.000.000 conforme fixado na decisão recorrida».

Com a resposta dos agravados (fls. 38, 62/3, 65/6) foi a decisão mantida (fl. 69), subiram os autos a este Tribunal, cabendo-me por distribuição.

Oficiando nos autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Procurador da República, Dr. Nelson Parucker, com o referendo do Subprocurador-Geral, Dr. Valim Teixeira, opina, em preliminar pelo não conhecimento do agravo, visto que não foi trasladada peça essencial, qual seja, a certidão de intimação da decisão recorrida. No mérito, opina pelo improvimento do recurso.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Traslado obrigatório.

1. Não se conhece do agravo dada a ausência da certidão de intimação da decisão recorrida, peça obrigatória (art. 523, par. único do CPC) e indispensável à verificação da tempestividade do recurso.
2. O fato de a organização do traslado caber à Secretaria do Juízo, não exime as partes da verificação da regularidade do respectivo instrumento.

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Como bem apanhado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, deixou de ser trasladada aos autos a certidão de intimação de decisão recorrida.

Tal peça é de traslado obrigatório, face aos termos do art. 523, parágrafo único, do estatuto processual.

Ausente tal certidão não há como se verificar da tempestividade do recurso.

É certo que cabe à Secretaria do Juízo organizar o traslado das peças indicadas pelas partes, incluindo, necessariamente, as obrigatórias, ainda que não pedidas, hipótese em que o magistrado ordenará a extração (art. 527, § 3º, do CPC). Trata-se de dever funcional, de cuja omissão é passível de admoestação o serventuário pelo dirigente do processo, na espécie, o magistrado de 1º grau.

De igual modo, às partes cabe verificar da regularidade da formação do instrumento, sob pena de, como tal omissão, sofrer os gravames de sua incúria.

Esta não é a primeira vez que, lamentavelmente, verifica-se omissão processual na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Recentemente o eminente Ministro Otto Rocha não conheceu de agravo, daquela Seção, também pela ausência de certidão de intimação de decisão recorrida.

Outrotanto, constato que em outras Turmas também se tem verificado, tal fato, em relação à mesma seccional, como faz certo o acórdão da 3ª Turma, no AI nº 50.031 — RJ, em que fora Relator o eminente Ministro Nilson Naves (in DJU de 18-9-86), assim ementado:

«Processo Civil. Agravo de Instrumento. Traslado obrigatório.

É peça de traslado obrigatório a certidão de intimação de decisão agravada. Estando incompleto o instrumento, do agravo não se conhece».

Assim, levando em conta a omissão reiterada da Secretaria e, bem assim, das partes, não conheço do agravo, visto que incompleto o instrumento.

Nesse sentido é o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 49.547 — RJ — (Reg. nº 6.982.042) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Agravantes: Cláudio Cunha de Almeida e outro. Agravados: SUNAB, Glauco Carvalho e outro e União Federal. Advogados: Marcelo Cunha de Almeida e outros e Guilherme Galvão Caldas Cunha e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo. (Em 10-10-86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 50.061 — MG

(Registro nº 7.919.344)

Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho

Agravante: Caixa Econômica Federal — CEF

Agravados: Benjamin Gontijo de Azevedo Milo e outros

Advogados: Drs. Alexandre Nunes Silveira e outros, Romeu de Araújo Abreu, outro e Nilo Arêa Leão

EMENTA: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Valor da Causa.

I — Nas ações propostas contra o BNH, e seus agentes financeiros, visando seja declarado o percentual de reajuste das prestações dentro do Plano de Equivalência Salarial, o valor da causa deve corresponder à diferença anual entre o percentual exigido pelo Banco e o pretendido pelos mutuários.

II — Agravo conhecido e provido.

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 parcial 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, 17 de novembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente — Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal — CEF, contra a decisão que rejeitou a impugnação ao valor da causa formulada em face da Ação Ordinária promovida por Benjamin Gontijo de Azevedo Milo e outros.

A agravante alegou que o valor da causa deverá corresponder ao valor da prestação multiplicado por 12, para cada litisconsorte.

Resposta à fl. 89-verso.

Formado o instrumento, o MM. Dr. Juiz Federal, da 5ª Vara de Minas Gerais, manteve a decisão agravada e remeteu os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Agravo de Instrumento. Valor da Causa.

I — Nas ações, propostas contra o BNH e seus agentes financeiros, visando seja declarado o percentual de reajuste das prestações dentro do Plano de Equivalência Salarial, o valor da causa deve corresponder à diferença anual entre o percentual exigido pelo Banco e o pretendido pelos mutuários.

II — Agravo conhecido e provido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Ao impugnar o valor atribuído à causa pelos agravados, a agravante propugnou pela fixação em um valor que correspondesse à diferença anual entre o percentual exigido pelo BNH e o pretendido pelos mutuários, dentro do entendimento pacífico deste Colendo Tribunal, transcrevendo ementa de decisão neste sentido, da Egrégia Quinta Turma, em que foi Relator o eminente Ministro Sebastião Reis. (Fl. 68).

Os Agravados deram à causa o valor de CZ\$ 12.700,00 sem indicar sua formação (fl. 27).

Ouvidos os Agravados, nenhum elemento trouxeram aos autos que esclarecessem a origem do valor impugnado (fls. 79 vº), e o MM. Juiz rejeitou a impugnação, mantendo o valor atribuído (fl. 80).

Ante o exposto, conheço do recurso, dou-lhe provimento para reformar a decisão agravada, a fim de que o valor da causa seja ajustado na forma assinalada.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 50.061 — MG — (Reg. 7.919.344) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho — Agte.: Caixa Econômica Federal — CEF — Agdos.: Benjamin Gontijo de Azevedo Milo e outros — Advs.: Alexandre Nunes Silveira e outros, Romeu de Araújo Abreu, outro e Nilo Arêa Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Quarta Turma — 17-11-86).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 50.544 — PR

(Registro nº 7.950.306)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Agravantes: Alfredo Leffe Bordin e outro

Agravada: União Federal

Advogado: Dr. Paulo Moser

EMENTA: Processual Civil. Apelação. Intimação. Deserção.

Quando da mesma procuração consta o nome de vários advogados, basta que a intimação seja feita a um deles. De outro lado, se da publicação figura o nome da parte principal, seguido da expressão «e outros», a intimação vale. Deserção decretada em termos juridicamente certos.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à 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, 5 de novembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Da decisão do Dr. Juiz a quo que decretou a deserção do recurso de apelação interposto por Alfredo Leffe Bordin e outro, porque não foram pagas, no prazo legal, as custas pertinentes, agravaram de instrumento os apelantes, sustentando a invalidade da intimação, sob a alegação de que a publicação não intima para pagamento, mas afirma o pagamento das custas, além disso omitiu nome de partes e de advogados.

Formado o instrumento, contraminutou a agravada, sustentando o acerto da decisão recorrida.

O Dr. Juiz não se reconsiderou.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Apelação. Intimação. Deserção.

Quando da mesma procuração consta o nome de vários advogados, basta que a intimação seja feita a um deles. De outro lado, se da publicação figura o nome da parte principal, seguido da expressão «e outros», a intimação vale.

Deserção decretada em termos juridicamente certos.

Agravo desprovido.

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O Dr. Juiz está correto, quando diz que a intimação foi clara e objetiva.

A publicação feita no Diário da Justiça, de 7 de fevereiro de 1986 é prova eloqüente do asseverado. Lê-se no exemplar junto aos autos, **verbis**:

«Artigos de oposição (Nº 283) União Federal x Alfredo Leffe Bordin e outros. Despacho: Vista ao apelado para responder, no prazo de lei. Pagamento de custas pelo apelante no valor de Cr\$ 27.139». Advogados: Alcides Alberto Munhoz da Cunha (Procurador da República), Paulo Moser, Paulo César Moser» (fl. 4).

Como se vê, não há irregularidade na intimação, vez que feita com observância do disposto no art. 236, § 1º, do CPC, tendo em vista que dela consta, além do valor das custas a serem recolhidas pelas partes, o nome de dois de seus advogados, que, inclusive, são os subscritores deste agravo, bem como do recurso de apelação.

É pacífica a jurisprudência deste Tribunal e da Suprema Corte, no sentido de que, quando da mesma procuração consta o nome de vários advogados, basta que a intimação seja feita a um deles. A propósito, vejamos as seguintes ementas:

AC 75.117 — SP — (Reg. 2.311.771)

Relator: Ministro Pádua Ribeiro.

«Processual civil. Intimação. CPC, art. 236, § 1º. Aplicação.

I — Da publicação a que se refere o artigo 236, § 1º, do CPC, não é preciso que conste o nome de todos os advogados da mesma parte, basta que conste o nome de apenas um deles. Precedentes do Excelso Pretório.

II — Apelação desprovida» (DJ de 8-5-86).

Ag 111.318-9 — (AgRg) — SP

Relator: Ministro Djaci Falcão

«Intimação. Pauta de julgamento. Havendo vários advogados na mesma procuração com iguais poderes, basta que a intimação seja feita a um deles. Agravo regimental improvido» (DJ de 12-9-86).

De outro lado, como já anotara Theotônio Negrão, ao comentar o citado artigo, se da publicação «consta o nome da parte principal, seguido da expressão «e outros», a intimação vale» (STF — RTJ/910 e RTJ ESP 59/270, confirmado em embargos: RTJ 89/891), (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, ed. 1986, nota 10, à pág. 125).

Assim, por não entrever irregularidades na intimação e, ainda, que a deserção foi decretada em termos juridicamente certos, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n.º 50.544 — PR — (Reg. 7.950.306) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Agravantes: Alfredo Lefe Bordin e outro. Agravada: União Federal. Advogado: Dr. Paulo Moser.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 5-11-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 50.793 — PR
(Registro nº 7.964.730)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Agravante: Cia. Real de Crédito Imobiliário Sul

Agravados: Wilmar Johny Bieberbach e cônjuge

Advogados: Dr. Júlio Barbosa Lemes Filho e outros, Dr. Cornélio Afonso Capaverde e outro

EMENTA: Processual Civil. Contrato de Compra e Venda da casa própria. Competência. Foro de Eleição. CPC, art. 94, § 4º.

A cláusula de eleição de foro, quando inserta em contrato de adesão, não pode ser considerada, quando na prática significa o fechamento das portas do Poder Judiciário à parte aderente, no caso, mero mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, a braços com o problema do reajustamento das prestações da casa própria em bases superiores ao percentual do aumento salarial obtido e, conseqüentemente, sem meios para ir litigar no foro eleito, situado na Capital de outro Estado, seja, no foro de seu poderoso credor, o qual, de resto, também tem domicílio na praça do imóvel financiado.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, à 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).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Perante a 6ª Vara da Seção Judiciária do Paraná Wilmar Johny Bieberbach e sua mulher requereram medida cautelar inominada contra a Cia. Real de Crédito Imobiliário Sul.

Opôs a requerida exceção de incompetência declinatória de foro, alegando que o pedido tem por objeto um contrato de financiamento de casa própria, em que, pela

cláusula n.º 37, foi eleito o foro de Porto Alegre, para dirimir qualquer questão relativa à avença.

Responderam os exceptos, sustentando que a cláusula invocada não é resultante da vontade das partes, porque desconheciam a convenção, pois assinaram, de boa fé, contrato já elaborado, de difícil leitura, para quem não é versado no assunto. Invocaram, além do princípio de equidade e justiça, para garantia da parte visivelmente mais fraca, o art. 94, § 4.º, do CPC, em razão da existência de pluralidade de réus, salientando que ambos mantêm representação em Curitiba, mormente o BNH, que lá tem sucursal.

Por derradeiro, apoiados em precedente do eminente Ministro Thompson Flores (RE 77.460, DJ de 29-3-74), sustentam que o foro de eleição não prevalece para as causas relativas a imóveis.

A exceção foi rejeitada pelo Juiz *a quo*, vindo, daí e por isso, o presente agravo.

Formado o instrumento, contraminutaram os agravados, sustentando o acerto da decisão atacada.

O Dr. Juiz não se reconsiderou.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Contrato de Compra e Venda da casa própria. Competência. Foro de Eleição. CPC, art. 94, § 4.º.

A cláusula de eleição de foro, quando inserta em contrato de adesão, não pode ser considerada, quando na prática significa o fechamento das portas do Poder Judiciário à parte aderente, no caso, mero mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, a braços com o problema do reajustamento das prestações da casa própria em bases superiores ao percentual do aumento salarial obtido e, conseqüentemente, sem meios para ir litigar no foro eleito, situado na Capital de outro Estado, seja, no foro de seu poderoso credor, o qual, de resto, também tem domicílio na praça do imóvel financiado.

Agravo desprovido.

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): De acordo com o nosso sistema jurídico processual, a competência de território, por ser relativa, pode ser derogada pela vontade das partes, ou por meio de cláusula de eleição de foro, prevista no art. 111 do CPC, ou mediante propositura de ação em foro diverso, sem oposição de parte do réu (artigo 112).

No primeiro caso, está-se diante de ato jurídico bilateral, a que estão adstritos os contratantes. A aludida cláusula, assim, não pode ser validamente desatendida por qualquer das partes, a não ser que haja concordância da outra. Diante dela, não tem incidência a regra do § 4.º, do artigo 94, do CPC, mesmo porque o outro réu na ação, o BNH, não tem domicílio em Curitiba.

No caso em tela, entretanto, o foro de eleição foi imposto unilateralmente pela Agravante, em contrato de adesão, de forma consideravelmente desvantajosa para os Agravados, meros adquirentes de casa própria que, sem nenhuma dúvida, não estavam em condições de discutir ou de discordar, quando o subscreveram.

Nessas circunstâncias, a interpretação literal da dita cláusula valeria pelo fechamento das portas do Poder Judiciário aos Agravados, os quais, já a braços com o grave problema do escorchante aumento das prestações contratadas, dificilmente teriam meios de enfrentar o poderoso credor noutra Estado, longe de seu domicílio.

Estaria, assim, inteiramente invalidada, para os Agravados, o cânon constitucional da reparabilidade judicial de quaisquer lesões a direito e, conseqüentemente, perpetrada contra eles injustiça sem tamanho.

A situação mostra-se tanto mais iníqua quando se verifica que o Agravante tem agência em Curitiba, a cargo de outras empresas do Grupo Econômico-Financeiro que integra, não havendo empeco, portanto, a que se defenda, comodamente, e da melhor forma possível, no foro em que lhe for proposta a ação.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 50.793 — PR — (Reg. 7.964.730) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Agravante: Cia. Real de Crédito Imobiliário Sul. Agravados: Wilmar Johny Bieberbach e cônjuge. Advogados: Dr. Júlio Barbosa Lemes Filho e outros e Dr. Cornélio Afonso Capaverde.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 11-2-87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 34.294 — SP
(Registro nº 0.313.360)

Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade

Apelante: Prefeitura do Município de São Paulo

Apelada: Light — Serviços de Eletricidade S/A

Remetente: Juiz Federal da 5ª Vara — SP

Advogados: Drs. Lucy Rodrigues dos Santos e Pedro Augusto de Freitas Gordilho

EMENTA: Administrativo. Concessão de Serviço de Energia Elétrica. Natureza Federal. Substituição automática dos municípios concedentes pela União. Limites da Fiscalização Municipal.

1. Os serviços públicos de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica são da responsabilidade exclusiva da UNIÃO, que, por força de lei, substituiu, automaticamente a outros poderes concedentes, nos direitos e obrigações dos respectivos contratos (Dec.-Lei nº 5.764/43).

2. Os municípios, como usuários, podem contratar a execução de serviços de iluminação pública e outros de sua atribuição, restando o seu poder de fiscalização aos expressos termos das respectivas avenças.

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 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, 24 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente — MINISTRO DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Apelou a Municipalidade de São Paulo da sentença do então Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, hoje compondo este Tribunal Ministro Ferrante, que julgou a autora carecedora da ação cominatória que propõe contra a LIGHT — Serviços de Eletricidade S/A onde objetiva a submissão do serviço público de eletricidade à fiscalização municipal, por força de concessão local em relação à distribuição e venda de energia elétrica nos limites da cidade.

Recebida e processada a apelação, subiram os autos a este Tribunal.
É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A respeitável sentença, da lavra do então Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, hoje Ministro desta Corte, Miguel Ferrante, entendeu a autora carecedora de ação, decidindo, contudo, sobre o mérito da controvérsia posta na ação, que diz respeito à vigência de contrato de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica no município de São Paulo, firmado com a respectiva Municipalidade, como concedente.

E o fez com acerto, posto que, desde a Constituição de 1934, o aproveitamento, produção e distribuição de energia elétrica passou à responsabilidade da União, que é a entidade que pode conceder a particulares a exploração dos respectivos serviços.

A matéria passou a ser regulada no Código de Águas, baixado pelo Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, depois refundido pelo Decreto-Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938.

O Decreto-Lei nº 5.764, de 19 de agosto de 1943, ao dispor que os direitos e obrigações das concessionárias de energia elétrica continuarão a ser regulados pelos contratos anteriormente celebrados não quis dizer que continuavam os, então, poderes concedentes, vinculados à sua fiscalização, como está expresso no § único do seu art. 1º:

«A União substituirá automaticamente nesses contratos, desde a publicação desta lei, os Estados, o Distrito Federal, o Território do Acre e os Municípios, salvo quanto às obrigações e pagamentos decorrentes do fornecimento de energia elétrica para iluminação e outros serviços públicos de natureza local».

E quanto à fiscalização, outro dos temas postos na ação pela Municipalidade autora, sem que tal importe em ofensa ao princípio da autonomia municipal revelada na eleição de seus dirigentes e no poder de dispor sobre matéria de seu peculiar interesse, a regra do art. 178 do Código de Águas dita:

«No desempenho das atribuições que lhes são conferidas, o Serviço de Águas do Departamento Nacional da produção Mineral, com aprovação prévia do Ministro....., regulamentará e fiscalizará o serviço de produção, transmissão, transformação e distribuição de energia hidrelétrica com o triplice objetivo de:

- a) assegurar serviço adequado;
- b) fixar tarifas razoáveis;
- c) garantir a estabilidade financeira das empresas.»

E no art. 179 diz:

«Quanto ao serviço adequado a que se refere a alínea a do artigo precedente, resolverá a administração sobre:

- a) qualidade e quantidade do serviço;
- b) extensões;
- c) melhoramentos e renovação das instalações;
- d) processos mais econômicos de operação.»

Ora, por aí se vê que, ao pretender a Municipalidade de São Paulo impor, à concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica da cidade, a obrigação de estender seus serviços a comunidades ainda por ela não servidas, no âmbito do seu território, sob cominação pecuniária, está, evidentemente, a pleitear por causa para a qual

não tem legitimidade, à falta de competência para exercer a fiscalização do referido serviço, que é da atribuição da União, assistente neste feito.

Como destacado na sentença, a lei permite a contratação, pelos municípios, de serviços com as concessionárias de distribuição de energia elétrica, segundo os termos da concessão, como usuários do serviço federal, restringindo o poder de fiscalização às exigências das respectivas avenças.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento à apelação e à remessa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 34.294 — SP — (Reg. 0.313.360) — Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade — Apte.: Prefeitura do Município de São Paulo — Apda.: LIGHT — Serviços de Eletricidade S/A — Remte.: Juiz Federal da 5ª Vara-SP — Advs.: Drs. Lucy Rodrigues dos Santos e Pedro Augusto de Freitas Gordilho.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa. (Em 24-02-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolivar e Carlos Thibau votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.850 — ES
(Registro 3.217.728)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelantes: Álvaro Castello e outros, Manoel Nunes do Amaral Pereira — Herdeiros e outros e Jacyr Nunes Lyra e outros

Apelada: União Federal

Rec. Adesivo: Manoel Silvino Monjardim — Herdeiros (fl. 850)

Advogados: Drs. José Ignácio Ferreira, Rodrigo Loureiro Martins e Rivail Pimentel da Silveira e outro (Aptes.)

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Desapropriação. Liquidação de Sentença. Agravos retidos. Recurso adesivo. Terrenos de Marinha. Correção Monetária. Honorários Advocatícios.

I — O artigo 258 do CPC de 1939, ao abordar a realização de novo exame pericial, não determinava que a aludida prova deveria ser feita, obrigatoriamente, pelos mesmos peritos. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, nos termos do artigo 397 do CPC de 1973. Agravos retidos desprovidos.

II — Em desapropriação, não cabe recurso adesivo que não seja contraposto ao do recorrente. *In casu*, não se conhece do recurso adesivo interposto por um dos expropriados que se limitou a subscrever as razões de apelações desenvolvidas pelos demais expropriados.

III — Levando em consideração que a Delegacia do Serviço do Patrimônio da União no Estado do Espírito Santo realizou levantamento demarcatório, nos termos do Decreto-Lei nº 9.760/46, artigos 9º a 14, apontando os terrenos de marinha, não tendo referido trabalho sido impugnado, afigura-se incensurável a sentença monocrática que determinou que o valor total da indenização ficaria restrito aos terrenos alodiais e benfeitorias.

IV — Nas desapropriações (diretas e indiretas), a correção monetária incide sobre o valor da indenização, desde a data da avaliação até o seu efetivo pagamento (CF, artigo 153, § 22; e, Decreto-lei nº 3.365/41, artigo 26, § 2º).

V — Os juros moratórios, em desapropriação, devem ser incluídos na liquidação de sentença, embora omissos o pedido inicial ou a condenação, e a sua incidência dar-se-á a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização (Súmulas nºs 254-STF e 70-TFR).

VI — Os honorários advocatícios, em desapropriação, devem ser calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização (inclusive as parces-

las relativas a juros moratórios e compensatórios — Súmula nº 141 do TFR), ambas corrigidas monetariamente (Súmula nº 617 do STF).

VII — Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, não conhecer do recurso adesivo e negar provimento aos agravos retidos e, no mérito, também por unanimidade, dar provimento em parte às apelações, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de agosto de 1986 (data do julgamento).

Ministro TORREÃO BRAZ, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, Dr. Osvaldo Horta Aguirre, ao apreciar a presente ação expropriatória promovida pela União Federal contra Rômulo Leão Castello e outros, já em fase de execução de sentença, assim sumariou e decidiu a controvérsia.

«Tratam-se de atos atinentes à promoção da sentença e V. Acórdão da mencionada Ação de Desapropriação, com proposição de Ação Demarcatória (Proc. nº 634) que corre paralela, e que tenho por formalmente acessória (art. 108 CPC), com a finalidade de considerar esta de ofício conexa, para possibilitar a execução do julgado (art. 105), considerando no caso o conceito amplo de conexão, segundo a doutrina (Celso Agrícola Barbi, Com. Cód. Proc. Civil vol. I, tít. II, art. 103, nº 607, página 465, 1ª edição).

Tenho, nessa conta a Demarcatória por não ver outro meio à solução desejada de ambos os processos, inclusive desse, ajuizado depois da fase cognoscitiva da desapropriatória que culminou com a celeuma processual resultante dos vários incidentes arrastando-se os feitos por todas as instâncias e até a extraordinária, com o uso de todos os recursos de lei. Aforada a ação principal em 4-8-48, originária, ainda, da Fazenda Pública Estadual, houve uma sucessão infundável de pedidos e mais pedidos de terceiros interessados, além dos inicialmente nomeados, que se dizem proprietários de áreas e datas de terras que teriam sido abrangidas pelos atos expropriatórios administrativos de 1944, ao tempo da guerra do Eixo-Roma-Berlim, em virtude de necessidade de defesa nacional (Decreto-Lei 17.189, de 20-11-44), tendentes à disputa da indenização devida.

Depois desses fatos, adstrita ficou a liquidação, por longo tempo e até por sobrestamento judicial requerido e deferido por este Juízo, com a concordância da douta Procuradoria da República (fls. 936 e 946 vº), à ultimação da demarcatória, necessária, como se pensou, à verificação material exata dos legítimos donos das porções de terras expropriadas — situação processual anômala que me convenço, hoje, diante da lei (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 21) não poder continuar pela própria natureza jurídica do procedimento desapropriatório e demarcatório — versando domínio, sujeito a investigação até o ponto prescricional — aquisitivo.

Dou, por conseguinte, em definitivo, impulso processual aos processos, como convém à justiça e ao direito.

Em matéria de desapropriação, segundo a doutrina e a jurisprudência, a execução do julgado fica condicionada, simplesmente, ao pagamento do preço justo apurado, na dependência exclusiva da vontade do poder expropriante, tendo por conclusivos os atos-judiciais mencionados no art. 29 do DL. n.º 3.365/41.

No caso presente, contudo, houve fato reconhecido e declarado na sentença e mantido no recurso que impediu a expropriante executá-la e que seria o estabelecimento das porções de terras de marinha, em poder da expropriante, como senhorio direto que não cabia indenizar e que deveria ser, como deve, deduzidas das partes alodiais, — o que somente veio ser esclarecido, ultimamente com o estabelecimento da linha de preamar de 1831 pelo SPU, consoante as providências adotadas às fls. 680/681.

Daí a necessidade, na expropriatória, da liquidação da sentença, a fim de possibilitar, sem obstáculos, a execução pretendida, conquanto, ainda, perdure relativa dúvida quanto aos legítimos proprietários das áreas restantes — o que será objeto de demarcação.

Nessas condições, quanto à desapropriação, propriamente, não vejo como deixar de ultimar a execução, tomando-se por paradigma a sentença (fls. 95/97) e o V. Ac. (fl. 693), mediante as seguintes providências que considero para solução da liquidação:

a) cálculo do valor total e líquido da indenização, tomando-se por base, a área expropriada de 5.244.087,00 m² (cinco milhões, duzentos e quarenta e quatro mil e oitenta e sete metros quadrados) ao preço sentencialmente estabelecido de Cr\$ 5,00 (cinco cruzeiros) ou Cr\$ 0,05 (moeda atual) circunscrito às terras alodiais e às benfeitorias, no importe de Cr\$ 35.793,70 (trinta e cinco mil, setecentos e noventa e três cruzeiros e setenta centavos), moeda da época — fl. 523, além de honorários de 5%, aplicado entre o valor do depósito inicial de Cr\$ 2.622.043,50, ou Cr\$ 2.622,04 (moeda atual) e o arbitrado;

b) contagem de juros compensatórios, a partir de 1.º-1-43 — data da posse administrativa e correção monetária, a partir da data da Lei n.º 4.686 de 21-7-65 c/c a Lei n.º 5.670/71, a incidir sobre o valor das terras particulares.

Determino, então, a feitura pela Seção competente do cálculo devido, no prazo de 20 dias, pronunciando-se depois, os interessados. E, se não houver impugnações, venham os autos para homologação e complemento do depósito, para ultimar a expropriação (conforme art. 29 da Lei 3.365/41).

Com relação ao pagamento ou levantamento das verbas destinadas à indenização a quem de direito, inclusive os já habilitados no processo próprio, as partes constantes dos autos da expropriação e terceiros interessados poderão formular os seus pedidos na forma do art. 34, da Lei n.º 3.365/41, autuados em apartado ao procedimento principal, para solução legal, inclusive os já requeridos, que serão desentranhados, certificando-se convenientemente.

Os autos da ação demarcatória, como feito acessório, prosseguirá à sua finalidade, para serem aí estabelecidas as co-partes dos expropriados e resolvido o que mais for, pertinente à indenização, sem nenhum prejuízo da formalização definitiva da expropriação que dou por finda e acabada, ressalvando ao Dr. Procurador da República continuar intervindo neste processo e pedidos até o total levantamento de todo o preço expropriatório depositado.» (fls. 788/791).

Inconformados, os expropriados interpuseram, tempestivamente, apelações, pedindo a reforma da sentença monocrática, com base nos argumentos a seguir enumerados, de forma sucinta:

1º) Apelação interposta por Álvaro Castello e outros (fls. 798/807):

Ponderam que não existe terreno de marinha na área expropriada. Em consequência, pedem que a indenização incida sobre a área total do imóvel expropriado por se tratar de terrenos alodiais. Pedem, ainda, que sobre o valor da indenização incidam juros moratórios e correção monetária, a contar do esbulho praticado pela União Federal.

2º) Apelação interposta pelos herdeiros de Manoel Nunes do Amaral Pereira e outros (fls. 827/832):

Argumentam que na área expropriada inexistente terreno de marinha. Pedem, todavia, que, em preliminar, sejam apreciados os agravos retidos de fls. 597/598 e 717/719, onde discutem a possibilidade de o Juiz de primeira instância determinar a realização de nova perícia, ao invés de solicitar esclarecimentos aos experts nomeados, bem como, se a juntada dos documentos de fls. 671 e seguintes, pela União Federal, se enquadra no artigo 397 do CPC. Requerem, ainda, que os honorários advocatícios sejam calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas monetariamente.

3º) Apelação interposta pelos herdeiros de Lourival Pacífico Nunes do Amaral (fls. 834/842):

Alegam que não existe terreno de marinha na área expropriada. Para tanto, argumentam que o magistrado de primeiro grau não poderia ter desprezado toda a prova pericial realizada e adotar levantamento administrativo, que fixava a linha de preamar média de 1831 e afirmava a existência de terrenos de marinha na área expropriada. Pleiteiam, também, a incidência de correção monetária e juros moratórios a partir do esbulho.

Recebidas as apelações (fl. 843), advieram as contra-razões de fls. 844/848, onde a União Federal requereu a manutenção da sentença monocrática.

Os herdeiros de Manoel Silvino Monjardim interpuseram, tempestivamente, recurso adesivo (fl. 850), onde se limitaram a pedir a reforma do **decisum**, subscrevendo as razões de fls. 798/807 e 827/832.

Admitido o recurso adesivo (fl. 853), efetuado o preparo, subiram os autos a esta egrégia Corte.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu douto parecer de fls. 864/873, opinou pela manutenção da sentença monocrática, por entender que o ilustre Juiz de primeira instância apreciou a complexa demanda de forma razoável e coerente, respeitando a coisa julgada.

É o relatório, dispensada a revisão (art. 33, IX do RI/TFR).

VOTO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Preliminarmente, devo conhecer dos agravos retidos interpostos nos autos às fls. 597/598 e 717/719, haja vista que os apelantes pediram, expressamente, a apreciação dos referidos recursos pelo Tribunal.

No que pertine ao agravo retido de fls. 597/598, interposto ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, pretendem os recorrentes discutir o despacho proferido pelo MM. Juiz de primeira instância, que destituiu o *expert* oficial e ordenou a realização de nova perícia, nomeando perito desempatador. Alegam que o magistrado não poderia proceder da forma supramencionada, pois entendem que o artigo 258 do Código de Processo Civil de 1939 só autorizava a realização de nova perícia, quando fosse feita pelos mesmos peritos. Ponderam, ademais, que o ilustre magistrado poderia ter sanado as suas dúvidas através de quesitos suplementares, bem como por intermédio de esclarecimentos prestados pelo perito oficial em audiência (CPC/39, arts. 254 e 267).

Creio que o agravo não merece prosperar.

O culto magistrado de primeira instância, para determinar a realização de nova perícia, assim fundamentou o seu **decisum**:

«Este Juízo não está, ainda, devidamente, esclarecido no tocante a controvérsia existente nos autos pertinentes a «terrenos de marinha».

Os laudos dos Senhores Assistentes Técnicos são conflitantes e o do Dr. Perito Desempataador não está devidamente fundamentado de modo a possibilitar maior convicção deste Juízo, posto que limitou-se mais ao exame do aspecto legal do que propriamente a análise técnica da matéria que lhe competia.

A questão, pelo visto, não está suficientemente esclarecida nem pelos Peritos Assistentes, nem pelo Dr. Perito deste Juízo que funcionou neste processo, nesta fase.

As circunstâncias e as peculiaridades da controvérsia exigem uma convicção plena para o desate da disputa por parte do Juiz, fato que, ainda inexistente até agora. E na verdade, não há certeza absoluta se os terrenos, objeto da desapropriação, são ou não da União (Terrenos de marinha).

Dispõe o art. 258 do vigente Código de Processo Civil, que o «Juiz não ficará adstrito ao laudo e poderá determinar nova perícia.»

Conquanto a discussão venha se processando há longos anos, o certo porém, é que ainda não existem nos autos elementos técnicos válidos para dirimir a controvérsia quanto a existência ou não, de terrenos de marinha na área desapropriada.

Diante do permissu processual citado determino que se processe nova perícia no local, e nomeio, desde logo, para Perito Desempataador o Dr. João Ignácio Feurosa, Engenheiro Civil, residente nesta Cidade para proceder a Perícia, devendo apresentar um laudo circunstanciado e devidamente instruído com **croquis** da área e elementos outros indispensáveis à elucidação do fato.» (fls. 595/596).

Entendo que o ilustre Juiz de primeiro grau agiu corretamente.

Em nenhum momento o artigo 258 do Código de Processo Civil de 1939 determinava que o novo exame pericial deveria ser feito, obrigatoriamente, pelos mesmos peritos que participaram da primeira prova pericial.

Destarte, tenho que a decisão interlocutória, na espécie ora sob julgamento, merece ser confirmada.

Ante o exposto, julgo improcedente o agravo de fls. 597/598.

Destaco.

Com relação ao agravo de fls. 717/719, em que os agravantes se insurgem contra o despacho que admitiu a juntada de levantamento administrativo, após a realização das provas periciais, onde a União Federal procura demonstrar a existência de terrenos de marinha (fls. 671/699), tenho que melhor sorte não assiste aos recorrentes.

Afere-se que os documentos de fls. 671/699, na verdade constituem documentos novos, oriundos de levantamento efetuado pelo Serviço de Patrimônio da União (SPU), tão-somente, em 1977, oportunidade em que foi fixada a linha da preamar média de 1831.

Entendo que o ilustre Juiz de primeira instância, ao admitir a juntada de referidos documentos, procedeu sob a égide do artigo 397 do Código de Processo Civil vigente (1973), que assim dispõe:

«Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois de articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.»

Destarte, afigura-se incensurável o despacho de fl. 707, que, após deferir a juntada dos documentos de fls. 671/699, por considerá-los documentos novos (CPC, art. 397), abriu vistas às partes para que estas se manifestassem sobre os mesmos (CPC, art. 398).

Isto posto, nego provimento, também, ao agravo retido de fls. 717/719.

Destaco.

Devo apreciar, ainda, como questão preliminar, o cabimento do recurso adesivo interposto pelos herdeiros de Manoel Silvino Monjardim, que em petição singela, acostada a fl. 850, pleiteou a reforma do *decisum*, limitando-se a endossar as razões desenvolvidas nas apelações interpostas às fls. 798/807 e 827/832.

Entendo que o recurso não merece ser conhecido, pois o mesmo não se enquadra nas disposições do artigo 500 do Código de Processo Civil em vigor (1973), haja vista que os recorrentes limitaram-se a subscrever as razões desenvolvidas nas apelações de outros expropriados.

Como bem salienta o ilustre Jurista Theotonio Negrão em seu «Código de Processo Civil e legislação processual em vigor», 12ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, ao comentar o recurso adesivo, salienta o seguinte:

«Art. 500. 5. Não cabe recurso adesivo que não seja contraposto ao do recorrente. Assim, não pode ser interposto contra sentença, na parte em que favorece réu não apelante (RT 479/83); nem pode o expropriado manifestar recurso adesivo ao de outro expropriado (JTA 63/268), ou o litisconsorte ao de seu colitigante (RT 546/206).» (In op. cit., pág. 176).

Isto posto, não conheço do recurso adesivo.

Destaco.

No mérito, restringe-se o presente processo em discutir quatro pontos, a saber:

- 1º) a existência ou não de terrenos de marinha na área expropriada;
- 2º) a incidência de correção monetária sobre a indenização e seu termo inicial;
- 3º) a incidência de juros moratórios sobre a indenização e seu termo inicial; e,
- 4º) a base de cálculo dos honorários advocatícios.

Com relação aos terrenos de marinha, antes de adentrar, propriamente, no âmago da questão, entendo que algumas considerações merecem ser feitas.

A sentença monocrática proferida pelo MM. Juiz de Direito dos Feitos da Fazenda, quando do julgamento da desapropriação, assim dirimiu a controvérsia:

«Assim sendo, atendendo a lei, as razões de aumento de preço, ao fim a que se destinaram os terrenos, onde foi construído o Campo de Aviação, julgo procedente a presente ação para estabelecer o preço de (Cr\$ 0,50) cinquenta centavos, acrescidos de dez (10) vezes o seu valor, para cada metro quadrado do referido imóvel desapropriado, *salvo o de marinha que é próprio da União, e que deverá ser demarcado em perícia própria*, ou sejam cinco cruzeiros.

Quanto ao valor das benfeitorias aprovo o consignado pelo laudo pericial no seu 3º quesito (fl. 523) de (Cr\$35.793,70) trinta e cinco mil, setecentos e noventa e três cruzeiros e setenta centavos.» (fl. 920 do 3º apenso) — grifo nosso.

Tanto este colendo Tribunal, quanto o Pretório Excelso, após o devido exame do feito, foram uníssonos em reconhecer que a indenização seria relativa, apenas aos terrenos alodiais e benfeitorias, excluindo-se do referido quantum os terrenos de marinha.

Os expropriados, durante toda a fase de execução da sentença, pronunciaram-se no sentido de que a área expropriada, em sua totalidade, era composta de terrenos alodiais.

Os laudos periciais apresentaram divergência, haja vista que o perito oficial não pôde apurar a existência de terrenos de marinha na área em litígio, ao passo em que o expert da União Federal afirmava que existiam terrenos de marinha na área expropriada.

Nomeado perito desempatador, este, à fl. 527, afirmou que, *in casu*, a área expropriada era composta, apenas, de terrenos alodiais.

Tendo em vista a persistência da dúvida, a União Federal anexou um levantamento administrativo que discriminava não só a linha de preamar média de 1831, como também apontava os terrenos de marinha existentes na área expropriada.

Compulsando-se referido levantamento (fls. 680/699), constata-se que se trata de trabalho demarcatório realizado pela Delegacia do Serviço de Patrimônio da União no Estado do Espírito Santo.

O Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, ao tratar da demarcação dos terrenos de marinha da União, assim dispõe:

«Art. 9º É da competência do Serviço do Patrimônio da União (SPU) a determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias.»

«Art. 10. A determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, a época que do mesmo se aproxime.»

«Art. 11. Para a realização do trabalho, o SPU convidará os interessados certos e incertos, pessoalmente ou por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcado.»

«Art. 12. O edital será afixado na repartição arrecadadora da Fazenda Nacional na localidade e publicado por 3 (três) vezes, com intervalos não superiores a 10 (dez) dias, no Diário Oficial, se se tratar de terrenos situados no Distrito Federal ou na folha que nos Estados ou Territórios lhes publicar o expediente.»

«Art. 13. De posse desses e outros documentos, que se esforçará por obter, e após a realização dos trabalhos tipográficos que se fizeram necessários, o Chefe do órgão local do SPU determinará a posição da linha em despacho que, por edital com prazo de 10 (dez) dias, dará ciência aos interessados para oferecimento de quaisquer impugnações.

Parágrafo único. Tomando conhecimento das impugnações porventura apresentadas, a autoridade a que se refere este artigo reexaminará o assunto, e se confirmar a sua decisão, recorrerá *ex officio* para o Diretor do SPU, sem prejuízo do recurso da parte interessada.»

«Art. 14. Da decisão proferida pelo Diretor do SPU será dado conhecimento aos interessados que, no prazo improrrogável de 20 (vinte) dias, contados de sua ciência, poderão interpor recurso para o CTU.»

Os documentos acostados às fls. 680/699 demonstram que a Delegacia do Serviço do Patrimônio da União no Estado do Espírito Santo observou todos os trâmites legais para a demarcação dos terrenos de marinha.

Intimado o perito oficial e os assistentes técnicos das partes para se manifestarem sobre referido levantamento (fl. 721), adveio resposta, apenas, do perito oficial onde fez ressalva no sentido de que em seu trabalho (laudo pericial) nunca afirmou ou contestou a existência de terrenos de marinha, restringindo-se, tão-somente, a descrever o que havia apurado, isto é, que a Delegacia do Serviço do Patrimônio da União no Estado do Espírito Santo não havia fixado a posição das linhas do preamar, médio do ano de 1831.

Aliás, o **expert** destacou do seu laudo pericial a seguinte assertiva, *ipsi verbis*:

«Diante desses fatos, este perito foi levado a *convicção de que se a área em questão tem terrenos de Marinha, disto o próprio órgão do S.P.U. não tem conhecimento*». (grifei agora).» (fl. 723).

Em termos sucintos, poderíamos dizer que os trabalhos periciais anteriormente apresentados não podiam apontar os terrenos de marinha pelo fato de a Delegacia do Serviço do Patrimônio da União no Estado do Espírito Santo não haver realizado o levantamento demarcatório instituído pelo Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, artigos 9º a 14.

Todavia, feito este levantamento e, não tendo os **experts**, após a devida intimação, feito qualquer impugnação ao aludido trabalho demarcatório, tenho que o mesmo é perfeitamente válido, inclusive quando aponta os terrenos de marinha existentes na área expropriada.

Por conseguinte, tenho que o ilustre Juiz de primeira instância decidiu acertadamente, quando determinou que o cálculo do valor total da indenização ficaria restrito apenas às terras alodiais e benfeitorias, excluídos os terrenos de marinha.

Neste aspecto, nego provimento às apelações e mantenho a respeitável sentença monocrática.

Quanto à incidência de correção monetária sobre a indenização e o seu termo inicial, creio que os recursos merecem prosperar, em parte.

A orientação jurisprudencial, desta egrégia Corte e do Pretório Excelso, é no sentido de que nas desapropriações (diretas ou indiretas), incide correção monetária sobre o valor da indenização, tendo início a partir da data da avaliação até o seu efetivo pagamento. A sua incidência se dá por força do Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 26, § 2º; e da Constituição Federal, artigo 153, § 22, não podendo ser afastada.

Destarte, neste ponto, a sentença monocrática deve ser reformada, a fim de que a correção monetária incida, repito, a partir da data da avaliação, conforme acima enunciado.

No que se refere aos juros moratórios, pleiteados pelos apelantes, tenho que o recurso também merece prosperar.

A Súmula nº 254 do Pretório excelso assim dispõe:

«Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação».

Resta saber, na hipótese em exame, o termo inicial dos juros moratórios.

Inobstante Rômulo Leão Castello tenha proposto ação indenizatória (desapropriação indireta) contra a União Federal, em 13-11-1944, referida demanda foi julgada prejudicada, por esta egrégia Corte, em face de a própria União Federal haver ajuizado, posteriormente, isto é, três meses depois, ação expropriatória (desapropriação direta) contra o mencionado Rômulo Leão Castello.

Dessarte, cuida-se de desapropriação direta e a sua fluência dar-se-á nos termos da Súmula nº 70, desta egrégia Corte, *in verbis*:

«Os juros moratórios, na desapropriação, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa a indenização.»

Por derradeiro, no que pertine aos honorários advocatícios, tenho que os mesmos devem ser calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização (inclusive as parcelas relativas a juros moratórios e compensatórios — Súmula nº 141 do TFR), ambas corrigidas monetariamente (Súmula nº 617 do STF).

Em suma, reconhecida a existência de terrenos de marinha na área expropriada, tenho que a sentença monocrática merece ser reformada parcialmente, apenas no que se refere à correção monetária, aos juros moratórios e honorários advocatícios.

Ante o exposto, preliminarmente, não conheço do recurso adesivo e nego provimento aos agravos retidos. No mérito, dou parcial provimento às apelações, nos termos acima aduzidos.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Sr. Presidente, estou de acordo, não só quanto à rejeição dos agravos de instrumento bem como do retido. No mérito, pelo que recolhi do douto voto, o levantamento da área dada como Terreno de Marinha pelo SPU se fez na forma da legislação pertinente e é posterior ao laudo da perícia; outrossim, dito laudo não se mostra concludente, nesse ponto nuclear da controvérsia.

Assim, acompanho o eminente Ministro Relator nas suas premissas e conclusões.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 66.850 — ES — (Reg. nº 3.217.728) — Rel. O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Aptes.: Álvaro Castello e outros, Manoel Nunes do Amaral Pereira — Herdeiros e outros e Jacyr Nunes Lyra e outros. Apda.: União Federal. Rec. Adesivo: Manoel Silvino Monjardim Herdeiros (fl. 850). Advs.: Drs. José Ignácio Ferreira, Rodrigo Loureiro Martins e Rivail Pimentel da Silveira e outro (Aptes.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, não conheceu do recurso adesivo e negou provimento aos agravos retidos, e, no mérito, também por unanimidade, deu provimento em parte às apelações, nos termos do voto do Ministro Relator. (Em 20-8-86 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.147 — PR
(Registro 3.262.685)

Relator: Sr. Ministro Eduardo Ribeiro

Apelante: Impressora Tecnograf Ltda.

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Luiz Conceição Magniccaro e outros

EMENTA: Tributário — Reconhecimento de dívida para obtenção de parcelamento.

A obrigação tributária deriva da lei, sendo irrelevante a vontade dos interessados. Não realizado o suposto normativo a que se vincula a consequência de direito, consistente na obrigação de pagar o tributo, a manifestação do contribuinte não poderá acarretar relação jurídica a esse título.

A confissão de dívida — notadamente feita como condição para obter-se parcelamento — não poderá subsistir, uma vez demonstrado que não havia débito a parcelar.

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 apelo, 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 dezembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente — Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Assim a sentença relatou e decidiu a questão (fls. 86/87):

«A devedora Impressora Tecnograf Ltda. embargando a execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional argumenta que está a salvo da incidência do IPI porque dedica-se à composição gráfica, litográfica e fotolitográfica, considerados serviços, e, pois, sujeitos apenas ao ISS (Decreto-Lei nº 406/68).

Quanto aos acréscimos também os repele dizendo-os inconstitucionais (Decreto-Lei nº 1.025/69).

Documentos às fls. 11/46.

Recebidos os embargos, respondeu a Fazenda argüindo preliminarmente a validade do processo administrativo e da exigência do Decreto-Lei nº 1.025/69.

Além disso, administrativamente, admitiu a embargante confessando-o e parcelando-o a existência e procedência do débito.

No mérito o Decreto-Lei nº 406/68 (e atualização) não exclui a incidência do IPI e sim a do ICM, daí ser improcedente o pedido.

Documentos às fls. 55/75.

A embargante deseja provas.

Penso que a hipótese sobre dispensar provas (art. 740 § único CPC) impõe decisão concisa (art. 459 — *caput*, última parte, CPC).

É que o débito foi recolhido espontaneamente pelo executado por escrito, o débito parcelado e os recolhimentos feitos parcialmente (fls. 62/64 e 82).

Ora, tal conduta revela, sem dúvida, ausência de interesse ou pretensão resistida na fase administrativa, faltando por isso, interesse jurídico e até mesmo possibilidade de afrontar agora por via judicial acordo que não considera nulo ou anulável e que propôs espontaneamente.

Totalmente aceitável é a argumentação da União de que a confissão da dívida impede a impugnação do débito.

Também me ponho nesta perspectiva porque carece a embargante, se não comprova a nulidade da confissão, de interesse jurídico para demandar a desconstituição do débito que confirmou, parcelou e pagou em parte.

Julgo, pois, extintos os embargos nos termos do art. 267, IV, CPC, c/c 598 CPC e condeno a embargante nas custas processuais e honorários advocatícios estes em 15% sobre o valor dos embargos (fl. 47).»

Apelou a embargante, alegando cerceamento de defesa pela não realização de perícia requerida, e que «não é porque confessou o débito que este se torna devido» (fls. 91/94).

Contra-razões às fls. 106/108.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário — Reconhecimento de dívida para obtenção de parcelamento.

A obrigação tributária deriva da lei, sendo irrelevante a vontade dos interessados. Não realizado o suposto normativo a que se vincula a consequência de direito, consistente na obrigação de pagar o tributo, a manifestação do contribuinte não poderá acarretar relação jurídica a esse título.

A confissão de dívida — notadamente feita como condição para obter-se parcelamento — não poderá subsistir, uma vez demonstrado que não havia débito a parcelar.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A r. sentença extinguiu o processo de embargos, com base no artigo 267, VI do Código de Processo Civil, a fundamento de que faltava à embargante interesse jurídico e mesmo a possibilidade de afrontar, judicialmente, acordo livremente firmado e que não considera nulo ou anulável.

A questão em debate diz com a possibilidade de retratar confissão de débito tributário feita pelo contribuinte para obter parcelamento.

Chega a constituir truismo a afirmação de que a obrigação tributária nasce da lei e não do contrato. Só pode haver incidência da norma que prevê determinado tributo se realizado o respectivo suposto a que se liga a consequência jurídica em exame. Não há cogitar de relação tributária que possa ter origem em convenção. Se determinada hipótese de fato não acarreta o surgimento do vínculo tributário, irrelevante a vontade do contribuinte: obrigação a esse título não poderá existir.

Se assim é, há que se concluir que a confissão de dívida — notadamente feita como condição para obter-se parcelamento — não poderá subsistir, uma vez demonstrado que, em verdade, não havia débito a parcelar, posto que indevido o tributo.

Neste sentido já decidiu a 2ª Secção deste Tribunal no julgamento dos Embargos Infringentes na AC 38.113, relator Ministro Miguel Ferrante, *DJ* de 2-4-82.

No caso em julgamento, sustentou-se nos embargos que a exigência fiscal era indevida, posto que inexistiria obrigação tributária. A matéria, tendo em vista o que acima se expôs, merecia ser examinada.

Dou provimento para cassar a sentença devendo outra ser proferida, com julgamento de mérito, decidindo o eminente magistrado quanto a produção de provas.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.147—PR — (Reg. 3.262.685) — Rel.: Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Apte.: Impressora Tecnograf Ltda. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Luiz Conceição Maggiccaro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo (Sexta Turma — em 10-12-86).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.415 — AL
(Registro 3.266.915)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Apelante: Cia. de Eletricidade de Alagoas — CEAL

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Paulo Quintella e outros

EMENTA: Imposto de Renda. Concessionária de Energia Elétrica. CHESF. Isenção e Prorrogação. Leis nºs 4.869/65, 5.382/68, 6.254/75 e 5.655/71. Honorários de advogado.

I — A isenção concedida à autora, concessionária de energia elétrica e sociedade de economia mista, pela Lei nº 4.869/65, teve sua revogação pela Lei nº 6.254/75, ao estabelecer que as concessionárias de energia elétrica, situadas na área de atuação da SUDENE, gozam apenas do direito à alíquota favorecida de 6%.

II — Se a lei expressamente renovou a isenção especificamente à CHESF, sem aludir às sociedades de economia mista, não há como estender-se dito benefício à apelante, porque carecedor de amparo legal.

III — Honorários de advogado que se afiguram excessivamente arbitrados, levando-se em conta a atuação do patrono, merecendo que se os reduza para 10%, nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC.

IV — Provimento parcial do recurso, tão-só para reduzir-se a verba honorária em 10%.

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, dar provimento parcial ao recurso voluntário, apenas para mitigar a verba honorária, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de setembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro SEBASTIÃO REIS, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O ilustre Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado de Alagoas deu pela improcedência da ação anulatória de débito fiscal, após relatá-la, nestes termos:

«A companhia de Eletricidade de Alagoas — CEAL, sociedade de economia mista, estabelecida nesta cidade de Maceió, à Rua José Bonifácio, nº 168, inscrita no CGC/MF sob o nº 12.272.084/0001-00, por advogado devidamente constituído, propôs contra a União Federal a presente Ação Ordinária Anulatória de Débito Fiscal, pretendendo sejam tornados sem efeito ou nulos o «Acórdão nº 101.71.423 do Primeiro Conselho de Contribuintes e o lançamento suplementar que lhe deu origem, bem como, em consequência, a do pretenso débito tributário».

Requeru a expedição de guias para depositar a quantia objeto da ação, a citação da União e a procedência do pedido, com a condenação da Ré nas cominações legais.

Alegou a Autora que «pela Delegacia da Receita Federal em Alagoas foi promovido, contra a Autora, em data de 28-9-78, o Lançamento Suplementar IRPJ/77, relativo à Declaração de Rendimentos nº 017.706, Ano-Base de 1976, Processo nº 0410/71.531/79, com a exigência do recolhimento de um suposto crédito tributário, derivado do Imposto Sobre a Renda, no valor de Cr\$ 879.430,00 (oitocentos e setenta e nove mil, quatrocentos e trinta cruzeiros), acrescido de multa de trinta por cento (30%), sob a argüição:

a) de falta de inclusão, no Lucro Real, até as despesas do item 61, do quadro 18, da Manutenção do Capital de Giro Próprio Negativo, em decorrência de erro de composição e/ou cálculo do quadro 20 (artigos 254, §§ 4º e 5º, e 255 do Decreto nº 76.186/75);

b) sujeição ao Imposto de Renda, à alíquota especial de 6% (seis por cento), na qualidade de empresa concessionária de energia elétrica, por não estar isenta ao referido tributo».

Tempestivamente a Autora apresentou a sua «Solicitação de Retificação de lançamento Suplementar», sendo a mesma considerada improcedente por falta de Ato Declaratório específico do reconhecimento de isenção.

Interposta, na forma da lei, a competente impugnação, não obteve a mesma acolhimento, motivando o devido recurso, nos termos do artigo 33 do Decreto Federal nº 70.235, de 6 de março de 1972, para o Primeiro Conselho de Contribuintes.

Conforme se verifica do Acórdão de número 101.71.432, proferido no Processo nº 0410/51.531/79, originado do aludido «Lançamento Suplementar», o Primeiro Conselho de Contribuintes considerou revogada, a partir da vigência da Lei nº 6.264/75, a isenção do Imposto Sobre a Renda deferida às sociedades de economia organizadas, na área de atuação da SUDENE, para a distribuição de energia elétrica, negando provimento, em consequência, ao referido apelo.

Transitada em julgado a mencionada decisão, a Delegacia da Receita Federal em Alagoas, mediante a Intimação de nº 001/80, está a exigir da Autora o recolhimento da quantia de Cr\$ 1.143.259,00 (hum milhão, cento e quarenta e três mil, duzentos e cinqüenta e nove cruzeiros), relativa ao referenciado e suposto débito de Imposto de Renda.

Inconformada com a aludida exigência, visto que se considera titular de um direito de isenção a *prazo certo* e, portanto, irrevogável, nos termos da lei, intenta a Autora a presente Ação Ordinária Anulatória de Débito Fiscal, visando a competente anulação do referido Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes, bem como do citado «Lançamento Suplementar» consubstanciador do pretenso débito tributário, o que o faz invocando as motivações de direito adiante postas.

A isenção outorgada à Autora — prossegue a inicial — como às demais Empresas Concessionárias de serviços de energia elétrica, situadas na área de atuação da SUDENE, originariamente derivou do disposto no artigo 16, parágrafo único, da Lei Federal nº 3.995, de 14 de dezembro de 1961, assim redigido:

‘Art. 16.’

Parágrafo único. As isenções de que trata este artigo serão extensivas às subsidiárias da CHESF e a outras empresas de economia mista que se formarem com participação da União, dos Estados ou Municípios, com objetivos de eletrificação do Nordeste às quais atribuir à SUDENE responsabilidade na execução do Plano Diretor.’

Pelo dispositivo legal ora transcrito, como muito bem evidenciou a Decisão nº 16/76, da Superintendência Regional da Receita Federal da 4ª Região Fiscal, transcrita na «Solicitação de Retificação de Lançamento Suplementar», em anexo como Doc. nº 3, ao qual fazemos remissão — as isenções ali instituídas estavam, em verdade, vinculadas a dois elementos identificadores e a uma condição:

- a) subsidiárias da CHESF ou empresas de economia mista;
- b) objetivo: eletrificação do Nordeste; e
- c) responsabilidade no Plano Diretor da SUDENE.

Ocorre, porém, que, posteriormente, com a promulgação da Lei Federal de nº 4.869, de 1º de dezembro de 1965, o citado dispositivo foi expressamente derogado, passando a vigorar com maior amplitude e sem a condição estatuída no diploma legal anterior, relativa à responsabilidade no Plano Diretor da SUDENE.

Efetivamente, assim passou a dispor o artigo 43 da mencionada Lei nº 4.869:

‘Art. 43. Ficam a Companhia Hidrelétrica da Boa Esperança (COHEBE), a Companhia de Eletrificação Rural do Nordeste (CERNE), e, bem assim, as sociedades de economia mista de âmbito estadual organizadas, na área de atuação da SUDENE, para explorar a distribuição de energia elétrica, isentas de todos os tributos federais, estaduais e municipais.’

A nova redação contida no mencionado artigo 43 — aduz ainda a inicial — em prestou ao mesmo auto-exequibilidade indiscutível, visto que os dois elementos exigíveis para a configuração do direito à isenção decorrem, por igual, de lei, que, como é óbvio, dispensa prova e é de acatamento obrigatório, tornando, assim e igualmente, incondicionada a isenção.

Com efeito, tanto o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, artigo 5º, inciso III (Reforma Administrativa da Administração Federal), como a atual Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.444, de 15 de dezembro de 1976, artigo 237), taxativamente determinam que a sociedade anônima de economia mista depende e decorre de lei específica que a crie e constitua.

In casu, a ora autora «Companhia de Eletricidade de Alagoas — CEAL», sociedade anônima de economia mista exploradora da distribuição de energia elétrica em todo o Estado de Alagoas, com tal forma jurídica societária e objeto, foi criada e constituída por força da Lei Estadual nº 3.137, de 8 de abril de 1959.

Por outro lado, o elemento de identificação consistente em se encontrar organizada na área de atuação da SUDENE independe de qualquer prova, eis

que a Lei Federal nº 4.239, de 17 de junho de 1963, artigo 39, expressamente incluiu todo o Estado de Alagoas na área de atuação da SUDENE.

Poder-se-ia objetar — adita a inicial — que o atual Regulamento do Imposto Sobre a Renda, no seu artigo 126, exige, para o reconhecimento da isenção, requerimento da sociedade de economia mista acompanhado de «documento fornecido pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste», provando que se situa «na área de atuação da SUDENE.»

Mas, indaga a autora, provar o quê? Aquilo que já está expressamente reconhecido por via de lei, a cujo cumprimento ninguém se pode esquivar? O citado Regulamento, não há dúvida, extrapolou as suas limitações constitucionais, pois, como é primário em direito, pela sua posição hierárquica inferior, o Regulamento não pode contrariar a Lei.

Em suma, com o advento do Artigo 43 da Lei nº 4.869, exsurgiram implicações jurídicas novas, a saber:

- a) indeterminação do prazo da isenção outorgada às Sociedades Anônimas de Economia Mista em referência; e
- b) incondicionamento da isenção em causa.

No que tange à primeira implicação, é de se enunciar, de logo, que dois Pareceres Normativos, respectivamente, os de nºs CST-51, de 25 de maio de 1973, e 167/74, elucidaram, às definitivas, o assunto, demonstrando, com argumentos jurídicos imbatíveis, que, face ao disposto no Artigo 178 do Código Tributário Nacional, as Sociedades de Economia Mista organizadas, na área de atuação da SUDENE, para execução de serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários, assim como para distribuição de energia elétrica, são titulares de uma isenção, a prazo certo, de tributos federais, isenção que somente se extinguirá no dia 31 de dezembro do corrente ano de 1980.

O Código Tributário Nacional — continua a inicial — ratificado entendimento doutrinário e jurisprudencial anterior, assim preceitua no seu artigo 178:

‘Art. 178. A isenção, salvo se concedida por prazo certo ou em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do artigo 104.’

Conseqüentemente, as citadas Sociedades de Economia Mista sendo titulares, como efetivamente o são, de um direito adquirido ao gozo de uma isenção de tributos federais a prazo certo, isto é, até o dia 31 de dezembro de 1980, sua irrevogabilidade é manifesta.

A partir de 1º de janeiro de 1981 é que passaria a vigir em termos de indeterminação de prazo, interpretação esta perfeitamente admissível e correta frente ao disposto no artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, visto que ambas as normas são passíveis de compatibilização.

São passíveis de compatibilização, afirma a Autora, até 31 de dezembro de 1980, porque, com a superveniência da Lei nº 6.224, de 18-11-1975, diploma legal este que considera revogadas todas as isenções atribuídas às Sociedades de Economia Mista, salvo as concedidas por Lei Complementar ou prazo certo e em função de determinadas condições, a partir de 1º de janeiro de 1981 — a não ser que, em favor da Autora e demais Sociedades de Economia Mista de idêntica finalidade e localização na área da SUDENE, haja uma prorrogação, a prazo certo, da isenção em referência — a mesma isenção se extinguirá.

Quanto à segunda implicação do Artigo 43 da Lei nº 4.869 — incondicionamento da isenção — aliás, expressamente reconhecida pelo Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes, objeto desta Ação, é de se aplicar o artigo 179 do prefalado Código Tributário Nacional em sua verdadeira exegese, isto é, considerada a isenção em causa concedida em caráter geral (em geral para todas as citadas empresas organizadas na extensa área de atuação da SUDENE), como efetivamente o foi. Tal interpretação tem suporte hermenêutico indiscutível, visto que, a contrário sensu, isenção não geral, na forma do aludido dispositivo, é aquela para a qual se exige que o interessado «faça prova, do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos». Condição não existe nenhuma, pois, como muito bem acentuou a referida Decisão nº 16/76 da Superintendência Regional da Receita Federal — 4ª Região Fiscal, ser sociedade de economia mista e estar organizada na área de atuação da SUDENE são elementos identificadores e não condição. Condição era a vigorante sob o império da Lei nº 3.995, Art. 16, parágrafo único: «responsabilidade na execução do Plano Diretor da SUDENE» cujo dispositivo foi derogado, conforme assinalamos (o próprio Regulamento do Imposto de Renda, no seu artigo 117, expressamente admite a derrogação ao se basear na nova Lei nº 4.869).

Finalmente, citou a Autora lição de Bulhões Pedreira, que entende ser a seu favor:

‘A lei regula o requerimento à autoridade administrativa como pedido de reconhecimento, e não de atribuição da isenção. A isenção decorre da lei, não nasce do ato administrativo, que tem efeito apenas declaratório. É oportunidade aberta à administração do imposto para verificar se a isenção prevista na lei se aplica ao caso concreto do requerente. Deferindo o requerimento, a administração aplica a lei ao caso concreto, autolimitando-se na sua faculdade de contestar a isenção daquela pessoa jurídica (enquanto continuar a satisfazer aos requisitos legais). Do ato de reconhecimento da isenção nasce o direito subjetivo da pessoa jurídica de não ver a sua isenção contetada pela própria administração pública.

A falta do pedido de reconhecimento não prejudica o direito à isenção, mas sujeita a pessoa jurídica a ser lançada pelo imposto. O reconhecimento pode ser pedido depois do lançamento, e por ter efeito declaratório importa cancelamento do lançamento anterior. A ausência de reconhecimento, ou do respectivo pedido, não impede a pessoa isenta de se opor ao lançamento, com fundamento na isenção outorgada na lei.’ (Fls. 02 usque 11).

Com a inicial, os documentos de fls. 13/60.

Foi efetuado o depósito requerido na inicial e pagaram-se as custas (fls. 63/54).

Citada, a União Federal, por seu Procurador, contestou a ação, requerendo, em primeiro lugar, a requisição do Processo Administrativo. No mérito, bateu-se pela manutenção da decisão impugnada, entendendo que a Autora já não goza da isenção do Imposto de Renda, devendo pagar o tributo na alíquota reduzida de seis por cento (fls. 67/68).» (Fls. 102/113).

Sobreveio a sentença julgando improcedente a ação. Dela apelou Companhia de Eletricidade de Alagoas — CEAL, sustentando o direito à isenção do Imposto de Renda, previsto no art. 1º da Lei nº 5.382, de 1969; reeditou os mesmos argumentos anteriormente expostos para, afinal, pedir o provimento do recurso, reformando a sentença, para julgar a ação procedente.

Contra-arrazoou a União Federal opinando pela confirmação do *decisum*.

Subindo os autos ao Colendo Tribunal Federal de Recursos, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A matéria *in examen* cinge-se basicamente em saber se a Companhia de Eletricidade de Alagoas faz jus à isenção do Imposto de Renda previsto no art. 1º da Lei nº 5.382, de 1969, a exemplo do que ocorre com a Companhia Hidro-Elétrica de São Francisco.

Sobre o assunto a r. sentença monocrática bem o examinou e lhe deu solução adequada, não só transcrevendo os dispositivos legais aplicáveis à espécie, como também os analisando detalhadamente, assim:

«Art. 1º. Fica prorrogado, até 31 de dezembro de 1980, o prazo de vigência da isenção tributária concedida à Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 8.031, de 3 de outubro de 1945, e pela Lei nº 2.890, de 1º de outubro de 1956.

Parágrafo único. A isenção de que trata este artigo abrange todos os impostos federais.

Ora, como admitir-se a extensão do benefício da prorrogação de que trata a mencionada lei, se ela não se refere explicitamente «às empresas de economia mista, formadas com a participação da União, dos Estados ou Municípios, com objetivos de eletrificação do Nordeste», tal como ocorreu no parágrafo único, do artigo 16, da Lei n.º 3.995, de 14-12-61?

Em matéria de outorga de isenção, o Código Tributário Nacional determina que a interpretação da lei seja *literal*. Efetivamente, reza o art. 111 do CTN:

‘Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I — (...)

II — outorga de isenção;

III — (...)’

Acresce que, como a própria Autora reconhece, na inicial, à fl. 5, *in fine*, «com o advento do artigo 43 da Lei nº 4.869, exsurgiram implicações jurídicas novas», a saber:

a) indeterminação do prazo da isenção outorgada às Sociedades Anônimas de Economia Mista em referência; e

b) incondicionamento da isenção em causa.

Ora, se a isenção de que gozava a Autora passou a ser por prazo indeterminado, desde 1º de dezembro de 1965, data do início da vigência da Lei nº 4.869, e se a Lei nº 5.382, de 9-2-68, não alcançou a Autora nem nenhuma das sociedades de economia mista formadas com participação de capital federal, estadual ou municipal, para eletrificação do Nordeste, como já se demonstrou retro, nenhuma razão existe para invocar-se o art. 178 do CTN, e, em consequência, legítimo o entendimento do fisco quanto à revogação da isenção antes usufruída pela Autora, em face do disposto na Lei nº 6.264, de 18-11-75.

Data maxima venia, o acórdão da ilustrada Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (fls. 85/95), bem apre-

ciou e julgou a espécie, merecendo ser transcrito integralmente e adotadas suas razões de decidir:

‘A Lei nº 3.995, de 14-12-61, que aprovou a primeira etapa do Plano Diretor do Desenvolvimento do Nordeste, outorgou duas espécies de isenções: uma — a prevista no art. 30 e não sujeita a qualquer condição, como reconhecido nos Pareceres Normativos 51/73 e 167/74 — para as sociedades de economia mista criadas para a execução de serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários, estendendo-lhe «as isenções concedidas à CHESF pela Lei nº 2.890, de 1-10-56, e outros diplomas legais»; outra a prevista no art. 16, parágrafo único, condicional e que foi objeto do Parecer Normativo nº 167/74 — para as subsidiárias da CHESF e outras empresas de economia mista que se formarem «com objetivos de eletrificação do Nordeste às quais atribuir à SUDENE responsabilidade na execução do Plano Diretor», sendo exatamente desta espécie que cuidam os presentes autos, dado que a recorrente é uma sociedade de economia mista, cujo objeto é a exploração da energia elétrica. Vejamos, na íntegra, o texto legal:

‘Art. 16. As isenções concedidas à CHESF pela Lei nº 2.890, de 1º de outubro de 1956, e outros diplomas legais, compreendem todos os impostos federais que diretamente lhe caibam, bem como taxas e adicionais que, de qualquer modo, incidam sobre o custo de equipamentos e materiais destinados à execução do Plano de Eletrificação do Nordeste.

Parágrafo único. As isenções de que trata este artigo serão extensivas às subsidiárias da CHESF e a outras empresas de economia mista que se formarem, com a participação da União, dos Estados ou Municípios, com objetivos de eletrificação do Nordeste, às quais atribuir à SUDENE responsabilidade na execução do Plano Diretor.’

Da análise do texto, observa-se que a isenção não foi concedida nos mesmos moldes da que havia sido outorgada à CHESF, pela Lei nº 2.890, de 1-10-56, ou seja, por 10 (dez) anos e sem condições.

Observa-se, ainda, que, quando o parágrafo único se reporta ao artigo, emprega o termo «isenções» como sinônimo de tributos dispensados e não «isenção» como favor concedido ou situação especial da CHESF.

Por outro lado, a lei não o disse, ainda que se pudesse cogitar de vinculação ao prazo estabelecido na Lei nº 2.890/56, o que nos parece absurdo; portanto, só para argumentar, para que a eventual e futura prorrogação do prazo da isenção deferida à CHESF viesse a alcançar as empresas de economia mista distribuidoras de energia elétrica, seria necessário que expressamente o estatuísse, o que efetivamente não ocorreu, como se observa do teor do art. 1º da Lei nº 5.382, de 9-2-68, verbis:

‘Art. 1º. Fica prorrogado, até 31 de dezembro de 1980, o prazo de vigência da isenção tributária concedida à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 8.031, de 3 de outubro de 1945, e pela Lei nº 2.890, de 1º de outubro de 1956.

Parágrafo único. A isenção de que trata este artigo abrange todos os impostos federais.

Finalmente, como corolário do que vimos afirmando, vai se constatar que a Lei nº 4.869, de 1 de dezembro de 1965, também anterior à lei que concedeu a prorrogação do prazo de isenção tão-somente à CHESF, isentou as sociedades de economia mista organizadas, na área de atuação da SUDENE, para explorar a distribuição de energia elétrica, sem qualquer condição e por prazo indeterminado, como se observa do inteiro teor do seguinte texto:

‘Art. 43. Ficam a Companhia Hidrelétrica da Boa Esperança (COHEBE), a Companhia de Eletrificação Rural do Nordeste (CERNE), e, bem assim, as sociedades de economia mista de âmbito estadual organizadas, na área de atuação da SUDENE, para explorar a distribuição de energia elétrica, isentas de todos os tributos federais, estaduais e municipais.’

Portanto, afastada estava qualquer possibilidade de as sociedades de economia mista organizadas, na área de atuação da SUDENE, para a distribuição de energia elétrica, estarem ao amparo da prorrogação do benefício de isenção concedida à CHESF, pela Lei nº 5.382, de 1968, em razão de:

1º Elas já gozarem de isenção incondicionada e por prazo indeterminado, como estabelecido no art. 43 da Lei nº 4.869, de 1965;

2º A Lei nº 5.382, de 1968, haver nomeado como destinatária da prorrogação do prazo de isenção apenas a CHESF;

3º O parágrafo único da Lei nº 3.995, de 1961, não haver outorgado isenção às mencionadas distribuidoras de energia elétrica, nos moldes em que a Lei nº 2.890/56 o fizera em relação à CHESF, ou seja, incondicionalmente e com prazo certo; ao contrário: outorgou isenção por prazo indeterminado e condicionadamente. Deste modo, não foi acertado o declarado no Parecer Normativo 164/74, na parte que se refere à vinculação da isenção das sociedades de economia ao prazo do gozo do benefício pela CHESF.

As sociedades de economia mista, distribuidoras de energia elétrica, que atuam na área da SUDENE, não gozavam de isenção por prazo certo, mas sim por prazo indeterminado e sem qualquer condição (Lei nº 4.869/65, art. 43), logo, nenhum óbice existia que outra norma legal de igual hierarquia revogasse a isenção, e foi isso, exatamente, o que ocorreu com a superveniência da Lei nº 6.264, de 18 de novembro de 1975, ao estabelecer, textualmente:

‘Art. 1º A partir do exercício de 1976, ano-base de 1975, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, bem como as suas subsidiárias ou quaisquer outras empresas de cujo capital participe pessoa jurídica de direito público, calcularão o Imposto sobre a Renda de conformidade com o disposto nesta Lei.

Art. 2º O Imposto sobre a Renda está calculado sobre a totalidade do lucro tributável das sociedades e empresas de que trata o artigo anterior, independentemente da participação, no seu capital social, de pessoas jurídicas de direito público.

§ 1º O lucro apurado pelas entidades de que trata este artigo está sujeito ao imposto de 30% (trinta por cento).

.....

Art. 3º O disposto no § 1º do artigo 2º não se aplica:

.....

b) as concessionárias de serviço público de energia elétrica e de telecomunicações, que continuam sujeitas às alíquotas e às restrições para aplicação em incentivos fiscais estabelecidas pela Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, e pelo Decreto-Lei nº 1.330, de 31 de maio de 1974.’

Conclui-se, assim, que as concessionárias de energia elétrica, situadas na área de atuação da SUDENE, gozam apenas de direito à alíquota favorecida de 6%, como fora previsto para as demais concessionárias da mesma espécie, pelo art. 3º da Lei nº 5.655, de 20-5-71.

A invocação da Decisão nº 16/76 da SRRF da 4ª Região, ratificada pelo Parecer (SIPR) nº 1.322/76, não socorre a apelante, por duas razões fundamentais, a saber:

1º) Invocou o Parecer Normativo nº 51/73; todavia este parecer analisou a isenção das sociedades de economia mista criadas «para a execução dos serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários», estabelecida inicialmente pelo art. 30 da Lei nº 3.995/61 (isenção esta incondicionada, como já vimos), quando aqui se cuida é de sociedades de economia mista instituídas para a distribuição de energia elétrica, cujo benefício fora instituído pelo art. 16, parágrafo único, da mesma Lei (isenção esta sujeita a condições);

2º) Trouxe à colação o Parecer Normativo 164/74; todavia este parecer não analisou o prazo de vigência da isenção, pois limitou-se a dizer que o assunto já fora objeto do Parecer Normativo 51/73, partindo, assim, de premissa falsa; e, quando examinou os requisitos para o gozo da isenção pelas distribuidoras de energia elétrica, declara expressamente que a Lei nº 3.995/61 havia estabelecido uma condição para o gozo do benefício, ou seja, que a SUDENE lhe houvesse atribuído responsabilidade na execução do Plano Diretor e que, nestas condições, a isenção carecia de habilitação prévia, nos termos do art. 179 do CTN (portanto, quer a Decisão nº 16/76, quer o Parecer (SIPR) nº 1.322/76, também não deram aplicação ao Parecer Normativo 164/74.

Deste modo, a aludida decisão carece de suporte legal que a ampare, não podendo ser invocada' (fls. 114 a 122).

Em consonância com a tese da sentença, tem-se o lúcido parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que também considerou inexistente o direito à isenção pretendida pela Autora.

De tudo se conclui, evidentemente, que a isenção de que gozara a Autora, pela Lei nº 4.869/65, art. 43, foi revogada com a superveniência da Lei nº 6.254, de 18-11-75, ao estabelecer no seu art. 1º, §§ 1º e 3º, letra b, em síntese, interpretou que as concessionárias de energia elétrica, situadas na área de atuação da SUDENE, gozam apenas de direito à alíquota favorecida de 6%, também estendida às demais concessionárias da mesma espécie, na forma da Lei nº 5.655/71, art. 3º.

No pertinente à verba honorária de 20%, considerada exagerada pela Autora, estou em que lhe assiste razão, levando em conta os critérios estabelecidos no CPC, art. 20, § 3º, que fixam os honorários entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação de serviços;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Ademais, esclarece o ilustre patrono dos Autores que:

«O douto Procurador da República reside e é domiciliado nesta Cidade de Maceió e, no que tange ao trabalho que realizou, bem como ao tempo despendido para o seu serviço, basta verificar a sua suscinta contestação de fls. 44 e 45, limitada a um rápido relatório e a uma manifestação de acordo ao decidido pelo Primeiro Conselho de Contribuintes. Afora a prática do resumo do ato, nada mais despendeu a título de trabalho, mesmo porque a lide teve julgamento antecipado, dada a inexistência de outras provas a serem produzidas.

A fixação de honorários, caso venha a ocorrer, em favor do defensor da Ré, deverá observar a percentagem mínima da Lei.»

À vista do exposto, dou provimento parcial ao recurso voluntário da Autora, tão-somente, para fixar os honorários advocatícios em 10%, na forma enunciada e, no mais, confirmo a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.415 — AL — (Reg. 3.266.915) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Apte.: Cia. de Eletricidade de Alagoas-CEAL. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Paulo Quintella e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso voluntário, apenas para mitigar a verba honorária. (Em 25-9-85 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Sebastião Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 71.358 — RJ
(Registro nº 2.017.652)

Relator: O Sr. Ministro Carlos M. Velloso
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara
Apelante: União Federal
Apelada: Empresa de Navegação Aliança S/A
Advogados: Dr. Durval Boulhosa e outro

EMENTA: Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou extravio. Responsabilidade do transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigo 28, II, e art. 60, parág. único. Decreto nº 63.431, de 1968, art. 30, § 3º.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, em procedimento regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37/66, artigos 28, II e 60, parág. único. Decreto nº 63.431/68.

II — No caso de importação isenta de tributos, não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria que indenizar. A norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, dispendo de forma contrária, extrapola da lei, o art. 60, parág. único, do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer.

III — Recurso da transportadora provido. Prejudicado o apelo da União Federal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

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

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente — MINISTRO CARLOS M. VELLOSO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINSITRO CARLOS M. VELLOSO: A sentença de fls. 208/213, lavrada pelo então Juiz Federal Carlos Augusto Thibau Guimarães, hoje eminente Ministro desta Egrégia Corte, julgou procedente a ação anulatória de débito fiscal proposta pela Empresa de Navegação Aliança S.A. contra a União Federal, para se eximir do pagamento de tributos incidentes sobre mercadorias importadas que transportou e que sofreram avarias durante o transporte.

Assim o dispositivo da sentença:

«Ante o exposto, julgo a ação procedente para anular a exigência que é leita à autora, do pagamento do imposto de importação, condenando a ré a ressarcir-lhe as custas judiciais que antecipou, bem como a pagar-lhe honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor dado à causa.

No tocante à quantia que foi depositada pela autora no Banco do Brasil S.A. para garantir a inexigibilidade do crédito fiscal durante o curso dos processos administrativo e judicial, verifica-se à fl. 181 que esse valor foi equivocadamente recolhido como receita da União. Mas a quantia de Cr\$ 55.543,21, que também havia sido depositada pela autora relativamente ao valor do IPI, face ao julgamento do Conselho de Contribuintes foi restituída à autora por «receita a anular» (fl. 186).

Não há, assim, obstáculo em que se proceda da mesma maneira com relação à quantia, depositada a título de imposto de importação, não fazendo sentido que a autora deve ser obrigada a solicitar a expedição de precatório se não deu causa ao equívoco.

A correção monetária, no entanto, só deve ser calculada a partir do momento em que a quantia recolhida como receita da União, pois a autora fez o depósito de importância no Banco do Brasil S.A. e não na Caixa Econômica Federal, onde devem ser feitos os depósitos para suspender a exigibilidade do crédito fiscal no âmbito federal, única entidade autorizada pela legislação a calcular correção monetária sobre esses depósitos.

Determino, por isso, à ré que, uma vez transitada em julgado a ação, proceda na forma estabelecida.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.» (fls. 212/213).

Argumentou que o Decreto nº 63.431, de 16-10-68, regulamentou o processo de vistoria mencionado no parágrafo único do artigo 60, do Decreto-Lei nº 37/66, destinado a apurar a responsabilidade pela ocorrência de faltas ou sinistros de mercadorias importadas, com vistas à indenização à União Federal do valor dos tributos não recolhidos. É óbvio que a União Federal não pode voltar-se contra a transportadora da mercadoria, se não houve prejuízo, tendo em vista que a importação foi feita com isenção de impostos, posto que o ato de indenizar pressupõe a existência de prejuízo e, no caso, não houve esse prejuízo para a União Federal, que não receberia impostos se a mercadoria tivesse chegado ao seu destino sem qualquer avaria. Não pode ser outra a conclusão a extrair-se do Decreto-Lei nº 37/66, continuou a sentença, pois, como salientou a autora, o art. 106 desse diploma legal reforça a argumentação de que, no caso de isenção ou de redução do imposto, somente seria cabível a aplicação de multas. Daí porque entende que o parág. 3º, do art. 30, do Decreto nº 63.431/68, foi além do que estabeleceu a lei, concluiu.

Apela, então, a União Federal (fls. 215/218), sustentando que o mais importante a ser apurado no caso dos autos não é se havia ou não isenção de tributo e sim se houve culpa da transportadora pelos danos sofridos pela mercadoria. E a perícia comprovou que os danos resultaram de culpa por negligência na movimentação das caixas que con-

tinham as mercadorais, no curso da viagem e durante o desembarque. Diz, ainda, não proceder a assertiva da r. sentença de que o decreto foi além do preceituado na lei.

Com a resposta de fls. 220/231, subiram os autos.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 249/250, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou Extravio. Responsabilidade do transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 28, II, e art. 60, parág. único. Decreto nº 63.431, de 1968, art. 30, § 3º.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, em procedimento regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37/66, arts. 28, II, 60, parág. único. Decreto nº 63.431/68.

II — No caso de importação isenta de tributos, não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria que indenizar. A norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, dispondo de forma contrária, extrapola da lei, o art. 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer.

III — Recurso da transportadora provido. Prejudicado o apelo da União Federal.

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Na AC nº 86.729 — RJ, de que fui Relator e em que se examinou matéria igual, decidiu esta eg. Turma:

«Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou Extravio. Responsabilidade do Transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 28, II, e art. 60, parág. único. Decreto nº 63.431, de 1968, art. 30, § 3º.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, em procedimento regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37/66, arts. 28, II, e 60, parág. único. Decreto nº 63.431/68.

II — No caso de importação isenta de tributos, não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria que indenizar. A norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, dispondo de forma contrária, extrapola da lei, o art. 60, parág. único, do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer.

III — Recurso da transportadora provido. Prejudicado o apelo da União Federal» (DJ de 18-4-85).

Non meu voto, disse eu:

«O que sustento é que, havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, ou avaria, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37, de 1966, arts. 28, II, e 60, parág. único. Decreto nº 63.431, de 1968.

Na AC nº 54.083 — RS, de que fui relator, foi assim que decidiu esta Egrégia Turma:

«Tributário. Importação. Dano, avarias ou extravio. Transportador. Responsabilidade. Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 28, II, e art. 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431, de 16-10-68.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, ou avaria, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37, de 1966, arts. 28, II, e 60, parág. único, Decreto nº 63.431, de 1968.

II — Responsabilidade, no caso, do transportador, apurada em procedimento administrativo regular (Decreto nº 63.431/68).

III — Recurso provido.» (DJ de 11-6-81).

No voto que então proferi, disse eu:

«Dispõe o art. 60, parág. único, do Decreto Lei nº 37, de 18-XI-1966:

«Art. 60. Considerar-se-á, para efeitos fiscais:

I — Dano ou avaria — qualquer prejuízo que sofrer a mercadoria ou seu envoltório;

II — Extravio — toda e qualquer falta de mercadoria.

Parág. único. O dano ou a avaria e o extravio serão apurados em processo, na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.»

Havendo avaria, ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros (Decreto-Lei nº 37/66, art. 28, II). Apurados os danos, ou a avaria, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável «indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.»

Tem-se, pois, que a lei quer que o responsável pela avaria, ou o extravio, pague aquilo que deixou de ser pago pelo importador. É que o dispositivo legal, parág. único do artigo 60, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, é expresso no prescrever que caberá ao responsável «indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.»

Não há que se falar, destarte, como quis a sentença, em caracterização do *fato gerador* do imposto de importação, em relação ao transportador. O fato impositivo, em caso assim, se põe a cavaleiro da questão. Sua ocorrência não se discute: ela se deu. Acontece que, em razão de extravio da mercadoria, ou de avarias, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros (Decreto-Lei nº 37/66, art. 28, II). O responsável pelos danos, pela avaria, ou pelo extravio, o que será apurado na forma prevista no regulamento, simplesmente indenizará a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência da avaria ou do extravio, deixarem de ser pagos.

Essa apuração, ou o procedimento regular dessa apuração, está regulado no Decreto nº 63.431, de 16-10-68, que regulamenta a vistoria de mercadoria estrangeira e a conferência final de manifesto pelas repartições aduaneiras.

No caso, essa vistoria se fez (fls. 64/71), resultando a responsabilidade do transportador (Decreto nº 63.431/68, arts. 22 a 24).

Se a autora não conseguiu, no procedimento administrativo, elidir tal responsabilidade, não escaparia da obrigação que tem de indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência da avaria, deixaram de ser recolhidos.

É verdade que, posta a questão em Juízo, poderia a autora, ora apelante, através dos meios de prova adequados, demonstrar que não foi sua a responsabilidade. Isto, todavia, no caso, não foi feito.

O protesto que fez, anteriormente à propositura desta ação, não tem a extensão que lhe empresta a sentença. O que se exigiria da autora é que a mesma demonstrasse que não foi sua a responsabilidade pelas avarias. E isto, repete-se, ela não fez.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, invertidos os ônus da sucumbência: a vencida pagará as custas e a verba honorária de 10% (dez por cento) do valor da causa.»

Claro ficou, então, que o responsável pelo extravio ou pela avaria — o transportador, o que deve ser apurado em procedimento regular, na forma do regulamento — Decreto-Lei nº 37/66, art. 60, I e II; Decreto nº 63.431/68 — pagará aquilo que deixou de ser pago pelo importador, vale dizer, indenizará a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.

Ora, sendo assim, tendo caráter simplesmente indenizatório a responsabilidade do transportador, não posso admitir qualquer responsabilidade deste no caso de uma importação isenta do tributo. Neste caso, indenizaria o que o transportador? Em verdade, nada haveria que indenizar, mesmo porque o que quis o legislador do Decreto-Lei nº 37/66, art. 60, I, e seu parág. único, foi ressaltar os prejuízos sofridos pela Fazenda Nacional, com o não recolhimento do imposto de importação por parte do importador. Ora, se a carga não estava sujeita ao pagamento do imposto, não há que falar em prejuízo da Fazenda.

Em caso igual, decidi esta Egrégia Turma, na AC nº 56.454-RJ, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg:

«Importação. Imposto devido sobre mercadoria danificada ou extraviada — As normas dos arts. 1º e 60 do Decreto-Lei nº 37/66 se destinam a evitar prejuízo da Fazenda Nacional por falta de recolhimento de tributos, não tendo aplicação no caso de mercadoria importada com isenção. Anulação de débito.» (DJ de 11-11-1980).

Destarte, a norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431, de 1968, ao dispor que, mesmo ocorrendo isenção em favor dos importadores, fica o transportador sujeito ao pagamento do respectivo imposto, caso se constate falta ou avaria na mercadoria importada, extrapola da lei, o artigo 60, parág. único, do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer. Assim votei e assim decidimos na REO nº 54.088-SP, de que fui relator.

Diante do espósto, dou provimento ao apelo da autora, para o fim de julgar procedente a ação, arcando a União Federal, vencida, com o pagamento da verba honorária de 10% do valor da causa e devendo, também, reembolsar a vencedora as custas pagas. Em consequência, tenho como prejudicado o apelo da União Federal.»

Bem lembrou a apelada, na REO nº 54.088-SP, votei, na antiga 3ª Turma, no sentido acima exposto, com o apoio dos meus eminentes pares (DJ de 12-12-79, pág. 9.392). Aliás, no voto acima transcrito, isto está mencionado.

Do exposto, nego provimento ao apelo.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A propósito do assunto versado nestes autos, já me manifestei no voto, em anexo, que proferi na AC 82.582-RJ.

Reportando-me aos seus fundamentos, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar a ação improcedente, invertidos os ônus decorrentes da sucumbência.

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.582-RJ

(Registro nº 4.353.323)

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto de importação. Falta de mercadoria, transportada a granel, apurada em conferência de manifesto. Responsabilidade do transportador. Taxa de câmbio. Correção monetária: termo inicial.

I — Nos casos de mercadorias importadas do exterior, a granel, por via marítima, as faltas não superiores a 5% (cinco por cento) excluem a responsabilidade do transportador quanto à multa, mas não com relação ao imposto de importação. Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, arts. 1º, parágrafo único; 60, II, parágrafo único; 39; e 41, III. Aplicação.

II — Em tal caso, o transportador não se beneficia de isenção concedida, sob condição, ao importador (Decreto-Lei nº 37/66, art. 12; Decreto nº 63.431, de 16-10-68, art. 30, § 3º).

III — A verificação de extravio não exclui a ocorrência do fato gerador do imposto, que só se aperfeiçoa na data em que a autoridade aduaneira apurar a falta ou dela tiver conhecimento, data em que deve ser concedida a taxa de câmbio para efeito de cálculo do tributo (Decreto-Lei nº 37, de 1966, arts. 23 e 24).

IV — A correção monetária incide a partir do vencimento do débito e não desde a data do trânsito em julgado da decisão administrativa de 2º grau, proferida no procedimento fiscal relativo ao lançamento.

V — Precedentes do TFR.

VI — Apelação das autoras desprovida. Recurso da União provido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Três são as questões deduzidas nos recursos:

a) responsabilidde, ou não, do transportador pelo pagamento do imposto, esclarecendo-se se a isenção o beneficia;

b) data da taxa de câmbio a ser considerada para o cálculo do imposto; e

c) termo inicial de incidência da correção monetária. Passo a examinar essas questões.

II

Trata-se, no caso, de extravio de mercadorias, apurada em procedimento fiscal, tudo de acordo com o art. 60 do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-66, que, assim, dispõe:

«Art. 60. Considerar-se-á para efeitos fiscais:

I — dano ou avaria — qualquer prejuízo que sofrer a mercadoria ou seu envoltório;

II — *extravio — toda e qualquer falta de mercadoria.*

Parágrafo único. O dano ou avaria e o *extravio serão apurados em processo, na forma e condições que prescrever o regulamento; cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional o valor dos tributos, que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.*»

O Regulamento, a que se refere o dispositivo retrotranscrito, citado mais de uma vez no referido decreto-lei, é o Decreto nº 63.431, de 16-10-68.

Assinale-se que a hipótese de extravio não exclui a ocorrência do fato gerador do imposto de importação, segundo se depreende do parágrafo único do art. 1º daquele Decreto-Lei:

«Art. 1º O imposto de importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no território nacional.

Parágrafo único. *Considerar-se-á entrada no território nacional, para efeito de ocorrência do fato gerador, a mercadoria que constar como tendo sido importada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira.*

Verifica-se, pois, que, em tal caso, é devido o imposto, devendo ser pago pelo responsável pelo extravio, que é o transportador, na qualidade de seu fiel depositário. É o que se infere do art. 39 do citado diploma legal:

«Art. 39. A mercadoria procedente do exterior e transportada por qualquer via será registrada em manifesto ou outras declarações de efeito equivalente, para a apresentação à autoridade aduaneira, como dispuser o regulamento.

§ 1º *O manifesto será submetido a conferência final para apuração de responsabilidade por eventuais diferenças quanto à falta ou acréscimo de mercadoria.*

§ 2º *O veículo responde pelos débitos fiscais, inclusive os decorrentes de multas aplicadas aos transportadores da carga ou seus condutores.*

§ 3º *Poderá ser concedida liberação provisória dos veículos enquanto não concluída a conferência final do manifesto, mediante termo de responsabilidade para garantia de tributos, multas e outras obrigações que devam ser satisfeitas, por força de divergências apuradas na forma desta Lei.*»

Ademais, nessa linha de entendimento, são vários os precedentes no sentido de que a responsabilidade do transportador, na hipótese, decorre do artigo 41, II, do Decreto-Lei nº 37, de 1966. Eis o texto daquele preceito:

«Art. 41. *Para efeitos fiscais, os transportadores respondem pelo conteúdo dos volumes, quando:*

I — Ficar apurado ter havido, após o embarque, substituição de mercadoria;

II — Houver falta de mercadoria em volume descarregado com indícios de violação;

III — *O volume for descarregado com peso ou dimensão inferior ao manifesto ou documento de efeito equivalente, ou ainda do conhecimento de carga.*»

Caracterizada a responsabilidade do transportador pelo pagamento do imposto, resulta da lei que não pode aquele ser beneficiário da alegada isenção, pois

«A isenção ou redução, quando vinculada à destinação dos bens, ficará condicionada ao cumprimento das exigências regulamentares e, quando for o caso, à comprovação posterior do seu efetivo emprego nas finalidades que motivarem a concessão» (Decreto-Lei citado, art. 12).

Nesse sentido, argumentou o Conselheiro Levy Valério de Oliveira (fls. 21/22):

«Quanto à pretensão de que seja reconhecido o benefício fiscal previsto para a importação de mercadoria em causa, é de todo improcedente. Com efeito, o benefício fiscal visa estimular e desenvolver setores e atividades econômicas de relevante interesse para o país ou favorecer instituições de fins assistenciais ou educacionais. Deste modo, a isenção ou redução de direitos na importação está sempre vinculada à destinação dos bens. Verifica-se, então, que o favor fiscal, na importação, deve ser reconhecido, formalmente, através do despacho aduaneiro, sem que, no entanto, adquira, desde logo, o caráter irrevogável, estando a concessão condicionada à comprovação da boa aplicação, na forma do art. 12 do Decreto-Lei nº 37/66. No caso de falta, em que sequer foi a mercadoria incorporada à economia do país, foi frustrado o objetivo econômico-social que justificaria o benefício. Tampouco, se poderá atender, por impossível, a condição relacionada à comprovação da boa aplicação do bem no fim a que estaria destinado. Demonstra-se, assim, a total improcedência da pretensão da recorrente».

Em caso semelhante, decidiu a egrégia 5ª Turma na consonância da seguinte ementa (AC 78.652-RJ, Relator Ministro Pedro Acioli):

«Tributário. Imposto de importação. Fato gerador. Decadência. Falta de mercadoria importada, verificada pela autoridade aduaneira. Responsabilidade fiscal do transportador.

I — Tendo sido o contribuinte notificado do lançamento antes de decorrido cinco anos do fato gerador, não há falar em decadência.

II — A mercadoria constada como importada e cuja falta ou extravio venha a ser apurado pela autoridade aduaneira, será considerada como entrada no território nacional, para efeito de configuração do fato gerador do imposto de importação (Decreto-Lei nº 37/66, art. 1º, parágrafo único).

III — Enquanto a mercadoria sob controle aduaneiro estiver em trânsito, o transportador por ela é responsável, como fiel depositário, e, nesta qualidade, responde, quanto às obrigações fiscais, por eventual liquidação. Por outro lado, a isenção, desde que concedida sob condições, isto é, vinculada à destinação ou à qualificação do importador, não pode beneficiar ao transportador, quando responsável por obrigação fiscal, decorrente de extravio ou falta de mercadoria não justificada. Por fim, é de ver-se que as diferenças, para mais ou para menos, no peso ou no volume manifestado, dentro dos limites legais toleráveis, afasta a cominação de penalidade pecuniária, não porém, o tributo devido.

IV — Improvimento da apelação.»

Aliás, o § 3º do art. 30 do Decreto nº 63.431, de 16-10-68, é expresso ao dizer que, no caso de extravio, não será considerada, no cálculo do imposto, a isenção ou redução que beneficie a importação.

Sobre o assunto, os seguintes precedentes desta Corte:

«Tributário. Imposto de Importação. Falta de mercadoria importada. Responsabilidade do transportador.

I — Nos casos de mercadorias importadas do exterior, a granel, por via marítima, as faltas não superiores a 5% (cinco por cento) excluem a responsabilidade do transportador quanto à multa, mas não com relação ao imposto

de importação. Aplicação do Decreto-Lei nº 37/66, art. 1º, parágrafo único, 41, III, e 169. Precedentes do TFR.

II — Apelação desprovida. (AC nº 66.568 — PR — (3.203.999) — Rel. Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julg. 22-8-84 — Publicado no *DJ* 4-10-84 — pág. 16.349).»

«Tributário. Importação. Extravio de mercadorias. Responsabilidade do transportador marítimo. Honorários advocatícios incabíveis.

I — Para efeitos fiscais, considera-se extravio toda e qualquer falta de mercadoria entrada no território nacional (Decreto nº 63.431, de 16 de outubro de 1968), ensejando a ocorrência do fato gerador do Imposto de Importação (Decreto-Lei nº 37/66, art. 1º e respectivo parágrafo único).

II — Constatado o extravio pela competente fiscalização fazendária, responde o transportador marítimo pelos tributos devidos, posto que não provou haver ocorrido caso fortuito ou força maior para excluir sua responsabilidade.

III — Não cabe condenação em honorários advocatícios, na ação de mandado de segurança — Súmula nº 512 do STF.

IV — Remessa de ofício e recurso voluntário desprovidos. Sentença confirmada. (AMS nº 85.296 — RS — (3.160.378) — Rel. Sr. Ministro Geraldo Sobral — Julg. 24-8-83 — Publ. *DJ* 15-9-83); e

«Tributário. Importação. Agente Marítimo. Dano. Avarias ou Extravio. Transportador: Responsabilidade. Responsabilidade do Agente Marítimo. CTN, artigo 134, III.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, ou avarias, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigos 28, II e 60, parágrafo único; Decreto nº 63.431/68.

II — Devedor principal, neste caso, é o transportador, vale dizer, o proprietário do navio. Ocorrência, em caso assim, da responsabilidade solidária inscrita no art. 134, III, CTN, no que tange ao agente marítimo, na condição de administrador.

III — Remessa oficial provida. Sentença reformada. (REO nº 83.528 — SP — Reg. 3.495.485 — Rel. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso — Julg. 17-10-84 — Publ. *DJ* 6-12-84).»

É o que se depreende da ementa do acórdão proferido pela antiga 3ª Turma na AMS 77.800 — RS, Relator o eminente Ministro Aldir Passarinho:

«TRIBUTÁRIO.

Mercadoria a granel. Falta. Decreto-Lei nº 37/66. Responsabilidade fiscal do transportador.

O art. 41 do Decreto-Lei nº 37/66 ao se referir a volume descarregado com peso ou dimensão inferior ao manifestado não pretende se entenda que a mercadoria precisa se encontrar acondicionada em unidades, em volumes, pelo que mesmo que a carga seja transportada a granel é abrangida pelo referido dispositivo legal.

Embora as «quebras» não sejam tributadas, posto que, então, não ocorre extravio, é necessário que seja demonstrada que a falta decorreu de «quebra» que por situar-se dentro dos limites já prefixados em atos administrativos, quer por exames periciais para prova de que tal ocorre com a mercadoria

transportada. Não tendo sido realizada tal prova, a matéria se torna de incabível deslinde na vida do mandado de segurança.

Entretanto, se a falta verificada for inferior a 5% do peso da mercadoria transportada, não cabe aplicação da multa, posto que o art. 41 do Decreto-Lei n° 37/66, só prevê aplicação de multa quando a falta apurada exceder aquele percentual. (AMS n° 77.800 — RS — (Rel. Sr. Ministro Aldir Passarinho. Julg. 9-9-77 — Publ. DJ 26-5-78)».

III

Para efeito do cálculo do imposto, deve-se considerar, no caso, a taxa de câmbio vigente no momento da ocorrência do fato gerador, que deve coincidir com a data da apuração da falta pela autoridade aduaneira. É o que se depreende dos arts. 23 e 24 do Decreto-Lei n° 37, de 1966:

«Art. 23. Quando se tratar de mercadoria despachada para consumo, considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro, na repartição aduaneira, da declaração a que se refere o artigo 44.

Parágrafo único. *No caso do parágrafo único do art. 1º, a mercadoria ficará sujeita aos tributos vigorantes na data em que a autoridade aduaneira apurar a falta ou dela tiver conhecimento.*

«Art. 24. Para efeito do cálculo do impostos, *os valores expressos em moeda estrangeira serão convertidos em moeda nacional à taxa de câmbio vigente no momento da ocorrência do fato gerador.*

Parágrafo único. A taxa de câmbio a que se refere este artigo será fixada, mensalmente, pela autoridade competente, com base no comportamento do mercado de câmbio de importação no mês anterior ao vencido».

Com essa orientação, o decidido por esta Egrégia 4ª Turma na AC 80.576-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, cujo acórdão ficou assim ementado:

«Tributário. Importação. Falta de Mercadoria. Conferência de Manifesto. Decreto-Lei n° 37, de 1966, artigo 1º, parágrafo único e artigo 23, parágrafo único. Súmula n° 4-TFR.

I — Mercadoria que consta ter sido importada e cuja falta vem a ser apurada pela autoridade aduaneira. Decreto-Lei n° 37/66, art. 1º, parágrafo único. O fato gerador, no caso, só se aperfeiçoa na data em que a autoridade aduaneira apurar a falta ou dela tiver conhecimento. Decreto-Lei n° 37/66 art. 23, parágrafo único.

II — Recurso desprovido. (AC n° 80.576-RJ — Reg. 4.173.660 — Julg. 31-8-83 — Publicado no DJ 6-10-83).»

IV

Finalmente, a correção monetária é devida a partir do vencimento da dívida. Nesse sentido, os precedentes:

«Correção Monetária. Juros de mora. Contagem.

A correção monetária incide nos créditos tributários, desde a sua origem e não a partir da decisão de 2º grau. A suspensão da exigência só ocorre quando há depósito do valor da dívida.

A regra do § 1º, do art. 15, da Lei número 4.862, de 1965, diz respeito às decisões administrativas.

Os juros de mora contam-se do vencimento do débito (Lei n° 5.421, de 1958, art. 2º).

Precedentes judiciais. (AMS nº 77.642-SP. Rel. Sr. Ministro William Patterson, 2ª Turma. Unânime. *DJ* 16-4-80).»

EMENTA: I — A correção monetária e os juros de mora são contados a partir do vencimento da dívida, incidindo a correção monetária sobre a multa e não apenas sobre o tributo. O percentual de 20% do Decreto-Lei nº 1.025/69 incide sobre a dívida atualizada. Lei 4.357/74, art. 7º, § 6º; Lei nº 5.421/68, arts. 2º e 5º; Lei 4.862/65, artigo 15; Decreto-Lei nº 326/67, Decreto-Lei nº 1.025/69, artigo 1º.

II — Recurso desprovido. (AG. nº 40.473 — RS — Rel. Sr. Min. Carlos Mário Velloso, 3ª Turma. Unânime. *DJ* 12-12-79).»

V

Acrescento, em atenção ao memorial que me foi encaminhado pelas autoras, que não tem aplicação à espécie a Instrução Normativa nº 095 de 27-9-84, seja porque o referido ato foi editado muito posteriormente ao lançamento cuja anulação é alvitrada, seja porque não se conforma com os textos legais antes analisados.

VI

Pelos referidos fundamentos, nego provimento ao recurso das autoras e dou provimento à apelação da União Federal, a fim de julgar a ação totalmente improcedente.

EXTRATO DA MINUTA

AC 71.358 — RJ — (Registro nº 2.017.652) — Rel.: O Sr. Min. Carlos M. Velloso. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Empresa de Navegação Aliança S/A. Advs.: Dr. Durval Boulhosa e outro.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Bueno de Souza negando provimento à apelação, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg. 17-4-85, 4ª Turma.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 71.358 — RJ
(Registro nº 2.017.652)

Relator Originário: Sr. Ministro Pedro Acioli

Relator p/o Acórdão: Sr. Ministro Américo Luz

Embargante: União Federal

Embargado: Empresa de Navegação Aliança S/A

Advogados: Drs. Durval Boulhosa e outro

EMENTA: Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou extravio. Responsabilidade do transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigo 28, II, e art. 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431, de 1968, art. 30, § 3º

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, em procedimento regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37/66, artigos 28, II, e 60, parágrafo único. Decreto 63.431/68.

II — No caso de importação isenta de tributos, não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria que indenizar. A norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, dispendo de forma contrária, extrapola da lei, o art. 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer.

III — Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de novembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: A União Federal inconformada com a decisão de folhas 253/276, retratada no v. acórdão de fl. 273, assim ementado:

Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou extravio. Responsabilidade do transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigo 28, II, e art. 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431, de 1968, art. 30, § 3º.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, em procedimento regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37/66, artigos 28, II, e 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431/68.

II — No caso de importação isenta de tributos, não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria que indenizar. A norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, dispendo de forma contrária, extrapola da lei, o art. 60, parágrafo único do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer.

III — Recurso da transportadora provido. Prejudicado o apelo da União Federal (fl. 273),

apresenta Embargos Infringentes, insurgindo-se contra os votos vencedores, a fim de prevalecer a tese esposada no voto vencido do insigne Ministro Pádua Ribeiro

«Caraterizada a responsabilidade do transportador pelo pagamento do imposto, resulta da lei que não pode aquele ser beneficiário da alegada isenção, pois

‘A isenção ou redução, quando vinculada à destinação dos bens, ficará condicionada ao cumprimento das exigências regulamentares e, quando for o caso, à comprovação posterior do seu efetivo emprego nas finalidades que motivarem a concessão». (Decreto-lei citado, art. 12).

Nesse sentido, argumentou o Conselheiro Levy Valério de Oliveira (fls. 21/22):

‘Quando à pretensão de que seja reconhecido o benefício fiscal previsto para a importação de mercadoria em causa, é de todo improcedente. Com efeito, o benefício fiscal visa estimular e desenvolver setores e atividades econômicas de relevante interesse para o país ou favorecer instituições de fins assistenciais ou educacionais. Deste modo, a isenção ou redução de direitos na importação está sempre vinculada à destinação dos bens. Verifica-se, então, que o favor fiscal, na importação, deve ser reconhecido, formalmente, através do despacho aduaneiro, sem que, no entanto, adquira, desde logo, caráter irrevogável, estando a concessão condicionada à comprovação da boa aplicação, na forma do art. 12 do Decreto-Lei nº 37/66. No caso de falta, em que sequer foi a mercadoria incorporada à economia do país, foi frustrado o objetivo econômico-social que justificaria o benefício. Tampouco, se poderá atender, por impossível, a condição relacionada à comprovação da boa aplicação do bem, no fim a que estaria destinado. Demonstra-se, assim, a total improcedência da pretensão da recorrente’ (fls. 265/266).

A isenção, que se encontra no campo da incidência, é «a inexigibilidade do tributo em decorrência de ter um fato, potencialmente capaz de gerar a obrigação tributária, sido, expressamente, excluído pela lei». (Fábio Leopoldo de Oliveira, in M. de Direito Tributário, Ed. Resenha — 1982 — pag. 70)

Desse modo, vê-se que o v. acórdão teria, antes de reconhecer que a isenção beneficiava o transportador, data venia, de apurar em que caráter a isenção fora concedida, se geral ou especial; para a mercadoria ou para o importador.

É sempre decorrente de lei, que especifica as condições e requisitos exigidos para a concessão da isenção (CTN, art. 176) e, quando não concedida em caráter geral, depende de provas do preenchimento dos requisitos (CTN, art. 179).

No dizer do saudoso Aliomar Baleeiro, há de compreender-se que a isenção é dirigida à consecução de um fim determinado e específico de interesse social a cargo de quem a concede. Esse fim revela a *ratio iuris*. In *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 1974, pág. 521.

Ora, só o fato de a mercadoria estar isenta de tributos não garante ao transportador o mesmo direito que tinha o importador. Este obtivera o benefício por ter preenchido os requisitos legais, o mesmo não ocorrendo com o transportador.

A isenção no caso foi concedida em caráter especial e individual à firma Metalnobre Paraná Produtos Médicos Ltda. com a condição de aplicar os produtos importados no desenvolvimento industrial interno. Trata-se, portanto, de favor fiscal, condicionado e pessoal, estipulado para a firma importadora. Essa isenção foi concedida por despacho individual, considerando-se a relevância que teriam os produtos importados no desenvolvimento industrial brasileiro. Ao avariar as mercadorias, a transportadora frustrou o benefício que adviria para o nosso parque industrial da sua utilização.

A presunção estabelecida pelo art. 60, II, do Decreto-Lei nº 37/66, remete o transportador para o campo da incidência, porque, se há isenção, operou-se o fato gerador da obrigação tributária, o qual, se para o importador está afastado, face à isenção, o mesmo não ocorre quanto ao transportador. Este não solicitou nem cumpriu os requisitos da isenção (CTN, art. 176).

Por isso, existe a norma do art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, que se ajusta com as disposições dos arts. 40 e 60, parágrafo único do Decreto-Lei nº 37/66.

Finalmente, estender a isenção concedida ao importador, como fez o v. acórdão recorrido é, *data venia*, fazer interpretação extensiva, o que é vedado face à determinação contida no 111, I, do CTN.» (Fls. 278/280).

Admitindo-se os embargos, impugnou-os Empresa de Navegação Aliança S/A, sustentando a tese dos votos majoritários, do culto Ministro Carlos Mário Velloso, chancelado pelo não menos culto Min. Bueno de Souza, assim expressa:

«Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou extravio. Responsabilidade do transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigo 28, II, e art. 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431, de 1968, art. 30, § 3º

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, em procedimento regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37/66, arts. 28, II, e 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431/68.

II — No caso de importação isenta de tributos, não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria que indenizar. A norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, dispendo de forma contrária, extrapola da lei, o art. 60, parágrafo único do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer.

III — Recurso da transportadora provida. Prejudicado o apelo da União Federal.»

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO (Relator): Na AC nº 86.729 — RJ, de que fui Relator e em que se examinou matéria igual, decidiu esta Eg. Turma:

«Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou extravio. Responsabilidade do transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 28, II, e art. 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431, de 1968, art. 30, § 3º.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, em procedimento regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37/66, arts. 28, II, e 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431/68.

II — No caso de importação isenta de tributos, não há que se falar em responsabilidade do transportador, por que nada haveria que indenizar. A norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, dispendo de forma contrária, extrapola da lei, o art. 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer.

III — Recurso da transportadora provido. Prejudicado o apelo da União Federal.» (DJ de 18-4-85).

No meu voto, disse eu:

«O que sustento é que, havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, ou a avaria, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos (Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigos 28, II, e 60, parágrafo único; Decreto nº 63.431, de 1968).»

Na AC nº 54.083 — RS, de que fui Relator, foi assim que decidiu esta egrégia Turma:

«Tributário. Importação. Dano, avarias ou extravio. Transportador, responsabilidade. Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 28, II, e art. 60, parágrafo único. Decreto nº 63.431, de 16-10-68.

I — Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros. Apurados os danos, ou avaria, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser pagos. Decreto-Lei nº 37, de 1966, arts. 28, II, e 60, parágrafo único; Decreto nº 63.431, de 1968.

II — Responsabilidade, no caso, do transportador, apurada em procedimento administrativo regular (Decreto nº 63.431/68).

III — Recurso provido.» (DJ de 11-6-81).

No voto que então proferi, disse eu:

«Dispõe o art. 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37, de 18-11-1966:

«Art. 60. Considerar-se-á, para efeitos fiscais:

I — Dano ou avaria — qualquer prejuízo que sofrer a mercadoria ou seu envoltório;

II — extravio — toda e qualquer falta de mercadoria.

Parágrafo único. O dano ou a avaria e o extravio serão apurados em processo, na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo ao res-

ponsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.»

«Havendo avaria ou extravio, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros (Decreto-Lei nº 37/66, art. 28, II). Apurados os danos, ou a avaria, ou o extravio, em processo regular, na forma prevista no regulamento, caberá ao responsável «indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.»

«Tem-se, pois, que a lei quer que o responsável pela avaria ou o extravio, pague aquilo que deixou de ser pago pelo importador. É que o dispositivo legal, parágrafo único do artigo 60 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, é expresso no prescrever que caberá ao responsável «indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.»

Não há que se falar, destarte, como quis a sentença, em caracterização do *fato gerador* do Imposto de Importação, em relação ao transportador. O fato imponible, em caso assim, se põe o cavalheiro da questão. Sua ocorrência não se discute: ela se deu. Acontece que, em rarão de extravio da mercadoria ou de avarias, exime-se o importador do pagamento dos tributos aduaneiros (Decreto-Lei nº 37/66, art. 28, II). O responsável pelo danos, pela avaria, ou pelo extravio, o que será apurado na forma prevista no regulamento, simplesmente indenizará a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência da avaria ou do extravio, deixarem de ser pagos.

Essa apuração, ou o procedimento regular dessa apuração, está regulado no Decreto nº 63.431, de 16-10-68, que regulamenta a vistoria de mercadoria estrangeira e a conferência final de manifesto pelas repartições aduaneiras.

No caso, essa vistoria se fez (fls. 64/71), resultando a responsabilidade do transportador (Decreto nº 63.431/68, arts. 22 a 24).

Se a autora não conseguiu, no procedimento administrativo, elidir tal responsabilidade, não escaparia da obrigação que tem de indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência da avaria, deixarem de ser recolhidos.

É verdade que, posta a questão em Juízo, poderia a autora, ora apelante, através dos meios de prova adequados, demonstrar que não foi sua responsabilidade. Isto, todavia, no caso, não foi feito.

O protesto que fez, anteriormente à propositura desta ação, não tem a extensão que lhe empresta a sentença. O que se exigiria da autora é que a mesma demonstrasse que não foi sua a responsabilidade pelas avarias. E isso, repete-se, ela não fez.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, invertidos os ônus da sucumbência: a vencedora pagará as custas e a verba honorária de 10% (dez por cento) do valor da causa.»

Claro ficou, então, que o responsável pelo extravio ou pela avaria — o transportador, o que deve ser apurado em procedimento regular, na forma do regulamento — Decreto-Lei nº 37/66, art. 60, I e II; Decreto nº 63.431/68 — pagará aquilo que deixou de ser pago pelo importador, vale dizer, indenizará a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.

Ora, sendo assim, tendo caráter simplesmente indenizatório a responsabilidade do transportador, não posso admitir qualquer responsabilidade deste, no caso de uma importação isenta do tributo. Neste caso, indenizaria o que o transportador? Em verdade, nada haveria que indenizar, mesmo porque o que quis o legislador do Decreto-Lei nº 37/66, art. 60, I, e seu parágrafo único, foi ressaltar os prejuízos sofridos pela Fazenda Nacional, com o não recolhimento do Imposto de Importação por parte do importador. Ora, se a carga não estava sujeita ao pagamento do imposto, não há que falar em prejuízo da Fazenda.

Em caso igual, decidiu esta Egrégia Turma, na AC nº 56.454-RJ, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg:

«Importação. Imposto devido sobre mercadoria danificada ou extraviada. As normas dos arts. 1º e 60 do Decreto-Lei nº 37/66 se destinam a evitar prejuízo da Fazenda Nacional por falta de recolhimento de tributos, não tendo aplicação, no caso de mercadoria importada com isenção. Anulação de débito.» (DJ de 11-11-1980).

Destarte, a norma regulamentar, art. 30, § 3º, do Decreto nº 63.431, de 1968, ao dispor que, mesmo ocorrendo isenção em favor dos importadores, fica o transportador sujeito ao pagamento do respectivo imposto, caso se constate falta ou avaria na mercadoria importada, extrapola da lei, o artigo 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66, pelo que não pode prevalecer. Assim votei e assim decidimos na REO nº 54.088-SP., de que fui Relator.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo da autora, para o fim de julgar procedente a ação, arcando a União Federal, vencida, com o pagamento da verba honorária de 10% do valor da causa e devendo, também, reembolsar a vencedora as custas pagas. Em consequência, tenho como prejudicado o apelo da União Federal.»

Bem lembrou a apelada, na REO nº 54.088-SP, votei, na antiga 3ª Turma, no sentido acima exposto, com o apoio dos meus eminentes pares (DJ de 12-12-79, pág. 9.392). Aliás, no voto acima transcrito, isto está mencionado.

Do exposto, nego provimento ao apelo» (fls. 256/260).

Afinal, pede a rejeição dos embargos, confirmando o v. acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A matéria in examen já foi por mim várias vezes examinada, o que ensejou decisão que se harmoniza com a tese do voto vencido do ilustre Ministro Pádua Ribeiro, que, por sinal ilustrando seu douto voto, transcreve acórdão da minha autoria, na AC 78.652 — RJ (fl. 266), assim ementado:

«Tributário. Imposto de Importação. Fato gerador. Decadência. Falta de mercadoria importada, verificada pela autoridade aduaneira. Responsabilidade fiscal do transportador.

1. Tendo sido o contribuinte notificado do lançamento antes de decorrido cinco anos do fato gerador, não há falar em decadência.

2. A mercadoria consta como importada e cuja falta ou extravio venha a ser apurado pela autoridade aduaneira, será considerada como entrada no território nacional, para efeito de configuração do fato gerador do imposto de importação (Decreto-Lei nº 37/66, art. 1º, parágrafo único).

3. Enquanto a mercadoria sob controle aduaneiro estiver em trânsito, o transportador por ela é responsável, como fiel depositário, e, nesta qualidade, responde, quanto às obrigações fiscais, por eventual liquidação. Por outro lado, a isenção, desde que concedida sob condições, isto é, vinculada à destinação ou à qualificação do importador, não pode beneficiar ao transportador, quando responsável por obrigação fiscal, decorrente de extravio ou falta de mercadoria não justificada. Por fim, é de ver-se que as diferenças, para mais ou para menos, no peso ou no volume manifestado, dentro dos limites legais toleráveis, afasta a cominação de penalidade pecuniária, não, porém, o tributo devido.

4. Improvimento da apelação».

Filio-me a tese do voto vencido, porque sempre votei, assim, na egrégia 5ª Turma, do TFR, onde sustento que «o transportador responde tributariamente pelas mercadorias em falta, avariadas no transporte marítimo, na forma do art. 41, do Decreto-Lei nº 37/66».

Nessa linha de idéias, chancelo o princípio defendido pelo douto voto minoritário do eminente Ministro Pádua Ribeiro, e, via de consequência, acolho os embargos.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente.

Data venia do voto proferido pelo eminente Relator e do voto que na Turma proferiu o eminente Sr. Ministro Pádua Ribeiro, estou em que a tese que deva prevalecer é a dos votos vitoriosos no julgamento do recurso. De modo que, com a devida vênia, rejeito os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Ministro-Relator e aos eminentes Ministro que votaram no mesmo sentido para acompanhar o voto do Sr. Ministro Américo Luz. Afigura-se-me que do modo por que foi prevista a responsabilidade, não haveria que duvidar. O causador dos danos só é responsável pelos tributos que deixaram de ser recolhidos.

Desse modo, não se coloca a questão de saber se se trata de isenção subjetiva ou objetiva; trata-se de modo por que foi prevista a responsabilidade. Se tributos não havia a recolher, não há o que indenizar.

Peço vênia, pois, para rejeitar os embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Senhor Presidente, data venia do Ministro Relator, rejeito os embargos.

Lê-se no art. 60 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 37/66:

«Art. 60. Considerar-se-á, para efeitos fiscais:

I — dano ou avaria — qualquer prejuízo que sofrer a mercadoria ou seu envoltório;

II — extravio — toda e qualquer falta de mercadoria.

Parágrafo único. O dano ou avaria e o extravio serão apurados em processo, na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos».

Ora, se não havia tributo a ser recolhido, em decorrência da isenção, não tem sentido a regra do art. 30 do Regulamento, que prevê o ressarcimento do valor do imposto na hipótese de avaria ou dano. Este fato — avaria ou dano — é irrelevante ao recolhimento do ingresso.

Ademais, o art 106 só prevê a multa de 50% na eventualidade de extravio ou falta (inciso II, letra d), não havendo qualquer cominação em se tratando de avaria.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO: Sr. Presidente, reporto-me ao voto que proferi na Turma e que serviu de base para o acórdão.

Com a vênha do Sr. Ministro Relator, acompanho o Sr. Ministro Américo Luz, rejeitando os embargos.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Senhor Presidente, data venia dos doutos votos em contrário, acompanho o Senhor Ministro Relator, reportando-me a voto que farei juntar aos autos.

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.724 — RJ
(Registro nº 4.145.577)

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Por primeiro vê-se do processo, a partir do auto de infração (fl. 57) que o crédito fiscal anulando é imputado, apenas, à primeira suplicante, e, nesse contexto, carece a segunda autora — Companhia de Navegação Marítima Netumar — de legítimo interesse de agir, pelo que, no referente a essa, extingo o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Reduzido o debate ao pedido da primeira requerente — S/A Marítima Eurobrás Agente e Comissária — de início acentuo que a mesma é tratada nos autos, desde a autuação fiscal (fls. 57 e seguintes) como transportadora, tendo por objeto social o transporte aquaviário de cargas, não lhe aproveitando assim, ao propósito os precedentes jurisprudenciais que favorecem o simples agente marítimo.

No mérito, de início, é de assentar-se que a alegação básica da primeira apelante de cuidar-se, in casu de mercadoria importada sujeita à alíquota zero é contrariada pela ré-apelante, quando afirma às fl. 38:

«Dos objetos, o fosfato monoamônico estava classificado na posição 31-05-01-99, e tributado à alíquota de 15%, e o fertilizante granulado estava classificado na posição 31-03-06-00, e tributado à alíquota de 20%, alíquotas essas adotadas pela Resolução do Conselho de Política Aduaneira nº 1959, publicadas às fls. 50 do Suplemento ao DO, de 31-12-73, assim como pelo autor da Representação anexa por cópia, ex vi dos parágrafos únicos, dos arts. 1º e 23, do Decreto-Lei nº 37 de 1966, os quais determinam para a hipótese de falta apurada através conferência final de manifesto, que se cobre os tributos na base que então vigir. Esse princípio se apoia na doutrina do fato gerador complexo, à qual me refiro mais detalhadamente no final do trabalho, ao abordar a questão da taxa de câmbio. Demonstrada portanto a tributabilidade da mercadoria.»

Trata-se de aspecto que deveria ter sido devidamente demonstrado pela autora omissão que esvasia toda a argumentação, partida dessa premissa.

Outrossim, a responsabilidade tributária do transportador no caso de falta de mercadoria por extravio deflui inequívoca do art. 22, I, do CTN, 41, III e 60 do Decreto-Lei nº 37/66, de cuja conjugação se extrai haver a legislação pertinente equiparado ao importador, como sujeito passivo da relação tributária material o transportador da mercadoria que sofre extravio.

No que concerne ao fato de a mercadoria importada, que sofreu extravio, ser a granel, este Tribunal, já proclamou a responsabilidade tributária do transportador, ao fixar que o artigo 41 do Decreto-Lei nº 37/66, ao referir a volume descarregado com peso inferior ao manifestado, não impõe que a mercadoria esteja acondicionada em volumes ou unidades de modo a afastar de sua disciplina a carga transportada a granel (AMS 77.800 — Rel. Min. Aldir Passarinho — DJ 26-5-78 pág. 3674).

Descabe invocar-se a IN 12, de 6-4-76 da Secretaria da Receita Federal, fixadora do limite de tolerância na diminuição do peso verificado no transporte, pois ali se exclui apenas, a imposição de multa, subsistente do imposto, precisamente o critério adotado na órbita administrativa (fl. 57).

Nesse sentido, é de lembrar-se precedente da egrégia 4ª Turma, relatado pelo Min. Pádua Ribeiro, assim ementado (fls. 109/10):

«Tributário — Imposto de Importação — Falta de mercadoria importada — Responsabilidade do Transportador.

I — Nos casos de mercadorias importadas do exterior, a granel, por via marítima, as faltas não superiores a 5% (cinco por cento) excluem a responsabilidade do transportador quanto à multa, *mas não com relação ao imposto de importação*. Aplicação do Decreto-Lei nº 37/66, art. 1º, parágrafo único, Decreto-Lei, III, e 169. Precedentes do TFR.

III — Apelação desprovida». (AC Cível nº 66.568, Rel. Min. Pádua Ribeiro, unânime, Quarta Turma, DJU de 4-10-84).

Igualmente, é de invocar-se a decisão desta Egrégia Turma, em sua última sessão, proferida na AMS nº 82.771, doutamente relatada pelo ilustre colega Min. Geraldo Sobral.

Paralelamente, não há reportar-se à ocorrência *in casu* da excludente de vício da própria mercadoria, caso fortuito ou força maior, seja por falta de prova concludente, seja porque aqui a ré exige só o tributo, afastada a imposição de multa.

Ademais é de manter-se o critério de cálculo da correção monetária aceito no lançamento, ante à ausência de depósito anterior da importância em litígio.

Por fim, no tocante à aplicação, para efeito de cálculo do imposto, da moeda estrangeira vigente à época da conclusão da conferência final do manifesto do navio, mantenho o critério do lançamento anulando, fazendo remissão, no particular, ao douto voto do Min. Geraldo Sobral, atrás referido, de cujo teor destaco:

«Finalmente, quanto ao último argumento, levantado pela União Federal, em seu recurso, ao se insurgir contra a fixação da data da taxa de conversão, ou melhor precisando, contra o momento da ocorrência do fato gerador, na espécie *sub judice*, tendo que a apelação merece ser provida.

Venho decidindo, nos casos de mercadoria importada cuja falta foi apurada pela autoridade aduaneira, que se considera como ocorrido o fato gerador do imposto de importação, o momento de apuração da falta, sendo conciliáveis as disposições do artigo 19 do CTN com as do artigo 23, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66 (Súmula 04/TFR).

Neste mesmo sentido já se pronunciou o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, quando do julgamento da Apelação Cível nº 80.576 — RJ — (Reg. 4.173.660), em 31-8-83, DJ de 6-10-83, em decisão unânime da colenda 4ª Turma, cujo aresto ficou assim ementado:

«Tributário — Importação — Falta de mercadoria — Conferência de manifesto — Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigo 1º, parágrafo único do artigo 23, parágrafo único — Súmula nº 4 — TFR.

I — Mercadoria que consta ter sido importada e, cuja falta vem a ser apurada pela autoridade aduaneira. Decreto-Lei nº 37/66, art. 1º pa-

rágrafo único. O fato gerador, no caso, só se aperfeiçoa na data em que a autoridade aduaneira apurar a falta ou dela tiver conhecimento. Decreto-Lei nº 37/66, art. 23, parágrafo único.

II — Recurso desprovido».

Por conseguinte, a apelação da União Federal merece ser provida para que a taxa de câmbio seja a vigente no momento do fato gerador, que, na espécie sob julgamento, corresponde à data em que se apurou a falta da mercadoria importada».

Por tudo quanto foi aduzido e deduzido, nego provimento à apelação, com a explicitação ressalvada, quanto à segunda apelante.

VOTO DESEMPATE

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Presidente): O julgamento está empatado, porque quatro dos Srs. Ministros votaram com o Sr. Ministro-Relator e cinco outros a ele se opuseram.

Na Turma, tenho me manifestado, seguidamente, no sentido do voto proferido pelo Sr. Ministro Carlos Velloso, que predominou no julgamento embargado. Assim, desempato rejeitando os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 71.358 — RJ — (Reg. nº 2.017.652) — Relator originário: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Relator para o acórdão: Sr. Ministro Américo Luz. Embargante: União Federal. Embargado: Empresa de Navegação Aliança S.A. Advogados: Drs. Durval Bουλhosa e outro.

Decisão: Pelo voto de desempate do Sr. Ministro Presidente, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos, vencidos os Srs. Ministros Relator, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão e Sebastião Reis.

Os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Torreão Braz, Carlos Velloso e Miguel Ferrante votaram com o Sr. Ministro Américo Luz, designado para lavrar o acórdão.

Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG (Em 19-11-85 — Segunda Turma).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.197 — SP
(Registro nº 1.102.710)

Relator: O Senhor Ministro William Patterson

Aptes.: Joaquim Ernesto Freire de Amorim e outros

Apdos.: Sociedade Civil Parque São Vicente, Cia. de Habitação da Baixada Santista — COHAB Santista, Prefeitura Municipal de São Vicente e União Federal

Advs.: Drs. Francisco Prado de Oliveira Ribeiro e outros, José Geraldo Ferreira de Castilho e outros, Maria Leticia Borges de Souza Lima e outros e Rubens Peres Martins

EMENTA: Administração. Terrenos de Marinha. Posse. Inscrição no SPU.

Comprovado, por meio de hábil documentação e válida perícia técnica judicial, que a área questionada não coincide com aquela descrita pelos autores, e considerando que restou demonstrado, de forma indubitosa, o regular processamento de inscrição perante o SPU, quanto à posse de um dos réus, a improcedência da pretensão (registro) é manifesta.

Sentença confirmada.

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, 13 de março de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente. MINISTRO WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Na bem lançada sentença de fls. 461/468, o Dr. Homar Cais, eminente Juiz Federal da Oitava Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, expôs minuciosamente a matéria discutida nos presentes autos nestes termos:

«Joaquim Ernesto Freire de Amorim e sua mulher d. Iracema da Conceição Santos de Amorim, José Monteiro Esteves e sua mulher d. Vera Maria da Nova Esteves e Walter Uzzo e sua mulher d. Dilmar Gaspar Uzzo, qualificados nos autos promovem a presente Ação Ordinária contra a União Federal, Sociedade Civil Parque São Vicente, Prefeitura Municipal de São Vicente e Cia. de Habitação da Baixada Santista, alegando, em síntese, que são compromissários compradores da área remanescente do «Sítio das Palmeiras» situado no Município de São Vicente, de acordo com os instrumentos que mencionam no item 1º da inicial, o qual mede 174.000,00m² e se descreve pela forma explicitada à fl. 4, item 2º, confrontando com o «Sítio do Bugre», de Paschoal Conzoz e outros, «Sítio Pedro Duarte» e Sítio Indaiatuba», de propriedade da Sociedade Civil Parque São Vicente, sendo certo que quando do advento do Decreto-Lei nº 9.760/46 já seus antecessores se achavam em plena e antiga ocupação de todo «Sítio das Palmeiras», nele incluída a área remanescente acima descrita, toda ela constituída por terrenos de marinha, mantendo os autores a posse efetiva desde que a adquiriram, donde terem direito à sua inscrição junto ao Serviço do Patrimônio da União, como ocupantes, mas esse órgão entendeu de negar referida inscrição pelos mesmos requerida (Proc. nº 303.695/73, sob o fundamento de que já a deferira à Sociedade Civil Parque São Vicente, na qualidade de proprietária do «Sítio Indaiatuba».

Promoveram os autores, como medida preparatória da presente ação e para deixar esclarecido que a área de marinha antes referida está dentro dos limites do «Sítio das Palmeiras», medida cautelar de vistoria, que tramitou perante este Juízo e onde o perito conclui que o «Sítio Indaiatuba» — não abrange a área em questão, donde estar evidente o equívoco do SPU.

Aduzem mais os autores que, estando em curso a citada vistoria, tomaram conhecimento que a Sociedade Civil Parque São Vicente, a quem o SPU deferiu ilegalmente a inscrição de ocupante, doou a referida área à Prefeitura Municipal de São Vicente e esta estava em tratativas para transferi-la à Cia. de Habitação da Baixada Santista as quais foram notificadas para que não alegassem boa-fé.

Pedem, de conseqüência, a anulação do ato administrativo praticado pelo SPU, reconhecendo-se o direito de inscrição de ocupante em favor dos autores, condenando-se os réus ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

A inicial veio instruída com os documentos de fl. 8 usque 184.

Regularmente citados, contestaram os réus o pedido da inicial.

A Prefeitura Municipal de São Vicente (fls. 214/216) sustentou que recebeu a área questionada por doação feita pela Sociedade Civil Parque São Vicente, negando tenham ou tivessem os autores posse da mesma, sendo que os mesmos não estavam inscritos no SPU para que pudesse ocupá-la e, mesmo que houvesse apossamento, seria este ilegal em face do disposto no art. 100, letra a, do Decreto-Lei nº 9.760/46, não tendo direito de preferência, pedindo a improcedência do feito.

A Companhia de Habitação da Baixada Santista contestou o feito às fls. 218/219, juntando os documentos de fls. 220/225, alegando que a escritura via da qual recebeu por doação a área questionada constitui ato jurídico perfeito, transferindo-se para si todos os direitos e obrigações de ocupante do imóvel, como o demonstra certidão expedida pelo SPU.

A Sociedade Civil Parque São Vicente contestou a ação às fls. 227/234, instruindo sua defesa com os documentos de fls. 235/248, aduzindo preliminar de nulidade da vistoria, porque da mesma não participou, como o exige a lei e, no mérito, após narrar o encadeamento por via do qual adquiriu o imóvel

em questão, por si ocupado há muitos anos e inscrito junto ao SPU através de processo que tramitou pelo órgão durante quase 20 anos, esclarece que o imóvel descrito e caracterizado pelos autores não se confunde com aquele de que detém a posse, impondo-se a improcedência da ação.

Réplica dos autores às fls. 253/256.

A União Federal contestou a ação às fls. 259/261, juntando informações administrativas e sustentando, como preliminar, a nulidade da perícia elaborada, bem como que a área, havendo sido doada à Prefeitura Municipal de São Vicente passou a integrar o patrimônio público, donde merecer ser indeferida a pretensão dos autores, sustentando, no mérito, a legalidade do ato administrativo, praticado após minudentes estudos e análise dos dados que foram apresentados ao SPU, donde ser improcedente a ação».

Sentenciando, após detida análise dos elementos trazidos aos autos durante a instrução, julgou improcedente a ação, estipulando os ônus decorrentes da sucumbência.

Inconformados, apelaram os autores (fls. 471/478), em críticas ao decisório por ter dado prevalência aos laudos periciais, em detrimento das provas testemunhais.

A Sociedade Civil Parque São Vicente, a Companhia de Habitação da Baixada Santista — COHAB Santista, a União Federal e a Prefeitura Municipal de São Vicente ofereceram suas contra-razões às fls. 481/483, 486/487, 488/v. e 490/491, respectivamente.

Nesta instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo desprovemento do recurso interposto (fls. 497/498).

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Os autores pretendem fazer prevalecer a prova testemunhal, com o intuito de demonstrar a posse dos terrenos que desejam registrar. Acontece, porém, que sequer esse elemento lhes favorece, consoante realçou o digno sentenciante, pela imprecisão e dubiedade declarações colhidas.

Ainda que assim não fosse, não poderia esse tipo de prova suplantar a realidade reletida na documentação trazida aos autos e, principalmente, a perícia técnica, que descartam, de modo irrefutável, a possibilidade da cogitada inscrição no SPU.

Bastaria um pequeno dado, que veio a lume com o aludido trabalho, para fazer fenece qualquer postulação nesse sentido. Com efeito a área que os suplicantes alegam possuir, remanescente do «Sítio das Palmeiras» não corresponde à verdade dos fatos apurados. A transcrição nº 29.615, expressamente mencionada no documento de cessão, não revela a desejada identidade com esse último. O culto Magistrado deixou bem claro a circunstância, ao assinalar:

«Ora, o que foi prometido à venda aos autores foi, *verbis*:

«o saldo remanescente do Sítio Palmeiras, havido pela transcrição nº 29.615 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Comarca, à fl. 70 do livro 3-AA, que devido a diversas transações anteriormente efetuadas, o referido saldo ficou constituído (5) ilhas, sendo uma na entrada, à margem esquerda do Rio Sambaiatuba, e as outras 4 no mar, que vai para o Pombeva da parte esquerda até o rio Indaiatuba, todas formadas por marinha e acrescidos, em sua maior parte» (Cf. doc. legível de fls. 283vº, assim como docs. de fls. 17, 18vº e 26vº).

Por sua vez a transcrição nº 29.615, efetuada em 13-1-1926 e expressamente mencionada nos instrumentos supra-referidos, diz respeito à aquisição.

«conjuntamente com outros imóveis também situados neste município e comarca de Santos, mais as terras do Sítio Palmeiras e Bom Retiro, também outrora chamado Santa Maria e Ilhas das Palmas, com as seguintes confrontações: pelo lado esquerdo do caminho que desta cidade vai a São Vicente, parte com terras de dona Margarida da Graça Martins, por outro lado com o mar e Rio São Jorge, e por outro lado com terras que foram de Manoel Martins Sant'Anna, hoje propriedade dos doadores transmitentes, compreendendo-se as ilhas cercadas por mangues, as quais são descritas em escritura de compra a Carlos Xavier de Moraes, terras que outrora foram de Jorge Avelino, com casa de moradia, adquiridas pelos doadores (transmitentes) de dona Marianna Josefina Martins Rodrigues e Dr. Augusto Fomm, por escritura de 11 de fevereiro de 1899, com todas as benfeitorias existentes nas mesmas terras...» (V. fls. 107 e vº).

Remontando-se à escritura de fls. 120, 122, lavrada em 20 de junho de 1870, verifica-se que inexistia a descrição dada pelos autores, verificando-se do último dos documentos mencionados que a descrição dada é a que constou dos instrumentos por via dos quais tiveram o imóvel prometido à venda. E ao ajustarem os autores o negócio, não ignoravam eles sua duvidosa situação, inclusive no tocante à efetiva ocupação — o que desmente a afirmação de que sempre tiveram-na continuada e efetivamente (fls. 4/5) —, pois dos instrumentos constou:

«4º) os outorgantes promitentes vendedores ficam expressamente excluídos dos riscos da evicção, assumindo-os os compromissários compradores, que declaram conhecer perfeitamente a situação jurídica do imóvel, que está em parte ocupado por intrusos, assumindo, outrossim, o encargo de legalizar as terras objeto desta escritura, perante o Serviço do Patrimônio da União, bem assim os riscos de eventuais ações judiciais necessárias à apuração e legitimação dos direitos que lhes são transferidos em consequência desta escritura, excluindo também os outorgantes promitentes vendedores de qualquer responsabilidade pela boa ou má liquidação de seus direitos» (Cf. fls. 284, 19, 21vº e 27)».

Reforça tal certeza a conclusão do laudo pericial que, de forma incisiva, nega a coincidência das regiões descritas. A propósito, vale lembrar o que disse o «expert», ao cuidar do assunto (fls. 367/368):

«*Justificativa*: embora o signatário tenha dito à fl. 93 que o imóvel objeto da presente é parte integrante do Antigo Sítio Palmeiras, pois que constituído por *ilha* situada à direita de quem ingressa no Rio Sambaiautuba — tem que se retratar.

Com as contestações havidas, o signatário teve o ensejo de examinar documentos novos, surgindo a dúvida.

Da dúvida à certeza foi apenas um passo face as novas pesquisas.

Naturalmente quem se referia a seis ilhas cercadas de mangues do antigo Sítio Palmeiras não iria descrever de forma tão simples uma grande ilha com seus 7,1 alqueires.

Provavelmente o Sítio Palmeiras todo não tivesse em terra firma esta área 7 alqueires, como então um remanescente perdido em ilhas dentro de um pequeno rio poderia ter 7,1 alqueires.

Nos desenhos mais novos juntados, o canal que aparece quase que paralelo ao Rio do Bugre dá impressão de que havia uma ilha, mas as cartas geográficas antigas desmentem.

Trata-se mesmo de uma volta do Rio do Bugre entre os marcos 2 e 3 da velha divisão que aparece no título do Sítio Indaiatuba.

Os AA teriam uma pequena ilha deste canal existente em frente à desembocadura do canal da Avenida 1646, como aparece no anexo III».

A confirmação inarredável da assertiva está na parte objetiva do laudo (quesito e resposta), *verbis*:

É certo que o imóvel em causa faz parte integrante do antigo «Sítio Palmeiras»?

Contrariamente ao que foi dito no laudo da vistoria, o imóvel em causa fica à esquerda do Rio do Bugre e Sambaiatuba, não formando ilha. Logo fica fora do Sítio Palmeiras antigo».

Esses aspectos servem para afastar qualquer pretensão sobre o domínio útil. Em relação à posse, a brigar com as alegações dos apelantes está o documento de fl. 305, relativo à inscrição da Sociedade Civil Parque São Vicente perante o SPU, datado de 30 de março de 1938, e acompanhado de todas as peças que comprovam a regular tramitação do processo perante aquele Órgão (fls. 306/334). Diante de tal evidência, como poderia o Serviço do Patrimônio da União deferir o pedido sobre reconhecimento de ocupação da area questionada?

De assinalar, ainda, que im procedem as críticas e censuras ao laudo pericial, contidas no apelo. O trabalho técnico colheu a verdadeira situação da área em litígio, diante do exame minucioso de todos os elementos fornecidos.

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

EXTRATO DA MINUTA

AC 81.197 — SP — (Reg. 1.102.710) — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Aptes.: Joaquim Ernesto Freire de Amorim e outros. Apdos.: Sociedade Civil Parque São Vicente, Cia. de Habitação da Baixada Santista — COHAB Santista, Prefeitura Municipal de São Vicente e União Federal. Advs.: Drs.: Francisco Prado de Oliveira Ribeiro e outros, José Geraldo Ferreira de Castilho e outros, Maria Leticia Borges de Souza Lima e outros e Rubens Peres Martins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 13-3-87 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.100 — RJ
(Registro nº 4.382.668)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: INPS

Apelados: Drs. Maria Mafalda Rodrigues Costa e outro

Advogados: Drs. Ismar Pereira Filho e outros, José Amar

EMENTA: Funcionalismo — Aposentadoria voluntária por tempo de serviço — Vantagens do artigo 184 da Lei nº 1.711/52.

É assegurado ao funcionário que se aposentar voluntariamente por tempo de serviço as vantagens do artigo 184 da Lei nº 1.711/52, não cabendo invocar como restrição, a norma do artigo 102, § 2º da Constituição Federal.

Apelo desprovido.

Sentença 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 anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 20 de maio de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O relatório é da lavra do Dr. Silvério Luiz Nery Cabral, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Está nos autos às fls. 47/49, o qual transcrevo sucintamente:

«Maria Mafalda Rodrigues Costa e Enedina de Moraes Passos, propuseram ação ordinária contra o INPS, objetivando o restabelecimento da vantagem que vinham recebendo com base no art. 184 da Lei nº 1.711/52, até 29-2-81, conforme os contra-cheques que ofereceram; e que o pagamento *ad futurum* se faça com os seus proventos, nos termos do Parecer nº 36, de 30-5-1980, da Consultoria-Geral da República.

.....
 Contestação às fls. 31/35, sustentando não ser o INPS réu, porque os autores eram servidores do SAPS.

No mérito, argumentou que não pode ser deferido às autoras a vantagem, em face do impedimento expresso no § 2º do art. 102 da Carta Magna.»

Após a complementação do relatório, o ilustre sentenciante passou à sentença, pela qual, e com base nas manifestações doutrinárias, nos pronunciamentos administrativos e decisões judiciais dos nossos Tribunais Superiores, julgou a ação procedente, conforme se vê à fl. 50.

A Autarquia não se convence e apela da sentença (fls. 52/54) pelo qual recurso, em preliminar, reitera a tese da vinculação das autoras ao INAMPS, que, deveria figurar no polo passivo da relação jurídica, e não o INPS, por não ser parte legítima.

No mérito, pela improcedência da ação.

As contra-razões estão nos autos fls. 57/63, pedindo a manutenção do decisório.

Subiram os autos e me vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, argumentando em contestação e nas razões de apelação, ambas as vezes em preliminar, entende o Instituto apelante que as Autoras estão vinculadas legalmente ao INAMPS, devendo, por tal razão ser decretada a exclusão do INPS do pólo passivo da relação processual, chamando-se para ocupar tal lugar o referido INAMPS.

Entendo que improcede tal argumentação. Primeiro porque as autoras foram classificadas pelo Decreto nº 76.766/55 no INPS e não no INAMPS, que só mais tarde passou a ter existência jurídica.

Por outro lado, tanto o INPS como o INAMPS são representados em juízo por sua procuradoria. Rejeito a preliminar.

No mérito, assim se pronunciou o Dr. Juiz a quo:

«A matéria não é de difícil solução, em face das inúmeras decisões judiciais proferidas a respeito, além das manifestações doutrinárias e dos pronunciamentos administrativos, que caminham para um ponto comum: se a lei concede determinada vantagem futura ao funcionário, não há que se invocar restrição genérica para contrariar o especial. Melhor dizendo, a regra geral tem as exceções que a própria lei admite, é claro, porque o direito é examinado em cada caso concreto.

A hipótese em exame é típica de direito adquirido no momento em que as autoras preencheram os requisitos para, ao aposentarem-se perceberem os proventos da classe superior; ou, se não tiver, com o acréscimo de 20%. Nada mais claro, no meu entender.»

A este respeito, o eminente Ministro Carlos Madeira, quando honrava esta Eg. Corte com sua presença, assim se manifestou ao julgar a AC nº 71.709 — MG, que trata do mesmo assunto:

«Funcionalismo — Vantagens do Art. 180 da Lei nº 1.711/52.

A Lei nº 6.481, de 5 de dezembro de 1977, que adaptou dispositivos da Lei nº 1.711, de 1952, à Constituição, afasta a eiva de inconstitucionalidade do art. 180 desse Estatuto, por afronta ao art. 102 § 2º, da Carta.

Ao funcionário que haja exercido função gratificada ou cargo em comissão por dez anos consecutivos ou não, não se exige esteja nessa situação fun-

cional, ao aposentar-se, para o gozo da vantagem prevista na alínea *b* do art. 180, da Lei nº 1.711/52 (Decreto nº 41.666, de 19-6-57, art. 1º, § 2º).»

É de total analogia com o que pretendem as autoras. Tanto que os artigos 180 e 184 do Estatuto dos Funcionários Públicos não foram revogados e nenhum dos dois afronta, como disse o eminente Relator citado, qualquer artigo da Carta Magna.

Tanto que ao emitir o parecer nº N-36 de 30 de maio de 1980, a Consultoria-Geral da República, assim se pronunciou:

«A Lei nº 6.711/79 não se referiu às aposentadorias antigas como por exemplo ocorreu com a Lei nº 6.481/77, que mandou rever aquelas decretadas desde 15-3-1968, a fim de que fosse concedida a correspondente vantagem, prevista no art. 180 do Estatuto, aos já inativos mas por ela pretendido alcançar.

O Tribunal de Contas da União, na Sessão de 4-3-80, acolheu as conclusões do parecer da sua Procuradoria, que assim justificara a aplicação duma lei nova, à situações anteriormente constituídas:

«Desde que se atribuiu a vantagem prevista no artigo 180 do Estatuto, para os anteriormente aposentados, não há razão jurídica para negar-se a do art. 184 àqueles colocados em igual situação.

Na verdade, quando existe a mesma razão deve ser dada igual interpretação.»

Assim, se o artigo 184 da Lei nº 1.711/52, assegura ao funcionário que se aposentar voluntariamente por tempo de serviço, proventos correspondentes à remuneração da classe imediatamente superior, ou aumentados de 20%, e se as autoras se encontram nessa situação, não há que se invocar, como restrição a norma do art. 102, § 2º da Constituição, pois como já visto, não há a prefalada inconstitucionalidade.

Desta forma, como as autoras fazem jus ao que pleiteiam, nego provimento ao apelo do Instituto para manter a bem lançada sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 84.100 — RJ — (Reg. nº 4.382.668) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scar-tezzini. Apte.: INPS. Apdos.: Maria Mafalda Rodrigues Costa e Outro. Avds.: Drs. Is-mar Pereira Filho e Outros, José Amar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 20-5-86).

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 84.467 — RJ
(Registro 4.761.260)

Relator: Exmº Senhor Ministro Sebastião Reis

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara — RJ

Apelante: União Federal

Apelado: Henrique Pasqualette Martins Júnior

Advogados: Drs. João Evangelista Moreira Alves de Brito e outros

EMENTA: Processual Civil. Embargos de terceiro. Fraude à execução. Fraude a credor.

Não havendo o bem sob constrição sido nomeado à penhora pelo executado, mas pela exeqüente, descabe o litisconsórcio passivo necessário do devedor pretendido pela embargada.

Tendo a alegação de fraude a credor partido da embargada tocava-lhe requerer a citação do executado e não, valer-se de sua omissão, para pleitear nulidade a essa conta.

Inexistência de fraude à execução, à luz do art. 185 do CTN.

A boa-fé do embargante foi reconhecida pela própria embargada, o que impede concluir-se, nos autos, pela ocorrência de *consilium fraudis*, ou seja, cumplicidade do adquirente — *particeps fraudis*.

Negou-se provimento à apelação e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à 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, 6 de maio de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente. MINISTRO SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Henrique Pasqualette Martins Júnior ofereceu os presentes embargos de terceiro, visando a afastar penhora inci-

dente sobre o apartamento 204 da Av. Atlântica nº 2.856, atermada nos autos de execução fiscal movida pela Fazenda Nacional contra o espólio de Renato Amorim Pereira da Silva, fazendo-o pelos fundamentos de direito e de fato abaixo resumidos:

a) em 1971, mediante alvará expedido pelo Juízo de Direito da Quarta Vara de Órfãos e Sucessões (fl. 8), foi autorizada a alienação do apartamento acima referido, sendo, após, contratada entre o ora embargante e o Espólio aludido a compra respectiva, mediante promessa de venda e compra, lavrada no Cartório do 19º Ofício de Notas, em 6 de abril daquele ano (fl.9), registrada em 12-10-72, no Cartório do 5º Ofício do Registro de Imóveis (fl. 13);

b) Ao tempo, foram extraídas certidões negativas pertinentes (fls. 15/34) dos Cartórios de Distribuição e de Registro de Interdições e Tutelas, nada constando relativamente a execuções fiscais contra o Espólio ou concernentemente ao imóvel indicado, sendo, assim, certo que a execução fiscal referenciada só foi ajuizada posteriormente à celebração da promessa e seu registro no cartório próprio;

c) por ocasião do registro da escritura definitiva de compra e venda que fora celebrada em 16-4-75, foi surpreendido com a informação do Cartório do 5º Ofício de Registro de Imóveis de que em 15-12-72 fora prenotada um penhora por força de mandado de Sétima Vara Federal oriunda de executivos fiscais movidos contra Renato Amorim Pereira da Silva;

d) ao ensejo, o MM. Juiz de Direito da Vara de Registros Públicos, após esclarecimentos prestados pelo Oficial competente, no sentido de que a penhora em causa não fora inscrita mas, apenas, prenotada, determinou por sentença, o registro da escritura definitiva, correlata, tudo conforme documentos juntos (fls. 35/46);

e) os presentes embargos devem ser julgados procedentes, por ser o embargante legítimo senhor e possuidor do imóvel em apreço, amparado por títulos regularmente celebrados e registrados, certa a sua posição de terceiro, por não ter sido parte na execução em causa.

Respondeu a União Federal às fl. 53, opondo, preliminarmente a omissão do valor da causa, na inicial, e no mérito argüindo a ocorrência de fraude a credor, visto como o executado e alienante não desconhecia, já fazia muito, a existência do débito deixado pelo de cujus, e a inventariante, ao omitir, no inventário, a declaração do débito fiscal ora garantido pela penhora embargada, fê-lo maliciosamente, pois o patrono da inventariante era o mesmo do falecido, no curso do processo administrativo-fiscal, irrelevante a boa-fé do embargante-comprador pois para a caracterização da fraude à Fazenda Pública basta estar a dívida inscrita, conforme precedente deste Tribunal que indica; de outra parte, na forma do Decreto nº 22.866, de 1933, do tributo, em qualquer tempo, são pagos preferencialmente a quaisquer outros créditos, sendo considerada em fraude da Fazenda Pública as alienações ou seu começo, realizadas pelo contribuinte em débito (art. 1º), e, por igual, o art. 185 do CTN; por último, a alegação de fraude contra credor pode ser utilmente debatida em embargos de terceiro (Rev. Jur. TJRJ — A 87.729).

A r. sentença de fls. 66/8 acolheu o pedido do embargante, julgando procedentes os embargos e insubsistente a penhora respectiva, submetendo o julgado ao reexame necessário desta Corte.

Apela a União Federal e, instruído o recurso, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifesta-se pelo provimento do recurso e remessa.

É o relatório, dispensada a revisão

VOTO

O EXMº SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (relator): A r. sentença de primeiro grau, ao julgar procedentes os embargos, fê-lo sob essa fundamentação (fl. 67):

«Dispõe o art. 185 do CTN:

«Art. 185. - 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.» (grifei)

Ocorre que, ao adquirir do espólio devedor o apartamento, em 6 de abril de 1971, não estava a dívida inscrita. Isto foi feito em 12-10-72.

Ao adquirir o imóvel, o Terceiro Embargante providenciou as certidões exigidas por lei, comprovando que nenhum ônus recaía sobre o mesmo. Trata-se, portanto, de adquirente de boa-fé, e é válida a transmissão do domínio que foi, aliás, autorizada por Alvará do Juiz do Inventário. Se houve ou não má-fé dos herdeiros ou do Patrono destes, é questão à qual é alheio o Terceiro Embargante.

Isto posto, julgo procedentes os embargos e insubsistente a penhora que incidiu sobre o imóvel.

Fixo os honorários advocatícios em Cr\$ 30.000,00.»

A apelante, em suas razões, reitera as alegações anteriores; neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em douto parecer da lavra da Procuradora Delza Curvello Rocha, aprovado pelo culto Subprocurador José Arnaldo Gonçalves, ao desenvolver a tese de que *in casu* ocorre fraude a credor, sustenta, de um lado, a adequação processual da matéria, no âmbito dos embargos de terceiro, conforme doutrina e jurisprudência que invoca (REO nº 25.032, 70.300, 71.700, 86.255 e AC nº 32.454 — DJ de 2-4-80 — 4º Turma; Pontes de Miranda — Com. ao CPC, XVI/17) e conseqüente nulidade da sentença, por falta de aplicação do art. 47 parágrafo único do estatuto processual vigente, (Hamilton de Sousa — Com. ao CPC IX/292 e Pontes de Miranda — ob. cit. ib. pg. 76) e, de outro, insiste na forma fraudulenta com que se conduziu o devedor, pois constituída a dívida em 29-10-69, foi sua inscrição retardada maliciosamente pelo falecido e por seu Espólio, através de pedido de parcelamento e outros incidentes tudo conforme se vê dos apensos, e o registro da escritura de venda só ocorreu após a inscrição da dívida e assinatura do termo de confissão do débito, sendo certo que os direitos reais sobre imóveis só se afirmam depois de transcritos ou inscritos, estando patenteados nos autos a *sciencia fraudis*, por parte do embargante, bem como o *eventus damni* resultante do estado de insolvência do Espólio, de todos conhecido, sendo de frisar-se, ainda, que o *consilium fraudis* não reclama a intenção de prejudicar, bastando a consciência de prejudicar.

Posta a controvérsia nesses termos, inicialmente, detendo-me na preliminar suscitada de nulidade de sentença, por não ter sido citado o executado para integrar a lide como litisconsorte necessário passivo, como determinado no parágrafo único do art. 47 do CPC, nesse particular, observação de relevo é a de que o imóvel sob constrição judicial não foi nomeado pelo devedor-executado mas pela exeqüente-credora (of. de fl. 59, apenso).

Sob esse aspecto, a doutrina dominante é no sentido de que só há cogitar-se do litisconsórcio levantado pela douta Subprocuradoria, quando a nomeação do bem constrito haja partido do executado, como se vê do próprio Pontes Miranda invocado no parecer retro, quando, ao comentar o CPC de 1939, (vol. IV/ 238), explicitou:

«Nos embargos de terceiro, a regra é citar-se o exeqüente mas pode ser que o executado tenha nomeado os bens e então o executado é litisconsorte necessário.»

No mesmo sentido, é o ensinamento de Frederico Marques.

De qualquer sorte, havendo a arguição de fraude a credores partido da embargada, tocava a ela pedir a citação reclamada, e, não, valendo-se de sua própria omissão, aproveitá-la em seu proveito.

Afastada a preliminar de nulidade, da prova dos autos, vê-se que a escritura de promessa de venda e compra, tendo por objeto o apartamento penhorado mais vaga de garage e 1.275% de terreno foreiro da União, foi celebrada entre o embargante e o alienante-executado aos 6-11-71, e registrada no cartório competente em 12-10-72, pacto em caráter irrevogável e irretroatável, acompanhando de imissão de posse no imóvel (fls. 9/13), antecedido de autorização judicial e certidões negativas referidas (fls. 8 e 14/34; a escritura definitiva correspondente foi assinada a 16-4-75, o seu registro foi requerido ao Juízo competente a 17-10-77, e efetivado a 22-11-79 (fls. 36/45).

Paralelamente, apura-se que as dívidas cobradas foram inscritas a 8-11-71 (fls. 3/6 dos autos de execução em apenso, a distribuição em Juízo da execução se operou em 18-11-71 — (fl. 2 apenso), a ciência e citação no mesmo mês e ano (fls. 9 e 17 do apenso), a indicação do apartamento em apreço para efeito de penhora partiu da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional — (Ofício de 10-7-72 - fl. 59 apenso) e a constrição correspondente é de 2-8-72 (apenso fl. 71).

Ao tempo dos fatos enfocados já vigia o art. 185 do CTN que, ao propósito, dispunha verbis:

«Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou o 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 bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.»

Consoante se induz do texto transcrito, ali o legislador estabeleceu a presunção *juris et jure* de fraude à execução fiscal, quando a alienação de bem do devedor se der após o ajuizamento da ação de cobrança do crédito tributário inscrito, ressalvada a hipótese do parágrafo único respectivo.

No caso concreto, como se infere dos dados temporais apontados, a promessa respectiva, irrevogável e irretroatável, com imissão de posse ao imóvel, foi lavrada por escritura pública antes da propositura da ação executiva de cobrança, em ordem a afastar a presunção peremptória de fraude à execução.

É certo que o registro correspondente, que comunica ao título oponibilidade a terceiros, ocorreu após o ajuizamento da cobrança, mas, nesse particular, a própria embargada se contenta, para efeito do art. 185 transcrito, com a lavratura do pacto, tanto assim que deslocou o debate para o campo da fraude a credores.

Centrando-me, agora, nesse ponto de divergência em que se localizaram as partes, de início, é de assentar-se que a jurisprudência do Alto Pretório firmou-se, em princípio, no sentido de que os embargos de terceiro não oferecem espaço processual adequado ao desate da discussão acerca de fraude a credores, constituindo meio idôneo, para tal, a ação pauliana (RT 595/284, RTJ 96/683, 99/1191, 110/674, 110/449, 113/1198), embora, por voto de desempate, haja admitido exceção ao princípio, no caso de insolvência notória (RTJ 100/716) ou quando evidente, provada de plano (RE nº 84.503 — DJ 12-8-83, RE nº 100.164, DJ 7-2-86).

A todo modo, a ocorrência de fraude a credores não encontra suporte na prova dos autos, ante a ausência de elementos concludentes que conduzam à configuração do *consilium fraudis* porquanto a boa-fé do adquirente-embargante é reconhecida pela própria embargada, em ambos os graus de jurisdição.

De feito, a cumplicidade do embargante — *particeps fraudis* — é de ser afastada, quando se atenta para os precedentes que antecedem à promessa-autorização judicial, apresentação de certidões negativas, escritura pública — inexistência do ajuizamento da dívida cobrada — e, depois, registro da escritura definitiva por decisão do Juiz dos Registros.

Nesse contexto, confirmo a sentença de primeiro grau, para negar provimento ao recurso voluntário da União e à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AC Nº 84.467 — RJ — (Reg. 4.761.260) — Relator Exm.º Sr. Ministro Sebastião Reis — Remte.: Juízo Federal da 7.ª Vara — RJ — Apte.: União Federal — Apdo.: Henrique Pasqualette Martins Júnior — Adv. Drs. João Evangelista Moreira Alves de Brito e Outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. (5ª Turma em 6-5-87)

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral. Presidiu o Julgamento o Exm.º Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.932 — RJ
(Registro nº 4.785.584)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Apelante: Superdata S/A Processamento de Dados

Apelado: IAPAS

Advogados: Drs. Luiz Cláudio Barbosa Bezerra de Menezes e outros, Antônio Vieira Carneiro e outro

EMENTA: Embargos à Execução — Contribuição Previdenciária — Aviso Prévio — Férias.

Não incidem contribuições previdenciárias sobre verbas indenizatórias, do tipo «aviso prévio» e férias não gozadas. Súmula 79 do TFR.

Apelação 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 provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de novembro de 1985 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Superdata S/A — Processamento de Dados, qualificada nos autos, opôs, perante o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, embargos à execução que lhe move o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, alegando, em resumo: que o embargado entende que são devidas contribuições previdenciárias sobre as quantias pagas a título de indenização (aviso prévio e férias); que, à época da notificação fiscal de lançamento, o IAPAS ainda relutava no concernente à adoção da tendência dos nossos doutrinadores que entendiam inexistir qualquer natureza salarial nas aludidas parcelas; que, decorridos mais de três anos do levantamento do débito que deu origem à execução, o entendimento da autarquia exequente já é outro, também em função da súmula 79, do Tribunal Federal de Recursos, como demonstra parecer CJ/MPAS nº 040/81 de 1981.

O MM. Juiz, às fls. 14/16, julgou, parcialmente, procedentes os embargos para excluir a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio, mantendo, porém, as parcelas pagas a título de férias.

Inconformada, apela a embargante da parte em que sucumbiu, com as razões de fls. 19/22 (lê):

Contra-razões às fls. 26/27.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina às fls. 32/34, pelo improvimento do recurso.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que o pagamento em dinheiro do «aviso prévio» devido pela rescisão de contrato de trabalho, posto não se confundir com salário, tem caráter indenizatório não incidindo sobre ele, conseqüentemente, as contribuições previdenciárias. A Súmula nº 79 consubstancia esse entendimento.

Igualmente tranquilizada se encontra a jurisprudência quanto à não incidência das referenciadas contribuições sobre valores indenizatórios excluídos do conceito de remuneração, como as férias. A propósito, registro o acórdão na Apelação Cível nº 76.670—RJ, relatado pelo Ministro José Dantas, assim ementado:

«Previdência Social.

Contribuição. Nulidade de lançamento, posto não incidir contribuições previdenciárias sobre verbas indenizatórias, do tipo compensatório de «aviso prévio» e «férias», não gozadas, a exemplo da orientação consubstanciada na Súmula 79—TFR.»

Recentemente esta egrégia Turma confirmou esse entendimento no julgamento da Apelação Cível nº 75.086, de meu relato.

A essas considerações, dou provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 84.932—RJ — (Reg. 4.785.584) — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Apte.: Superdata S/A Processamento de Dados. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Luiz Cláudio Barbosa Bezerra de Menezes e outros, Antônio Vieira Carneiro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação (em 19-11-85 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.211 — SC
(Registro 5.566.460)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Afonso Antônio Bitencourt

Apelado: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Advogados: Drs. Jacira Caetano Ulyseia e outros, e Sônia Marques Ximenes de Melo

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria Especial.

1. Embora não seja absoluto o valor probante das anotações constantes da Carteira Profissional, no caso concreto elas foram consignadas em decorrência de pleito trabalhista, acirrado e controvertido, ao longo dos cinco anos. A peculiaridade do caso convence de que o autor está pleiteando, de boa fé, seu direito à aposentadoria especial, já que era oleiro, trabalhando diante dos fornos apropriados, por muitos anos. Ex-combatente, que litiga ao amparo da Assistência Judiciária, em precário estado de saúde.

2. Apelo provido.

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, na forma do Relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de abril de 1986 (data do julgamento).

Ministro WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Trata-se de apelação interposta por Afonso Antônio Bitencourt, beneficiário da assistência judiciária (fls. 140/152), contra a r. sentença de fls. 136/139, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. José Geraldo Batista, que julgou improcedente ação que ajuizara contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, objetivando a concessão de aposentadoria especial, negada administrativamente, sob a alegação de que nenhuma prova material do exercício da atividade declarada fora apresentada, embora conste em sua Carteira de Trabalho as anotações pertinentes, por determinação da Justiça do Trabalho (fls. 41/42 e 58/61).

ÀS fls. 140/152 o apelante reitera sua pretensão, juntando os documentos de fls. 153/155.

Contra-razões às fls. 157/163 pela confirmação da sentença.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): É certo que há jurisprudência deste Tribunal, antiga e recente, no sentido de que não faz coisa julgada contra o INPS decisão emanada da Justiça do Trabalho, consignando tempo de serviço, se a autarquia não figurou na relação processual, especialmente quando se trata de tempo remoto e há indícios de que a própria reclamatória teve a finalidade precípua de obter anotação na Carteira Profissional referente a esse tempo de prestação laboral, em épocas passadas (fls. 25/26).

No caso dos autos, porém, verifica-se que a reclamatória foi decidida, na esfera trabalhista, muitos anos antes do pedido administrativo. Ademais, não se resumiu o pedido à anotação na Carteira Profissional, o que poderia induzir à presunção de preconstituição de prova fraudulenta: o reclamante solicitou diversos direitos trabalhistas, alguns concedidos e outros repelidos pela Junta de Conciliação e Julgamento de Tubarão, que julgou apenas parcialmente procedente o pleito. Em verdade, solicitara o reclamante férias, nos períodos que indicou, 13º salário, horas extras, diferença salarial, etc (fl. 58). De salientar que a reclamada fez contestação por escrito, logrando êxito o seu recurso, contra a proclamada revelia, junto ao Tribunal Regional do Trabalho, que anulou todo o processado, inclusive a inicial, havendo integral renovação (fl. 58). Não há indício de qualquer arranjo, mas segura prova de um pleito renhido, no âmbito trabalhista.

Por outro lado, o apelante também pleiteou seus direitos na esfera administrativa, e, quando repelido, sucessivamente recorreu, a demonstrar firme convicção de que a eles faz jus.

Cumpre, ainda, salientar, que o INPS lhe exigiu comprovação do pagamento de salários, nos últimos cinco anos, o que foi relacionado, somente negando-se a assinar o rep. legal da firma empregadora, o que não é de estranhar, por ser a mesma com a qual contendia ou contendera o autor, na qualidade de reclamante.

Assim, embora não seja absoluto o valor probante das anotações constantes da Carteira Profissional, no caso, resultaram elas, e como direta consequência, do pleito trabalhista, acirrado e controvertido, ao longo de cinco anos.

Os receios manifestados pelo MM. Julgador, quanto à utilização da Justiça do Trabalho para forjar provas com repercussão junto à Previdência Social são os mesmos que nos têm levado — a mim inclusive — a repelir tais expedientes, em diversos julgados (Cf. AC nº 64.233 e RO 3.200).

No caso, porém, por sua peculiaridade, convenci-me de que o autor está pleiteando, de boa fé, o seu direito à aposentadoria especial, já que era oleiro, trabalhando diante dos fornos apropriados, por muitos anos.

O autor é ex-combatente e litiga ao amparo da Assistência Judiciária Gratuita, achando-se em difícil situação econômica e precário estado de saúde (fl. 6/7 e 154).

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para julgar a ação procedente, nos termos do pedido, condenando o INPS à concessão da aposentadoria especial pleiteada, juros moratórios, a partir da citação, correção monetária, nos termos da Súmula 71, do TFR e, após o advento da Lei nº 6.899, a contar de sua vigência, honorários de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, sem custas.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 86.211 — SC — (Reg. 5.566.460) — Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Moacir Antônio M. da Silva. Apte.: Afonso Antônio Bittencourt. Apdo.: INPS. Advs.: Drs. Jacira Caetano Ulyseia e outros, e Sônia Marques Ximenes de Melo.

Decisão: A Primeira Turma do TFR, à unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 25-4-86).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.453 — SP
(Registro nº 5.569.648)

Relator: Sr. Ministro Miguel Ferrante

Remetente: Juízo de Direito da 2ª Vara de Diadema

Apelante: Thorcabo — Cabos de Aço Comercial Industrial Ltda.

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Carlos Massimo Vecchi e outros

EMENTA: Embargos à execução — Lançamento por Homologação — Cerceamento de defesa — Certidão da dívida — Correção monetária da multa.

Desnecessário o procedimento administrativo, em caso de tributo declarado e não pago.

Inexistência do alegado cerceamento de defesa, visto que, intimada regularmente a manifestar-se sobre a impugnação, quedou-se silente, a executada.

A certidão de dívida reveste-se dos requisitos exigidos pelo art. 202 do Código Tributário Nacional.

As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária.

Remessa não conhecida.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de novembro de 1985 (data do julgamento).

MINISTRO MIGUEL FERRANTE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Thorcabo — Cabos de Aço Comercial e Industrial Ltda., qualificada nos autos, opôs, na 2ª Vara Cível de Diadema-

SP, embargos à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, para dela haver a importância de Cr\$ 121.109,30, relativa a imposto sobre produtos industrializados.

Alega, em síntese, a embargante: que a inicial não veio acompanhada do processo administrativo, constituindo, assim, cerceamento de defesa; que um encargo federal é incompatível com a função do órgão da administração estadual; que é inconstitucional o acréscimo de 20%, previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69; que há excesso de execução por cobrança em índices indevidos dos juros, multa e encargos moratórios.

Às fls. 42/46, o MM. Juiz julgou procedentes, em parte, os embargos, tão-somente para excluir o acréscimo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025/69, constante da certidão de dívida. Condenou a embargante em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução.

Submeteu a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, apelou a embargante, com as razões de fls. 49/60.

Contra-razões, à fl. 73.

Nesta instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina, a fls. 80/85, pelo provimento parcial da apelação.

Pauta sem revisão.

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Preliminarmente, anoto o descabimento da remessa necessária, na espécie, a teor do disposto no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 6.825, de 1980, visto como à data do ajuizamento da execução, o débito executando era inferior a cem Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

No mérito, reedita a apelante as alegações deduzidas nos embargos: cerceamento de defesa por não ter vindo a inicial da execução instruída com o processo administrativo respectivo; indevida correção monetária da multa e acréscimos, e invalidade do título executando, por falta de requisitos essenciais.

Ora, cuida-se de dívida relativa a imposto sobre produtos industrializados.

O lançamento decorreu da declaração do tributo, feita pela apelante, na forma e modo da legislação pertinente. A hipótese é de autolancamento ou de lançamento por homologação, prevista no artigo 150 do Código Tributário Nacional. Ao ser preenchida a declaração com o recolhimento do tributo, se for o caso, o lançamento se formaliza e será homologado, expressamente ou implicitamente, no prazo de cinco anos, se não houver manifestação do Fisco (art. 150, § 4º, do CTN). Assim, a iniciativa do contribuinte prescinde de procedimento administrativo, que somente será instaurado se a declaração for impugnada. Proceder-se-á ao lançamento *ex officio* se a declaração não for apresentada no prazo da lei (Decreto-Lei nº 1.680, de 1979, artigo 4º, § único). Feita a declaração, desde que o tributo não seja pago na época própria, a dívida é automaticamente inscrita, independente de notificação do contribuinte ou qualquer outro ato específico.

Vale registrar, a propósito, a conformidade desse entendimento com a orientação espelhada na jurisprudência desta Corte (*v.g.* os acórdãos, entre outros, na AC nº 87.907-SP e AC nº 78.082-SP, ambos de meu relato) e na do Supremo Tribunal Federal, como dão notícia os arestos nos RR EE nºs. 83.648, 87.229, 87.241 e 84.995, este último assim ementado:

«Imposto sobre Circulação de Mercadoria, lançamento por homologação ou autolancamento. Desnecessidade, neste caso, de procedimento administrativo. Ausência de negativa de vigência à Lei Federal. Recurso Extraordinário não conhecido.»

Não houve, pois, o alegado cerceamento de defesa. Ressalte-se, ademais, que intimada regularmente a manifestar-se sobre a impugnação, a apelante ficou silente e nenhuma providência requereu com vistas a comprovar suas alegações.

A par, encontra-se superada a questão relativa à correção monetária da multa, com a publicação da Súmula 45 da Corte, *verbis*:

«As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária.»

E no que diz respeito aos juros de mora, estão eles sendo exigidos, corretamente, na forma do Decreto-Lei nº 1.680, de 1979, art. 2º, combinado com o Decreto-Lei nº 1.736, de 1979, art. 1º (cf. fl.).

Por derradeiro, no concernente à Certidão de Dívida Ativa, reveste ela, à evidência, os requisitos do artigo 202 e § único do Código Tributário, gozando a dívida, regularmente inscrita, da presunção de liquidez e certeza, não ilidida por prova inequívoca.

De quanto foi exposto, não conheço da remessa e nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 86.453 — SP — (Reg. 5.569.648) — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Remte.: Juízo de Direito da 2ª Vara de Diadema. Apte.: Thorcabo — Cabos de Aço Coml. Indl. Ltda. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Carlos Massimo Vecchi e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da remessa oficial e negou provimento à apelação (Em 11-11-85 — Sexta Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.608 — RS
(Registro nº 4.988.191)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima.

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — RS

Apelante: União Federal

Apelado: Ernani Maria Fiori

Advogados: Leila Torelly Fraga da Cunha e outros

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Aposentadoria compulsória. Anistia. Adicionais.

1. Os direitos assegurados aos servidores civis se encontram expressamente mencionados na Lei nº 6.683, de 1979, aí não contemplado o tempo de afastamento compulsório para efeito de apurar-se a gratificação adicional.

2. 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, 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 OTTO ROCHA, Presidente. MINISTRO COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: O MM. Juiz Federal da 1ª Vara, da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Ari Pargendler, assim relatou e decidiu a lide, verbis:

«Nos dizeres da inicial, o autor exerceu as funções de Inspetor Federal do Ensino Secundário do Rio Grande do Sul no período de 6 de abril de 1937 a 25 de setembro de 1964, quando foi demitido com base no Ato Institucional nº 1/64. Por força da Lei nº 6.683/79, voltou ao serviço ativo e, em seguida, foi aposentado, a pedido, através de ato publicado no *Diário Oficial* da União de 22 de setembro de 1980. No total dos respectivos proventos deixou de ser computado, para efeito dos quinquênios, o período que se viu involuntaria-

mente afastado do serviço, o qual lhe asseguraria a vantagem correspondente a três quinquênios. Posto que a lei não autoriza esse entendimento, tanto que o Estado do Rio Grande do Sul, por via de parecer de sua Procuradoria-Geral, vem reconhecendo o direito a quinquênios relativamente ao indigitado período, o autor quer seja a ré condenada a revisar-lhe os proventos da aposentadoria para nela incluir os valores relativos a sete quinquênios e a pagar-lhe as diferenças atrasadas (fls. 2/6).

A ré contestou a ação. Nas suas palavras os arts. 4º e 11 da Lei nº 6.683/79, combinados com os arts. 22 e 23 do Decreto nº 84.143/79, só autorizam o cômputo do afastamento do serviço ativo para o cálculo de proventos de inatividade ou da pensão. Tudo porque esse período não foi reconhecido como de efetivo exercício. Nesse sentido o entendimento do DASP, consubstanciado nos Pareceres nºs 288/80 e 691/80 e na Orientação Normativa nº 177, a cujos termos 'não resulta da anistia a computabilidade, para efeito de quinquênio e licença especial, do tempo em que o servidor permaneceu afastado do serviço'. O Tribunal de Contas da União já se manifestou em igual sentido, nos termos do voto do Min. Luiz Octávio Gallotti, segundo o qual 'a gratificação em apreço é atribuída em função do tempo de efetivo exercício, nos expressos termos do art. 10 da Lei nº 4.345/64'. A alegação de que o Estado do Rio Grande do Sul está deferindo essa vantagem a seus servidores é de nenhuma aplicação ao caso, pois se é certo que os Estados membros têm autonomia regulamentar sobre seu pessoal, não pode invocar essa autonomia para dar à lei da anistia, que é federal, outra interpretação que não resulte da vontade do legislador federal (fls. 48/51).

O autor manifestou-se sobre a contestação (fls. 60/61) e as partes foram intimadas a dizer se ainda tinham provas a produzir (fl. 60), despacho apenas atendido pelo autor, que requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 63).

Na forma do art. 10 da Lei nº 6.683/79, 'aos servidores civis e militares reaproveitados, nos termos do art. 2º, será contado o tempo de afastamento do serviço ativo, respeitado o disposto no art. 11'. O art. 11 nada refere a respeito dos efeitos para os quais o tempo de afastamento do serviço ativo deve ser contado. Nele está expresso apenas que, além da contagem do tempo de afastamento do serviço ativo, os servidores civis e militares, não terão quaisquer outros direitos, 'inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos'. A Lei nº 6.683/79 não fez qualquer restrição à contagem do tempo de afastamento do serviço ativo nem explicitou o efeito ou efeitos a que aproveitaria a contagem desse tempo, detalhe este reconhecido pelo próprio Parecer nº 288/80 do DASP (fl. 53). No Decreto nº 84.143/79 é que se encontra a norma de que o tempo de afastamento do serviço será contado 'para efeito de aposentadoria, transferência para a reserva ou reforma' (art. 22). Quer dizer, o regulamento limitou aos efeitos da aposentadoria, no caso do servidor civil, a contagem do tempo de afastamento. Fora de toda dúvida, não poderia fazê-lo sem atentar contra a hierarquia das normas jurídicas estabelecidas na Constituição Federal. Desde Pimenta Bueno, é da nossa tradição constitucional que 'o Poder Executivo tem por atribuição executar, e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la, de sorte que cometeria grave abuso' em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela, para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele' (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958, pág. 233). Nessa linha, o citado decreto, porque limi-

tou o alcance da lei, é ilegal e não pode ser aplicado. Quando o art. 11 da Lei nº 6.683/79 diz que será contado o tempo de afastamento do serviço, deve-se entender que ele será contado para todos os efeitos que tenham por pressuposto o só decurso do tempo. Esse é o caso da gratificação adicional por tempo de serviço.

Ante o exposto, julgo a ação procedente para o efeito de determinar a alteração do ato de aposentadoria do Autor a modo de nele incluir o direito à percepção dos valores correspondentes a sete quinquênios, bem assim de condenar a ré ao pagamento das diferenças atrasadas acrescidas de juros e de correção monetária a partir da propositura da ação, mais custas e honorários advocatícios à base de quinze por cento sobre o total da condenação. Espécie sujeita ao reexame necessário. Registre-se. Intimem-se» (fls. 65/68)

Inconformada, apelou a União Federal requerendo a integral reforma da sentença (fls. 70/71).

Contra-razões à fl. 73, pela confirmação da sentença.

Autos nesta instância, cabendo-me por distribuição.

Oficiando nos autos, 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 (fls. 76/78).

Pauta, dispensada a revisão nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Aposentadoria compulsória. Anistia. Adicionais.

1. Os direitos assegurados aos servidores civis se encontram expressamente mencionados na Lei nº 6.683, de 1979, aí não contemplado o tempo de afastamento compulsório para efeito de apurar-se a gratificação adicional.

2. Recurso provido.

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Merece ser reformada a r. sentença atacada.

É que o tempo em que o servidor esteve afastado, por força de atos institucionais, somente pode ser computado para efeitos de aposentadoria, por força do disposto nos artigos 10 e 11 da Lei nº 6.683/79.

O tempo de serviço, para efeito de obtenção da vantagem quinquenal, de que trata o art. 146 da Lei nº 1.711/52, na redação da Lei nº 4.345/64, é o de efetivo exercício.

E a lei anistiadora foi clara ao prever que o tempo de afastamento compulsório seria contado tão-somente para efeito de aposentadoria.

Aliás, nesse sentido votei na AC nº 111.907 — RS, em que fora Relator o eminente Ministro José Cândido, restando meu ponto de vista acolhido por maioria.

Por isso, reportando-me ao voto referido, que faço juntar como razão de decidir, dou provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência, que incidirão sobre o valor da causa.

Nesse sentido é o meu voto.

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 111.907 — RS

VOTO (VISTA)

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Aposentadoria compulsória. Anistia. Adicionais.

1. Os direitos assegurados aos servidores civis se encontram expressamente mencionados na Lei nº 6.683 de 1979, aí não contemplado o tempo de afastamento compulsório para efeito de apurar-se a gratificação adicional.

2. Recurso provido.

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Quer o autor o acréscimo de 10% na gratificação adicional, pois o tempo de afastamento compulsório foi abonado pela Lei nº 6.683, de 28-8-79, sendo o art. 11 exaustivo e não meramente exemplificativo.

O ilustre Juiz prolator da sentença conclui que aquela lei não fez restrição alguma à contagem do tempo de afastamento do serviço, para aquele fim, somente o fazendo o Decreto nº 84.143/79. Assim, contrariou a lei. E julgou procedente o pedido.

Assim não me parece ser.

A Lei nº 6.683/79 dispõe:

«Art. 10. Aos servidores civis e militares reaproveitados, nos termos do art. 2º, será contado o tempo de afastamento do serviço ativo, respeitado o disposto no artigo 11.

Art. 11. Esta lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos.»

Quer dizer, o tempo em que o servidor ficou afastado em decorrência do ato punitivo, é contado, mas «não gera quaisquer outros direitos, além dos expressos na mesma lei». Ora, não está escrito, em qualquer dispositivo desse diploma legislativo, uma palavra sequer dizendo que o tempo de afastamento é contado para efeito de gratificação adicional. Logo, se nada está expresso, é evidente que o pretendido *afastamento* não pode ser considerado tempo de serviço para efeito de se apurar gratificação adicional.

O art. 22 do Decreto nº 88.143, de 31-10-79 diz que o servidor civil retornando à atividade terá contado o tempo de afastamento do serviço para efeito de aposentadoria», sem contrariar nenhum dispositivo da lei regulamentada. Aliás, em harmonia, com a parte final do art. 4º da Lei «... contando-se o tempo de afastamento do serviço para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão». Donde, a limitação se encontra na própria lei de anistia.

De outro modo, a gratificação adicional de que trata o art. 146 do Estatuto com a redação da Lei nº 4.345, de 26-6-64, art. 10, é concedida na base de 5%, por quinquênio de efetivo exercício». À sua vez, na regulamentação específica dessa gratificação, está taxativamente explicado o que se deve considerar tempo de serviço para efeito do cálculo do adicional (Decretos nºs 31.922/52, 33.704/53, 35.690/53 e 36.953/55) aí não se incluindo a anistia.

A própria Emenda Constitucional nº 26, de 27-11-85, não adiantou nada sobre o assunto, falando apenas em «promoção na aposentadoria ou na reserva». (art. 4º, § 3º).

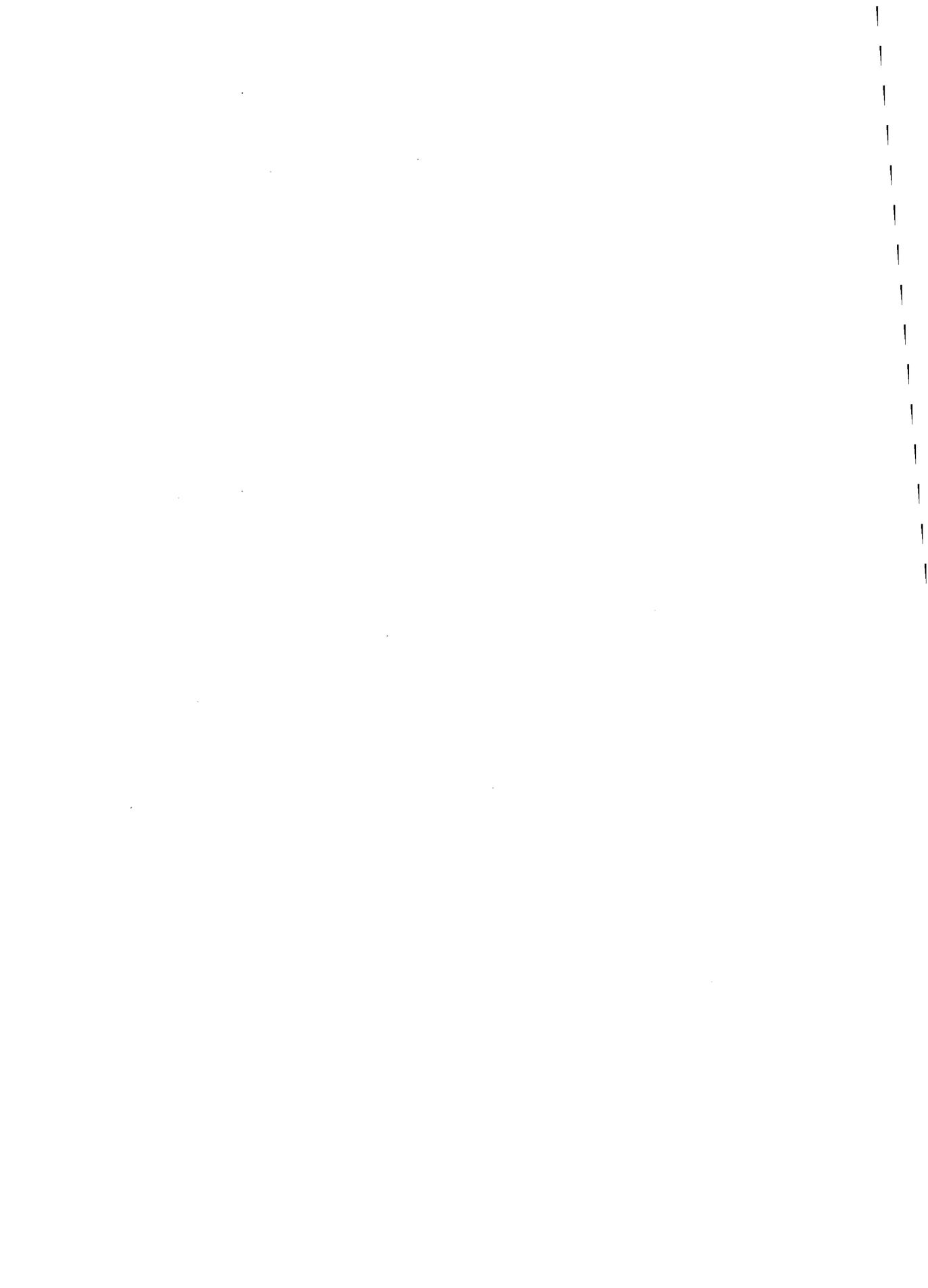
Desse modo, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido. Condeno o autor a pagar as custas e 3% de honorários sobre o valor atribuído à causa. Fica prejudicado o apelo do requerente.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.608 — RS — (Reg. nº 4.988.191) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara — RS. Apte.: União Federal. Apdo.: Ernani Maria Fiori. Advogados: Leila Torelly Fraga da Cunha e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 7-10-86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.785 — PR
(Registro nº 5.590.396)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg
Remetente: Juízo de Direito da 3ª Vara de Maringá
Apelante: União Federal
Apelado: Silvio Name
Advogado: Dr. José Miguel Godoy

EMENTA: «Tributário — Imposto de Renda — Incorporação de bens a sociedade anônima, para fins de integralização de aumento de capital — Tratando-se de transação esporádica não é tributável a mais valia obtida pela pessoa física nessa operação. Sentença parcialmente reformada, contudo, para reduzir os honorários de advogado para 10%, considerando o valor da dívida objeto da execução».

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e reformar parcialmente 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, 8 de abril de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A execução fiscal proposta pela União contra Silvio Name, residente em Maringá, Paraná, este opôs embargos alegando que o crédito cobrado fora constituído indevidamente, porque correspondente a Imposto de Renda incidente sobre a incorporação de imóvel de propriedade do embarcante ao capital de sociedade por ações, operação que não se enquadrava em qualquer daquelas previstas em lei como tributáveis.

Invocou em seu favor julgados desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, com apoio nos quais o Dr. Juiz julgou os embargos procedentes condenando a União em honorários de 20% «do valor da execução, devidamente corrigido.»

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O embargante invocou em apoio de sua tese decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 95.905, de que foi Relator o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, assim ementada:

«Ementa: Imposto de Renda. Incorporação de bens de sócios à pessoa jurídica para aumento de capital. Tributação não reconhecida.

Tributa-se na Cédula H o que não é tributado nas outras, mas desde que prevista em lei como tributável nessa Cédula H, porque o princípio da legalidade tributária existe na Constituição.

A incorporação de bens ao capital social é um ato típico, não equiparável a ato de comércio ou a cessão de direitos, regulada que é por lei especial, que afasta a idéia de lucro, porque não se traduz em dinheiro, mas em ações correspondentes ao valor dos bens, ainda que expressos nominalmente em quantias diversas, pela avaliação feita. Trata-se, portanto, de um caso de não-incidência tributária, que somente pelo legislador pode ser modificado.

Preliminar de prescrição repelida.

RE conhecido e provido.»

No voto que proferiu na oportunidade o relator do acórdão invocou julgados deste Tribunal entre eles o proferido na AC 50.209, de que fui relator, com a seguinte ementa:

«Imposto de Renda. Incorporação de bens a sociedade anônima para fins de integralização de aumento de capital subscrito — Tratando-se de transação esporádica não é tributável a mais valia obtida pela pessoa física nessa operação.»

Corretamente, assim, decidiu o Dr. Juiz ao julgar os embargos procedentes.

Merece reparo, porém, a fixação dos honorários de advogado em 20% do valor da execução, que correspondia a mais de três milhões de cruzeiros em 1983, razão por que os reduzo para 10%.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.785 — PR — (Reg. nº 5.590.396) — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara de Maringá. Apte.: União Federal. Apdo.: Silvio Name. Adv.: Dr. José Miguel Godoy.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e reformou parcialmente a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 8-4-87 — 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 89.430 — RJ
(Registro nº 2.090.651)

Relator: O Senhor Ministro William Patterson

Apte.: Idevaldo Fernandes Chaves

Apdos.: União Federal e Colônia de Pescadores Z-13

Advvs.: Drs. Sebastião Luiz de Andrade Figueira e outro e Bartolomeu Vilanova

EMENTA: Administrativo. Usucapião. Terreno de marinha.

Tratando-se de terreno de marinha, bem da União Federal, sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, é inaplicável o instituto do usucapião, com vistas à aquisição do seu domínio, ainda que se restrinja ao domínio útil.

Mesmo que se admita posicionamento contrário, vale dizer, a possibilidade de usucapião do domínio útil, com referência a terrenos de marinha, forçoso é reconhecer que o autor não preenche as condições fáticas para auferir o benefício.

Sentença confirmada.

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, 13 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

Ministro OTTO ROCHA, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O Dr. Bento Gabriel da Costa Fontoura, eminente Juiz Federal da Primeira Vara II, da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim relatou a matéria:

«Cuida-se de ação de usucapião que Idevaldo Fernandes Chaves, qualificado a fl. 2, promove com o escopo de ver judicialmente reconhecido o seu domínio sobre imóvel situado à Estrada da Barra, nº 435, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ.

Na inicial, o usucapiente alega, em síntese: a) que possui, mansa e pacificamente, há mais de vinte anos, sem oposição de terceiros, o imóvel situado à Estrada da Barra, nº 435, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, medindo vinte e quatro metros de frente, quarenta metros pelo lado direito, vinte e sete metros pelo lado esquerdo e trinta e três metros para a lagoa, fazendo confrontação com o lote nº 800 da Quadra 6, de propriedade de Gabriel Jorge Tomé, conforme planta aprovada pela Municipalidade em 1936 (PA nº 7.697); b) que, anteriormente, morava no terreno seu falecido padrinho Euclides Bento da Rosa e o mesmo se situa na parte extrema do Loteamento da Fazenda da Barra, realizado pela Companhia de Expansão Territorial, com promessa de venda para a Colônia de Pescadores Z-6, tudo conforme inscrição nº 12, à fl. 17 do livro 8, e averbação nº 280, à fl. 286 do livro 8-C, no Novo Ofício do Registro de Imóveis da Comarca desta Capital. Culmina ele por pleitear seja a ação julgada procedente, declarando-se a existência de domínio útil sobre o referido bem, que constitui terreno de marinha.

Feitas as citações e cientificações, realiza-se a audiência preliminar de justificação de posse, oportunidade em que se inquiram três testemunhas arroladas pelo usucapiente (fls. 45/47).

Intervém Jaime da Silva Vieira (fl. 58), protestando pela retificação da área, eis que, por escritura lavrada em 6 de março de 1974, o usucapiente lhe cedera parte da área usucapienda.

Na sua contestação (fls. 71/72), a Colônia de Pesca Z-6, atual Colônia de Pescadores Z-13, em princípio, sustenta: a) que Euclides Bento da Rosa guardava a área usucapienda, por ser pescador registrado desde 1930, de modo que só após a sua morte é que o usucapiente poderia ter exercido posse efetiva sobre o imóvel; b) que o usucapiente não paga imposto predial sobre o imóvel, mas apenas sobre a benfeitoria, por estar isenta a Colônia de imposto territorial. Termina por pedir seja a ação julgada improcedente.

Na sua contestação (fls. 122/124), a União Federal, em princípio, sustenta que a área usucapienda é constituída integralmente por terrenos acrescidos de marinha, insuscetível, portanto, de aquisição por usucapião. Termina por pedir seja a ação julgada improcedente.

Nas réplicas (fls. 116/118 e 126/128), busca o usucapiente infirmar as teses levantadas nas contestações.

Profere-se o saneamento (fl. 174). Durante a dilação, recolhe-se copiosa prova documental e realiza-se uma perícia, tendo o perito do Juízo apresentado seu laudo (fls. 188/199). Em audiência sem coleta de prova oral (fl. 343), as partes presentes debatem em socorro de suas respectivas teses.»

Sentenciando, julgou improcedente a ação, com apoio em orientação jurisprudencial desta Corte.

Inconformado, recorreu o autor, com as razões de fls. 352/357, em críticas ao v. decisório.

Contra-razões às fls. 380/381.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovemento do apelo (fls. 387/392).

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

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A pretensão ajuizada objetiva usucapir o domínio útil do imóvel descrito na inicial. Na instrução processual restou comprovado que se trata de terrenos acrescidos de marinha.

O MM. Juiz a quo adverte, em sua sentença, que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por meio de usucapião, ainda que se refira ao domínio útil. Reforça seu entendimento com citação de acórdão de minha lavra, assim ementado (AC 67.452 — PE):

«Administrativo. Usucapião. Terreno de marinha. Tratando-se de terreno de marinha, bem da União Federal, sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, é inaplicável o instituto do usucapião, com vistas à aquisição do seu domínio, ainda que se restrinja ao domínio útil. Sentença confirmada.»

Finalmente, acrescenta:

«De resto, em 9 de novembro de 1968, i. é, seis anos antes do ajuizamento da ação, Euclides Bento da Rosa ainda era vivo e participou de uma Assembléia Geral Extraordinária da Colônia de Pescadores, na qual se discutiu sobre a situação do imóvel, inclusive quanto ao pagamento de tributos (fls. 273/279). Por seu turno, em 17 de maio de 1970, continuava ele a ser considerado vigia do imóvel, consoante o discutido em outra Assembléia Geral Extraordinária da Colônia de Pescadores. Ora, se nos dizeres da inicial Euclides Bento da Rosa era o antecessor do usucapiente na posse e se verifica que até quase as vésperas do ajuizamento da ação o mesmo era reputado mero vigia do bem, o demandante não exerceu a **posseio ad usucapionem** pelo prazo mínimo exigível e não lhe aproveita o período de seu antecessor, eis que simples preposto da Colônia de Pescadores no local. Aliás, o testemunho confirma que o demandante morava em companhia de seu padrinho Euclides Bento da Rosa até o falecimento deste e que, após, continuou morando no local (fl. 46v.).»

Com visto, além do abstáculo de natureza jurídica, motivos de ordem fática recomendavam, como recomendam, a recusa do pedido.

Para rebater os argumentos contidos na peça recursal, nada mais precisará ser dito além do que está escrito no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, lavrado pela Dra. Maria da Glória Ferreira Tamer, aprovado pelo digno Dr. A. G. Valim Teixeira, verbis:

«É certo que a jurisprudência trazida à baila pelo recorrente (acórdão, do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE nº 82.106 — PE) reconheceu a possibilidade de usucapião de domínio útil de imóvel já aforado ao particular. Não obstante, o referido julgado estabeleceu alguns requisitos que devem ser cumpridos para que tal aconteça, consoante se pode apreender do voto proferido pelo eminente Ministro Jesus Costa Lima ao comentar o aresto da Excelsa Corte, no julgamento da REO 84.914-RJ, in verbis:

«Alguns autores, interpretando literalmente o disposto no Decreto-Lei nº 9.760/46, art. 200, são taxativos ao afirmar que «bens públicos de qualquer natureza, patrimoniais ou dominiais, não são suscetíveis de usucapião. Nessas condições terrenos de marinha e terras devolutas não comportam esse modo de aquisição de propriedade» (apud «Curso de Direito Civil» de Washington de Barros Monteiro — 3º volume — pág. 122 — 5ª Edição).

O Supremo Tribunal Federal, entretendo, através do seu Tribunal Pleno, no Recurso Extraordinário nº 82.106 — PE, tendo por Relator o Ministro Thompson Flores (RTJ-87/505), decidiu que:

«Enfiteuse. Bem dominical de Prefeitura Municipal. Usucapião de domínio útil.

Em se tratando de bem público, o usucapião não é admissível para a constituição de enfiteuse, que vai transformar o imóvel em foireiro.

O mesmo não sucede, porém, quando — e este é o caso dos autos — o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse, em favor do usucapiente se faz contra particular até então enfiteuta, e não contra a pessoa jurídica de direito público, que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, na de sua proprietária.»

Em seu voto, o Ministro Relator cita a Súmula nº 340 do STF, que não distingue domínio direto de domínio útil. Entretanto, após o voto do Ministro Moreira Alves, reconsiderou sua posição, no caso específico, ou seja, usucapião de domínio útil de imóvel público e cuja posse o particular recebera de outro particular.

Em síntese, assim exprimiu seu pensamento o Ministro Moreira Alves:

«Não admito que a constituição inicial da enfiteuse sobre imóvel do patrimônio do Município se faça mediante usucapião, pois o artigo 67 do Código Civil só admite a alienação na forma estabelecida em lei. Se, porém, o terreno municipal já for foreiro, admito que um terceiro, que tenha posse do direito de enfiteuse, possa adquirir esse direito por usucapião, pois, nesse caso, não há o óbice do citado artigo 67 e quem vai perder o direito de enfiteuse será o particular que, por inércia, não exerceu o direito de enfiteuse, permitindo a posse do usucapiente, posse esta tolerada, também, pelo município, que recebe deste o pagamento do foro.»

Verifica-se, portanto, que o usucapião, admitido com relação ao domínio útil, necessita do preenchimento de determinadas condições, quais sejam:

1. litígio entre particulares
2. o imóvel já é foreiro
3. o detentor do domínio útil não exerce seu direito de enfiteuta
4. o usucapiente detém a posse pelo prazo e condições estabelecidas no Código Civil, pagando, inclusive, o foro». (REO 84.914-RJ — publ. no *DJ* de 4-9-86).

No caso em tela constata-se do exame dos autos, que imóvel não foi aforado ao particular seja em nome de Euclides Bento da Rosa, (de quem o autor-apelante alega ter adquirido a posse do imóvel), seja em nome da Colônia de Pescadores que não chegou a assinar o contrato de aforamento, conforme esclarece o documento de fl. 164, expedido pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Portanto, se a enfiteuse sobre o imóvel não chegou a constituir-se, não há porque se falar em usucapião do *domínio útil*, uma vez que a União Federal sempre foi titular da propriedade plena do imóvel, quer em relação ao *domínio direto* ou ao *domínio útil*.

De outro lado, consagrou a jurisprudência, na Súmula nº 340, da Excelsa Corte que os bens dominiais, como os bens públicos em geral não podem ser adquiridos por usucapião.»

Assim sendo, mesmo que me filie à tese da possibilidade de usucapir-se domínio útil de bem público, não desprezo as condições destacadas no voto proferido pelo Senhor Ministro Costa Lima, e que não estão presentes neste caso.

Reafirmo, contudo, minha posição doutrinária, manifestada no voto pertinente à AC 67.452 — PE, cuja cópia faço juntar a estes autos.

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

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.452 — PE
(Registro nº 3.221.083)

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de ocupação de terrenos de marinha, identificada essa natureza, pelo próprio autor, na peça vestibular. Cuida-se, portanto, de bem imóvel da União, sujeito ao regime do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 (art. 1º, letra a), que, em seu art. 200, dispõe:

«Art. 200. Os bens imóveis da União seja qual for a natureza, não são sujeitos ao usucapião.»

Especificamente sobre os terrenos de marinha, o referido diploma afastou, de modo peremptório, toda espécie de tentativa acerca de aquisição do seu domínio, ao estabelecer:

«Art. 198. A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originais em títulos por ela outorgados na forma do presente decreto-lei.»

É evidente que a hipótese destes autos, objetivando o reconhecimento do domínio de terrenos daquela natureza, por meio do usucapião, enquadra-se na regra do comando, por não se ajustar à execução prevista.

Restaria indagar se o domínio útil está alcançado pelo instituto, tendo em vista a argumentação contida na peça recursal. Os termos da legislação referenciada não deixam a menor dúvida sobre a impossibilidade. Em todos os momentos em que se questionou a matéria, as manifestações mais autorizadas sempre primaram por repelir a medida, em relação aos bens da União Federal.

Na verdade, o domínio útil só é objeto de usucapião quando se cuida de bem sob o regime de enfiteuse, e assim mesmo se a pretensão visa adquirir aquele domínio em relação ao particular que goza do benefício, e não quanto ao interesse do poder público, pois, para este, a inadmissibilidade é manifestada.

O problema foi amplamente debatido no Egrégio Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento do RE nº 82.106 — PR, sendo Relator o eminente Ministro Thompson Flores, de cuja ementa se lê (in Jurisp. Bras. pág. 50):

«Usucapião — Enfiteuse — Imóvel foreiro — Bem público — Domínio útil — Domínio pleno — Súmula nº 340 — Código Civil, arts. 67, 530, 550, 551, 618, 631, 676, 678, 683, 698, 715 e 856.

Em se tratando de bem público, o usucapião não é admissível para a constituição de enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro.

O mesmo não sucede, porém, quando — e este é o caso dos autos — o imóvel já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do uscapiente se faz contra o particular até então enfiteuta, e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, na de sua proprietária.

Recurso extraordinário não conhecido.»

Vale ressaltar, que da erudita discussão restou confirmado descaber o usucapião, ainda que do domínio útil, quando afeta diretamente o direito do ente público, principalmente a União. É o que se extrai do elucidativo debate:

«O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores (Relator): Senhor Presidente. Pela ordem.

Relator do recurso, provi o acórdão do Tribunal de Justiça, porque considerei que dissentia ele da Súmula nº 340, dado que reconhecera usucapião de terreno foreiro do Município de Curitiba.

A petição inicial não prima pela clareza, não autorizando concluir, com segurança, o que pretendia o autor, se usucapião sobre o domínio útil, apenas, ou mais, também domínio direto.

O certo é que o usucapião foi reconhecido quiçá amplamente.

Agora acabo de ouvir o longo e erudito voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves, admitindo tal tipo de aquisição, fazendo distinções quando se trata de próprio da União ou dos Estados e Municípios.

Pareceu-me que amparava a Súmula nº 340 os votos dos eminentes Ministros Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo.

O Sr. Ministro Moreira Alves: — V. Exa. me permite? Os votos dos eminentes Ministros Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo diziam respeito à aquisição da propriedade plena pelo usucapião. Só propriedade plena; não se discutia enfiteuse.

O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores (Relator): Não estou bem certo. Mas é possível que se referissem a próprios da União Federal, quiçá terrenos de marinha.

O Sr. Ministro Moreira Alves: — Era terreno de marinha. Mas, discutia-se a propriedade plena desse bem do domínio público, em face do art. 67 do Código Civil.

O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores (Relator): Impressiona-me a fundamentação do voto do eminente Ministro Moreira Alves, com a responsabilidade, também, de mestre de Direito Civil dos mais acatados.

S. Exa. considera que a Súmula refere-se não aos imóveis dos Estados e Municípios, mas apenas da União Federal.

Todavia, queria que V. Exa. deixasse bem claro o seu pensamento no sentido de apurar se admite sempre o usucapião pora imóveis dos Estados e Municípios, o que me parece afrontar o art. 67 do Código Civil, ou o faz com temperamentos, com restrições, assegurando-o, apenas, no pertinente ao domínio útil?

O Sr. Ministro Moreira Alves: — Minha conclusão é a seguinte: não admito que a constituição inicial da enfiteuse sobre imóvel do patrimônio do município se faça mediante usucapião, pois o art. 67 do Cod. Civil só admite a alienação na forma estabelecida em lei. Se porém, o terreno municipal já for foreiro, admito que um terceiro, que tenha posse do direito de enfiteuse, possa adquirir esse direito por usucapião, pois, nesse caso, não há óbice do citado artigo 67, e quem vai perder o direito de enfiteuse será o particular que, por inércia, não exerceu o direito de enfiteuse, permitindo a posse do usucapiente, posse essa tolerada, também, pelo município que recebe deste o pagamento do foro.»

Bem explícito, também, é o voto do Senhor Ministro Leitão de Abreu, resumindo, desta forma, o pensamento predominante, *verbis*:

«O Sr. Ministro Leitão de Abreu: Examinados os autos, não tenho reparo a fazer quanto à conclusão dos votos já proferidos, quer no concernente a ser a enfiteuse suscetível de aquisição por usucapião, quer no tocante a poder o domínio útil ser adquirido, sendo já foreiro o terreno, pelo enfiteuta usucapiente, de enfiteuta anterior, como ele particular. Embora a distinção entre domínio útil e domínio direto não seja cabível, quando se trata de usucapião relativo a bem público, que por essa forma de nenhum modo pode ser adqui-

rido. (Súmula nº 340), cabe o discrimine, quando se tratè de aquisição do domínio útil, mediante usucapião, contra o até então enfiteuta. Nessas condições, também não conheço do recurso.»

In casu, além de se cogitar de terreno de marinha, bem da União Federal, insuscetível de aquisição, ainda que do domínio útil, por meio de usucapião, releva salientar que o autor não pleiteia a medida relativa a enfiteuse conferida a particular, mas visa o reconhecimento de seu direito ao domínio útil, a ser destacado este do patrimônio da União, de forma direta, circunstância que fere os princípios jurídicos pertinentes ao sistema.

Parece-me, destarte, que o ilustre sentenciante decidiu corretamente, uma vez que a natureza do imóvel, por si só, prejudica pretensões da espécie.

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

EXTRATO DA MINUTA

AC 89.430 — RJ — (Reg. nº 2.090.651) — Rel: O Sr. Min. William Patterson. Apte.: Idevaldo Fernandes Chaves. Apdos.: União Federal e Colônia de Pescadores Z-13. Advs.: Drs. Sebastião Luiz de Andrade Figueira e outro e Bartolomeu Vilanova.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 13-2-87 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministro Costa Lima e Otto Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 90.642 — PR
(Registro nº 5.632.455)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Apelante: Antônio Wagner Cusatis

Apelados: União Federal, Eudyce Pimpão Sprenger e Fedato Sports Ltda.

Advogados: Drs. Oscar Alfredo Kohler e outros, Gilberto Daros, Luiz Carlos Marinoni e outros

EMENTA: Processual Civil. Arrematação. Invalidação.

Pode ser pleiteada, entre outros meios, por via de ação comum, proposta perante o Juízo da execução.

Precedentes do STF e TFR.

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, 1 de outubro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. **MINISTRO ILMAR GALVÃO**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. **MINISTRO ILMAR GALVÃO** (Relator): O MM. Juiz Federal da Terceira Vara-I, da Seção Judiciária do Estado do Paraná, Dr. Manoel Lauro Wolkmer de Castilho, decidindo ação declaratória de atos jurídicos e de arrematação proposta por Antônio Wagner Cusatis contra a União Federal e outros, julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, ao entendimento de ser incabível a rescisão de ato jurisprudencial por via ordinária proposta perante o mesmo Juízo; e também de inexistir interesse jurídico à rescisão, face à preclusão processual que se verificou em detrimento do autor.

Irresignado, apelou o autor, sustentando que a arrematação é ato judicial que não depende de sentença, razão por que pode ser atacada pela ação prevista no art. 486 do CPC. Ademais, não havendo o apelante sido oportunamente intimado da arremata-

ção, ficou impossibilitado de opor-lhe os seus embargos, não se podendo falar em preclusão processual. Invocou, no prol de sua tese, farta jurisprudência.

Contra-arrazoaram os apelados, trazendo à colação, igualmente, ensinamentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Arrematação. Invalidação.

Pode ser pleiteada, entre outros meios, por via de ação comum, proposta perante o Juízo da execução.

Precedentes do STF e TFR.

Apelação provida.

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se de ação declaratória de nulidade de arrematação, proposta a pretexto de preterição de formalidades processuais no curso da execução.

A sentença, invocando lição de Pontes de Miranda (Comentários, Vol. VI, pág. 353), sustentou que a arrematação não é ato das partes, mas do Juiz, não comportando a ação prevista no art. 486 do CPC. Aduziu que, para opor-se à arrematação, deve o interessado servir-se de embargos, em prazo certo, sob pena de preclusão.

Como se vê, não há espaço, nestes autos, para a controvérsia que lavra em torno da natureza jurídico-processual da carta de arrematação — alguns tomando-a como sentença de mérito, enquanto outros não a têm como sentença ou, quando muito, nela vêem mera homologação da arrematação — de vez que, no caso sob exame, o que se mira é a própria arrematação e não a respectiva carta, conquanto seja indiscutível que não poderia esta escapar aos reflexos da decisão que eventualmente anulasse aquele.

Anote-se de logo, também, que não houve, no caso em foco, embargos à arrematação que se pretende desconstituir, a qual, por isso, não foi objeto de pronunciamento judicial.

O que se há de examinar, portanto, é se o auto de arrematação pode, ou não, ser desfeito por meio de ação ordinária.

Antes de apreciar-se a questão, é mister, também, que se arrede a idéia de que todos os atos processuais que não podem ser objeto da ação do art. 486, só poderão ser desfeitos sob a alegação de estarem contaminados por vícios de consentimento, como faz crer a redação do art. 486 do CPC.

Na verdade, o art. 486 é mera «regra de permissão da ação de anulação (ou rescisão) dos negócios jurídicos ou simples atos jurídicos, trazidos ao âmbito do processo, ou nele concluídos», conforme ensina Pontes de Miranda (Comentários, Tomo VI, pág. 357). Não exclui, sequer, a ação rescisória, em certos casos (v.g. reconhecimento do pedido, renúncia ou transação), conforme assinalou Barbosa Moreira (Comentários, Vol. pág. 128).

Com efeito, sequer a sentença é insuscetível de ser desfeita por meio de ação ordinária direta.

Confira-se, ao propósito, o ensinamento de Pontes de Miranda:

«A sentença nula não precisa ser rescindida. Nula é; e a ação constitutiva negativa pode ser exercida ainda *incidenter*». (Tratado da Ação Rescisória, 5ª edição, 1976, pág. 194).

Aliás, de acordo com o saudoso Mestre, em caso tal, cabe «ao Juiz a própria desconstituição de ofício», dado que «se a sentença é nula, sentença existe, porém não vale: se não vale, de pleno direito, não se precisa de «ação» contra ela. Ao ser invocada, opõe-se que é nula ipso iure. Todavia, «se alguém quer alegá-lo, pode fazê-lo quando entenda, sem esperar a citação na ação iudicati (op. e loc. cit.).»

Exemplificando, aduz Pontes de Miranda (op. cit. pág. 195) que:

«De nulidade é de inquinar-se a sentença que se proferiu contra ou a favor de processualmente incapaz. Dissemos «nulidade» no senso exato; portanto, de sentença nula. Tal decisão, ainda que em tudo mais tenha observado a lei (de acordo com os princípios de direito, com citação inicial, e perfeita disciplina processual), não precisa, sequer, de interposição de recursos, nem de proposição de ação rescisória».

Outro exemplo que pode ser mencionado é o de sentença proferida à revelia e sem citação inicial da parte ou com citação nula: além de ser rescindível, pode aquele que não foi citado opor-se a qualquer efeito que se pretenda atribuir a tal sentença por qualquer outro meio, inclusive, no caso de sentença executiva, por meio de embargos (art. 741, I, do CPC).

Como se vê, os atos processuais podem também ser desfeitos por inobservância de normas de direito adjetivo.

Se tal ocorre no processo de conhecimento, com muito mais razão se verificará no processo de execução, onde, de acordo com nossa melhor doutrina, inexistente sentença de mérito.

É certo — conforme observa Ada Grinover (em suas notas a Liebman, in *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 3ª ed. Forense, 1984, pág. 70), que há processualistas pátrios que chegam a «perfiar o entendimento de Zanzucchi, no sentido de a arrematação assinalar uma demanda incidental no processo de execução», lembrando, entretanto, que Celso Neves vê nessa demanda uma pretensão apenas juris-integrativa (jurisdição voluntária) do terceiro licitante (Comentários, VII Volume, pág. 96).

Por isso mesmo, para ela (op. e loc. cit.),

«O desfazimento da arrematação, afora os casos expressos do art. 694 do código em vigor — e que se processa nos próprios autos — pode ser pleiteado em ação própria. E não se trata, no caso de ação rescisória, pela qual se desconstitui a coisa julgada (art. 485, CPC vigente).»

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal (Comentários, ed. Rev. Trib., 1976, 2ª ed., vol. VI, págs. 161/162) também afirma:

«Feita a arrematação, será reduzida a auto, que o Juiz, o escrivão, o arrematante e o posseiro os assinarão. Assinado o auto, ela se considera perfeita e acabada e, salvo disposição em contrário, não mais se retratará. Não é necessária sentença do Juiz. Não há, portanto, na arrematação, nem sequer sentença homologatória, muito embora o Juiz nela tome parte, decidindo incidentes, verificando quem fez o maior lance, determinando o encerramento da praça e julgado, embora sem sentença regular, certas questões, como, por exemplo, a preferência intitulada (?) pelo art. 691 do CPC em favor do licitante que se propuser a arrematar englobadamente todos os bens levados à praça.

A arrematação, portanto, é anulável por ação ordinária, como os atos jurídicos em geral.»

Igualmente Antônio Macedo de Campos (*Ação Rescisória de sentença, Sugestões Literárias*, 1976, pág. 128):

«Face à legislação específica não há necessidade de sentença para que, assinado o auto de arrematação, ela se considere perfeita e acabada. Sua anulação deverá ser através de ação ordinária.»

Pensa do mesmo modo Sérgio Sahione Fadel («O Processo nos Tribunais», Forense, 1981, pág. 72), para quem a arrematação e a adjudicação:

«... são rescindíveis, ou anuláveis, por ação direta, processável perante o mesmo Juiz que os praticou, pela mesma forma com que se rescindem os atos jurídicos em geral. Em casos tais, não há pois, que falar em ação rescisória para desconstituí-los».

A r. sentença sob enfoque, ao vedar ao apelante as portas da via ordinária com vista à desconstituição da arrematação por ele sofrida, pôs-se de acordo com o magistério de Liebman (Processo de Execução, Saraiva, 1968, págs. 118/119), para quem:

«... a arrematação não é sentença e portanto não pode ser recorrida nem atacada com ação rescisória. Pode, ao invés, ser embargada pelo executado no prazo de 5 dias, quer por nulidade da execução, quer por extinção do direito do credor, ocorrida antes da arrematação (art. 1.011 do CPC); e no mesmo prazo, mas antes da assinatura da respectiva carta, pode embargar também o terceiro em defesa de direito que eventualmente lhe couber sobre a clisa (art. 708 do CPC).

E pode excepcionalmente ser desfeita se nem o arrematante, nem seu fiador pagarem o preço no prazo de 3 dias (art. 978); e se verificar antes da expedição da carta de arrematação a existência de direitos reais que não constavam dos editais (art. 979).

Transcorridos todos estes prazos, estão preclusos todos meios oferecidos aos vários interessados para fazer rescindir ou anular a arrematação, quer devido a irregularidade ou nulidade formais, quer devido à falta de fundamento da execução. Os efeitos produzidos pela arrematação se consolidam e se tornam imutáveis. Embora se costume reservar a fórmula de coisa julgada à imutabilidade dos efeitos da sentença, é necessário frisar que a imutabilidade dos efeitos é sob muitos pontos de vista fenômeno análogo».

Nem o festejado autor, todavia, pôde deixar de reconhecer que, pelos menos, «sobrevive um caso de nulidade»: a falta de notificação da arrematação ao credor hipotecário. Para ele, trata-se de nulidade:

«... suscetível de ser agüida em qualquer tempo por ação ordinária pelo credor que tenha perdido em sua negligência a garantia do seu crédito, porque é a única que prejudica pessoa que não foi parte na execução e não dispôs de qualquer outro remédio para defender sua preferência». (Op. cit. pág. 123).

Ora, é de convir-se que, pela mesma razão, não se poderia negar ao devedor não citado ou ao executado incapaz o direito de pleitear a decretação da arrematação que lhes haja prejudicado.

Nesse sentido é o entendimento, como se viu, da doutrina brasileira, podendo ainda ser citados, por sua indiscutível autoridade, Amaral Santos, José Carlos Barbosa Moreira e o mestre Pontes de Miranda.

O primeiro, em suas festejadas «Primeiras Linhas», Saraiva, 1979, III/319, preleciona:

«O desfazimento da arrematação, tal seja o vício, poderá ser declarado até mesmo de ofício, ou a requerimento da parte interessada, quando o processo de execução ainda esteja em curso. Normalmente, porém, se procede por meio de embargos do devedor (Código de Processo Civil, art. 746), ou de embargos de terceiros (Código de Processo Civil, art. 1.048), ou, quando já expedida a carta de arrematação e devidamente transcrita no Registro de Imóveis, por via de ação anulatória autônoma (Código de Processo Civil, art. 486)».

O segundo, em «O Novo Processo Civil Brasileiro», Forense, 1976, II/96, é preceptivo:

«A invalidação da arrematação (art. 694, parágrafo único, nº I) pode ser pleiteada através de embargos do devedor, nos casos do art. 746, de embargos de terceiro (art. 1.048) ou, eventualmente, de ação anulatória autônoma (art. 486), sem prejuízo da decretação ex officio pelo juízo da execução, quando possível.»

E por fim, o sábio Pontes (Tratado da Ação Rescisória, 5ª ed., 1976, págs. 205/206), não obstante afirme revestir-se de natureza sentencial a carta de arrematação, não discrepa quanto ao auto de arrematação:

«A arrematação é o ato jurídico, processual, em que figurantes são o juízo e o arrematante. O negócio jurídico está concluído com a assinatura do auto de arrematação (Código de Processo Civil, arts. 693 e 694), tal como a assinatura da escritura está perfeito o negócio jurídico de compra e venda. O título de aquisição é a carta de arrematação, que é ato sentencial (Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, nota 1 ao art. 980). Aquele negócio jurídico é rescindível segundo o art. 486, a carta de arrematação, segundo o art. 486. Se foram apresentados embargos do devedor, ou embargos de terceiro à arrematação, a ação rescisória segundo o art. 486 é que pode ser proposta contra a decisão que neles se proferiu.»

Quanto à adjudicação, passa-se o mesmo que a respeito da arrematação, pois há dois atos processuais, o negocial e o sentencial. O ato jurídico negocial é rescindível conforme o art. 486 do Código de Processo Civil; o ato jurídico sentencial, conforme o art. 486.

Idem, quanto à sentença de remição, que também envolve o ato jurídico negocial (art. 790)».

O mesmo ensinamento é reproduzido à fl. 348 da obra citada, in verbis:

«A ação contra a invalidade do ato de arrematação é a do art. 486, por que se trata de ato judicial.

...

A carta de arrematação é sentença. Sempre que há sentença, a ação rescisória pode ser contra o ato judicial (art. 486), ou contra a sentença, ou contra ambos. A respeito da remição dá-se o mesmo».

A referência que os três festejados processualistas transcritos fazem ao art. 486 do CPC há de ser vista como uma alusão à forma pela qual poderá ser invalidado o auto de arrematação: a ação ordinária, proposta perante o juízo singular. Não poderia ela implicar, diante do que acima se viu, o entendimento de que o aludido ato processual só poderia ser atacado sob a alegação de ocorrência de vício do consentimento. Na verdade, o absolutamente nulo não convalesce podendo a nulidade ser declarada ou decretada mesmo de ofício pelo Juiz, razão pela qual sempre haverá espaço para que seja pleiteada por meio de ação diretamente proposta para esse fim.

A jurisprudência predomina, também, no mesmo sentido, como mostram os seguintes acórdãos:

Do Supremo Tribunal Federal:

RE nº 87.651-RS, Rel. Min. Néri da Silveira. Primeira Turma, 16-9-84, in RTJ 113/1.085:

«Ação Rescisória, Arrematação em hasta pública. Código de Processo Civil, artigo 486. Acórdão que afirmou a competência do Juízo Cível de primeiro grau, tendo por cabível ação anulatória e não ação rescisória. Alegação de negativa de vigência do artigo 486, combinado com o art. 113, § 2º, do CPC. Interposto o Recurso Extraordinário, com fundamento, apenas, no permissivo da letra a, não pode ser conhecido. Decisão que encontra correspondência na

doutrina e em precedentes do STF. Não há acolher o fundamento invocado. Súmula nº 400. Recurso extraordinário não conhecido».

RE nº 100.256 — RJ, Rel. Min. Décio Miranda, 2ª Turma, 6-4-84, in *DJ* 22-6-84:

«Alienação Judicial. Arrematação — Nulidade pretendida — Cabimento da via ordinária, não de ação rescisória — Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Processual Civil. Arrematação. Pretensão de nulidade que se dirige ao ato da arrematação. Cabe a via ordinária, e não ação rescisória».

RE 79.483-RS — Rel. Min. Djaci Falcão — 1ª Turma, 8-11-74, in *RTJ* 79/500:

«A decisão que julga a adjudicação é meramente homologatória, podendo ser atacada em seus efeitos pela ação de nulidade (parágrafo único, do art. 800, do CPC)».

Do Tribunal Federal de Recursos:

AC 50.382-RN — Rel. Min. Armando Rollemberg, 4ª Turma, 9-9-81, in *DJ* 22-10-81:

«Executivo Fiscal. Sentença proferida com apoio no art. 19, IV, do Decreto-Lei nº 960/38. Ação anulatória de atos judiciais. Sua procedência parcial, para anular praça efetivada com desatenção ao prazo estabelecido no art. 34 do Decreto-Lei nº 960/38, com a redação do Decreto-Lei nº 474/69».

Ag 42.762-MA — Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 4ª Turma, 17-11-82, in *DJ* 16-12-82:

«Auto de arrematação. Nulidade. Código de Processo Civil, artigo 694, parágrafo único.

I — A anulação do auto de arrematação só pode ser obtida através de embargos ou, vencido o seu prazo, da propositura de demanda.

II — Agravo desprovido.»

AR 964 — MG — Rel. p/acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Seção, 11-12-84, in *DJ* 5-9-85:

«Processual Civil. Código de Processo Civil, art. 486. Ação anulatória e ação rescisória: quando têm cabimento.

I — A ação adequada para anular a arrematação de bem imóvel, sua respectiva carta e sua matrícula e registro no Cartório competente é a ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, e não a ação rescisória».

AC 86.105 — RJ — Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 4ª Turma, 29-5-85, in *DJ* 15-5-86:

«Processual Civil. Código de Processo Civil, art. 486. Ação anulatória e ação rescisória: quando têm cabimento.

I — A ação adequada para anular a arrematação de bem imóvel, sua respectiva carta e sua matrícula e registro no Cartório competente é a ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, e não a ação rescisória».

AC 86.105 — RJ — Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 4ª Turma, 29-5-85, in *DJ* 15-5-86:

«Processual Civil. Código de Processo Civil, art. 486. Ação anulatória e ação rescisória: quando têm cabimento.

I — Ação adequada para anular a arrematação de bem imóvel, sua respectiva carta e sua matrícula e registro no Cartório competente é a ação anu-

latória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, e não a ação rescisória».

AR 899-MT — Rel. Min. Moacir Catunda, 2ª Seção, 11-12-84, in *DJ* 30-5-85:

«Processual Civil. Ação rescisória. Cabimento. Anulação de arrematação.

1. A Ação Rescisória não é meio processual próprio à anulação de arrematação.

2. No caso, não se ataca sentença de mérito, CPC, art. 485. Cabimento da via ordinária.

3. Precedentes do Tribunal na AC 78.934 e ARs 865 e 964.»

85: AC 90.123 — MG — Rel. Min. Miguel Ferrante, 6ª Turma, 28-11-84, in *DJ* 21-3-

«Processual Civil — Arrematação.

Para a desconstituição de ato de arrematação, cabe a via ordinária e não a Ação Rescisória, em face da inexistência, no caso, de sentença de mérito com trânsito em julgado. Aplicação do art. 486 do CPC. Precedentes jurisprudenciais.

Apelação provida.»

Do 1º Tribunal de Alçada Civil-SP — 3ª Câmara:

«Alienação Judicial — Arrematação — Anulação — Ação ordinária — Via processual correta — Recurso provido.

É a ação ordinária a via processual correta para se demandar a anulação de arrematação.» (RT 472/128).

«Arrematação — Imóvel pertencente a terceiro, estranho à dívida e à execução — Alienação pelo arrematante — Ação anulatória procedente — Aplicação do art. 145, nºs I e IV, do Código Civil e 486 do Código de Processo Civil — Recurso provido — Voto vencido.

Nula é a citação por edital de quem não é o devedor e nem a parte na execução.

Os atos judiciais a que se refere o art. 486 do Código de Processo Civil não são rescindíveis por meio de ação rescisória mas por ação anulatória perante o Juízo comum.» (RT — 508/130).

«Ação Rescisória — Competência.

A competência para ação rescisória de atos judiciais que não dependem de sentença ou em que esta é meramente homologatória (art. 486 do Código de Processo Civil) é dos Juízes singulares, de primeiro grau, originariamente, não sendo atribuída a nenhum outro órgão judiciário.» (RF 278/223).

Do Tribunal de 'Justiça do Paraná'

«Competência — Rescisória de decisão que homologou adjudicação de ação anulatória — Carência.

A decisão homologatória de adjudicação escapa ao âmbito da Ação Rescisória e, dando cabimento à ação anulatória ou de rescisão de ato judicial, desloca a competência ao Juiz de Primeira Instância.» (RJ 255/293).

Do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais — Câmaras Cíveis Reunidas:

«Ação Rescisória — Arrematação.

A rescisória só tem lugar contra sentença de mérito transitada em julgado, não procedendo contra a decisão que manteve a arrematação.» (RF 279/254-255).

Mais não é preciso dizer para demonstrar que a douda sentença destoou da corrente de pensamento em que se harmonizam a doutrina e a jurisprudência predominantes, quanto à apreciação da hipótese de que tratam os autos, à qual modestamente me filio.

Dou, pelo exposto, provimento à apelação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Senhor Presidente, na consonância do decidido pela egrégia 2ª Seção, ao julgar os Embargos na Apelação Cível nº 90.123 — MG, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC 90.642 — PR — (Reg. 5.632.455) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Apte.: Antônio Wagner Cusatis. Apdos.: União Federal, Eudyce Pimpão Sprenger e Fedato Sports Ltda. Advs.: Drs. Osmar Alfredo Kohler e outros, Gilberto Daros, Luiz Carlos Marinoni e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (1-10-86 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 99.024 — RJ
(Registro nº 6.042.996)

Relator: O Sr. Ministro Carlos M. Velloso

Apelante: A. Tavares Com. Imp. S/A

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Marli Moreira Guayanaz e outros

EMENTA: 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. 1.940/82. Constituição, art. 153, § 2º.

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, artigo 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 do 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 (CF, art. 153, § 2º). Precedentes do TFR, em sessão plenária: MS 97.775—DF e 99.552—DF. Precedentes do STF. RREE nºs 103.778 e 105.340.

V — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

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

MINISTRO CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A sentença de fls. 147/152, lavrada pelo Juiz Federal Ney Magno Valadares, julgou improcedente a ação de repetição de indébito proposta por A. Tavares Comércio e Importação S/A contra a União Federal, com o objetivo de conseguir a restituição, com juros e correção monetária, das importâncias recolhidas ao Tesouro Nacional, no período de junho a dezembro de 1982, a título de contribuição para o FINSOCIAL, criado pelo D.L. 1.940/82, e condenou a ré no pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da causa, corrigido monetariamente.

Argumentou o decisório que, pelo exame dos autos, se verifica que a presente ação não foi precedida do pedido de restituição na via administrativa, nos termos do art. 169 do CTN, cujo indeferimento ensejaria a revisão judicial. Inexistindo decisão administrativa a anular, a autora é carecedora da ação de repetição de indébito. Além disso, continuou a sentença, em se tratando de tributo indireto, não caberia a restituição (STF, Súmula nº 71), salvo se reconhecido que o contribuinte de jure não transferiu o ônus para o contribuinte de facto. Quanto ao mérito, reportou-se ao julgamento proferido em outro Mandado de Segurança, que indeferiu, por entender que a contribuição para o FINSOCIAL, além de constitucional, está excluída da regra da anualidade (Const., art. 153, § 29).

Apela, então, A. Tavares Comércio e Importação S/A (fls. 154/160), sustentando que o FINSOCIAL é tributo e, como tal, sujeito ao princípio da anualidade.

Com a resposta de fls. 163/165, subiram os autos.

Nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou à fl. 169, esclarecendo que a matéria já foi decidida pelo egrégio STF, no RE nº 103.778—DF, pelo que deixa de «formular todo e qualquer oficiamento no sentido de impulsionar formalização de recursos, que, a esta altura, perderam o total interesse de sua parte, ressalvado interesse de terceiros».

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Examino, por primeiro, a preliminar de carência de ação.

I

A sentença entendeu que a autora, ora apelante, é carecedora da ação, por isso que ela não requereu, administrativamente, a restituição.

A sentença, em linha de princípio, está correta, no particular. 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.

Assim tenho votado, nesta egrégia Corte, conforme se vê do decidido nas AACC nºs 53.979 — BA, (DJ de 4-8-83) e 82.495 — PR, (DJ de 18-4-85).

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, certo é que, ajuizada a ação de repetição do indébito, sem que a restituição tenha 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 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 artigo 161, CTN, em respeito ao princípio da isonomia.

V — Recurso da União provido, parcialmente. Provimento do apelo da autora.» (DJ, 18-4-85).

No ponto pertinente, foi este o voto que proferi na citada AC n.º 53.979—BA:

«Segundo temos sustentado, a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de *decadência*, contado na forma do disposto no 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.

Assim decidimos na AC n.º 61.221 — SP, Relator Ministro Pádua Ribeiro No voto que então proferi, disse eu:

«Estabelece o Código Tributário Nacional (art. 165), que o sujeito passivo (contribuinte ou responsável, CTN, art. 121, parág. único, I e II) tem direito à restituição do tributo pago indevidamente:

a) em face da legislação tributária aplicável, vale dizer, o tributo incompatível com a legislação, ou o tributo sem causa jurídica (CTN, art. 165, I, 1.ª parte);

b) em face de erro de fato: «aquilo que a autoridade (ou o próprio sujeito passivo) pensou ser a situação de fato definida na lei, para gênese da obrigação tributária, não era, na realidade, tal situação nem a ela poderia ser racionalmente equiparada». (A. Baleeiro, «Dir. Trib. Brasileiro», Forense, 10ª ed., 1981, p. 563). (CTN, art. 165, I, 2ª parte);

c) em virtude de erros de fato: erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento (CTN, art. 165, II);

d) por ter sido reformada, anulada, revogada ou rescindida decisão condenatória (CTN, art. 165, III). Neste caso, sustenta Baleeiro, a decisão em apreço pode ser administrativa ou judicial (Ob. cit., p. 564).

III

O direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos (CTN, art. 168), que se conta assim:

a) da data da extinção do crédito tributário (melhor será dizer: do pagamento do crédito tributário), nas hipóteses de:

a.1) cobrança ou pagamento indevidos, ou maiores que o devido (CTN, art. 165, I, 1ª parte, ex vi do disposto no art. 168, I);

a.2) erro na interpretação da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (CTN, art. 165, I, 2ª parte, ex vi do disposto no art. 168, I);

a.3) erro na identificação do sujeito passivo, na determinação de alíquotas, no cálculo do montante do débito, ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento (CTN, art. 165, II, ex vi do disposto no art. 168, I).

b) da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória (CTN, art. 165, III, ex vi do disposto no art. 168, II). Nesta hipótese, há uma decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, administrativa ou judicial.

IV

Se o direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos (CTN, artigo 168), conforme acima exposto, esclareça-se que a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição prescreve em dois anos (CTN, art. 169). Ensina Baleeiro, a propósito:

«Se a decisão administrativa foi contrária ao sujeito passivo, denegando-lhe a restituição pleiteada, ele poderá intentar ação judicial de anulação desse administrativo. Mas deverá fazê-lo dentro de 2 anos da publicação desse ato. O prazo é de prescrição e não de decadência. Em consequência, interrompe-se pela propositura da ação, mas a prescrição voltará a correr pela metade do prazo a partir da intimação, aliás, citação do representante judicial do sujeito ativo.» (Ob. cit., p. 570).

V

De todo o exposto, conclui-se que o direito de pleitear, judicialmente, a restituição do indébito tributário dá-se com a ação anulatória da decisão administrativa que denega a restituição. Noutras palavras, a restituição tem que ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos (CTN, art. 168). Denegada a restituição, administrativamente, o sujeito passivo terá o direito de ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169).

VI

A questão, no particular, põe-se no campo do interesse de agir. O controle jurisdicional do ato administrativo consiste no fato de o Poder Judiciário corrigi-lo, se violador de direito. Isto quer dizer que o ato há de existir. Ora, se «o interesse de agir é a relação entre a situação anti-jurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida», segundo o magistrado de Frederico Marques («Instituições de Dir. Proc. Civil», Forense, 2^a ed., 1962, II/33), inexistiria interesse de agir se inócua o ato administrativo sobre o qual deveria incidir o controle judicial, porque, na lição de LIEBMAN, esse interesse de agir incoerente «quando se demonstra que a lesão ou ameaça que é denunciada, na realidade não existe, ou não se verificou ainda». («Corso di Diritto Processuale Civile», p. 49; ap-J. Frederico Marques, «Instituições» II/34).

VII

Em suma: a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do disposto no 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). É que, conforme bem escreveu o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, «sem a negativa do Fisco em devolver a quantia pleiteada pelo contribuinte, não é possível divisar a lide ensejadora da invocação da proteção jurisdicional do Estado». Sem essa negativa, «diríamos nós, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir».

Ora, não tendo sido pleiteada, administrativamente, a restituição, decaiu a autora, ora apelante, do direito de fazê-lo.

Assim, em linha de princípio, sendo necessário, entretanto, distinguir: a) as contribuições, cuja restituição é pedida, que foram pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação; b) as contribuições, cuja restituição é pedida, que foram pagas dentro do quinquênio que precede à propositura da ação.

Aquelas, sob a, foram apanhadas pela decadência, motivo por que a ação não poderia prosseguir, porque extinto o direito à restituição; todavia, com relação às contribuições sob b, não apanhadas pela decadência, a ação poderia prosseguir.

Dir-se-á que estaria contraditório o voto, no particular. É que sustentamos que a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, e que, somente diante da negativa da restituição, administrativamente, é que poderá o sujeito passivo ajuizar a ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, art. 169), e que, inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

A objeção, em verdade, não teria procedência.

Em caso semelhante, AC n.º 44.001 —RS, disse eu, ao votar:

«No que concerne à alegação de que não teria a autora requerido, administrativamente, o benefício e que, por tal razão, não seria titular do direito de ação, também não acolho.

De fato, a função jurisdicional exerce-se em termos de exame do ato administrativo, para corrigi-lo, se contrário à ordem jurídica. Inexistente o ato, inexistente, é certo, um dos pressupostos do direito de ação, que é o legítimo interesse.

Mas o que acontece é que, ajuizada a ação, contestou a União o direito da autora. Tem o Judiciário, então, condições de examinar a questão, em todos os seus aspectos, em ordem de fazer valer a vontade concreta da lei. Obrigar, em caso assim, a parte a requerer administrativamente, para ter indeferido o pedido, para que depois venha a Juízo, é fazer tábula rasa da pretensão substantiva, em favor de regra formal, o que não se coaduna com a concepção moderna do processo, que lhe empresta caráter instrumental, apenas»

Decidiu, então, a 2ª Turma, na sua composição antiga, na mencionada AC n.º 44.001-RS, de que fui relator, em 13-5-77:

«Pensão-prescrição. Caráter alimentar. Direito de ação. Legítimo interesse.

I — Dado o seu caráter alimentar, é imprescritível o fundo de direito, ou a ação respectiva.

II — A função jurisdicional exerce-se em termos de exame do ato administrativo, para corrigi-lo, se contrário à ordem jurídica. Inexistente o ato, inexistente, é certo, um dos pressupostos do direito de ação, que é interesse de agir. Todavia, se a Ré contesta o direito da autora, tem o Judiciário, então, condições de examinar a questão em todos os seus aspectos, em ordem de fazer valer a vontade concreta da lei: Obrigar, em caso assim, a parte a requerer administrativamente, para ter indeferido o pedido, para que depois venha a Juízo, é fazer tábula rasa da pretensão substantiva, em favor da regra formal, o que não se coaduna com a concepção moderna do processo, que lhe empresta caráter instrumental tão-só.

III — Sentença confirmada. Recurso desprovido.»

Em caso igual, decidiu esta egrégia Corte, na AC n.º 17.762—PE, Relator o saudoso Ministro Oscar Saraiva:

«Se a Administração não pratica ato lesivo, ou não se queda em omissão também lesiva, e se nem sequer é provocada a se pronunciar, não cabe ao Judiciário fazer suas vezes, e decidir originariamente pretensão de particular que se deveria ter dirigido antes ao Executivo, e que assim não o fez ou não quis fazer.» (RTFR, 13/50).

No voto que serviu de roteiro ao acórdão, disse o saudoso e eminente Ministro Oscar Saraiva, que tanto honrou e dignificou este Tribunal:

«Não está em jogo o mérito da ação, isto é, se cabe ou não a restituição reclamada, mas a questão de saber se, sem prévia provocação à Administração Pública, e sem que haja negativa desta, assiste à parte a faculdade de vir a Juízo reclamar restituição tributária. No regime constitucional da separação harmônica dos poderes da soberania, a função constitucional do Judiciário, entre outras, é a de assegurar o particular contra qualquer cerceamento ou de-

negação de seus direitos pela Administração Pública, e nesse sentido há de ser entendida a regra do § 4º do art. 141 da Constituição, verbis: «A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual».

«Mas, se a Administração não pratica ato lesivo, ou não se queda em omissão também lesiva, e se nem sequer é provocada a se pronunciar, não cabe ao Judiciário fazer suas vezes, e decidir originariamente pretensão de particular que se deveria ter dirigido antes ao Executivo, e que assim não o fez ou não quis fazer. Essa foi a prejudicial decidida nestes autos, e se a discussão se tivesse limitado à mesma, mereceria a sentença plena confirmação, para que a declarassem as autoras carecedoras de ação. Mas a União, ao contestar a ação, impugnou o pedido em seu mérito e afirmou ser infundada a restituição pretendida. Daí já não ter mais sentido remeter às autoras a via administrativa, eis que já veio a Administração a Juízo contestar em seu mérito o pretendido direito das autoras. Daí entendermos que a ação deve ser julgada em seu mérito, e como não o tinha feito o Dr. Juiz de Primeira Instância que, embora declarando-a improcedente, ateu-se apenas à matéria prejudicial, é caso de restituir-se o processo à Primeira Instância para que aí seja decidido, sem o que julgaria o Tribunal o pedido em instância única.

Meu voto, pois, é para que baixem os autos à Primeira Instância, a fim de que seja o pedido julgado de *meritis*.»

É exatamente isto o que ocorre, no caso.

Ajuizada a ação de restituição, a autarquia-ré, o INPS, a contestou. E, ao fazê-lo, impugnou o pedido em seu mérito, afirmando ser infundada a restituição pretendida. Assim, no que tange às contribuições não apanhadas pela decadência, deverá a ação ser examinada e decidida.»

No caso, temos: a) a quantia, cuja restituição é pedida, foi paga dentro no quinquênio que precede à propositura da ação. Não há falar, portanto, em decadência; a) a Ré, União Federal, impugnou o pedido no seu mérito.

De ser reformada a sentença, pois, no particular. A ação pode, pois, prosseguir.

II

Examino a segunda preliminar de carência de ação, posta na sentença que escreveu:

«Também haveria de ser decretada a carência da ação, sob outro fundamento, pois, em se tratando de contribuição conceituável como tributo indireto, não caberia a sua restituição (Súmula nº 71 do STF), salvo se for reconhecido que o contribuinte *de jure* recuperou do contribuinte *de facto* o quantum respectivo (Súmula nº 546 do STF).»

Também nesta parte a sentença não pode prevalecer.

O FINSOCIAL, tal como instituído (Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-1982, artigo 1º, §§ 1º e 2º), não apresenta a conotação indicada na sentença, a menos que se considere como sujeito ao art. 166, CTN, qualquer tributo, o que não seria correto.

No voto que proferi por ocasião do julgamento da AC nº 98.403-SP, de que fui relator, assim equacionei a questão:

«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, *interplures*, da AC nº 75.885—SP, de que fui relator (DJ de 26-4-84, pág. 6.170).

II — Em princípio, O IOF, por ser um tributo indireto, estaria sujeito ao entendimento acima disposto.

Sustento que o art. 166, CTN, e a Súmula nº 546, do egrégio Supremo Tribunal, deverão ser interpretados com certos temperamentos. Porque, em verdade, se se emprestar interpretação radical ao art. 166, CTN, e a Súmula nº 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— SF devem ser interpretados *cum grano salis*. Entende o eminente Ministro Torreão Braz, então, que esses textos — artigo 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 DL 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 à 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 nº 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 locuplemento 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. nºs 91.322—SP—IOF/câmbio e títulos e valores mobiliários, e 91.148—RJ — IOF/crédito), faz jus à sua restituição, tal como decidiu a sentença recorrida.

VIII — Em conclusão, confirmo a sentença. Nego, em consequência, provimento ao apelo.»

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 — SF. 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 artigo 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, 30-5-85).

Tratando-se de FINSOCIAL, incidente a alíquota sobre a receita bruta, ou sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse (D.L. nº 1.940/82, art. 1º, §§ 1º e 2º), não há falar na repercussão do tributo, para o fim de sujeitá-lo ao art. 166, CTN, e Súmula nº 546 — SF.

Também nesta parte a sentença é de ser reformada.

III

No mérito, a sentença denegou a restituição do FINSOCIAL, ao argumento de que «nada impedia a sua cobrança no mesmo exercício em que foi criada.»

No particular, a sentença põe-se contrária à jurisprudência desta Casa, que, em sessão plenária, decidiu que a contribuição do FINSOCIAL está sujeita ao princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29) (MS nº 97.775—DF e MS nº 99.552—DF), entendimento que é, também, da Corte Suprema, conforme dá notícia, lealmente, a douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 169 (RREE nºs 103.778 e 105.340).

IV

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, para o fim de julgar procedente a ação, condenada a Ré no pagamento da verba honorária de 5% (cinco por cento) do valor da restituição.

EXTRATO DA MINUTA

AC 99.024—RJ— (Reg. nº 6.042.996) — Rel.: O Sr. Min. Carlos M. Velloso. Apte.: A. Tavares Com. Imp. S/A. Apda.: União Federal. Adv. Drs. Marli Moreira Guayanaz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo. (Em 7-5-86, Sexta Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 102.834 — SP
(Registro 7.197.373)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: INPS

Apelada: Ivone Scarpa Toble

Advogados: Drs. Valentim Aparecido da Cunha e Carlos Roberto Micelli

EMENTA: Previdência Social — Tempo de Serviço.

É computável, para fins de aposentadoria, tempo de serviço prestado por empregado rural em usina de açúcar, reconhecida que lhe é a condição de industrial.

O mesmo acontece com tempo de serviço registrado em carteira de trabalho por decisão judicial, se sua validade não é comprovadamente rechaçada pelo órgão previdenciário. Apelo 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, 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, 14 de novembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente/Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: Trata-se de ação de percepção de benefício proposta sob o rito sumaríssimo por Ivone Scarpa Toble contra o Instituto Nacional de Previdência Social, pleiteando aposentadoria por tempo de serviço indeferida administrativamente.

O processo acha-se instruído pelos documentos de fls. 5/12, depoimento de testemunhas e pelo próprio processo administrativo, devidamente apensado.

O INPS ofereceu contestação sustentando improvido o efetivo exercício de trabalho em períodos que enumera.

O MM. Dr. Juiz a quo julgou a ação procedente, condenando o Instituto a conceder à autora o benefício postulado a partir da data do requerimento, acrescido das des-

pesas do oficial de justiça, honorários advocatícios de 10% sobre o total da condenação e juros de mora a partir da citação (fls. 29/32).

O INPS apelou às fls. 34/37 impugnando a computação para os efeitos pretendidos de tempo de serviço referente a trabalho rural, e de um outro período quanto ao qual afirma não haver um único início de prova por escrito.

As contra-razões foram oferecidas às fls. 39/46.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): O Dr. Jarbas Miguel Tortorello, ilustre Juiz de Direito da Comarca de Araraquara, S. Paulo, estribado na prova documental constante do processo administrativo em anexo, e na prova testemunhal, decidiu, **verbis**:

«A pretensão da autora Ivone Scarpa Toble, na ação que promove contra o Instituto Nacional de Previdência Social, vem a ser a contagem dos seguintes tempos de serviços prestados, a fim de conseguir sua aposentadoria por tempo de serviço: 18 de fevereiro de 1944 a 10 de junho de 1955, que teria trabalhado para a Usina Paulista de Açúcar S.A., com sede em Araraquara, no ramo de indústria e álcool, denominada Usina Tamoio, no exercício da função de operária agrícola; 15 de junho de 1955 a 31 de outubro de 1966, que teria trabalhado para a empresa «Leonardo & Tovoli», com sede em Araraquara, no ramo de bar e sorveteria, exercendo a função de balconista e cozinheira.

A ação fica julgada procedente, com concessão de aposentadoria por tempo de serviço para a autora, ficando, dessa forma, deferida a sua pretensão constante da peça inicial.

Com efeito, o primeiro período reclamado vem provado pela declaração constante de fl. 9 do processo administrativo, onde a empregadora «Usinas Paulistas de Açúcar S.A.», do ramo de indústria de açúcar e álcool, denominada «Usina Tamoio», com sede em Araraquara, declarou que a autora, efetivamente, prestou serviços na função de operária agrícola, nessa empresa.

Quanto ao segundo período, há anotação na carteira profissional da autora da prestação de serviços, como balconista, à empresa «Leonardo & Tovoli», que se dedicava ao ramo de bar e sorveteria, com sentença transitada em julgado da Junta de Conciliação e Julgamento de Araraquara (fl. 11).

Esses períodos de serviços também estão confirmados pelas provas de caráter testemunhal (fls. 25/7) que, somados aos já contados, asseguram o direito da autora.

Isto posto, pelo mais que dos autos consta, julgo procedente a ação promovida por Ivone Scarpa contra o Instituto Nacional de Previdência Social, condenando este a conceder à autora a Aposentadoria por Tempo de Serviço, a partir da data do requerimento (24 de setembro de 1982), devendo ainda pagar as despesas do senhor Meirinho (condução), bem como honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação, além de juros de mora a partir da citação, sendo que o cálculo das prestações vencidas será feito levando-se em consideração o valor do benefício na data da feitura do cálculo, e, às vincendas, caso haja pagamento posterior, aplicar-se-á a devida correção monetária.»

A respeitável sentença recorrida afina-se com a jurisprudência dominante no Tribunal, tanto em relação ao primeiro período (1944 a 1955) quando trabalhou a apelada para a Usina Tamoio (Cfr. declaração contante do processo administrativo em apenso),

como no que respeita ao período de 15-6-55 a 31-10-66, período em que trabalhara para a firma «Leonardo & Tovoli».

Quanto ao primeiro período, o entendimento da Autarquia-apelante é no sentido de que tal tempo não pode ser computado para os fins da previdência social urbana, uma vez que ali, na Usina Tamoio, exercera a Autora atividade exclusivamente agrícola, ou de «operária agrícola».

Ademais, a jurisprudência, de há muito, vem reconhecendo nos empregados rurais das usinas de açúcar a condição de industriários.

Em verdade, ao julgar, em 30 de novembro de 1982, quando ainda integrava a E. Primeira Turma, a AC nº 53.868-SP, entendi ser válida a soma do tempo de serviço rural com o industrial, para fins de aposentadoria.

O respectivo acórdão tem a seguinte ementa:

—«Aposentadoria Previdenciária — tempo de serviço rural e industrial.

Não há impedimento de se somar o tempo de serviço rural ao industrial, para fins de aposentadoria, sendo de se considerar como de caráter industrial, o serviço prestado a empresa cujas atividades se identificam como tal, embora situada em zona rural.

Remessa de ofício incabível (Súmula nº 34, TFR).

Apelo improvido.»

Quanto ao segundo período (15-6-55 a 31-10-1966), o apelo da Autarquia apenas alega que verbis:

«É que não há um único início de prova por escrito. Não há qualquer elemento que servisse como início de prova. Só houve os depoimentos das testemunhas» (fl. 36).

Em contrapartida, no particular, assevera a sentença, verbis:

— «Quanto ao segundo período, há anotação na carteira profissional da autora da prestação de serviços, como balconista, à empresa «Leonardo & Tovoli», que se dedicava ao ramo de bar e sorveteria, com sentença transitada em julgado da Junta de Conciliação e Julgamento de Araraquara» (fl. 11).

Com efeito, comprova o documento de fl. 11 (Certidão da J.C.J. de Araraquara), que a ora apelada ajuizara reclamação trabalhista contra a firma Leonardo & Tovoli e esta fora condenada, por sentença transitada em julgado, a proceder à anotação na Carteira Profissional da reclamante, do tempo de serviço referente ao «período de quinze de junho de hum mil novecentos e cinqüenta e cinco a trinta e um de outubro de hum mil novecentos e sessenta e seis».

Ora, reconheceu esta E. 2ª Turma, ao julgar a AC nº 95.674 — SP, Relator, o eminente Ministro Costa Lima, que as decisões da Justiça do Trabalho, reconhecendo o vínculo empregatício, não vincula a previdência, mas gera presunção em favor do empregado.

Proclama a ementa do respectivo acórdão:

— «Previdência Social. Abono de permanência e Aposentadoria. Tempo de serviço.

1. A legislação previdenciária repele (art. 10, § 8º, da Lei nº 5.890/73, reproduzido em regulamentos) a contagem de tempo de serviço com base exclusivamente em prova testemunhal, não importando o processo em que produzida. É norma especial, não derogada pelo CPC.

2. Há, porém, exagero do INPS em exigir que os interessados lhe entreguem cópia de processos judiciais para análise. A sentença da Justiça do Trabalho, reconhecendo o vínculo empregatício, não vincula a previdência, mas

gera presunção em favor do empregado, do mesmo teor da anotação da carteira pelo patrão, e somente pode ser recusado pelo Instituto mediante prova regular em sentido contrário. Precedentes (AC 90.773 — SP e 91.104—SP)».

Outro não foi o entendimento esposado pelo eminente Ministro Gueiros Leite, quando do julgamento da AC nº 60.687—MG, em acórdão assim ementado:

—«Previdência Social. Tempo de Serviço. Prova feita em reclamação trabalhista transitada em julgado.

A prova de tempo de serviço, obtida em reclamação trabalhista transitada em julgado, equipara-se à anotação feita na Carteira Profissional do empregado, como presunção que caberá ao órgão previdenciário desfazer».

Por derradeiro, quanto à validade da prova testemunhal, também esta E. 2ª Turma, sendo Relator o eminente Ministro Gueiros Leite, decidiu:

—«Previdência Social. Tempo de serviço. Prova testemunhal.

A prova testemunhal é meio legítimo à reconstrução histórica de fatos passados e pertinentes a tempo de serviço para fins previdenciários, mas deve ser suficiente e idônea, tanto mais e principalmente se existiu razoável começo de prova material».

Estou em que decidi com acerto a respeitável sentença de primeiro grau, razão que me leva a confirmá-la.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo da Autarquia.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 102.834 — SP (Reg. 7.197.373) — Rel.: O Sr. Ministro OTTO ROCHA. Apte.: INPS. Apda.: Ivone Scarpa Toble. Advs.: Drs. Valentim Aparecido da Cunha e Carlos Roberto Micelli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 14-11-86 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 103.262 — DF
(Registro 7.202.903)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar
Apelante: União Federal
Apelados: Nascimento Alves Paulino e outros
Advogado: Dr. Péricles Luiz Medeiros Prade

EMENTA: Administrativo. Classificação de cargos. Enquadramento. Delegados de Polícia Federal. Autores que já eram funcionários quando do advento da legislação questionada (Decreto-Lei nº 1.445/76).

1. Se os autores já possuíam situação funcional antecedente, quando do advento da legislação questionada (Decreto-Lei nº 1.445/76), beneficiados pelo mecanismo anterior de faixas graduais de salários, não poderiam sofrer prejuízos em decorrência da nova classificação, como assegurado na lei de regência.

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, 12 de setembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Trata-se de apelação interposta pela União Federal contra a r. sentença de fls. 142/145, prolatada pelo MM. Juiz Federal Dr. Petrúcio Ferreira da Silva, que julgou procedente ação ajuizada por Nascimento Alves Paulino e outros, todos Delegados de Polícia Federal, elevados a essa categoria pela Portaria nº 42/79 que, inconformados por terem sido posicionados na referência 37, pleiteiam a classificação na referência 41, em decorrência das faixas graduais, a teor do Decreto-Lei nº 1.348/74 com o reajustamento determinado pelo Decreto-Lei nº 1.445/76.

A União foi condenada a posicionar os autores na referência 41, a partir da publicação da Portaria 42/79 (2 de julho de 1979), pagando as diferenças salariais referentes aos vencimentos e vantagens atrasados, respeitada a prescrição quinquenal, com incidência de 0,5% (meio por cento) ao mês e correção monetária a partir de quando devidas as diferenças. Condenado, ainda, em honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o total a ser apurado em liquidação de sentença (fl. 145).

Os autores ofereceram embargos de declaração, acolhidos, para que fossem descritos na sentença os nomes de todos os autores (fls. 149 e 164/165).

A União apelou, reiterando a argumentação de que os ora apelados, ingressaram na categoria após o advento do Decreto-Lei nº 1.445/76, não podendo ser posicionados em referência superior à inicial, sem expressa disposição legal (fls. 151/153).

Os apelados sustentam o acerto da decisão recorrida, pugnando pela sua confirmação (fls. 155/159, e documento de fl. 160).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. Nelson Parucker, aprovado pelo Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, opinou pela reforma integral da sentença (fls. 169/171).

Sem revisão, nos termos do art. 33, inc. IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Em sua fundamentação, a r. sentença recorrida bem destacou que os precedentes judiciais, trazidos à colação, ou não têm pertinência com o caso dos autos, ou seriam decididos de forma diversa, se porventura os seus autores estivessem na situação dos apelados, isto é, se já fossem funcionários, quando do advento da legislação questionada.

«Ora — argumenta a sentença — no caso dos autores desta Ação, embora os mesmos só tenham sido levados à categoria de Delegados de Polícia Federal após a vigência do Decreto-Lei nº 1.445/76, isto é, em 2-7-79, vale salientar que já à vigência do Decreto-Lei 1.445/76 os mesmos já integravam os Quadros da Polícia Federal, como ocupantes da categoria funcional de Escrivão e de Agente e, logicamente, já se encontravam em situação funcional em razão da qual «se beneficiavam do mecanismo anterior de faixas graduais de salários» (fl. 36) e assim ocorrendo «eram detentores de situação funcional antecedente, de sorte a que pudessem reivindicar a aplicação do critério inscrito no art. 5º ... (pois) as faixas graduais correspondiam a mecanismos trimestral de faixas salariais instituído por legislação anterior» — (fl. 37) a qual se subordinaram os autores.

«Tanto assim o é que em 1º de março de 1976 o vencimento atribuído ao nível PF-4, por força do Sistema da Trimestralidade, as faixas salariais era de Cr\$ 6.098,00, quando o inicial da carreira de Delegado de Polícia Federal era de Cr\$ 5.018,00.

Inadmissível pois que legados à categoria funcional de Delegados de Polícia Federal, os autores já posicionados anteriormente em uma faixa salarial acima da faixa inicial de Delegado, por serem detentores de situação funcional antecedente, como consequência de suas promoções tivessem como tiveram prejuízos em seus salários.

Ademais o que pretendem os autores é, dentro da própria sistemática da função pública, mais do que uma reclassificação e reconhecimento de seus direitos decorrentes do fato de à época da edição do Decreto-Lei 1.445, já serem detentores de situação funcional antecedente, de sorte a que pudessem reivindicar a aplicação do critério inscrito no art. 5º, inclusive para fins de localiza-

ção no novo plano de redistribuição, e neste ponto teriam eles direito, a, dentro das faixas graduais determinadas pelo mecanismo trimestral de faixas salariais, de ingressando na categoria de Delegados de Polícia Federal, não serem tratados como os que ingressaram àquela época na função pública, embora naquela categoria.» (Fls. 144/145)

Ponderam os autores, na inicial, que «o Decreto-Lei nº 1.445/76 não trata de classificação de cargos, mas, tão-somente, de reajuste de vencimentos, enquadrando-os aos valores das *referências* criadas por seu art. 6º, cujo § 1º comanda a forma pela qual há de ser atribuída a *respectiva referência*» e tal comando impede que a Tabela inove a ordem jurídica, devendo-se creditar a mero equívoco do Anexo IV (fls. 6/7).

E na réplica (fls. 127/136) à contestação de fls. 84 e segs. responderam, com vantagem, as objeções opostas pela União pois, correta e adequada, realmente, é a referência 41 e não a 37.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Para rememorar a espécie, leio o relatório lançado nos autos pelo eminente Ministro Washington Bolívar. (Lê)

Votando, Sua Excelência acolheu os fundamentos da sentença, negando, em consequência, provimento à apelação.

Pedi, então, vista dos autos. Isto porque, em voto proferido no RO nº 7.894 — PI, sustentei a mesma tese da apelação da União Federal, ao que se vê da ementa do acórdão:

«Administrativo. Correção de enquadramento. Procurador autárquico. Decreto-Lei nº 1.445/76.

I — A regra estabelecida no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.445/76 teve por destinatários os servidores já em atividade, não sendo por ela alcançados os servidores admitidos após a sua vigência, por isso que descabe qualquer correção de enquadramento.

II — Sentença reformada.»

O exame dos autos revela, entretanto, que as situações são distintas. No caso por mim relatado, os servidores não tinham situação funcional antecedente. Na espécie vertente, os autores eram Agentes da Polícia Federal. Parece-me, assim, escorreito o raciocínio da sentença e que mereceu o endosso do ilustrado Relator. De fato, não poderiam, alçados que foram a uma categoria superior, sofrer prejuízos salariais.

Isto posto, também nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 103.262 — DF (Reg. 7.202.903) — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Apte.: União Federal. Apdos.: Nascimento Alves Paulino e outros. Adv.: Dr. Péricles Luiz Medeiros Prade.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 12-9-86).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 103.295 — SP
(Registro nº 7.203.500)

Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho
Apelante: Serrana Agenciamento e Representações Ltda.
Apelada: União Federal
Advogados: Drs. Nilza Maria Evangelista de Moura e outros

EMENTA: Processual Civil. Prazo. Justiça Federal. Lei nº 5.010/66, art. 62, I, CPC, arts. 179 e 184, § 1º. Súmula 105, do TFR.

I — O período compreendido entre 20 de dezembro e 6 de janeiro é considerado feriado na Justiça Federal (Lei nº 5.010/66, art. 62, I) e aos prazos em curso, aplica-se a regra do art. 179 do CPC. (Súmula nº 105, do TFR), em harmonia com o art. 184, § 1º, I, do mesmo código.

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, 19 de novembro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de Apelação Cível interposta por Serrana Agenciamento e Representações Ltda. contra a sentença de fl. 51, que rejeitou liminarmente, por considerá-los extemporâneos, os embargos por ela opostos, à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional.

Em suas razões de fls. 53/58, a apelante alegou que no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro a Justiça Federal encontra-se em recesso (Lei nº 6.010/66), sendo tal período considerado como férias; estando, então, suspensos os prazos em curso, que recomearão a correr no primeiro dia útil seguinte ao término das férias.

Contra-razões às fls. 64 verso.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso. Dispensada a revisão (art. 33, IX, do RI/TFR).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Prazo. Justiça Federal. Lei nº 5.010/66, art. 62, I. CPC. arts. 179 e 184, § 1º, Súmula 105, do TFR.

I — O período compreendido entre 20 de dezembro e 6 de janeiro é considerado feriado na Justiça Federal (Lei nº 5.010/66, art. 62, I) e aos prazos em curso, aplica-se a regra do art. 179 do CPC (Súmula nº 105, do TFR), em harmonia com o art. 184, § 1º, I, do mesmo código.

II — Apelação provida.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Cuida-se de embargos à execução rejeitados, liminarmente, pelo douto Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santos, Eleutério Dutra Filho, em despacho assim motivado:

«Rejeito liminarmente os embargos eis que apresentados extemporaneamente.

O depósito garantidor da execução foi efetuado no dia 26-11-84 (fl. 22 dos autos principais). Nesta hipótese, no dia 27 de dezembro seguinte exauriu-se o prazo para oferta de embargos, nos termos do artigo 16, I, da Lei nº 6.830/80. Todavia os embargos foram distribuídos somente no dia 7 de janeiro de 1985, fora, portanto, do prazo legal.»

Os embargos foram oferecidos em Carta Precatória distribuída ao Juiz Federal da 16ª Vara de São Paulo.

O período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 6 de janeiro, ex vi do art. 62, inciso I, da Lei nº 5.010/66, é considerado feriado na Justiça Federal e aos prazos em curso, aplica-se a regra dos arts. 179 e 184, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, ou seja, nesse período os prazos são suspensos e aqueles cujo vencimento ocorrer nessa fase ficam prorrogados até o primeiro dia útil.

A jurisprudência desta Corte pacificou-se nesse sentido, resumida no verbete da Súmula nº 105, com esta redação:

«Aos prazos em curso no período compreendido entre 20 de dezembro e 6 de janeiro na Justiça Federal, aplica-se a regra do art. 179 do Código de Processo Civil.»

Ora, se o prazo para a embargante venceu no dia 27-12-84, estava ele prorrogado para o primeiro dia útil, 7 de janeiro seguinte, quando foram ajuizados os embargos. Portanto, em tempo hábil.

Com estas considerações, dou provimento à apelação interposta para reformar a decisão recorrida, devendo os embargos serem processados e decididos como de direito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 103.295 — SP — (Registro nº 7.203.500) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Apte.: Serrana Agenciamento e Representações Ltda. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Nilza Maria Evangelista de Moura e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Quarta Turma — 19-11-86)

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 105.275 — SP
(Registro nº 5.734.207)

Relator: Sr. Ministro Eduardo Ribeiro

Apelante: Sociedade Construtora Termotécnica e Indl, Saurer Ltda.

Apelado: IAPAS

Advogados: Dr. José Alvaro de Castro Sacramento e Dr. Luciano Ferreira Neto

EMENTA: Advocacia. Incompatibilidade. Delegado Regional da SUNAB. Verifica-se a incompatibilidade no momento em que ocorre o fato capaz de dar-lhe causa, ainda que o licenciamento por parte da Ordem dos Advogados do Brasil só se dê posteriormente.

A ressalva do artigo 149 da Lei nº 4.215/63 só é invocável se a razão da incompatibilidade ou impedimento preexistir à lei.

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.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS VELLOSO, Presidente. **MINISTRO EDUARDO RIBEIRO**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. **MINISTRO EDUARDO RIBEIRO**: A matéria dos autos foi assim relatada e decidida pela sentença, *in verbis* (fls. 120/122):

«Sociedade Construtora Termotécnica e Industrial Saurer Ltda. qualificada na inicial, interpõe os presentes embargos à arrematação contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) alegando, em suma, que, no dia 14-11-83, foram arrematados, pelo valor de Cr\$ 1.000.000, os bens penhorados em execução fiscal que lhe promove o requerido. Entretanto, a licitação lhe causou espécie, vez que ela solicitara o parcelamento do seu débito e a demora na solução dependia apenas da ré. Dizendo ter havido novação da dívida, pede a anulação da arrematação.

Impugnando, diz o embargado que a embargante pediu o parcelamento de seus débitos em 25-9-81, não mais se interessando por sua sorte, não tendo o direito, pois, de insurgir-se contra a arrematação.

Réplica da embargante às fls. 22 a 27. À fl. 61, determinou o Juízo a citação do arrematante. Este, independentemente da citação, comparece aos autos para alegar não haver nulidade na arrematação, e que o pedido de parcelamento não gera qualquer direito ao contribuinte.

Designada audiência, realiza-se esse ato (fl. 81), ocasião em que o IAPAS argúi a capacidade postulatória do advogado da embargante, o que é contestado pelo causídico às fls. 85 a 94.

É o relatório. Decido.

Examinou, por primeiro, a questão da capacidade postulatória do ilustre advogado da embargante. É ele, desde data anterior à propositura dos presentes embargos, o Delegado Regional da SUNAB no Estado de São Paulo (fl. 101), o que o torna incompatível para o exercício da advocacia, nos precisos termos do artigo 84, item VI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Esse dispositivo legal prevê tal incompatibilidade inclusive para os advogados que exerçam as funções de delegado de qualquer serviço da União, sendo irrelevante se se trata de funcionário público *stricto sensu* ou de ocupante de mero cargo de confiança. E, frise-se, a incompatibilidade é a proibição total do exercício da advocacia, conforme o esclarece o artigo 82, § 3º, do aludido Estatuto.

A consequência desse fato é ser nula a petição inicial deste feito e, em consequência, todo o processo.

Entretanto, isso não muda a situação da embargante que não seria bem-sucedida ainda que regular fosse a participação de seu advogado. Com efeito, permite o artigo 746 do Código de Processo Civil que o devedor ofereça embargos à arrematação apenas nos casos de nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição. Como não houve nenhum dos últimos quatro casos, o seu estribo somente pode ser a nulidade da execução. Essa irregularidade, enfatiza a embargante, seria o seu pedido de parcelamento do débito, pedido em 25-9-81 (fls. 4 a 6). É bem verdade que o respectivo dossiê administrativo extravaiou-se na repartição do exeqüente, por ele próprio confessado à fl 19, item 2, destes autos.

Contudo, a embargante desinteressou-se pela sorte do seu pedido, vez que a arrematação somente veio a ocorrer mais de dois anos após, ou seja, em 14-11-83. Ora, o exame do processo da respectiva execução fiscal esclarece, à fl. 102, que a embargante, em 15-9-83, foi intimada, na pessoa de seu diretor administrativo, da designação da venda judicial. Não tendo havido lance, foi designado novo leilão, do qual a empresa também foi intimada pessoalmente (fl. 106), ocasião em que foi arrematado o bem penhorado (fl. 107). Havendo expressa dispensa do prazo previsto no art. 24, II, *b*, da Lei nº 6.830/80 (fl. 108), foi lavrado o respectivo auto de arrematação (fl. 109) e expedida a correspondente carta (fls. 111/112).

A embargante criou uma polêmica bem grande nestes autos, a partir da fl. 29, para saber se o procurador do exeqüente tinha ou não poderes para renunciar ao prazo de que cuida o art. 24 da Lei nº 6.830/80, que permite a adjudicação dos bens penhorados, pela exeqüente, no prazo de trinta dias do leilão. Parece-me evidente que o advogado de qualquer parte pode dispor de prazos processuais que a favoreçam. Entretanto, quem teria legitimidade para levantar esse tipo de questão seria o exeqüente e não o executado. Por outro lado, ultrapassou-se aquele prazo sem que o exeqüente pleiteasse a adjudicação dos bens penhorados e arrematados.

Finalmente, o eventual pagamento da dívida a que se refere a petição de fl. 62 não pode interferir em um ato processual ocorrido cerca de três meses antes, ainda mais que a arrematação cria direitos para o arrematante, que não

podem ser transacionados pelas demais partes do processo sem o seu consentimento.

Isto posto, julgo improcedente os presentes embargos à arrematação, condenando a embargante, em consequência, nas custas processuais e em honorários advocatícios, arbitrados estes em 20% do valor da arrematação, com os efeitos da Lei nº 6.899/81, a serem divididos entre os procuradores dos dois requeridos.»

Apelou a embargante «para o fim de serem cumpridos os atos processuais não cumpridos, que caracterizam cerceamento de defesa, bem como convalidados os pagamentos feitos pela apelante, que se beneficiando dos favores do Decreto-Lei nº 2.088/83 alcançou o seu desideratum, qual seja a quitação do seu débito para com o apelado, que vinha sendo pretendido desde o seu pedido de parcelamento em 25-9-81» (fls. 125/128).

A apelante fez juntada de documento, por cópia (fls. 130/131).

Contra-razões às fls. 134/136.

Foram desapensados os autos da execução (fl. 140v).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Advocacia. Incompatibilidade. Delegado Regional da SUNAB.

Verifica-se a incompatibilidade no momento em que ocorre o fato capaz de dar-lhe causa, ainda que o licenciamento por parte da Ordem dos Advogados do Brasil só se dê posteriormente.

A ressalva do artigo 149 da Lei nº 4.215/63 só é invocável se a razão da incompatibilidade ou impedimento preexistir à lei.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: À época do ajuizamento dos embargos, o ilustre profissional que os subscreveu encontrava-se incompatibilizado com o exercício da advocacia, posto que exercia as funções de Delegado Regional da SUNAB em São Paulo. Incide o disposto no artigo 84, VI da Lei nº 4.215/63. Isto, aliás, veio a ser reconhecido pela Ordem dos Advogados do Brasil, sendo licenciado o advogado.

Não é invocável o disposto no artigo 149 da citada Lei nº 4.215. A ressalva só abrange os casos em que o impedimento ou incompatibilidade forem anteriores à lei.

Por outro lado, embora o licenciamento dependa de pronunciamento do órgão de classe, a incompatibilidade está presente desde o momento em que se verificou o fato capaz de dar-lhe causa.

Acertada, por conseguinte, a r. sentença ao reconhecer a nulidade do processo. Não se justificava sequer o exame de outros temas. De qualquer sorte, como demonstrou o provimento recorrido, a pretensão não poderia mesmo prosperar.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC 105.275—SP — (Reg. 5.734.207) — Rel.: Min. Eduardo Ribeiro. Apte.: Sociedade Construtora Termotécnica e Indl. Saurer Ltda. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. José Álvaro de Castro Sacramento e Luciano Ferreira Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 23-2-87 — Sexta Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. MINISTRO CARLOS VELLOSO.

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.150 — AL
(Registro 7.247.648)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Aciole

Agravante: IAPAS

Agravado: O r. despacho de fls. 96/7

Advogados: Drs. Valdeci Inácio da Silva, Aleuza Albuquerque de Souza e Leopoldo Albuquerque Lopes de Oliveira e outro

EMENTA: Agravo regimental. Cancelamento de débitos. Exercício fiscal. DL nº 1.899/81.

I — Em obediência ao princípio da anualidade orçamentária, o lançamento deverá ser procedido em cada exercício. Procedendo-se vários lançamentos em uma só certidão, tomando-se o somatório de vários débitos, de exercícios diferentes, significa a castração do espírito com que o decreto de anistia foi editado.

II — Precedentes jurisprudenciais.

III — Improvimento do agravo.

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 ao agravo, 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 março de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente. MINISTRO PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Às fls. 96/97 proferi despacho negando seguimento a apelação do IAPAS, por entender cancelados os débitos em discussão, eis o teor do despacho que exarei:

«Trata-se de apelação interposta pelo IAPAS/BNH da r. sentença de fls. 68/72 que acolheu os embargos opostos por *Oficina Nossa Senhora do Bom Parto Ltda.*, e condenou o apelante em 0,5% em honorários advocatícios.

Pede o apelante que seja reformada a r. sentença para que reconheça o Tribunal a prescrição trintenária.

Verificando o título da dívida, bem como seu discriminativo constante dos autos em apenso às fls. 4/6, constata-se que o crédito previdenciário se refere aos seguintes períodos: jan. a dez./67, tem como maior valor Cr\$ 20,40; jan. a dez./68, o maior valor é de Cr\$ 12,67; jan a dez/69, o maior valor é de Cr\$ 109,17; jan a dez/70, o maior valor é de Cr\$ 154,10; jan a dez/71, o maior valor é de Cr\$ 72,57; jan a dez/72, o maior valor é Cr\$ 105,72 e jan a fev/73, o maior valor é de Cr\$ 58,36.

Assinalo que desses valores foram excluídas todas as parcelas acessórias como juros, multa e correção monetária. Assim, considerando o valor originário do débito principal em cada exercício, os mesmos se acham cancelados a teor do art. 1º e § 1º do Decreto-Lei nº 1.889, de 1981, tomando-se, portanto, as parcelas isoladamente consideradas no exercício do seu lançamento.

O espírito com que se editou o referido decreto-lei foi no sentido de que as dívidas com valor inferior a Cr\$ 3.000, constituídas até a data da sua edição, ficam canceladas. Naturalmente, o endereçamento emanado do suso diploma foi para os débitos e não para as certidões da dívida.

Como fiz questão de demonstrar, todos os débitos que foram constituídos são de valores ínfimos, quantia irrisória, de pequeno valor, e que torna mais caro o custo do processo e demonstram a desatenção do órgão credor em fazer com que se juntem vários anos para em um lançamento único fazer uma única certidão.

Na realidade, isto seria burlar o espírito com que foi editado o mencionado decreto-lei.

O cancelamento a que se refere é relativo aos débitos cujos valores sejam inferiores a Cr\$ 3.000, e, pelo que se lê e se depreende do preceito, ficam cancelados os débitos inferiores e não a certidão ou seu total.

Em nenhum dos preceitos citados no referido decreto-lei existe determinação no sentido de que só deva ser cancelada certidão com um único ou com vários lançamentos.

Não há dúvidas que por uma questão prático-administrativa é que o credor — IAPAS/BNH — faz lançar em determinadas certidões o valor global de vários lançamentos, mesmo que inferiores a Cr\$ 3.000, mas no total ultrapassam essa quantia e, assim procedendo a Administração, significaria a castração do espírito com que foi editado o decreto-lei da anistia.

É destemperado o credor que faz acumular vários débitos inferiores à quantia anistiada para ao final expedir uma única certidão com valor global, dando nó no dispositivo anistiante.

Os lançamentos devem ser procedidos em cada exercício em obséquio ao princípio anual dos orçamentos.

Nos autos, o valor originário correspondente ao débito lançado em cada exercício é inferior a Cr\$ 3.000, excluídas quaisquer parcelas acessórias como juros, multa e correção monetária, bem assim, custas processuais e honorários advocatícios, a teor do § 1º, do art. 1º.

O cancelamento abrange, inclusive, os débitos pendentes de execução, na via judicial, os quais podem ser declarados de ofício (art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.889/81).

Por estes fundamentos, nego seguimento ao recurso por falta de objeto, com base no art. 90, § 2º, da Lei Complementar nº 35/79, c/c o art. 33, § 1º, inciso II, do RI/TFR.

Determino a baixa dos autos à Vara de origem.» (fls. 96/97).

A argumentação do agravo de que deve ser considerado o valor total da certidão não me convenceu, pois, adota a corrente de que o valor a ser considerado é o de cada exercício em que se deveria fazer o lançamento.

Mantenho a decisão agravada.

É o relatório e não tenho voto.

VOTO

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

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgReg na AC 106.150 — AL — (Reg. 7.247.648) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Agrte.: IAPAS. Agrdo.: O r. despacho de fls. 96/97. Advs.: Drs. Valdeci Inácio da Silva, Aleuza Albuquerque de Souza e Leopoldo Albuquerque Lopes de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 19-3-86 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Torreão Braz e Sebastião Reis acompanharam o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 108.510 — RJ
(Registro nº 6.272.592)

Relator: O Sr. Ministro Carlos M. Velloso.

Apelantes: Lea Graça Bahiense de Lyra e outros

Apelado: IAPAS.

Advogados: Drs. Margarida Matilde Newlands de Freitas e outros, Thaisa, C. Colla e outro e José Marcelo Affonso

EMENTA: Administrativo. Previdenciário. Servidores estatutários da Previdência Social. Contribuição. Lei nº 3.807, de 1960, artigo 69, II, com a redação da Lei nº 5.890, de 1973. Lei nº 6.887, de 10-12-1980.

I — A Lei nº 6.887, de 10-12-1980, ao dar nova redação ao art. 69, da Lei 3.807, de 1960, alterada pela Lei nº 5.890/73, não revogou o inciso II (dois) do referido artigo 69. Continua de pé, portanto, a contribuição dos servidores da Previdência Social, em percentagem do respectivo vencimento igual à que vigorar para o Instituto da Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, com o acréscimo de 1% (um por cento), que foi majorado para 1,2% com o Decreto-Lei nº 1.910/81, para o custeio dos demais benefícios a que fazem jus, e de 2% (dois por cento) para a assistência patronal.

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, 30 de junho de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Léa Graça Bahiense de Lyra, Rosalmir Baptista de Araújo, Wanderley Indigton Carneiro, Rosa Pulitini Farah e Dilela da Silva Rivera, servidores da Previdência Social, ajuizaram ação ordinária contra o IAPAS, objetivando a condenação dessa autarquia federal no seguinte:

«I — A suspender o desconto que vem fazendo incidir, mensalmente, sobre o ganho dos suplicantes, das contribuições de 1,2% (até 31-12-81 era de 1% o desconto) e de 2%, respectivamente para o regime geral de previdência a que se filiam os empregados e outros trabalhadores, e para a «Assistência Patronal», promovendo a autarquia a paralisação do último desconto, de 2%, sem prejuízo de permanência dos suplicantes, com os seus dependentes, como beneficiários da «Assistência Patronal», por resultar a prestação dos serviços assistenciais inerentes a esse plano, instituído com fundamento na Lei n.º 1.711/52, unicamente do vínculo entre a autarquia (a que pertencem os suplicantes), como entidade de Administração Federal, e os seus servidores estatutários na situação apontada. Aliás, sem a permanência como beneficiários da «Assistência Patronal», não se animariam os suplicantes a pleitear a suspensão da segunda contribuição de 2%, embora considerando que o respectivo desconto, desde 1-1-81, não se harmoniza com a lei;

II — A devolver aos suplicantes as importâncias decorrentes do desconto que realizou, na forma acima, a partir de 1-1-81, acrescido, o montante a ser apurado, dos juros de mora e da correção monetária, ambos aplicados desde a data de cada desconto, de acordo com a orientação que se sedimentou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nos termos, ainda, da Súmula n.º 46 do egrégio Tribunal Federal de Recursos, por se tratar de repetição de indébito tributário;

III — No pagamento de honorários advocatícios e mais pronunciações de direito.»

.....
(fls. 17/18).

A sentença, ao cabo, (fls. 78/82) lavrada pelo Juiz Federal Ney Magno Valadares, julgou improcedente a ação e condenou «os autores no pagamento das custas e da verba advocatícia, esta fixada, mediante apreciação equitativa, em Cr\$ 100.000 (cem mil cruzeiros), para cada litigante, observada, a partir desta data, a correção monetária prevista em lei».

Argumentou que a questão se resume em saber se o art. 69, II, da Lei n.º 3.807/60, na redação dada pela Lei n.º 5.890/73, ainda se encontra em vigor, ou se foi revogado pela Lei n.º 6.887/80. De acordo com a publicação do *Diário Oficial* de 11-12-80, ao dar nova redação ao art. 69 da Lei n.º 3.807, de 26-8-60, a Lei n.º 6.887, de 10-12-80, omitiu em seu texto o inciso II, sobre cuja vigência se discute, apesar de não ter alterado a numeração dos demais incisos, passando do item I para o item III. O texto de fls. 71/74, extraído de uma consolidação elaborada por Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole, continuou a sentença, não corresponde à publicação oficial da referida lei, e foi trazido maliciosamente para os autos, com o propósito de induzir o julgador em erro. Entendeu o decisório que não houve a alegada revogação expressa daquele dispositivo legal e nem ocorreu nenhuma das hipóteses de revogação tácita, porque a Lei n.º 6.887/80 não dispõe em contrário e nem regulou toda a matéria. Continua, dessa maneira, em vigor, o inciso II do artigo 69 da Lei n.º 3.807/60, com a redação dada pela Lei n.º 5.890/73, que obriga os servidores das instituições previdenciárias a contribuir para a Previdência Social, «em percentagem do respectivo vencimento igual à que vigorar para o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, com o acréscimo de 1% (majorado para 1,2% a partir da vigência do Decreto-lei n.º 1.910/81), para o custeio dos demais benefícios a que fazem jus, e de 2% (dois por cento) para a assistência patronal».

A sentença foi assim ementada:

Previdência Social. Contribuições devidas pelos servidores dos institutos previdenciários, nas bases estabelecidas no art. 69, inciso II, da Lei n.º 3.807/60, com a redação dada pela Lei n.º 5.890/73. Subsistência daquele

dispositivo legal, embora tenha sido omitido na publicação das alterações introduzidas naquele último diploma pela Lei nº 6.887/80. Inocorrência de revogação expressa ou tácita, observando-se, quanto a esta, que a referida Lei nº 6.887/80 limitou-se a introduzir modificações na legislação da Previdência Social Urbana, deixando de regular toda a matéria e não contendo disposições em contrário.»

.....
(fl. 78).

Inconformados, apelam Léa Graça Bahiense e outros (fls. 84/100), pleiteando a reforma da r. sentença, ao seguintes argumentos:

a) que, com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social — SINPAS, em 1977 (Lei nº 6.439, de 1-9-77), ficaram os apelantes vinculados ao IAPAS, na condição de servidores estatutários da mencionada autarquia;

b) que o desconto de 1,2% efetuado até hoje em relação aos que continuam no serviço ativo e que se estendeu aos demais, até o momento da inatividade, além de estar em contradição com o texto da Lei nº 3.807/60, na redação dada pela Lei nº 6.887/80, vai de encontro ao princípio da reserva legal, consagrada pela Carta Magna;

c) que a segunda contribuição, de 2%, para serviço de cunho assistencial (assistência patronal), também não se harmoniza com o que estatui o citado texto legal e, de igual modo, afronta o disposto no art. 43, X, da Constituição, além dos princípios da reserva legal e da igualdade.

Com a resposta de fls. 102/105, subiram os autos.

Nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Dispõe o art. 69, II, da Lei nº 3.807, de 1960, com a redação da Lei nº 5.890, de 1973, art. 1º:

«Art. 69. O custeio da Previdência Social será atendido pelas contribuições:

.....
II — dos segurados de que trata o § 2º do artigo 22, em percentagem do respectivo vencimento igual à que vigorar para o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, com o acréscimo de 1% (um por cento), para o custeio dos demais benefícios a que fazem jus e de 2% (dois por cento) para a assistência patronal».

.....
Esclareça-se que os segurados de que trata o § 2º do art. 22, da Lei nº 3.807, de 1960, são os *servidores estatutários* do INPS.

Veio à lume, posteriormente, a Lei nº 6.887, de 10-12-80, que alterou a legislação da Previdência Social Urbana. Esta lei, ao dar nova redação ao artigo 69 da Lei nº 3.807, de 1960, mencionou os incisos I, III, IV, V, e VII, omitindo o inciso II. A publicação saiu assim:

«Art. 1º A Lei nº 3.807, de 26-8-1960, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social, com as modificações posteriores, passa a vigorar com as seguintes alterações:

.....
 «Art. 69.»

I — dos segurados empregados, avulsos, temporários domésticos, na base de 8% (oito por cento) do respectivo salário-de-contribuição, nele integradas todas as importâncias recebidas a qualquer título;»

III — dos segurados autônomos, dos segurados facultativos e dos que se encontrem na situação do artigo 9º, na base de 16% (dezesesseis por cento) do respectivo salário-de-contribuição;»

IV —

V —

VI —

VII —

(Lex, 1980, XLIV, out./dez.).»

Como se verifica, foi omitido o inciso II, saltando-se do inciso I ao inciso III. Indaga-se, então: a omissão importaria a revogação do inciso II?

A sentença entendeu de modo negativo.

Argumentou:

.....
 «Tomando-se como referência o texto publicado no *Diário Oficial* da União, a Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980, não suprimiu o inciso II do art. 69 da Lei nº 3.807/60, embora não o tenha transcrito, porque desnecessária a repetição.

Não houve, assim, a alegada revogação expressa daquele dispositivo legal. Nem ocorreu nenhuma das hipóteses de revogação tácita, porque a Lei nº 6.887, de 1980, não dispôs em contrário, nem regulou toda a matéria, desde que se limitou a introduzir alterações na legislação da Previdência Social Urbana.

Continua, assim, em vigor, o inciso II do artigo 69 da Lei nº 3.807/60, com a redação dada pela Lei nº 5.890/73, segundo a qual os servidores das instituições previdenciárias estão obrigados a contribuir, para a, Previdência Social, em percentagem do respectivo vencimento igual à que vigorar para o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, com o acréscimo de 1% (majorado para 1,2% a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.910/81), para o custeio dos demais benefícios a que fazem jus, e de 2% (dois por cento) para a assistência patronal.

A montagem feita por compiladores não pode alterar a publicação efetuada no *Diário Oficial* da União, cujo texto, como se demonstrou, nada contém que possa endossar a tese da revogação, quer expressa, que tácita». (fls. 81/82).

.....
 A sentença decidiu com acerto.

A lei que altera dispositivos de lei já existente só deve se referir aos dispositivos desta que estão sendo alterados ou modificados. Se a lei alteradora não se refere a determinado dispositivo da lei que está sendo alterada, é porque continua ele sem alteração, não significando a omissão a sua revogação, por isso que a lei posterior revoga a anterior: a) quando expressamente o declare; b) quando seja com ela incompatível; c) ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (Lei de Introdução, art. 2º, § 1º). Ora, no caso, nada disso ocorreu. Nem foi expressamente declarado que o inciso II ficava revogado, tampouco, o novo texto ficou incompatível com o citado inciso II, ou ficou a matéria de que tratava a lei anterior regulada inteiramente.

Do exposto, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC 108.510 — RJ — (Reg. nº 6.272.592) — Rel.: O Sr. Min. Carlos M. Velloso. Aptes.: Lea Graça Bahiense de Lyra e outros. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Margarida Mathilde Newlands de Freitas e outros, Thaisa C. Colla e outro e José Marcelo Affonso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. 30-6-86. Sustentou, oralmente, o Dr. José Marcelo Affonso, pelos apelantes.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. CARLOS M. VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 109.178 — MG
(Registro nº 7.287.020)

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Apelante: INPS

Apelada: Maria Hussar

Advogados: Chauquet Mahmud Ganem e outros e Eurípedes Costa e outros

EMENTA: Previdenciário e Processual. Execução de sentença. Embargos.

1. «Na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória ressente-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação». (Súmula 188 — TFR).

2. Deixa-se de conhecer de impugnação aos cálculos formulada após a homologação.

3. Sentença transitada em julgado. Improcedem os embargos à execução com o exclusivo objetivo de discutir o que foi decidido. Os embargos, no caso, visam a encobrir omissão havida na oportunidade do embargante falar sobre os cálculos.

4. O procedimento do embargante evidencia ser litigante de má-fé, motivo pelo qual condeno-o a pagar ao embargado 1% sobre o valor atribuído à causa.

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

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente. MINISTRO JESUS COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Uberaba — MG, Dr. Mauro José de Souza, assim relatou a espécie, **verbis**:

«Trata-se de Embargos à Execução fundada em sentença, da parte do Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, em apenso aos autos da Ação Ordinária de Restabelecimento de Pensão promovida por Maria Hussar, qualificada às fls. contra a mencionada autarquia (registro nº 19.525).

De início, alega o embargante que, não obstante a sua intimação procedida às fls., dos autos da ação de conhecimento, deveria a sua citação dar-se através de carta precatória dirigida a uma das Varas da Justiça Federal, deste Estado, e não como veio a se verificar.

À seguir, mencionada de relance do desfecho final da supracitada ação de conhecimento, para, ao depois, adiantar-se que 'A pretensão da Embargada em querer compelir a autarquia ao pagamento do montante de Cr\$ 17.159.189, consoante cálculo atualizado de fl. 110 dos autos, é no mínimo, imprópria e inadequada, por ferir, flagrantemente, às imposições legais, pertinentes à espécie, conforme será demonstrado adiante'.

Isso, ao argumento de que, contrariamente ao que se vê do cálculo de fls., é a jurisprudência dos Tribunais Maiores no sentido de que a *correção monetária* somente é devida a partir da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, não podendo incidir sobre parcelas anteriores à edição deste diploma legal. E, que, se não bastassem ditas considerações, é, ainda, de se notar, no caso, a total incorreção no que respeita ao cálculo dos juros moratórios, já que devidos apenas a partir da citação do Instituto Embargante, aliado ao fato de que a contagem dos mesmos não cabe sobre o principal corrigido, visto a inexistência de lei que a isso obrigue. E, ainda, segundo o Embargante, a merecer destaque o fato de que, em ambos os cálculos de fls., não veio de ser acatado pelo Senhor Contador-Tesoureiro o que à respeito dispõe o Dec.-Lei nº 1.910, tornando-se devida, desde a data de 1º de janeiro de 1982, a percentagem mensal de 3% (três por cento) dos aposentados em geral e pensionistas, para fins do custeio de assistência médica (fls. 2/7).

Por último, ao tempo em que classificou o cálculo de fls., em verdadeiro *bis in idem*, segundo ele, o fruto de correção sobre correção, veio o Embargante a requerer lhe fosse assinado o prazo de 15 dias para a apresentação de um novo cálculo, já agora do seu setor técnico especializado, para, com isso, pudesse chegar o processo a bom termo.

Pediu a autarquia a procedência de seus Embargos com a conseqüente imposição das cominações legais à Embargada (fl. 8).

Ao pedido fez acompanhar o documento de fls. 9/e v.

Recebidos de plano os Embargos, eis que comparece a Embargada ao processo e, de imediato, adianta que o alegado pelo Embargante objetiva apenas a prejudicar mais e mais a sua pessoa, 'deixando de cumprir uma decisão judicial já transitada em julgado de há muito' que, no seu dizer, só poderá ser reformada por via de ação especial (fls. 11/13).

À seguir, alega por igual que, no caso, resultou descumprido o disposto no art. 737, I, do CPC, já que culminou este juízo por receber os Embargos de fls., sem que antes restasse segura a execução, através da penhora de bens (fl. 14).

Por último, pediu fossem os Embargos julgados improcedentes, com o INPS restando-se condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, acompanhando à peça a documentação de fls. 17/33 dos autos.

O Embargante replicou às fls. 35/38, trazendo, ainda, ao processo o documento de fl. 39.

Comparecendo ao feito, adianta-se o Ministério Público em dizer que, no caso, o Instituto Embargante acha-se 'muitíssimo bem representado, o que faz com que o Promotor assuma a sua posição de mero Fiscal' (fls. 40v).

Conclusos os autos, decido.

É o relatório.» (fls. 42/44)

Decidindo, julgou improcedentes os embargos, condenando a Autarquia no pagamento das custas e despesas processuais e bem assim aos honorários advocatícios arbitrados em 15% do líquido da execução.

Inconformado, apelou o Instituto alegando erros de cálculos, os quais incluíram correção monetária em desconformidade ao estabelecido na Lei nº 6.899/81 e juros de mora a partir de setembro de 1979, quando seriam devidos somente a partir da citação. Alega por isso haver excesso de execução. Insurge-se, também, com a condenação nas custas.

Pede, em final a reforma da sentença, a fim de que novos cálculos sejam elaborados (fls. 48/55).

Contra-razões às fls. 58/62 pela integral confirmação da sentença, ao argumento de que a Apelante, agindo de má-fé, com o intuito de prejudicar a Autora, procura reviver discussão sobre cálculos, que, no entanto, transitou em julgado.

Autos nesta instância, cabendo-me por distribuição.

Pauta, dispensada a revisão nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno. Relatei.

VOTO

EMENTA: Previdenciário e Processual. Execução de sentença. Embargos.

1. «Na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória ressentida-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação.» (Súmula 188 — TFR)

2. Deixa-se de conhecer de impugnação aos cálculos formulada após a homologação.

3. Sentença transitada em julgado. Improcedem os embargos à execução com o exclusivo objetivo de discutir o que foi decidido. Os embargos, no caso, visam a encobrir omissão havida na oportunidade do embargante falar sobre os cálculos.

4. O procedimento do Embargante evidencia ser litigante de má-fé, motivo pelo qual condeno-o a pagar ao Embargado 1% sobre o valor atribuído à causa.

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Ao dar pela improcedência dos embargos, assim fincou sua motivação o magistrado de 1º grau, **verbis**:

«Partes legítimas e bem representadas **ad processum**.

Desmerece acolhida o que vem alegado pelo Embargante às fls. do processo, no referente ao fato de que, embora citado como o foi, deveria ter ele a sua citação processada por carta precatória dirigida à Justiça Federal neste Estado.

No caso, consoante se deduz da carta precatória de fls. 116/136 dos autos da ação de conhecimento, deu-se a citação referida de modo regular.

Por outro lado a que se verifique que o comparecimento espontâneo do réu a Juízo supre até mesmo a falta de sua citação, mormente se apresentando defesa (art. 214, § 2º, CPC).

No dizer de Ramalho (Prática, 1.861, pág. 41), 'seria estulto o Juiz que mandasse citar aquele que estivesse presente'.

Por outro tanto, desmerece acolhida a preliminar suscitada para Embargada, às fls., fundamentada no fato de que culminaram os Embargos por ser recebidos, sem que antes restasse seguro o juízo, através de penhora de bens.

Ora, sabido é que os bens públicos e, como tal, devendo ser entendidos os bens pertencentes às autarquias —, são legalmente impenhoráveis (art. 648 do CPC). Daí a impossibilidade de execução contra a Fazenda nos moldes comuns.

Em decorrência, prevê o Código um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, que não tem a natureza própria de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação (arts. 730 e 731).

No mérito, todavia, razão não assiste ao Embargante devedor.

Pelo visto, o que está ele a desejar não é mais do que a reabertura de discussão em torno do cálculo de liquidação de fls., dos autos da ação de conhecimento, apesar de sua regular homologação através de sentença, de há muito transitada livremente em julgado — fl. 99, autos 19.525.

Ora, a esta altura dos acontecimentos, quando já decorridos *in albis* o prazo de que oportunamente pode dispor para tal v.g. a certidão de fl. 100 (ação de conhecimento), impossível tal pretensão por extemporânea, e, conseqüentemente, inoportuna ante às normas processuais que regem a espécie.

Assevera Humberto Theodoro (Ap. Cível do TJMG, nº 62.336, de 8-9-83) 'que a sentença de liquidação é sentença de mérito, que faz coisa julgada material. Por isso, uma vez transitada em julgado, não cabe ao executado, em simples Embargos à execução, questionar ou discutir o conteúdo da liquidação.

A eficácia da *res judicata* é justamente tornar *imutável e indiscutível* o conteúdo da sentença (CPC art. 467).

Nos embargos à execução de sentença por isso mesmo, a matéria argüida é tão apenas aquela arrolada no art. 741 do CPC'.

Assim, salvo melhor juízo, não há que, no caso, sejam tecidas considerações outras em torno do supracitado cálculo de liquidação de fls.

Ante o exposto, e tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedentes os Embargos opostos pelo Instituto Nacional de Previdência Social — INPS — contra a Execução fundada em sentença movida por Maria Hussar, para condená-lo, como o faço, ao pagamento das custas e despesas processuais do feito e bem assim aos honorários advocatícios que arbitro em 15% (quinze por cento) do líquido da execução». (fls. 44/46).

Quanto ao ponto principal, incensurável a r. sentença hostilizada.

Na verdade, segundo se vê da fl. 99, dos autos em apenso, os cálculos elaborados foram devidamente homologados por sentença, sendo a mesma publicada no «Diário do Judiciário» de 1-2-85 (fl. 100). Incidente a Súmula 188 — TFR, *verbis*:

«Na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória ressenete-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação».

Em 1-3-85 (um mês após), a Autarquia os impugnou (fls. 103/104). Evidente a inpestividade, a teor do art. 605 do CPC.

Os cálculos de fl. 110, de 1-4-85, de que se valeu a Apelante para opor os embargos, que restaram rejeitados, representam, efetivamente, atualização da conta de fl. 99,

sobre a qual silenciou a Autarquia, ao argumento de que «...o Procurador que esta subscreve achava ausente desta cidade não tomando ciência deste r. despacho...» (fl. 101 do apenso).

Pretende o Embargante, ora Apelante, segundo claramente ressay da inicial dos embargos, afastar a incidência de correção monetária a partir de quando cessado o pagamento do benefício previdenciário, entendendo devida a mesma tão-somente a partir do ajuizamento. Também manifesta sua insurgência quanto aos juros, que quer a partir da citação.

Ora, o momento próprio à discussão da forma de cálculo das parcelas referidas transcorreu sem qualquer impugnação da autarquia, descabendo, nos embargos, a arguição de erro material, ou excesso de execução, posto que o intuito aqui visado não é a correção de possíveis falhas, mas reviver a lide sobre pontos que restaram superados.

Não tem a mínima consistência jurídica a pretensão da Autarquia de se insurgir com os cálculos de fl. 110, que são, repito, mera atualização dos de fl. 99, devidamente homologados e não impugnados.

A vingar tal entendimento, as lides se eternizariam, com sucessivos recursos, à margem, completamente, da legislação processual.

Verifico que se trata de recurso meramente protelatório, além de danoso aos cofres da Autarquia que, pelo expediente, pagará mais juros e mais correção, além da multa de 1% sobre o valor dado à causa, que lhe aplico porque se opôs injustificadamente ao andamento do processo e provocou incidentes manifestamente infundados — art. 17, VI, do CPC.

Com estas considerações nego provimento ao recurso, esclarecendo que a Autarquia goza de isenção das custas processuais.

Nesse sentido é o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 109.178 — MG — (Reg. n.º 7.287.020) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Apelante: INPS. Apelada: Maria Hussar. Advogados: Chauquet Mahmud Ganem e outros e Eurípedes Costa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 7-10-86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 109.759 — RS
(Registro nº 6.470.122)

Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão

Apelante: Caixa Econômica Federal

Apelados: Luís Fernando Gomes Pereira e cônjuge

Advogados: Dr. Anerom Silva Abaro e outros, Dra. Maria Lúcia Malheiros e outros. Dr. Nilo Arêa Leão

EMENTA: Direito Civil e Processual Civil. Ação de consignação em pagamento. Mutuário do Sistema Financeiro da Habitação.

Inviabilidade jurídica da pretensão por eles manifestada, no sentido de exonerarem-se da obrigação contratual, resultante do contrato de financiamento, mediante a entrega do imóvel financiado. Verdadeira dação em pagamento que, entretanto, para produzir efeito liberatório, dependeria da aceitação da entidade credora, no caso não verificada. 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, 11 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. MINISTRO ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Apelou a Caixa Econômica Federal de setença do MM. Juiz Federal da Quinta Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul que julgou procedente ação consignatória que lhe propuseram Luís Fernando Gomes Pereira e sua mulher, com vista a liberarem-se de obrigação contratual resultante de financiamento da casa própria por eles adquirida.

Sustentou, com base em lições doutrinárias, ser juridicamente impossível a pretensão dos autores de exonerarem-se da obrigação contratual assumida, de natureza pecu-

niária, por meio da entrega do imóvel financiado. Assim, no seu entendimento, houve recusa justa, que impede a decisão liberatória da obrigação.

Contra-arrazoaram os apelados.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direito Civil e Processual Civil. Ação de consignação em pagamento. Mutuários do Sistema Financeiro da Habitação.

Inviabilidade jurídica da pretensão por eles manifestada, no sentido de exonerarem-se da obrigação contratual, resultante do contrato de fianciamento, mediante a entrega do imóvel financiado. Verdadeira dação em pagamento que, entretanto, para produzir efeito liberatório, dependeria da aceitação da entidade credora, no caso não verificada.

Apelação provida.

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se, no caso, de contrato de mútuo, celebrado entre os apelados e a apelante, para pagamento de imóvel adquirido pelos primeiros à empresa Urbanizadora Mentz S/A, pelo qual ficou convencionado que os apelados restituiriam a quantia emprestada no prazo de 300 meses, mediante prestações mensais (cláusula décima quinta, item 5).

Assim, para que os devedores pudessem liberar-se da obrigação, deveriam oferecer, em dinheiro, o valor correspondente ao saldo devedor, já que não há cláusula permitindo que o pagamento se faça por outro modo.

Com efeito, «para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorrerem, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento», conforme reza o art. 974 do Código Civil.

Na verdade, o que objetivaram os apelados, nesta ação, foi compelir a Caixa Econômica Federal a aceitar, no lugar de seu crédito, o imóvel financiado, alterando-se, por essa forma, de modo unilateral, as regras estabelecidas no contrato. Verdadeira e inusitada dação em pagamento, meio de extinção da obrigação que sabidamente não opera senão mediante mútuo consentimento do credor e devedor, circunstância que no caso em tela não se verifica.

Por maior comisseração que mereçam os apelados, em face de sua precária situação financeira, não se pode deixar de reconhecer que a pretensão por eles manifestada é de todo impossível do ponto de vista jurídico.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento à apelação.

Havendo os apelados sido contemplados com o benefício da gratuidade, não há que se falar em ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 109.759 — RS — (Reg. n.º 6.470.122) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Apelante: Caixa Econômica Federal. Apelados: Luís Fernando Gomes Pereira e Cónjuge. Advogados: Dr. Anerom Silva Abarno e outros, Dra. Maria Lúcia Malheiros e outros e Dr. Nilo Arêa Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 11-2-87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus e Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 111.269 — DF
(Registro nº 7.873.980)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Apelante: Gilson Ribeiro Homem

Apelado: INPS

Advogados: Dr. Saulo Ladeira e outro (Apte.), Dra. Maria Lúcia Juca Barge e outros (Apdo.)

EMENTA: Administrativo. Aposentadoria especial. Aeronauta.

I — A teor do art. 171, do RBPS, é facultado ao aeronauta requerer a aposentadoria especial referida no art. 60, do mesmo Regulamento, hipótese em que é admitida a soma dos períodos trabalhados em atividades comuns e em atividades ensejadoras da inativação especial, procedendo-se, então, a conversão de acordo com as tabelas próprias.

II — Apelação a que se dá 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, 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 novembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. MINISTRO COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Leio o relatório da r. sentença recorrida (fls. 106/107):

«Gilson Ribeiro Homem, qualificado na inicial, propõe Ação Ordinária contra o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Alega que, na qualidade de aeronauta, dirigiu-se à Coordenadoria de Concessões de Benefícios do INPS e protocolou requerimento de aposentadoria na categoria especial, visto ser piloto de avião há mais de treze anos e seis meses, os quais somados a outros períodos de atividade previdenciária de caráter comum, com a conversão prevista no art. 60, do Regulamento de Be-

benefícios da Previdência Social (Dec. nº 83.080/79), perfazem mais de 25 anos de serviço.

Alega também que lhe foi expedida carta de concessão na categoria especial por periculosidade e, dirigindo-se à empresa empregadora, obteve seu desligamento.

Alega, ainda, que o Réu, depois de remeter o processo de aposentadoria ao Rio de Janeiro e a São Paulo, cancelou a aposentadoria, ao fundamento de que o tempo de serviço prestado a Cartório não se conta para a aposentadoria especial.

Pede seja julgada procedente a Ação para o fim de tornar subsistente a aposentadoria, com a contagem do tempo de serviço prestado à serventia de Justiça, considerado de caráter previdenciário.

O INPS, ao contestar a Ação, sustenta que o tempo de serviço compreendido entre 19-1-55 a 23-5-61 e prestado em serventia de Justiça não pode ser computado no caso, vez que, em se tratando de contagem recíproca (Leis nº 6.226/75 e 6.864/80), só poderia ser incluído se o total do tempo de serviço atingisse 35 anos, o que não ocorre no caso do Autor, mesmo com a aplicação da conversão da atividade insalubre.

Sustenta também que, no caso, não houve violação de direito do Autor, por que não satisfaz aos requisitos estabelecidos nos arts. 163 e 165 do Decreto nº 83.080/79.

Inicial instruída com os docs. de fls. 12/33.

É o relatório».

Decidindo, o Doutor José Alves de Lima, ilustre Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, julgou a ação improcedente e cassou a liminar concedida em procedimento preparatório, condenando o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Com as razões de fls. 111/117, apelou o sucumbente. Sustenta que a aposentadoria especial por ele requerida, especial por periculosidade e insalubridade, com base nos artigos 60 a 64 do Regulamento de Benefícios da Previdência Social, não se confunde com a regulada pelos artigos 163 e seguintes, do mesmo Regulamento, para a qual é computado exclusivamente o tempo de serviço como aeronauta. Invoca, em seu prol, o art. 171, do aludido RBPS. Aduz que o sentenciante se distanciou do fundamento do cancelamento da aposentadoria, que consistiu no não aproveitamento do tempo de serviço prestado à Serventia Judicial. Por fim, alega que o Instituto, ao revisar o ato deferitório do benefício, feriu-lhe direito líquido e certo.

Contra-razões a fls. 126/128.

Pauta sem revisão.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): De fato, «não são contados como tempo de serviço, para os efeitos da aposentadoria especial do aeronauta, os períodos de atividades estranhas ao vôo», como corretamente consignou a r. sentença recorrida.

Todavia, a *questio iuris* posta em juízo é outra, *data venia*. Isto porque, a teor do art. 171, do Regulamento de Benefícios da Previdência Social, é facultado ao aeronauta requerer a aposentadoria especial referida no art. 60, do mesmo Regulamento, devida ao segurado que tenha trabalhado em atividades profissionais perigosas, insalubres ou penosas. É ler-se o que diz tal dispositivo:

«Art. 171. O aeronauta pode requerer, em vez da aposentadoria especial de que trata esta Seção, a aposentadoria especial da Subseção IV da Seção III do Capítulo III, não sendo aplicável, nesse caso, o disposto no art. 167.»

E, no caso de opção pela aposentadoria especial do art. 60, não se aplica a restrição referida no **decisum** aqui hostilizado, sendo admitida a soma dos períodos trabalhados em atividades comuns e em atividades ensejadoras da inativação especial, procedendo-se, então, a conversão de acordo com as tabelas próprias.

Na espécie vertente, verifica-se que a autarquia chegou a comunicar ao autor que a concessão do benefício encontrava-se na dependência do desligamento dele da atividade, conforme o doc. de fl. 13, vindo, ao depois, a indeferir o requerimento, ao argumento de que o tempo de serviço por ele prestado a cartório não poderia ser objeto de conversão, valendo tão-só para fins de aposentadoria comum, com 35 (trinta e cinco) anos de serviço, de acordo com o disposto na Lei nº 6.226/75, por tratar-se de contagem recíproca.

Precisamente aí é que reside o cerne da controvérsia. Importa, pois, definir se o tempo de serviço constante da certidão de fl. 17 pode, ou não, ser convertido, para fins de aposentadoria especial. Tenho que sim. A certidão acostada a fl. 18 dá conta de que, no período em que trabalhou no cartório, o apelante não esteve vinculado a qualquer órgão da Previdência Social, nem percebeu remuneração dos cofres do Estado. Se, como serventuário, não era remunerado por ente estatal, tampouco era filiado a regime próprio da Previdência, a conclusão que se impõe é a de que, na verdade, ostentava a condição de segurado obrigatório da Previdência Social, como servidor público em sentido lato. Com efeito, a Lei nº 6.226/75 refere-se, a toda evidência, ao servidor público no sentido estrito, não havendo, assim, como prevalecer o argumento de que se valeu a autarquia para indeferir a aposentadoria especial.

Diante do exposto, dou provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar a ação procedente. Condeno a autarquia a conceder o benefício, a contar da data em que o autor se desligou do emprego, atualizando-se as prestações em atraso, desde os respectivos vencimentos, segundo os critérios da Lei nº 6.899/81, com incidência de juros de mora, a contar da citação. Condeno, ainda, nas custas de reembolso e na verba honorária, que arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o montante atrasado e mais uma anuidade das prestações vincendas. É como voto.

EXTRATO DA MÍNUTA

AC nº 111.269 — DF — (Reg. nº 7.873.980) — Relator: Ministro Costa Leite. Apelante: Gilson Ribeiro Homem. Apelado: INPS. Advogados: Dr. Saulo Ladeira e outro (Apte.) e Dra. Maria Lúcia Juca Barge e outros (Apdo.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em, 18-11-86 — Primeira Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade e Washington Bolívar votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CIVEL Nº 111.686 — RS
(Registro 6.465.820)

Relator: Sr. Ministro Américo Luz
Apelante: Claudio Antenor Schuch
Apelada: União Federal
Advogado: Dr. Fernando Schneider Lamb

EMENTA: Imposto de renda. Pretensão de exclusão de alugueres de imóveis nos rendimentos da cédula «E».

Sentença que considerou inviável o instrumento nomeando irmã do autor como mandatária em causa própria, por não desnaturar a posição do mandante como titular da disponibilidade econômica e jurídica do rendimento, segundo a análise dos elementos constantes dos autos. Confirmação do julgado de primeiro grau.

Apelo improvido.

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.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS VELLOSO, Presidente. MINISTRO AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Claudio Antenor Schuch ajuizou ação declaratória contra a União Federal, objetivando o reconhecimento de seu direito de não incluir nos rendimentos da Cédula E, do Imposto de Renda, os aluguéis relativos ao imóvel de sua propriedade, sito na Av. Afrânio de Melo Franco, nº 353 Apto, 904-RJ, posto que são recebidos por sua irmã, Hilde Milda Schuch, a quem pertencem, em face de ter cedido a ela o uso e a fruição do referido bem, e que, por sua vez, nas épocas próprias, recolhia o valor do imposto antecipadamente. Assim, não se justifica a exigência de imposto suplementar que lhe vem sendo feita, relativamente ao ano base de 1981, no valor de Cr\$ 526.082,00.

Contestando, disse a União que, embora não tendo o autor a disponibilidade financeira dos aluguéis produzidos pelo imóvel, mantém, porém, a disponibilidade econômica e jurídica, sendo, pois, responsável pelo recolhimento do tributo. Nesse sentido dispõe expressamente o parágrafo único do art. 31 do RIR/80, que somente excetua a hipótese do dependente considerado encargo de família.

Apreciando a matéria, o MM. Juiz Federal, Dr. Jirair Aram Meguerian, apoiado nas razões aduzidas na contestação e ainda no art. 43 do CTN, considerando que o instrumento através do qual o autor nomeou a irmã como mandatária, em causa própria, não desnatura a sua posição de titular da disponibilidade econômica e jurídica do rendimento, julgou improcedente o pedido (fls. 46/49).

Inconformado, apela o autor. Postula a anulação do processado, em face da ausência do MP e de profissional habilitado à defesa da ré, razão pela qual não se justifica a cominação em honorários advocatícios, ou, a reforma da sentença, porque apoiada em falsas premissas, consoante razões que aduz (fls. 52/54).

Sem contra-razões, vieram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela improvidência do apelo (fls. 63/66). Relatei dispensada a revisão.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Eis a sucinta fundamentação sentencial (fl. 48):

«O art. 43 da Lei nº 5.172/66 — Código Tributário Nacional, define como fato gerador do Imposto sobre a Renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica. Ora, o instrumento de mandato, fl. 05, onde o autor nomeia a sua irmã como mandatária em causa própria, não desnatura a posição do mesmo como titular da disponibilidade econômica ou jurídica do rendimento.

Aliás, como bem frisa o representante judicial da União, na hipótese vertente, o ato da União está estribado no art. 31, § único do Regulamento do Imposto de Renda de 1980.

É de se verificar, outrossim, que não se trata de bi-tributação, uma vez que os valores recolhidos por Hilde Milda Schuch, a título de antecipação do imposto (fls. 06/09), poderão ser restituídos por não ser ela contribuinte nem responsável do tributo».

A irrisignação do apelante carece de motivação jurídica, quer quanto à preliminar, porquanto em ação contra a União não há de funcionar o Ministério Público Federal, quer no que respeita ao mérito, adequadamente contestado pela ré: lê às fls. 47/48.

Destarte, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 111.686 — RS — (Reg. nº 6.465.820) — Relator: Sr. Ministro Américo Luz. Apelante: Cláudio Antenor Schuch. Apelada: União Federal. Advogado: Dr. Fernando Schneider Lamb.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo (Em 29-10-86 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 112.081—RS
(Registro nº 2.810.727)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Apelante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

Apelada: Zuleika Travassos Tagliari

Advogados: Drs. René Carlos de Souza e outros e Antonio Luiz Fetter

EMENTA: Desapropriação. Execução de Sentença.

Somente é apelável a decisão que julga a liquidação da sentença (CPC, art. 605), não a que homologa cálculo de atualização do débito.

Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 25 de junho de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: Nos autos de ação de desapropriação movida pelo DNER contra Zuleika Travassos Tagliari, o Dr. Juiz Federal da 7ª Vara do Rio Grande do Sul homologou a conta de liquidação-atualização de fl. 174 (fl. 176).

Apelou o DNER, com as razões de fls. 176/179, entendendo que não cabe a atualização de precatório já pago, vez que extinta a obrigação de indenizar.

Contra-razões às fls. 190/191.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Nos termos da cláusula constitucional, a desapropriação deve efetivar-se mediante prévia e justa indenização em dinheiro (Constituição, art. 153, § 22).

Por isso, em face da inflação galopante a que o País esteve submetido, o STF firmou a sua jurisprudência no sentido de que «em desapropriação é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez» (Súmula nº 561).

No caso, entre a data do cálculo do contador e o efetivo pagamento decorreram mais de três anos, espaço de tempo durante o qual a desvalorização da moeda alcançou índices alarmantes.

Por outro lado, não se cuida *in casu* de liquidação no sentido do art. 603 do CPC, esta já julgada por sentença, mas de simples apuramento e atualização do débito.

O recurso cabível, em hipóteses tais, é o Agravo de Instrumento e não a apelação, eis que ataca decisão proferida em questão incidente (CPC, arts. 162, § 2º e 522).

Isto posto, não conheço da apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC 112.081 — RS — (Reg. nº 2.810.727) — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Apte.: DNER. Apda.: Zuleika Travassos Tagliari. Advs.: Drs. René Carlos de Souza e outros e Antônio Luiz Fetter.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação (Em 25-6-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Mins. Sebastião Reis e Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Min. TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 112.558 — RJ
(Registro nº 6.244.637)

Relator: O Senhor Ministro Sebastião Reis

Apelante: União Federal

Apelada: Cia. de Navegação Marítima Netumar

Advogado: Dr. Paulo Roberto Parreiras

EMENTA: Tributário — AFRMM — Direito do Armador — Lei nº 3.381/58 (Arts. 8º, 10 e seu § 2º e 11) — Decreto-Lei nº 432/69 (art. 18). Decreto-Lei nº 1.142/70 (art. 16) — C. Federal (art. 153 § 3º).

Tratando-se de promessa de venda e compra celebrada entre o armador e a Comissão da Marinha Mercante na vigência da Lei de 1958, estão mantidas as condições de aplicação do AFRMM, no que interessa ao contrato, inclusive quanto ao total do produto da arrecadação futura produzido pela embarcação, vale dizer, o direito da A. de utilizar o produto respectivo do total da arrecadação do AFRMM (100%) no resgate da dívida assumida na compra do navio, inclusive garantia representada pela arrecadação futura.

À luz dessa premissa, até o cumprimento das prestações pactuadas, a A. faz jus à totalidade do produto da arrecadação do AFRMM (100%), ponto em que está de acordo a própria Ré nas suas razões e na sua conduta, só cessando a liberação integral em 1984.

Numa segunda etapa, há a distinguir entre o direito *in abstracto* ao percentual fixado em lei e o direito *in concreto* a percentual vinculado a contrato; na primeira situação — impessoal, objetiva — o percentual que favorece o armador, pode variar no tempo, ao passo que na segunda — subjetiva, contratual — prevalecem os efeitos irradiados do contrato.

A legislação superveniente abona tal distinção, quando, de um lado, introduz alterações na situação impessoal, objetiva inclusive reduzindo o percentual, e, de outro, manda respeitar os contratos preexistentes.

Extinto o contrato, os direitos do armador nacional passam a inserir-se na situação impessoal, objetiva, já aludida, mutável pelo legislador, inclusive quanto ao percentual enfocado.

O direito vindicado não se prolonga durante toda a vida útil da embarcação.

Deu-se provimento à apelação da União e a remessa oficial dada como 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 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, 13 de abril de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente. MINISTRO SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Companhia de Navegação Marítima Netumar ajuíza a presente ação, sob procedimento ordinário, contra a União Federal, tendo em mira resguardar pretensão crédito de 100% sobre a arrecadação do atual Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, que substituiu a antiga Taxa de Renovação da Marinha Mercante, referentemente ao navio «Diana», que adquiriu da extinta Comissão de Marinha Mercante, conforme contrato junto, durante toda a vida útil da embarcação e enquanto gerar o Adicional referido, invocando, para tanto, a Lei nº 3.381/58, vigente ao tempo do ajuste e ressalvas da legislação posterior, assegurada a devolução de 86%, retida indevidamente, com suposto fulcro no Decreto-Lei nº 2.035/83, acrescida de juros e correção monetária, requerendo, ainda, se desse ciência à SUNAMAN e ao BNDES.

A douta inicial se arrima nos seguintes pressupostos de direito e de fato articulados:

a) por escritura pública de 19-3-68 (fl. 21), a então Comissão da Marinha Mercante prometeu vender à A. o navio N-026, que veio a ser denominado «Diana», mediante o total pagamento de 192 prestações mensais, iguais e sucessivas, em dois grupos, um de 24 e outro, de 168, a partir do 30º dia seguinte à assinatura do termo de entrega da embarcação, estando em vigência, ao tempo, a Lei nº 3.381/58, instituidora do Fundo da Marinha Mercante e da TRMM, cobrada adicionalmente ao frete líquido, pelo transporte de qualquer carga (art. 8º), dispondo o art. 10 seguinte que o produto de arrecadação daquela Taxa fixaria em depósito no BNDES, onde seria creditado em conta especial em nome do proprietário da embarcação cujo serviço deram lugar à arrecadação (§ 2º), configurando-se, assim, em favor do dono do navio crédito integral de 100%;

b) seguiu-se ao diploma já referido o Decreto-Lei nº 432/69, que embora tenha reduzido o crédito para 50%, ressalvou expressamente o respeito às condições de aplicação da TRMM nos contratos de financiamento assinados, pelos armadores nacionais, com intervenção da CMM até a data da entrada em vigor do dito decreto-lei, inclusive, quanto ao direito ao total do produto da arrecadação futura da taxa em referência, gerada pelas embarcações alusivas aos contratos anteriores, critério repetido no Decreto-Lei nº 1.142/70, que substituiu a TRMM pelo AFRMM, na mesma linguagem de ressalva;

c) enfatiza que a cláusula «arrecadação futura», inserida na ressalva de ambos os decretos-leis, deixa indubitado que enquanto estiver operando a embarcação contratada antes de janeiro de 1969, e produzindo o fato gerador determinante da arrecadação, o armador faz jus aos 100% ora pleiteados e, outrossim, inova o princípio geral da irretroatividade da lei;

d) vê-se da legislação pertinente, desde a vigente ao tempo do contrato de aquisição até os Decretos-Leis nºs 1.142/70 e 1.182/80 que a arrecadação em tela pode ser

empregada pelo armador para vários fins (art. 11 da Lei nº 3.381/58, Decreto-Lei nº 432/69, art. 10, e Decretos-Leis nºs 1.142/70 e 1.801/80, art. 13 para ambos, mesma redação;

e) assim, a retenção de 86% do produto dessa arrecadação, operada com fulcro no Decreto-Lei nº 2.035/83, surgido 15 anos depois da celebração do ajuste respectivo, importa em emprestar-se indevidamente efeito retrooperante a dispositivo legal posterior a direito adquirido regularmente constituído;

f) o contrato firmado é de natureza privada, civil ou comercial, sendo injurídica a aplicação retroativa de preceito legal em detrimento de direito da Autora contratante ali assegurado, conforme doutrina autorizada que traz à colação.

A União, em resposta, contrapôs:

a) a ação é de ser julgada improcedente, condenada a A. como litigante de má-fé pela versão maliciosa dos fatos e de direito que trouxe aos autos;

b) a lei em vigor, ao tempo do contrato, permitia ao armador aplicar os recursos da arrecadação em debate para a compra de embarcações, uma vez autorizado, pela então CMM, sendo certo que tais recursos só poderiam ser utilizados para aplicação na compra ou construção de navio ou no reaparelhamento, recuperação ou melhoria das condições técnicas ou econômicas da embarcação (art. 11); como o saldo nessa conta não seria suficiente para o pagamento do preço da compra ou construção, nem para satisfazer o custo do reaparelhamento ou melhoria do navio, o legislador estabeleceu a possibilidade de o armador, sempre com a prévia autorização do órgão competente, oferecer o produto da arrecadação futura em garantia do pagamento do principal do empréstimo para qualquer das finalidades já aludidas; assim, o armador que desejasse adquirir navio, tal como o fez a A., poderia, a um só tempo pleitear da CMM a aplicação de recursos da arrecadação cogitada, creditados em sua conta no BNDE para pagamento do preço a dar em garantia da liquidação do empréstimo, representada pela parte financiada, o direito à arrecadação futura pertinente;

c) no caso concreto, à luz da escritura junta aos autos, o preço do navio seria pago em duas parcelas, uma, não financiada, correspondente a 15% do preço, em 24 prestações, outra financiada, alusiva a 85% do preço, em 168 prestações, acrescidas de juros e correção, sendo que o primeiro lote de prestações se venceu em 24-3-70 e o último, em março de 1984, data em que cessou automaticamente não só a liberação dos recursos pertinentes, em face da liquidação do preço total ajustado como o crédito na conta da A. dos 100% que lhe fora assegurado pelo art. 18 do Decreto-Lei nº 432/69;

d) a contar do vencimento da última prestação (24-3-84), a destinação do produto da arrecadação passou a obedecer as normas do art. 4º, nº II do Decreto-Lei nº 1.801/80 e às do Decreto-Lei nº 2.035/83, não havendo dúvida de que a aplicação dos recursos em apreço — os já creditados e de arrecadação futura — visa ao cumprimento, durante a execução contratual, das obrigações de pagamento assumidas pelo armador;

e) não pode prosperar a interpretação da A. ao citado art. 18, porque, ao ressaltar-se a respeito das condições de aplicação aos contratos de financiamento, com menção à «arrecadação futura» o que se quis foi assegurar ao armador a utilização desses recursos, pelo total de sua arrecadação futura, na solução dos compromissos perante a CMM, oriundos da compra do «Diana» e mais, garantir crédito de 100%, durante toda a vida útil do navio;

f) descabe falar-se em direito à correção monetária ou juros de mora pois os valores em discussão, embora creditados em favor do armador, só poderiam ser movimentados com autorização prévia do órgão competente, nunca tendo estado na disponibilidade plena daquele e, a toda sorte, seus depósitos não rendiam juros nem estavam sujeitos a atualização.

Foi desentranhada do corpo do processo e posta em apenso contestação do BNDES, por não ser parte no feito.

O MM. Juiz Federal a quo Jorge Otávio Miguez Figueiredo, às fls. 85/9, julgou procedente o pedido, nos moldes da inicial, mandando se acresçam juros de mora, a partir da citação, sobre a parcela de 86% indevidamente retida e que deverá ser recolhida ao BNDES (art. 219 do CPC) e correção monetária, na forma da Lei nº 6.899/81, honorários advocatícios de 10%.

Apela a União, desenvolvendo as razões anteriormente produzidas e com a resposta da apelada subiram os autos e aqui a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela reforma do julgado, através do douto parecer do Procurador Wagner Gonçalves, aprovado pelo culto Subprocurador Osvaldo Degrazia.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Pretende a A. lhe seja resguardado o direito ao crédito de 100% da arrecadação ao AFRMM, em razão do contrato de promessa de venda e compra junto às fls. 21/4 que celebrou com a antiga Comissão da Marinha Mercante, sendo seu objeto a aquisição do navio «Diana», sob a vigência da Lei nº 3.381/58, invocando os artigos 8º, 10º e seu § 2º e 11 desse diploma legal, ressalvas dos artigos 18 do Decreto-Lei nº 432/69 e do art. 16 do Decreto-Lei nº 1.142/70, ao lado do princípio da irretroatividade da lei assegurado no § 3º do art. 153 da Constituição Federal e doutrina que colaciona, dos cânones contratuais *lex integer partes e pactua sunt servanda* ora afrontados pela aplicação retroeficaz do Decreto-Lei nº 2.035/83 em que se apóia a orientação oficial, sustentando, em síntese, que faz jus ao crédito de 100% durante toda a vida útil da embarcação adquirida, enquanto fonte geratriz do Adicional em foco; já a ré opõe, em resumo, que os recursos oriundos do recolhimento do Adicional ao Frete — os já então creditados à A. e os produzidos pela futura arrecadação — na espécie, só se entendem com o navio adquirido e que «arrecadação futura» de que fala o art. 11 da lei vigente ao tempo do contrato e ressalva da legislação superveniente invocada na inicial representa garantia do pagamento da parte do preço financiada e que só opera no curso da execução contratual, sendo certo que in casu a solução do preço total ocorreu em 22-3-84, data em que se extinguiu a obrigação assumida pela adquirente e cessou pleno jure da parte da Administração assegurar a liberação dos recursos em pauta representados, pelo crédito de 100% ora vindicado pela demandante, à conta do contrato discutido, passando, daí em diante, a hipótese a ser regulada pelas normas introduzidas pelo Decreto-Lei nº 2.035/83 que reduz a participação do armador para 14%, percentual contra a qual se insurge a suplicante; a ilustrada Suprocuradoria pede a reforma do julgado, aos fundamentos da natureza tributária do AFRMM, da legitimidade da alteração unilateral de sua destinação, a inoponibilidade de direito adquirido perante as leis de ordem pública ou ao regime jurídico de determinado instituto de direito, reafirmando, no mais, as alegações anteriores da União.

A r. sentença recorrida, ao julgar procedente o pedido, fê-lo sob essa fundamentação (fl. 87):

«Já o art. 10, § 2º, daquele primeiro diploma legal, assegurou ao proprietário da embarcação o direito à taxa mencionada, gerada pelo próprio navio, sem quaisquer limitações, vale dizer, no percentual de 100%. Assim esta-va consignado:

«O produto arrecadado nos demais casos será creditado pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico em conta especial, sob o título de Taxa de Renovação da Marinha Mercante, em nome do proprietário da embarcação cujo serviço deu lugar à arrecadação».

Esta era a regulação legal, quando do contrato, regulação essa, que foi mantida pelo art. 18, do Decreto-Lei nº 432/69, o qual ressalvou, expressa-

mente, o «direito ao total do produto da arrecadação futura» da TRMM, para as avenças pactuadas, até à data em que entrou em vigor o decreto-lei aludido. Dita ressalva foi mantida, pelo art. 16 do Decreto-Lei n.º 1.142/70, também.

Eis, aí, o direito da autora, direito esse, previsto na legislação pretérita não tanto *intuitu personae* do proprietário, mas principalmente, em si mesma, tanto que, consoante o art. 15, da Lei n.º 3.381/58, era ele mantido, ainda que modificada a propriedade do barco.

Não vem a pelo discutir os meios utilizados do crédito, estes, estatuidos no art. 11, da citada lei de 1958. A argumentação da ré fulcra-se nestes últimos dispositivos, mas impertinente, *data venia* eis que não faz parte do tema decidendo: não questiona a autora como poderá utilizar do crédito; a indagação restringe-se ao próprio crédito, em sua titularidade, pelo percentual de 100%, computado o tempo de sua duração. Nada mais.

Dessa forma, se pactuados foram os contratos, nos termos descritos, não há falar em sua alteração unilateral, por uma das partes. Na hipótese, deverão ser respeitados os dois princípios basilares do direito contratual, *lex inter partes* e *pacta sunt servanda*. Concluídas as avenças, os direitos daí exsurgentes incorporam-se ao patrimônio da autora, pelo que a contradita inovação unilateral, se admitidas estará infringindo direitos e atos jurídicos perfeitos (art. 153, § 3.º, da CF).

Não colhe a pretendida regalia de alteração pelo Poder Público, talqualmente alvitrado, às fls. 81/83. É que o contrato constante de fls. 21/24 é uma escritura de simples promessa de compra e venda, pactuada entre a autora e a então Comissão de Marinha Mercante, inexistentes as denominadas «cláusulas exorbitantes» do Direito Comum. Via de consequência, não há falar em contrato administrativo, mas em mera avença de Direito Privado, na qual a Administração Pública, despida de sua preeminência decorrente do interesse público, irmana-se ao contratante, sujeita, como este, às regras de Direito Civil e de Direito Comercial».

Para melhor equacionamento da matéria, numa rápida visão da legislação pertinente, fixemos que a Lei n.º 3.381/58, vigente ao tempo do contrato focalizado, tendo em vista o estímulo à indústria de construção naval no País, instituiu a antiga TRMM, adicional ao frete líquido, a ser cobrado pelo armador de qualquer embarcação que opere em porto nacional, (art. 8.º) e criou o Fundo de Marinha Mercante (art. 1.º), dispondo que o produto respectivo arrecadado por empresa de navegação estrangeira, pelas de propriedade da União e pelos armadores nacionais que operem navios estrangeiros afretados integraria os recursos destinados àquele Fundo e seria recolhido ao BNDE em conta especial, à ordem da CMM, e que, (art. 10) nos demais casos (empresas nacionais privadas), dito produto será creditado pelo BNDE em conta especial, sob o título Taxa de Renovação da Marinha Mercante, em nome do proprietário da embarcação cujo serviço der lugar à arrecadação, recursos ambos destinados à renovação, ampliação e recuperação da frota mercante nacional.

Outrossim, estatuiu-se que os recursos do Fundo poderiam ser aplicados em financiamento a empresas nacionais de navegação, construção ou reparação, privadas ou estatais, para compra e construção de embarcações, reaparelhamento, recuperação ou melhoria de condições técnicas ou econômicas da embarcação (art. 3.º — II), empréstimos concedidos pela CMM, sob garantia real e seguir de outro lado, o direito ao produto da arrecadação futura poderá, mediante autorização da CMM, ser dado em garantia do pagamento do principal dos empréstimos contraídos pelos armadores a esse título; cedido o direito à arrecadação futura, o produto de Taxa se vincula ao pagamento do empréstimo garantido, até final liquidação (art. 13); o direito ao produto da arrecadação da TRMM acompanha a propriedade da embarcação (art. 15).

Da legislação superveniente, no referente ao Decreto-Lei nº 432/69 entre outras alterações, destaca-se que toda a arrecadação da TRMM foi unificada, sendo 50% do total destinado ao Fundo e 50% creditados em nome do proprietário da embarcação nacional respectiva; feita a ressalva quanto à arrecadação futura dada em garantia (art. 1º a, 9º e 18), percentual e ressalva mantidos no Decreto-Lei nº 1.142/70 (art. 2º a 4º e 16); o Decreto-Lei nº 1.311/74 reduziu a participação do armador para 35%, havendo o Decreto-Lei nº 1.801/80 restabelecido a cota participativa de 50%; o Decreto-Lei nº 2.035/83 diminuiu dita cota para 14%, dispositivo esse em que se arrima a Ré na resposta.

No caso concreto, o contrato respectivo foi celebrado em março de 1968, já na vigência da Lei nº 3.368/58, tendo sido ajustado que o pagamento correlato se faria em dois lotes de prestações, primeiro não financiada, e o segundo, financiada, estando certo que as prestações pactuadas foram integralmente solvidas pela A. vencida e paga a última, em março de 1984; de outro lado, não há divergência em que o órgão competente liberou em favor da suplicante 100% da antiga TRMM, substituída, mais tarde, pelo AFRMM, no que toca aos transportes de carga produzidos pelo «Diana» até março de 1984, quando a SUNAMAM passou a liberar, apenas, 14% da arrecadação em apreço, na forma do Decreto-Lei nº 2.035/83, critério esse contra o qual se ergue a A.

Certos tais fatos e circunstâncias, concluiu-se que a controvérsia reside em fixar-se se o direito aos 100%, ora pleiteados se prolonga durante toda a vida útil da embarcação, enquanto fonte geradora de Adicional ao Frete, como sustenta a demandante, ou o direito àquele percentual total só opera no curso da execução contratual, tendo sido extinto com a extinção das obrigações em dinheiro pactuadas, consoante opõe a Ré.

Posto o dissídio nesses termos, transcrevemos os dispositivos legais atinentes à existência da controvérsia, a partir da Lei nº 3.381/58;

«Art. 12. O direito ao produto da arrecadação futura da Taxa poderá mediante autorização da Comissão da Marinha Mercante, ser dado em garantia do pagamento do principal dos empréstimos contraidos para os fins do art. 11;

.....
 art. 13. Cedido o direito à arrecadação futura da Taxa, seu produto ficará vinculado ao pagamento do empréstimo garantido, até final liquidação deste, e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico poderá pagar diretamente ao credor as parcelas das importâncias recebidas na forma do art. 3º, § 5º, previstos no instrumento de mútuo

.....
 art. 15. O direito ao produto da arrecadação da Taxa acompanha a propriedade da embarcação;

§ 1º A transferência do domínio da embarcação, a qualquer título, implica transferência do direito ao produto arrecadado...»

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 432/69, ao reduzir a cota do armador para 50%, ressaltou no seu artigo 18:

«Serão respeitadas as condições de aplicação da Taxa de Renovação da Marinha Mercante nos contratos de financiamentos assinados pelos armadores, com intervenção da Comissão da Marinha Mercante, até a data da entrada em vigor do presente decreto-lei, inclusive quanto ao direito ao total do produto da arrecadação futura da Taxa de Renovação da Marinha Mercante produzido pelas embarcações a que se referem aqueles contratos».

Dito preceito foi repetido no art. 16 do Decreto-Lei nº 1.142/70, renovado no art. 16 do Decreto-Lei nº 1.801/80, sem menção expressa da última parte.

O contrato de promessa de compra e venda do «Diana» às fls. retro silencia sobre os recursos utilizáveis pelo promissário comprador para solver as prestações assumidas, em particular, quanto à garantia da «arrecadação futura», do Adicional ao Frete, sendo certo, todavia, que o seu objeto — aquisição de navio por empresa nacional de navegação — se insere na regulação legal trazida a debate.

Dessarte, tratando-se de ajuste celebrado na vigência da lei de 1958, então mantidas as condições de aplicação do AFRMM, no que interessa ao contrato, inclusive quanto ao total do produto da arrecadação futura produzido pela embarcação «Diana», vale dizer, o direito da A. de utilizar o produto respectivo do total da arrecadação do AFRMM (100%) no resgate da dívida assumida na compra da embarcação, inclusive garantia representada pela arrecadação futura.

Assim, à luz desse raciocínio, conclui-se, inicialmente, que até o cumprimento das prestações pactuadas, a A. faz jus à totalidade do produto da arrecadação do AFRMM (100%), ponto em que está de acordo a própria Ré nas suas razões e na sua conduta, só cessando a liberação integral em 1984.

Cabe, agora, discutir-se a pretensão da A. que vai mais longe, quando sustenta que o direito aos 100% vindicados se prolonga durante toda a vida útil da embarcação.

Para efeito da divergência suscitada nesse particular, há a distinguir entre o direito **in abstracto** o percentual fixado em lei e o direito **in concreto** a percentual vinculado a contrato; na primeira situação — impessoal, objetiva — o percentual que favorece o armador, pode variar no tempo, ao passo que na segunda — subjetiva, contratual — prevelem os efeitos irradiados do contrato.

A legislação superveniente abona tal distinção, quando, de um lado, introduz alterações na situação impessoal, objetiva, inclusive reduzindo o percentual, e, de outro, manda respeitar os contratos preexistentes.

Na espécie, a ressalva constante da legislação posterior se mede pelos efeitos decorrentes do contrato correlato, e, nesse particular, como já dito, o ajuste celebrado, na sua formulação, só autoriza concluir-se que os efeitos dele irradiados se limitam ao curso da sua execução, até a liquidação final das prestações pactuadas.

Ultrapassado esse momento, extinto o contrato, os direitos do armador nacional passam a inserir-se na situação impessoal, objetiva, já aludida, mutável pelo legislador, inclusive quanto ao percentual enfocado.

A discussão em torno da natureza jurídica do contrato celebrado, se de direito privado ou administrativo, afigura-se-me despicienda, tendo-se em vista a colocação ora posta da extinção do ajuste, em face do cumprimento pelo A. das prestações assumidas, que a interrupção pela Ré da liberação integral dos recursos provenientes da arrecadação do AFRMM só se deu após a extinção em causa.

Nessa ordem de considerações, a pretensão da A. de prolongar o direito aos 100% durante a vida útil a embarcação, além da vida do contrato, não pode vingar.

A tudo isso acresce que a jurisprudência do Alto Pretório é hoje tranqüila em qualificar o AFRMM como contribuição especial, — espécie do gênero tributo — resultante da intervenção do Estado na ordem econômica (art. 21, I, n.º 2 da CF), como se vê, entre outros, dos precedentes publicados na RTJ 75/313 e 94/696, e, enquanto tal, de regime jurídico alterável unilateralmente pelo legislador, inclusive na destinação do produto arrecadado.

Transpostas essas considerações para o caso concreto, vê-se que, enquanto vinculada a destinação do AFRMM a contrato autorizado em lei, subsiste o direito aos 100% pactuados mas cessados os efeitos dessa vinculação, o regime jurídico pertinente e em face das ressalvas legais posteriores passa a ser impessoal, legal, inclusive no tocante ao percentual no produto da arrecadação.

É certo que a A. procura apoio no art. 15 da lei vigente ao tempo do contrato, quando dispõe que o direito ao produto da arrecadação respectiva acompanha a pro-

priedade da embarcação, mas não é menos certo que tal preceito, em princípio, opera no plano objetivo, legal, sem prejuízo da alteração superveniente pelo legislador, e uma vez subjetiva a regra, por força de contrato, a sua mutabilidade só vale no contexto temporal do ajuste celebrado.

Os r. precedentes invocados desta Turma tomados na Apelação Cível nº 82.241 (*DJ* de 16-1-84) e na REO nº 95.325, *DJ* de 27-6-85), ambos relatados pelo eminente Ministro Pedro Acioli não aproveitam a A. pois a pretensão ali posta pelas demandantes não tem a extensão do pedido aqui formulado e a tese vitoriosa antes se acomoda à sustentação da Ré exorbitando a pretensão da A. das ressalvas legais invocadas.

Pelo exposto, dou provimento à apelação da União e à remessa oficial cabível, dada como interposta, para julgar improcedente a ação intentada, condenada a A. na honorária de 10% sobre o valor da causa, e nas custas do processo, observada a Lei nº 6.899/81.

EXTRATO DA MINUTA

AC 112.558 — RJ — (Reg. nº 6.244.637) — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Apte.: União Federal. Apda.: Cia. de Navegação Marítima Netumar. Adv.: Dr. Paulo Roberto Parreiras.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União e a remessa oficial dada como interposta. (Em 13-4-87).

Os Senhores Ministros Torreão Braz e Geraldo Sobral votaram com o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.508 — SC
(Registro nº 7.903.251)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelante: Lindor Clesar

Apelados: INPS

Advogados: Paulo Luiz Nedel e Sueli Helena Capela e outros

EMENTA: Previdenciário e Processual Civil. Ação cautelar. Restabelecimento de Benefício Previdenciário.

Ausentes os pressupostos ensejadores à procedência da cautelar, correta a sentença que deu pela improcedência do pedido.

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, 12 de dezembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente. MINISTRO COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Assim relatou a espécie o MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, Dr. Sílvio Dobrowolski:

«Trata-se de medida cautelar preparatória, pela qual Lindor Clesar pretende ver restabelecida sua aposentadoria previdenciária, suspensa a partir de dezembro de 1982, pelo Instituto Nacional de Previdência Social, sem observar o procedimento regular necessário.

A Liminar foi denegada e deferida a gratuidade (fl. 41).

O INPS respondeu, invocando os motivos embasadores da decisão suspensiva do benefício (fls. 43/5), constantes dos atos administrativos, juntos por fotocópias (fls. 80/119).

O promovente reafirmou demonstrada a sumariedade no cancelamento da aposentadoria». (Fl. 121).

Decidindo, denegou a medida cautelar, isentado o autor das verbas da sucumbência, por litigar sob os auspícios da Justiça Gratuita.

Informado, recorreu o acionante, postulando a reforma do julgado (fls. 124/28).

Contra-razões às fls. 131/133, pela confirmação da sentença.

Autos neste Tribunal, cabendo-me por distribuição, incluídos em pauta.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Previdenciário e Processual Civil. Ação cautelar. Restabelecimento de benefício previdenciário.

Ausentes os pressupostos ensejadores à procedência da cautelar, correta a sentença que deu pela improcedência do pedido.

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): A motivação da sentença apelada é do seguinte teor:

«Na cautelar descabe examinar o mérito da ação principal, no caso, de restauração do benefício previdenciário.

Para a sua procedência, no entanto, é preciso a conjunção de dois fatos: a) a fumaça do bom direito; b) o perigo da mora.

O primeiro transparece, frente à formulação da Súmula nº 160, do egrégio Tribunal Federal de Recursos. O outro porém, está ausente, pois o autor demorou mais de dois anos (cancelamento em dezembro de 1982; entrada da cautelar em junho deste ano), para vir a Juízo. Mais vale, de certo, aguardar a solução definitiva, na ação principal, que ainda não ajuizou, confirmando sua falta de urgência.

Face ao exposto, denego a medida cautelar.

Sem custas e honorários por se tratar de caso sob o pálio da Assistência Judiciária». (Fls. 121/122).

Correto o pronunciamento jurisdicional de 1º grau.

Se de um lado não é lícito à Autarquia suprimir o benefício previdenciário, por suspeita de fraude, caracterizando o *fumus boni juris*, não há como reconhecer presente o *periculum in mora*, visto como, procedente a ação principal, o dano será reparado em toda a sua integralidade.

Aliás, no particular, uníssona a jurisprudência deste Tribunal. Confira-se:

«Ementa: Medida Cautelar.

Na hipótese em que o mérito da ação principal é o direito à revisão de proventos, na cautelar não se configura o *periculum in mora* que autorize a concessão da medida, se o requerido é o INPS, uma Autarquia federal, de fins permanentes e com capacidade para cumprir a decisão final no processo principal» (AC nº 50.707 — CE, Rel.: Min. José Cândido, DJU de 30-8-84).

Assim, ausente um dos pressupostos autorizadores da concessão da cautela judicial, nego provimento ao recurso.

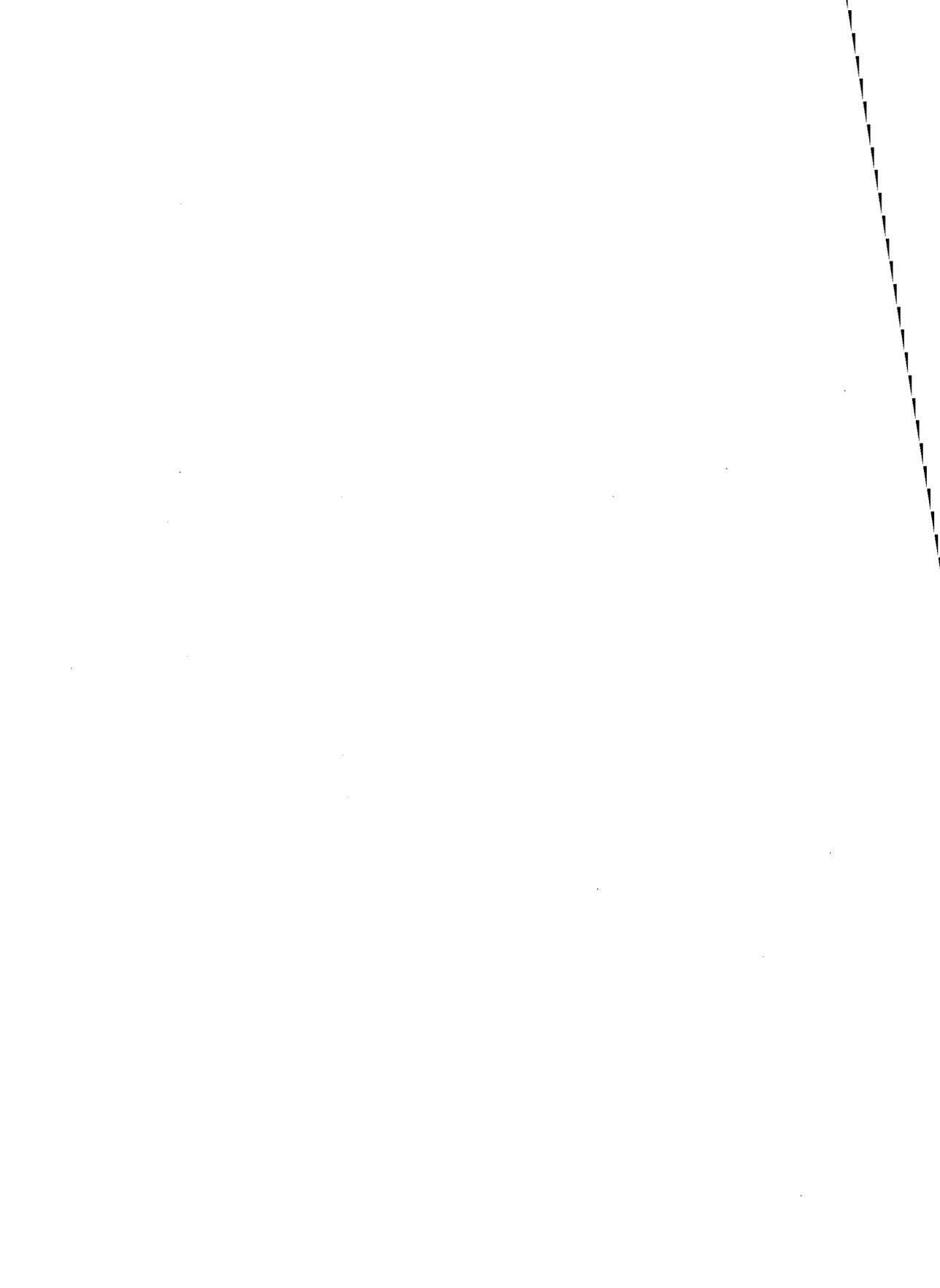
É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 113.508—SC — (Reg. n.º 7.903.251) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Apelante: Lindor Clesar. Apelado: INPS. Advogados: Paulo Luiz Nedel e Sueli Helena Capela e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. Em 12-12-86 — Segunda Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e William Paterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidou o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.573 — DF
(Registro nº 7.904.312)

Relator: Sr. Ministro José de Jesus Filho

Apelante: INCRA

Apelado: Município de Peixe-Boi-PA

Advogados: Drs. Genésio de Castro Sousa e outros, Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outro

EMENTA: Tributário. Imposto Territorial Rural. Restituição de parcelas retidas pelo INCRA. Correção monetária. Lei nº 6.899/81.

I — Na restituição das parcelas do Imposto Territorial Rural pelo INCRA, a correção monetária incide a partir da vigência da Lei nº 6.899/81.

II — Precedentes do STF e do TFR.

III — Apelação provida. Sentença reformada em parte.

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, 19 de novembro de 1986 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A Prefeitura Municipal de Peixe-Boi-PA promoveu a Ação Ordinária contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária—INCRA, visando à restituição das parcelas de 20% do Imposto Territorial Rural arrecadado naquele Município, acrescido de correção monetária, juros, custas processuais e honorários advocatícios.

Contestação às fls. 12/14.

A MMª Dra. Juíza Federal da 5ª Vara do Distrito Federal, julgou procedente, em parte, o pedido e condenou o réu a devolver à autora as importâncias devidas a partir de julho de 1979, ou seja, nos 5 anos anteriores à data da distribuição do feito, acresci-

das de correção monetária a partir das retenções, juros moratórios desde 18 de outubro de 1984 e honorários advocatícios arbitrados em 5% sobre o valor da condenação.

Inconformado, apelou o INCRA, com as razões de fls. 33/35, nas quais pugna para que a correção monetária incida somente a partir da Lei nº 6.899/81.

Sem resposta da apelada, subiram os autos a este Tribunal onde foram a mim distribuídos.

Dispensada a revisão (art. 33, IX, do RI/TFR).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto Territorial Rural. Restituição de parcelas retidas pelo INCRA. Correção monetária. Lei nº 6.899/81.

I — Na restituição das parcelas do Imposto Territorial Rural pelo INCRA, a correção monetária incide a partir da vigência da Lei nº 6.899/81.

II — Precedentes do STF e do TFR.

III — Apelação provida. Sentença reformada em parte.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Decidindo a controvérsia, a ilustrada Juíza Federal da 5ª Vara do Distrito Federal, Dra. Anna Maria Pimentel, julgou procedente em parte o pedido condenando o réu a restituir à autora as importâncias do ITR, que reteve desde julho de 1979 (parte não prescrita), corrigidas monetariamente a partir das retenções, acrescidas de juros moratórios a partir da citação, condenando-o, ainda, a pagar a verba de patrocínio que fixou em 5% sobre o valor da condenação.

Apenas a Autarquia-ré apelou no sentido de que a correção monetária incida somente a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, apelo este que tem inteira procedência.

Com efeito, a partir de quando firmou-se no Pretório Excelso, por decisão de suas Turmas, o entendimento de que, na restituição das parcelas retidas do ITR, pelo INCRA, a correção monetária só incide a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, a jurisprudência desta Corte vem se reorientando no mesmo sentido. Sirva-se de exemplo, dentre outros precedentes, os Embargos Infringentes nas Apelações Cíveis nºs 94.901—DF; 95.742—PR; 96.927—SP; 97.027—PR; 97.677—MG e 100.188—SP.

Com estas considerações, dou provimento à apelação interposta, para reformar a r. sentença na parte assinalada.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 113.573 — DF — (Reg. 7.904.312) — Relator: Sr. Ministro José de Jesus Filho. Apte.: INCRA. Apdo.: Município de Peixe-Boi-PA. Advogados: Drs. Genésio de Castro Sousa e outros, Joaquim Jair Ximenes Aguiar e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Quarta Turma, em 19-11-86).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 114.706 — RS
(Registro nº 2.854.819)

Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo

Apelante: INPS

Apelado: João Stegfried Hoppe

Advogados: Dr. Ayrton Carlos Pereira Marçal, Dr. Fernando Camargo Dias e outros

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria de dirigente de empresa.

Os limites das contribuições são os estabelecidos na legislação previdenciária e não os previstos no regulamento do Imposto de Renda.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. MINISTRO ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de ação de revisão de proventos de aposentadoria de dirigente de empresa calculados pelo INPS com os limites da legislação do Imposto de Renda.

A sentença (fls. 57/61) julgou procedente a ação e o INPS, às fls. 64/68, recorreu sustentando que a Autarquia adotou, por analogia, as normas do Imposto de Renda sobre os limites da remuneração dos dirigentes de empresa, por inexistir qualquer lei dispondo sobre o assunto.

Contra-razões às fls. 71/73.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria de dirigente de empresa.

Os limites das contribuições são os estabelecidos na legislação previdenciária e não os previstos no regulamento do Imposto de Renda.

Apelação improvida.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O limite dos proventos de aposentadoria dos dirigentes de empresa foi feito com base em Instrução de Serviço de Autarquia, sem qualquer apoio legal, como resulta explicitamente confessado nas razões do recurso quando pretende fundamentar-se na analogia.

Os limites das contribuições são os estabelecidos na legislação previdenciária e não os previstos no regulamento do Imposto de Renda.

A questão é antiga e a jurisprudência deste Tribunal, já se sedimentou quanto à limitação posta pelo INPS (AMS 70.733, *DJU* de 16-2-73; AMS 71.322, *DJU* de 7-5-73; AMS 70.734, *DJU* de 1-6-73; AMS 70.856, *DJU* de 1-6-73; Ag MS 71.144, *DJU* de 11-6-84; AMS 86.558, *DJU* de 29-11-86; RR 1.695, *DJU* de 12-3-81.

Por estas razões, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 114.706 — RS — (Reg. 2.854.619) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo. Apte.: INPS. Apdo.: João Siegfried Hoppe. Advs.: Drs. Ayrton Carlos Pereira Marçal e Fernando Camargo Dias e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 10-4-87 — Terceira Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Dantas e Nilson Naves. Ausente, o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 115.478 — RS
(Registro nº 6.463.746)

Relator: Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara — RS

Apelante: Grendene S/A Calçados e Componentes

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Rene Izoldi Ávila, Marcos Jorge Caldas Pereira e outro

EMENTA: Ação anulatória de débito fiscal. Imposto de Renda. Lucro presumido. Omissão de Receita.

Legitimidade da atuação do Fisco, em face dos elementos constantes dos autos.

Constituídas foram, no mesmo dia, de uma só vez, pelas mesmas pessoas físicas, todas sócias da autora, 8 (oito) sociedades com o objetivo de explorar comercialmente, no atacado e no varejo, calçados e outros produtos manufaturados em plástico, no mercado interno e no internacional.

Tais sociedades, em decorrência de suas características e pequeno porte, estavam enquadradas no regime tributário de apuração e resultados com base no lucro presumido, quando sua fornecedora única, a autora, pagava o tributo de conformidade com o lucro real.

Reconhece-se à recorrente, apenas, o direito de compensação do Imposto de Renda pago pelas aludidas empresas.

Reforma parcial da sentença.

Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Adoto o da sentença, lavrada pelo MM. Juiz Federal Dr. Luiz Dória Furquim, posto nestes termos (fls. 1063/1066):

«Grendene S.A. Calçados e Componentes, qualificada na inicial, move ação ordinária de anulação de débito fiscal contra União Federal, alegando que no dia 16 de setembro de 1981 foi atuada pela fiscalização do IR em Caxias do Sul, que pretendia cobrar-lhe imposto supostamente devido por múltiplas supostas infrações. Entre elas se encontrava a parcela de Cr\$ 73.689.279,00, classificada como omissão de receita, importando no imposto de Cr\$ 29.475.711,00, e que é o objeto desta ação. Segundo o auto, houve subfaturamento, utilizando-se para tanto empresas coligadas de propriedade de seus Diretores, às quais teria vendido mercadorias por preços inferiores aos praticados normalmente com os seus clientes. O valor da suposta omissão seria a diferença entre os preços pelos quais a autora vendeu seus produtos às referidas empresas e os preços pelos quais ditas empresas venderam ditos produtos aos lojistas, valor apurado através dos livros fiscais das mesmas, concluindo-se que a diferença entre o valor da entrada (compra) e da saída (venda), ambas tributadas pelo ICM, naquele montante, seria receita omitida pela autora «considerando-se que as 8 empresas comerciais apuram seus resultados com base no lucro presumido, do que se verifica que a prática adotada pela Grendene S.A. e pelas empresas causa grave prejuízo à Fazenda Nacional». Deve-se a atuação, portanto, a uma suposta vantagem fiscal resultante do fato de que a autora paga IR pelo lucro real (apurado na contabilidade) ao passo que as empresas em questão pagam pelo sistema do lucro presumido (sobre uma porcentagem da receita bruta) independentemente do lucro verdadeiramente obtido, uma vez que possuíam receita bruta inferior, anualmente, 100.000 ORTNs. Ora, isso não configura omissão de receita, pois não se enquadra em nenhuma hipótese do RIR/80, artigos 180, 181, 158. Essas caracterizações se baseiam em presunções relativas, as quais devem ser provadas pelo Fisco. O que existiu foi na realidade transferência de receita representada pela diferença de preços nas transações entre a autora e as demais empresas, pois a receita que não se realizou foi realizada pelas demais empresas, ainda que sob regime de determinação diferente. O auto dá conta de que a autora vendeu, por exemplo, uma sandália, à Alpene por Cr\$ 198,00 e esta revendeu-a por 330,00. Não houve receita, e não se pode omitir o que não se realizou. Além disso, inadmissível o montante de Cr\$ 73.689.279,00, diferença entre as entradas e as saídas nos livros fiscais de ICM, como representando receita omitida, eis que, além do próprio ICM incidente sobre a diferença, cada empresa tem seus custos próprios (aluguel, salários, luz, PIS, pró-labore, custos administrativos, impressos, etc...) o que reduz o lucro efetivo à quantia muito inferior àquele montante. Além disso, todas pagaram IR calculado sobre a receita bruta, embora a uma taxa favorecida, tendo sido os sócios tributados normalmente, conforme demonstrará a perícia. O débito a anular é de originariamente Cr\$ 29.475.711,00 correspondente a 40% sobre a suposta omissão de receita, os quais, com acréscimos legais se elevariam a Cr\$ 386.146.547,00 conforme demonstrativo, à data da inicial. Requer perícia contábil e depósito do montante do crédito tributário em discussão, a fim de se evitar a exigibilidade do mesmo mediante execução fiscal.

Deferido o depósito, citada a União, requisitadas as cópias do processo administrativo, contestou a União alegando que os diretores da autora, em 2 de maio de 1980, constituíram oito sociedades por cotas de responsabilidade limitada, dirigidas para o comércio específico de calçados, às quais a autora vendeu mercadoria por preços inferiores aos do mercado. Com esta manobra restou artificialmente reduzido o lucro real da autora, ao passo que, em contrapartida, cada «coligada» pagou um Imposto de Renda privilegiado sobre um lucro dito presumido, em função de suas respectivas receitas brutas, que não atingiram o limite máximo em cada empresa. À evidência, a autora, por seus diretores constituiu oito sociedades com o objetivo precipuo de pagar me-

nos imposto. Como foi enfatizado no acórdão da 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, das oito empresas «Subsidiárias ou coligadas» somente quatro tinham um empregado cada uma e todas funcionavam em endereços que coincidem com os da própria autora, assumindo como despesas mais expressivas, os fretes até o destino das mercadorias.

Replicou a autora alegando que é demais exigir-se que pessoas jurídicas existam de fato, eis que as previstas no artigo 16 do Código Civil só existem de direito, pois se trata de ficção jurídica. O que existe de fato são seus elementos (sócios) ou patrimônio (nas fundações), além dos livros, registros, etc. «É possível existirem 30 ou 300 empresas com uma mesma sede social, uma só escrivãzinha e uma só máquina de escrever», assevera. Não é, ainda, verdade, que os preços sejam inferiores aos do mercado, mas, apenas aos praticados com empresas varejistas, pois, iguais aos praticados com empresas distribuidoras (atacadistas), em terceiro lugar, a autora pagou, no cômputo geral, junto a seus sócios, mais imposto. O processo administrativo revela que a decisão não foi tomada pacificamente, mas, pelo voto de qualidade do presidente. O mesmo conselho, unanimemente, decidiu ser inaplicável a multa prevista em lei para a ocorrência de falsidade, material ou ideológica. Logo, a decisão é incoerente, pois a multa é aplicável sobre a receita omitida, sobre a qual foi mantida a exigência do imposto.

Nomeado o perito, indicado assistente técnico pela autora, oferecidos os quesitos, veio aos autos o laudo pericial, subscrito pelo perito e pelo assistente técnico da autora. Sobre ele manifestaram-se as partes, reiterando a autora que, pelas respostas aos quesitos, ficou demonstrado não ter havido evasão fiscal, e a ré que, as circunstâncias que cercam as coligadas da autora comprovam-no».

Após longa fundamentação, S. Exa. assim decidiu a controvérsia (fl. 1075):

«Isto posto, julgo procedente, em parte, a ação, anulando o auto de infração tão-somente no que se refere ao valor omitido, que passa a ser de Cr\$ 50.484.618,49, valor tributável no exercício de 1981, sobre o qual incidirão todos os efeitos pecuniários do auto de infração, os quais, devidamente atualizados monetariamente até 28-2-86 e, a partir de então, convertidos em cruzados, vencerão apenas juros legais. Havendo sucumbência recíproca, deixo de arbitrar honorários advocatícios. Arbitro honorários periciais em 4 valores de referência, condenando a autora e a ré a pagá-los proporcionalmente, pela metade cada uma. Custas antecipadas igualmente proporcionais.»

Houve remessa de ofício.

Inconformada, apela a autora. Aduzindo as razões de fls. 1.077/1.080, postula a reforma da sentença, decretando-se a nulidade do crédito em discussão, ou em caso de sua confirmação, a compensação do tributo originariamente pago.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos, opinando a ilustrada Subprocurador-Geral da República pelo seu conhecimento e desprovimento.

Dispensada a revisão, é o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Da decisão recorrida leio o que se me afigura fundamental à apreciação do recurso sub examine (fls. 1066/1068):

«Do acurado exame das provas oriundas do processo administrativo, compulsando-se detidamente o termo de verificação e conclusão fiscal (fls. 25 a 28), a decisão administrativa, notadamente o item 9 (fls. 78/83), o Acórdão

da 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes (fls. 749 e fls. 755 usque 775), conferindo-se a cláusula Quinta, bem como as assinaturas de sócios componentes nos contratos sociais das 8 sociedades de responsabilidade limitada e respectivas datas de constituição e registro (fls. 795 a 826) tem-se como provados os fatos apontados, pelas autoridades fazendárias, segundo os quais, foram constituídas, de uma só vez, no mesmo dia, pelas mesmas pessoas físicas, que por sua vez são sócios da autora, 8 pessoas jurídicas com o objeto social declarado de «explorar comercialmente por atacado e varejo calçados e outros produtos inerentes ao ramo de manufaturas de plásticos, no mercado nacional, podendo outrossim, operar também com o mesmo objetivo no mercado internacional». Provado ainda que tais sociedades têm os mesmos endereços de departamentos administrativos da própria autora (fl. 26). Provado, ainda, que não havia necessidade de utilização de transporte para o deslocamento de mercadorias produzidas pela autora para as suas intermediárias «atacadistas», mas, tão-somente destas para as compradoras varejistas, pois não é crível que se carregassem furgões para sair da fábrica e dar um passeio pelo quarteirão, entregando-se as mesmas no mesmo endereço de onde saíram só que em salas diferentes dos mesmos prédios.

Provado tudo isto, não resta dúvida de que anormalidade existiu na constituição de pessoa jurídica com a única função de «distribuir mercadorias», recebendo-as por atacado e vendendo-as, também por atacado, a varejistas.

O que decorre da leitura das respostas do perito aos quesitos da autora, porém, não autoriza o intérprete a vislumbrar em toda a extensão das formalidades jurídicas formadoras e dos atos comerciais praticados pelas pessoas jurídicas em questão, qualquer irregularidade formal sob o aspecto jurídico.

As sociedades foram registradas direitinho, contabilizaram tudo à perfeição, pagaram ICM religiosamente, enfim, fizeram tudo às claras, como se costuma dizer.

Só que havia um detalhe que se revelou importante sob qualquer ângulo que se encare e que causou prejuízo considerável à Fazenda Pública: é que tais sociedades, em razão de suas características e porte pequeno, estavam enquadradas no regime tributário de apuração de resultados com base no lucro presumido, ao passo que sua fornecedora única, a autora, pagava o tributo de conformidade com o lucro real.

Daí surgir uma diferença, classificada pela Fazenda como omissão de receita e pela autora como transferência de receita, sem omissão, eis que a receita fora realizada pelas oito sociedades satélites. Na fase judicial, louva-se a autora em respostas dadas a seus quesitos pelo perito em laudo assaz detalhado e minucioso.

Em que pesem as conclusões do perito também subscritas pelo assistente técnico da autora, o âmbito da perícia é restrito a matéria de fato e de direito (esta objeto de quesitos impertinentes e inadmissíveis por tratarem de questão de direito, apenas por um lapso judicial não declarados tais uma vez que jurisperito somos nós, o juiz do processo, e não o perito, que é chamado a emitir opinião sobre matéria extrajurídica) e não tem o alcance que parece ter principalmente no deslinde da natureza jurídica de sociedades, seus procedimentos e resultados financeiros perante o Fisco.

Com efeito, as conclusões da perícia dão como certas a existência das pessoas jurídicas, a escrituração de seus atos, suas transações, etc. mas, somente para fins de Direito Privado e ainda assim, para o efeito de apresentar as entidades em questão, com as vestimentas, os paramentos jurídicos e que a habilitariam a serem consideradas autônomas e responsáveis perante o Fisco.»

Eis outros tópicos importantes do **decisum** (fls. 1.070/1.071):

«A realidade que tomou vulto nestes autos, através de minucioso levantamento das operações entre as aludidas sociedades e a autora, é de que elas só existem e só se justificam para dar lucro à autora, não têm finalidade própria, não têm objeto social próprio, não têm simulacros de pessoas jurídicas cujas atividades são pré-ordenadas mediante um plano concebido por três sócios da autora, que se revesaram nos quadros daquelas, na faina de proporcionar à autora pelo artificioso confronto de dois regimes tributários, apreciáveis diferenças de receitas que podem ser consideradas omitidas pela autora, à luz da interpretação econômica dos fatos geradores.

As respostas do laudo não infirmam essa conclusão, porquanto enfatizam meramente o *envoltório jurídico* das operações cuja *finalidade* era acobertar a receita omitida representada pela diferença financeira resultante da justaposição de regimes tributários, privilegiados, de um lado, do lucro real de outro.

Eis um efeito tributário ilícito, não meramente elisivo, conclusão a que se chega inclusive pela via do absurdo que representa o garantir à autora o beneplácito a um procedimento que quebra o princípio da igualdade de tratamento tributário perante a comunidade de contribuintes. Absudo, sem dúvida, pois justamente enfatiza o relator do Acórdão Administrativo,

«... chega a ser grosseira a afronta à legislação que institui o regime simplificado de tributação para as pequenas empresas, permitindo-lhes a opção do lucro presumido. O objetivo de minorar a carga tributária e os encargos administrativos das pequenas empresas, proporcionando-lhes meios de sobrevivência e possibilidade de crescimento, de notório interesse para a economia nacional, não se coaduna com a adoção de expedientes indefensáveis, consubstanciados na artificiosa criação de mini-empresas, por iniciativa das empresas de porte com intuítos confessados de evasão fiscal.

E a falta de cerimônia foi ao ponto de se criarem 8 (oito) de cambulhada. Se necessário, seriam oitenta, ou oitocentas.» (Fl. 773).

Não se diga, com a resposta do perito, que não se pode falar em lucro, senão após deduzidos gradativamente os valores das despesas comerciais, administrativas, provisionadas, financeiras, etc. (fl. 884). Embora possível o conceito de lucro tributável de um tal enfoque, *in casu*, tais despesas inexistiram, haja vista que as entidades não passam de «pessoas jurídicas — papel», (ditas com habilidade pelo culto patrono da autora, cujos trabalhos sempre honraram os processos desta vara, existentes, só necessariamente, «de direito» e não «de fato»). Assim, as considerações do laudo só são aproveitáveis teoricamente. Quanto às constatações contábeis, somente demonstram a preocupação constante de documentar operações comercialmente desnecessárias (a pseudo «distribuição atacadista» e consecutários), mas, tributariamente úteis, sob o ponto de vista do sonegador de receitas tributáveis.»

E, finalmente, dou também relevo ao seguinte trecho da excelente fundamentação sentencial (fls. 1.074/1.075):

«A segunda parte do pedido, redução do montante de imposto a pagar, ao pressuposto de ser ele exigível, baseia-se em que a tributação deveria incidir sobre Cr\$ 50.484.618,49, valor achado após as deduções enumeradas pelo Sr. perito à fl. 888.

O valor encontrado pelo Fisco, Cr\$ 73.689.279,00, não é o resultado final antes do Imposto de Renda, mas, meramente, «a diferença entre as entradas e as saídas nos livros fiscais de ICM», base ainda não escoimada das deduções regulamentares, e nesse ponto é procedente em parte a ação, porquanto, em

que pese o fato de terem sido as pessoas jurídicas desconsideradas para fins tributários, não poderá o Fisco justificar a imposição sobre montante que não expresse lucro real.

Assim, apesar do notável e verdadeiramente homérico esforço do culto procurador da autora, de quem já nos habituamos a haurir profundas lições em processos anteriores desta Vara, encerramos esta sentença convictos de que a decisão administrativa deve prevalecer quanto ao pressuposto de fato da omissão de receita, corrigida, entretanto, no quantum tributável, que fica orçado no valor encontrado pelo perito.»

Estou em que a sentença merece confirmação. Contudo, tem razão a*apelante ao dizer em suas alegações recursais (fl. 1.079-A).

«O direito à compensação do Imposto de Renda pago pelas empresas no montante de Cr\$ 2.547.436 (quesito nº 6 do Laudo, fls. 889) sob pena de, nessa parte, ocorrer tributação dupla e indevida.

Com efeito, se se fizer de conta que as Empresas não existem — e só mediante essa abstração é possível classificar seus resultados como receita omitida da A., tal como o fez a Ré na Autuação e a sentença na decisão — é imperativo que, do tributo que resultar da aplicação do Auto de Infração aos lucros de Cr\$ 50.484.618,49, sejam deduzidos os valores pagos por elas, de Cr\$ 2.547.436,00.

Esse detalhe, inclusive, só se pode debitar a um esquecimento do MM. Prolator da Sentença, dada a inevitabilidade de tal procedimento no raciocínio desenvolvido.»

Conferindo-se o laudo pericial verifica-se, em verdade, que nele estão especificados os valores que totalizam o quantum indicado pela recorrente, sem que o expert o tenha deduzido do montante final por ele apurado.

O douto parecer do Ministério Público (fls. 1090/1092), como o ilustre Magistrado de primeiro grau, não fazem referência a esse aspecto, o qual, entretanto, deve ser examinado.

Com estas considerações, dou provimento parcial à apelação para o fim acima explicitado e reformo em parte a sentença remetida.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, não há dúvida de que a chamada «elisão fiscal», como alguns assim denominam, é lícita e não incide em censura jurídica. O contribuinte pode adequar o seu procedimento a modelo que lhe diminua, ou mesmo afaste por completo, a carga tributária. Isto é lícito fazer. No caso, entretanto, houve muito mais do que isto: montou-se uma gigantesca fraude. Oito empresas fingidas, que, na realidade, só existiram no papel, com um único objetivo de diminuir a tributação da empresa.

A empresa-mãe naturalmente vendia para a outra por um preço inferior. Diminuiu, por conseguinte, a sua receita, e essas, por seu turno, dividindo por oito, caíam num sistema privilegiado.

Malgrado o brilho dos ilustres patronos do apelante, acompanho o eminente Relator, dando provimento parcial à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 115.478 — RS — (Reg. 6.463.746) — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz.
Remte.: Juízo Fed. da 5ª Vara-RS. Apte.: Grendene S/A Calçados e Componentes.
Apda.: União Federal. Advs.: Rene Izoldi Ávila, Marcos Jorge Caldas Pereira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso (em 18-2-87 — 6ª Turma). Sustentação oral: Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira, pela apelante. Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, Subprocurador-Geral da República, pela apelada.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a sessão o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 116.478 — RS
(Registro nº 7.786.891)

Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara
Apelante: União Federal
Apelada: Transportadora Fanti S/A
Advogado: Dr. Renato Donadio Munhoz

EMENTA: Repetição de indébito — Ausência de pedido na via administrativa.

O interesse de agir supõe a necessidade do provimento jurisdicional para compor a situação denunciada como antijurídica. Esta inexistente se o sujeito passivo dispõe-se a cumprir a obrigação sem que se faça mister o recurso ao Judiciário. Entretanto, não é apenas a negativa a pedido administrativo que evidencia a resistência do obrigado. Esta pode ter-se como presente em virtude da prática administrativa rotineira. Condicionar-se, em tal caso, o ingresso no Judiciário a prévio requerimento ao Fisco significaria impor-se injustificável ônus ao contribuinte que apenas viria atrasar a satisfação de seu direito.

Finsocial — Decreto-Lei nº 1.940/82 — Natureza jurídica. Tratando-se de imposto, sujeita-se ao princípio da anterioridade, vez que não abrangido pelas exceções constitucionais (CF, art. 153, § 29).

Repetição que se determina já que não há cogitar de repercussão.

Juros — Fluem a partir do trânsito em julgado (CTN, art. 167, parágrafo único).

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

Brasília, 4 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS VELLOSO, Presidente. **MINISTRO EDUARDO RIBEIRO**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ação ordinária de repetição de indébito proposta por S.A Marvin contra a União Federal. Alegou a autora ser indevido o recolhimento da contribuição social instituída pelo Decreto-Lei 1.940/82, porque dita contribuição seria tributo, não podendo, assim, ser instituída em desobediência ao disposto na CF, art 153, § 29, princípio da anterioridade.

Contestou a ré alegando impor-se prévio recurso à via administrativa, o que não ocorreu.

A sentença julgou a ação procedente.

Apelou a vencida.

Apresentadas contra-razões.

Parecer do Ministério Público pela reforma parcial quanto a juros e honorários.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Repetição de indébito — Ausência de pedido na via administrativa.

O interesse de agir supõe a necessidade do provimento jurisdicional para compor a situação denunciada como antijurídica. Esta inexistente se o sujeito passivo dispõe-se a cumprir a obrigação sem que se faça mister o recurso ao Judiciário. Entretanto, não é apenas a negativa a pedido administrativo que evidencia a resistência do obrigado. Esta pode ter-se como presente em virtude da prática administrativa rotineira. Condicionar-se, em tal caso, o ingresso no Judiciário a prévio requerimento ao Fisco significaria impor-se injustificável ônus ao contribuinte que apenas viria atrasar a satisfação de seu direito.

Finsocial — Decreto-Lei nº 1.940/82 — Natureza jurídica.

Tratando-se de imposto, sujeita-se ao princípio da anterioridade, vez que não abrangido pelas exceções constitucionais (CF, art. 153, § 29).

Repetição que se determina já que não há cogitar de repercussão.

Juros — Fluem a partir do trânsito em julgado (CTN, art. 167, parágrafo único).

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Alega-se que para que se possa pleitear a condenação da Fazenda a repetir tributo, indevidamente pago, necessário seria que esta pretensão houvesse sido indeferida administrativamente. Apontam-se julgados neste sentido.

Compreensível esse entendimento. A existência do interesse de agir, uma das condições da ação, supõe a necessidade do provimento jurisdicional para compor a situação que se aponta como antijurídica. Se inexistente resistência por parte do sujeito passivo da obrigação que se dispõe a cumpri-la independentemente do recurso ao Judiciário, injustificável pretender-se a tutela deste. Rigorosamente poder-se-ia dizer que inexistiria lide.

Considero, entretanto, não deva o tema ser examinado em perspectiva demasiado formal, de maneira a propiciar indesejáveis delongas na satisfação do direito. No caso dos autos, é certo, limitou-se a União, na contestação, a alegar não ter sido formulado pedido na via administrativa. Dentre numerosíssimos casos por mim já apreciados, a respeito do mesmo tema, é o primeiro em que a União adota tal postura. Não se noticia, entretanto, tenha havido qualquer mudança de entendimento, passando a Adminis-

tração a fazer a devolução do tributo com os acréscimos da correção. Nada indica, por conseguinte, fosse frutuoso requerimento dirigido ao Fisco. Confirma essa convicção a circunstância de, no recurso, a ré haver deduzido outras razões para justificar o pedido de reforma da sentença, sustentando que incabível a repetição.

Supero, pois, a preliminar, e passo ao exame do mérito.

Esta Corte, assim como o egrégio Supremo Tribunal Federal, já examinou longamente a natureza jurídica da denominação contribuição social, instituída pelo Decreto-Lei 1.940, de 25 de maio de 1982. Predominou o entendimento de que se trata de um imposto e não de contribuição, que fosse passível de compreender-se no item X do artigo 43 da Constituição Federal, já que não se destina a custear qualquer dos encargos enumerados naquele dispositivo. Menos ainda seria de ter-se como abrangida pela previsão do artigo 21, § 2º, I da Constituição.

A instituição do imposto, no caso, seria possível, eis que, de seu fato gerador, conclui-se ser, ou adicional ao imposto sobre a renda, ou imposto novo, cuja criação é autorizada pelo artigo 21, § 1º da Constituição.

Ocorre que, consistindo em imposto, não alcançado por qualquer das exceções constitucionais, estava sujeito ao princípio da anterioridade e não poderia ser exigido no mesmo exercício em que foi criado. Houve indúvidosa violação do disposto no artigo 153, § 29 da Constituição Federal.

No caso em exame o pedido circunscreve-se à repetição do que foi pago em 1982 e a demanda merece prosperar.

Poderia não ser cabível a devolução, caso se pudesse concluir tivesse havido transferência do encargo financeiro.

O tema relativo à repercussão é dos que mais se sujeitam a controvérsia, sabido que dificilmente se poderá afirmar que determinado tributo, ao contrário do outro, comporte sempre a transferência do respectivo encargo financeiro. Alguns, entretanto, mais comumente ensinam que isso ocorra. Pode-se mesmo afirmar que a norma, em certos tributos, é verificar-se repercussão. Em relação a esses, necessária a prova de que tal não se deu por contrariar o usual.

O tributo em exame incide sobre a receita bruta e o respectivo encargo dissolve-se nos custos gerais da empresa. Não se exclui possa haver repercussão mas essa não se presume, de maneira a exigir prova em contrário. Afasta-se a incidência do artigo 166 do CTN.

A r. sentença merece, entretanto, parcial reforma. Os juros moratórios, nos termos do parágrafo único do artigo 167 do CTN, fluem a partir do trânsito em julgado da sentença.

Dou provimento apenas para este fim.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Tributário. Repetição do indébito. Necessidade de a restituição ser requerida administrativamente. Condição satisfeita quando a regra é a negativa da restituição, o que se apura em centenas de ações que correm na Justiça Federal.

O SR. MINISTRO CARLOS MÁRIO VELLOSO: No que tange à preliminar, sustento a tese da necessidade de ser requerida administrativamente a restituição. A questão é de ser entendida, entretanto, *cum grano salis*.

Como bem disse o eminente Ministro Relator, não se tem notícia de que a União Federal teria modificado o seu critério no que tange ao Finsocial, ordenando a sua restituição.

Há centenas de ações correndo nesta egrégia Casa, milhares na Justiça Federal, em que a União Federal contesta o direito da parte à restituição.

Acolher a preliminar argüida pela União Federal, em caso assim, seria prestar ob-séquo à regra formal, em detrimento da norma substancial. Processo é instrumento de realização da Justiça e não mecanismo que possa servir à procrastinação dos feitos.

Com estas breves considerações, acompanho o douto voto do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC 116.478 — RS — (Reg. 7.786.891) — Rel.: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Transportadora Fanti S/A. Adv.: Dr. Renato Donadio Munhoz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 4-2-87 — 6ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 117.129 — MG
(Registro nº 7.953.054)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: INAMPS

Apelada: Hermengarda Pereira de Oliveira

Advogados: Drs. Wivaldino Assis de Sant'Ana e Paulo Chaves Correa.

EMENTA: Execução de sentença — Juros de mora.

Para que a taxa real dos juros moratórios corresponda à taxa nominal, seu cálculo há que se operar sobre o capital certo, ou seja, corrigido monetariamente.

Apelo 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, 25 de novembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente/Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: O Instituto Nacional de Previdência Social — INAMPS — interpôs o presente recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedentes embargos à execução por ele opostos nos autos da ação ordinária que lhe move Hermengarda Pereira de Oliveira.

Sustenta, em síntese, que a incidência dos juros moratórios sobre o principal, corrigido monetariamente, constitui penalização maior do devedor e agrava a sua condenação, o que é defeso, a teor do art. 610 do CPC (fls. 9/11).

Contra-arrazoado o recurso, os autos subiram a este e. Tribunal.

Dispensada a revisão (art. 33, item IX, do RI).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): A r. sentença recorrida está em harmonia com o entendimento, que venho mantendo em casos semelhantes, de que os juros moratórios incidem sobre o principal corrigido monetariamente.

Ao julgar o Ag n° 37.674, de Minas Gerais, versando a mesma hipótese, coloquei-me de acordo com a sustentação dos agravados, ao afirmar:

«No que tange à incidência de juros sobre a correção monetária, estou de acordo com os agravados, quando salientam que a correção monetária não remunera o capital, «pois a sua função é apenas, em face da desvalorização da moeda, corrigi-la, para lhe dar, à moeda, expressão correta e atualizada. Os juros, ao contrário, se destinam a compensar a privação temporária do dinheiro, que, se aplicado, produziria rendimentos, isto é, frutos civis. Se os juros remuneram o capital são também frutos civis, à semelhança de quaisquer outros rendimentos do capital. Mas, entenda-se, frutos do capital corrigido ou correto, pois desde que a lei instituiu a correção monetária, não se poderia cogitar de frutos de um capital não corrigido ou, em outras palavras, errado».

A ementa do respectivo acórdão está assim redigida:

«*Juros de mora sobre correção monetária e cálculo de honorários em execução de sentença.*

Para que a taxa real dos juros moratórios corresponda à taxa nominal, seu cálculo há que se operar sobre o capital certo, ou seja, corrigido monetariamente.

Os honorários advocatícios incidirão sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º, do art. 20, do CPC.

Agravo improvido» (ac. publicado no DJ de 11-6-80).

De outra feita, ao decidir a AC n° 72.671 — SP, destaquei em meu voto:

«No que tange aos juros, destinam-se a compensar a privação temporária do dinheiro, que, se aplicado, produziria rendimentos, isto é, frutos civis.

Se os juros remuneram o capital, são também frutos civis, como quaisquer outros rendimentos do capital. Mas, entenda-se, frutos do capital corrigido, ou seja, do capital correto e não frutos de um capital não corrigido, isto é, de um capital errado.

Neste passo, primeiramente corrigir-se-á o capital para, em seguida, ao efetuar-se o cálculo dos juros, operar-se sobre o capital certo; pois, ao contrário, a taxa real dos juros passaria a ser inferior à nominal»

Proclama a ementa do respectivo acórdão:

«*Execução de sentença — Correção monetária e contagem de juros.*

A Lei n° 6.899, de 8 abril de 1981, determinou a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial.

Correta a inclusão dessa parcela, nos cálculos homologados após sua vigência, embora não constante da sentença exequiênda.

Quanto aos juros moratórios, para que a taxa real corresponda à nominal, o cálculo há que se operar sobre o capital certo, ou seja, corrigido monetariamente.

Precedentes do Tribunal.

Apelo improvido».

Outra não foi a decisão tomada por esta Turma, ao julgarmos a AC n° 105.660 — MG, Relator para acórdão, o eminente Ministro Costa Lima, verbis:

«Sentença — Execução — Juros contagem.

Os juros de mora são calculados sobre o capital atualizado monetariamente».

Com estas breves considerações, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 117.129 — MG — (Reg. 7.953.054) — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Apte.: INAMPS. Apda.: Hermengarda Pereira de Oliveira. Advs.: Drs. Wivaldino Assis de Sant'Ana e Paulo Chaves Correa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (2ª Turma. 25-11-86).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 119.272 — PE
(Registro nº 7.980.841)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: IAPAS/BNH

Apelado: Lumiplacas do Nordeste Com. Ind. Ltda.

Advogados: Dra. Márcia Cristina de Mendonça e outros

EMENTA: «Processo Civil — Execução fiscal para cobrança de parcelas do FGTS — Prescrição intercorrente.

De acordo com o disposto no art. 219, § 5º, do CPC, o Juiz somente poderá conhecer de ofício e decretar a prescrição, quando não se tratar de direito patrimonial, hipótese diversa daquela dos autos, em que se cuida de cobrança de débito. De outro lado, ajuizada a execução em 10-6-80, em setembro do mesmo ano, afastando dúvidas, a Lei nº 6.830, em seu art. 2º, § 9º, estabeleceu que o prazo de cobrança das contribuições previdenciárias continuava a ser o estabelecido no art. 144 da Lei nº 3.807/60, isto é, trinta anos, regra esta aplicável aos depósitos para o FGTS, ex vi do disposto na Lei nº 5.107/66. Ainda, nos termos de decisão do Supremo Tribunal Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 8, de 1977, as contribuições previdenciárias perderam o caráter tributário, não lhes sendo aplicável, portanto, as normas do CTN. De qualquer sorte à hipótese deveria ser aplicado o disposto no art. 40 da Lei nº 6.830/80. Apelação provida para reformar a sentença e, afastada a prescrição, determinar que sejam os autos arquivados nos termos da última disposição legal citada».

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

Custas como de lei.

Brasília, 24 de novembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Ajuizada execução fiscal pelo IAPAS contra Lumiplacas do Nordeste Comércio e Indústria Ltda., estabelecida em

Recife, não foram encontrados bens do devedor para serem penhorados, e certificado tal fato, o Dr. Juiz proferiu sentença na qual, após afastar a aplicação do art. 40 da Lei nº 6.830/80, ao fundamento de que contrariava o art. 174 do CTN, norma de hierarquia superior, considerou ter ocorrido prescrição intercorrente, porque paralisada a execução por cinco anos.

O IAPAS apelou e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator). De acordo com o disposto no art. 219, parágrafo 5º, do CPC, o Juiz somente poderá conhecer de ofício e decretar a prescrição, quando não se tratar de direito patrimonial.

Ora, no caso dos autos, onde é feita cobrança de débito, cuida-se de direito patrimonial, e, em consequência, não poderia o Dr. Juiz decretar a ocorrência de prescrição.

De outro lado, esta realmente não ocorreu, pois a execução foi ajuizada em 10-6-80, e em setembro do mesmo ano afastando dúvidas, a Lei nº 6.830, no art. 2º, par. 9º, estabeleceu que o prazo de cobrança das contribuições previdenciárias continuava a ser o estabelecido no art. 144 da Lei nº 3.807/60, isto é, trinta anos, regra que é aplicável aos depósitos para o FGTS, ex vi do disposto na Lei nº 5.107/66.

Além disso já decidi o Supremo Tribunal Federal que a partir da Emenda Constitucional nº 8, de 1977, perderiam as contribuições previdenciárias o caráter tributário, não sendo aplicável ao caso portanto o CTN.

De qualquer sorte, na hipótese, o que caberia aplicar era a norma do art. 40 da última lei referida, isto é, o arquivamento dos autos.

Dou provimento à apelação para reformar a sentença e, afastada a prescrição, determinar que sejam os autos arquivados nos termos da disposição legal citada.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 119.272 — PE — (Reg. nº 7.980.841) — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: IAPAS/BNH. Apdo.: Lumiplas do Nordeste Com. Ind. Ltda. Advs.: Dra. Márcia Cristina de Mendonça e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 24-11-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 120.186 — DF
(Registro nº 7.993.145)

Relator: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Apelantes: União Federal. ABC — Comercial de Papéis Ltda. e outros

Apelados: Os mesmos e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES

Advogados: Dr. Manuel de Freitas Cavalcante (2º apte.). Dr. Ivan Sérgio Rey e outros (3º apdo.)

EMENTA: Processual civil. Recurso. Alçada. Lei nº 6.825, de 22-9-80, art. 4º. Litisconsórcio.

Tributário. Ação de repetição do indébito. Contribuição para o FINSOCIAL. Ilegitimidade do BNDES. Necessidade de prévio requerimento na via administrativa: exceções. Código Tributário Nacional, arts. 168 e 169. Restituição das quantias recolhidas em 1982. Cabimento.

I — Para fixar a alçada prevista no art. 4º da Lei nº 6.825, de 22-9-80, não se deve dividir o valor da causa pelo número de litisconsortes.

II — Não pode o BNDES ser demandado para restituir quantias pertinentes à contribuição para o FINSOCIAL, pois aquelas não se incorporam ao seu patrimônio, cabendo-lhe, apenas, administrar os recursos arrecadados. Precedentes.

III — Para ingressar em juízo, com ação de repetição do indébito, é indispensável que o contribuinte, primeiramente, pleiteie, na via administrativa, a devolução da quantia que indevidamente pagou. Se assim não proceder, não há identificar a lide justificadora da invocação da tutela jurisdicional do Estado. Não é, porém, necessário que seja exaurida a via administrativa, pois tal entendimento contraria o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (Constituição, art. 153, § 4º). O que é indispensável é que se faça o pedido na esfera administrativa e que o mesmo seja indeferido expressamente ou por omissão da autoridade consistente em retardar o seu despacho. Todavia essa regra admite exceções, como no caso em que o contribuinte dirige-se diretamente ao Judiciário e o Fisco, na resposta, não se limita a alegar a preliminar de carência da ação, contestando o mérito da repetição pleiteada, bem como na hipótese em que o fundamento da repetição é a inconstitucionalidade do tributo recolhido. Neste último caso, a razão está em que só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar texto legal sob fundamento de inconstitucionalidade e, por isso, não será de admitir-se que, a tal pretexto a Administração acolha pedido de devolução de tributo.

IV — Na consonância do decidido pelo Pleno do TFR, ao julgar o MS 97.775 — DF, é inconstitucional a exigência da contribuição para o FINSOCIAL no mesmo exercício em que foi editado o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, que a instituiu. Daí ser cabível a restituição das quantias indevidamente recolhidas no exercício de 1982.

V — Na hipótese, não se trata de tributo que comporte, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro. Por isso é desnecessário exigir-se das autoras a prova de que não transferiram o referido ônus a terceiro ou de que se achava por aquele autorizadas a receberem a restituição.

VI — Apelação da União desprovida. Recurso das autoras parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1986 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A sentença, após afastar preliminar de carência da ação, julgou procedente ação ordinária de repetição do indébito, proposta por ABC — Comércio de Papéis Ltda. e outras contra a União Federal, objetivando a devolução das quantias que recolheram, a título de contribuição para o Finsocial, no exercício de 1982, assim concluindo (fls. 1225-1226):

«Com estas considerações, julgo procedente a presente ação, para condenar a União promovida a restituir às autoras o montante do tributo, sob o rótulo de «contribuição social», recolhido indevidamente, no exercício financeiro de 1982, conforme se vê da documentação acostada aos autos, devendo o quantum debeat ser apurado em regular liquidação de sentença tudo acrescido de correção monetária, desde a data do pagamento indevido (Súmula nº 46/TFR), de juros moratórios, à taxa de 1% (um por cento) ao mês (CTN, art. 161, § 1º), em atenção ao princípio da isonomia, contados do trânsito em julgado desta decisão (CTN, art. 167, parágrafo único), de honorários advocatícios, na base de 6% (seis por cento) do valor da condenação corrigida (CPC, art. 20, § 4º) e do reembolso das custas processuais. Com vistas na sucumbência das autoras, em relação ao BNDES, excluído da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, condeno as promoventes a pagar-lhe, também, verba honorária de 6% (seis por cento) do valor da condenação corrigida e as custas processuais, acaso, expendidas. Aplique-se, no que couber, o disposto no artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.284, de 10-3-86.

Ocorrendo, na espécie, litisconsórcio ativo, o valor da causa (fls. 33/34), para efeitos de aplicação da Lei nº 6.825/80, será o quociente do valor global da ação pelo número de litisconsortes (ACs nº 82.739 — RJ e 78.995 — RJ — 2ª Turma/TFR — Unânime — Rel.: Min. William Patterson — DJ de 27-10-83 e 22-6-84, respectivamente) que, no caso, é de Cr\$ 223.331,00 (duzentos e

vinte e três mil, trezentos e trinta e um cruzeiros), em maio de 1984, para cada litisconsorte. Em sendo assim, deixo de submeter este decisum ao duplo grau de jurisdição».

Apelou a União Federal (fls. 1228/1234). Sustenta ser cabível a apelação. Diz, no mérito, ser inaplicável à espécie o princípio da anterioridade. Preconiza, por último, que, pelo menos, seja fixado o termo inicial de incidência da correção monetária a partir do ajuizamento da ação.

Apelaram, também, as autoras (fls. 1238/1241). Sustentam, em suma, a legitimidade *ad causam* do BNDES, pleiteando, pelo menos, a redução para 1% da condenação que lhe foi imposta quanto à verba advocatícia.

As autoras ofereceram contra-razões às fls. 1243/1247, o BNDES às fls. 1249/1254 e a União Federal às fls. 1281/1283.

Subindo os autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da sentença (fl. 1289).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Recurso. Alçada. Lei nº 6.825, de 22-9-80, art. 4º. Litisconsórcio.

Tributário. Ação de repetição do indébito. Contribuição para o FINSOCIAL. Ilegitimidade do BNDES. Necessidade de prévio requerimento na via administrativa: exceções. CTN, arts. 168 e 169. Restituição das quantias recolhidas em 1982. Cabimento.

I — Para fixar a alçada prevista no art. 4º da Lei nº 6.825, de 22-9-80, não se deve dividir o valor da causa pelo número de litisconsortes.

II — Não pode o BNDES ser demandado para restituir quantias pertinentes à contribuição para o FINSOCIAL, pois aquelas não se incorporam ao seu patrimônio, cabendo-lhe, apenas, administrar os recursos arrecadados. Precedentes.

III — Para ingressar em juízo, com ação de repetição do indébito, é indispensável que o contribuinte, primeiramente, pleiteie, na via administrativa, a devolução da quantia que indevidamente pagou. Se assim não proceder, não há identificar a lide justificadora da invocação da tutela jurisdicional do Estado. Não é, porém, necessário que seja exaurida a via administrativa, pois tal entendimento contraria o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (Constituição, artigo 153, § 4º). O que é indispensável é que se faça o pedido na esfera administrativa e que o mesmo seja indeferido expressamente ou por omissão da autoridade consistente em retardar o seu despacho. Todavia essa regra admite exceções, como no caso em que o contribuinte dirige-se diretamente ao Judiciário e o Fisco, na resposta, não se limita a alegar a preliminar de carência da ação, contestando o mérito da repetição pleiteada, bem como na hipótese em que o fundamento da repetição é a inconstitucionalidade do tributo recolhido. Neste último caso, a razão está em que só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar texto legal sob fundamento de inconstitucionalidade e, por isso, não será de admitir-se que, a tal pretexto, a Administração acolha pedido de devolução de tributo.

IV — Na consonância do decidido pelo Pleno do TFR, ao julgar o MS 97.775 — DF, é inconstitucional a exigência da contribuição para o FINSOCIAL no mesmo exercício em que foi editado o Decreto-Lei nº

1.940, de 25 de maio de 1982, que a instituiu. Daí ser cabível a restituição das quantias indevidamente recolhidas no exercício de 1982.

V — Na hipótese, não se trata de tributo que comporte, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro. Por isso é desnecessário exigir-se das autoras a prova de que não transferiram o referido ônus a terceiro ou de que se achava por aquelas autorizadas a receberem a restituição.

VI — Apelação da União desprovida. Recurso das autoras parcialmente provido.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Conheço das apelações. Com efeito, esta Turma vem decidindo que, para fins da alçada prevista no art. 4º da Lei nº 6.825, de 22-9-80, não tem cabimento dividir o valor da causa pelo número de litisconsortes. É o que se depreende das ementas abaixo, relativas a acórdãos de que fui Relator:

«Processual civil. Impugnação ao valor da causa. Ação ordinária. Inaplicação ao caso do art. 259, V, do CPC. Justiça Federal. Alçada. Lei nº 6.825, de 22-9-80, art. 4º.

I — No caso de litisconsórcio facultativo, não é necessário, para fins da alçada prevista no artigo 4º da Lei nº 6.825/80, fixar o valor da causa para cada um dos litisconsortes.

II — Agravo desprovido». (Ag nº 50.054 — MG — (Reg. nº 7.919.336) — Julg. em 13-8-86 Publ. em 11-9-86 — pág. 16300);

«Justiça Federal. Alçada. Lei nº 6.825, de 22-9-80, artigo 4º.

I — No caso de litisconsórcio facultativo, não é necessário, para fins da alçada prevista no art. 4º da Lei nº 6.825/80, fixar o valor da causa para cada um dos litisconsortes.

II — Agravo provido». (Ag nº 49.405 — MG — (Reg. nº 7.881.932) — Julg. em 28-5-86 — Publ. em 19-6-86 — p. 10847).

No mesmo sentido: Ag 49.094 — MG e Ag 48.318 — RJ:

«Processual Civil. Impugnação ao valor da causa. Ação ordinária. Inaplicação ao caso do art. 259, V, do CPC. Justiça Federal. Alçada. Lei nº 6.825, de 22-9-80, art. 4º.

I — No caso de litisconsórcio facultativo, não é necessário, para fins da alçada prevista no artigo 4º da Lei nº 6.825/80, fixar o valor da causa para cada um dos litisconsortes.

II — Agravo desprovido; (Ag nº 49.094 — MG — (Reg. nº 7.859.201) — Julg. em 16-4-86 — Publ. 12-6-86 — p. 10328);

«Justiça Federal. Alçada. Lei nº 6.825, de 22-9-80, artigo 4º.

I — No caso de litisconsórcio facultativo, não é necessário, para fins da alçada prevista no artigo 4º da Lei nº 6.825/80, fixar o valor da causa para cada um dos litisconsortes.

II — Agravo desprovido». (Ag nº 48.318 — RJ — (Reg. nº 7.132.166) — Julg. em 16-4-86 — Publ. em 15-5-86 — p. 8087)

II

De outra parte, decidiu, com acerto, a sentença, ao excluir o BNDES da lide, o que fez na consonância dos precedentes da Corte (ACs nºs 98.692, 99.119, 102.794, 105.511, Relator Ministro Armando Rollemberg).

No tocante à condenação das autoras em honorários, acolho o seu recurso, para reduzir o respectivo percentual para 2% (dois por cento), à vista das circunstâncias da causa (CPC, art. 20, § 4º).

III

Sobre a desnecessidade de exaustão da via administrativa, reporto-me ao fundamento dos votos anexos, que proferi nas ACs n.ºs 112.722 — DF e AC 93.048 — SP.

IV

No mérito, ao julgar o MS 97.775 — DF, o Pleno desta Corte concluiu pela inconstitucionalidade da cobrança da contribuição para o FINSOCIAL, criada pelo Decreto-Lei n.º 1.940, de 1982, no mesmo exercício em que foi instituída. A referida decisão foi endossada pela Suprema Corte.

Na espécie, não se trata de tributo que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro. Daí ser desnecessário exigir-se das autoras a prova de que não transferiram referido ônus a terceiro ou de que se achavam por aquelas autorizadas a receberem a restituição (CTN, art. 166).

Assinalo, por último, que não foram impugnados os documentos comprobatórios do recolhimento das questionadas contribuições no exercício de 1982, apresentados pelas autoras.

V

Isto posto, em conclusão, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento ao recurso das autoras nos termos assinalados, confirmando, no mais, a sentença.

ANEXO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 93.048 — SP (Registro n.º 5.051.525)

VOTO

EMENTA: Tributário. Ação de repetição de indébito. Necessidade de prévio requerimento na via administrativa, excepcionado apenas o caso de, na contestação, o Fisco negar o direito à restituição. CTN, artigos 168 e 169. Esclarecimento sobre o decidido na AC 61.221 — SP.

I — Para ingressar em juízo, com ação de repetição do indébito, é indispensável que o contribuinte, primeiramente, pleiteie, na via administrativa, a devolução da quantia que indevidamente pagou. Se assim não proceder, não há identificar a lide justificadora da invocação da tutela jurisdicional do Estado. Não é, porém, necessário que seja exaurida a via administrativa, pois tal entendimento contraria o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (Constituição, art. 153, § 4º). O que é indispensável é que se faça o pedido na esfera administrativa e que o mesmo seja indeferido expressamente ou por omissão da autoridade consistente em retardar o seu despacho. Todavia, a essa regra admite-se uma exceção: o caso em que o contribuinte dirige-se diretamente ao Judiciário e o Fisco, na resposta, não

se limita a alegar a preliminar de carência da ação, contestando o mérito da repetição pleiteada.

II — Apelação desprovida. Sentença confirmada.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao decidir a causa, argumentou a sentença (fls. 46/48);

«Rejeito a preliminar argüida pela ré em sua contestação, porquanto a norma do art. 205, da Constituição Federal, não é auto-executável ou de eficácia plena, dependendo de lei infraconstitucional que crie o contencioso administrativo.

Neste sentido a jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos cristalizada em sua Súmula nº 102:

«A regra inscrita no artigo 205 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 7 de 1977, não é de aplicabilidade imediata, porque dependente de lei regulamentadora».

No que tange à alegação, à qual não se segue pedido, de que a autora não formulou pedido administrativo, é bem de ver que o contribuinte não está obrigado a exaurir a fase administrativa para ingressar em Juízo, como deflui do disposto no § 4º, do art. 153, da Constituição Federal, salientando-se que, na espécie, a ré contestou o mérito do pedido, demonstrando que a pretensão não seria acolhida.

Em hipótese assemelhada, na qual, entretanto, pediu-se a decretação de carência de ação, firmou o Egrégio Tribunal Federal de Recursos o entendimento seguinte:

«Processual Civil — Carência de ação por falta de utilização da via administrativa — Ocorrência.

EMENTA: A carência de ação não é comum, nestes casos, devendo, porém, ser acolhida quando o réu alega como defesa e não desce ao exame do mérito, para opor-se ao direito postulado. Aplicação condicionada do art. 153, § 4º, da Constituição Federal. Sentença confirmada». (AC 82.003 — MG, Rel.: Min. Gueiros Leite, Ementário da Jurisprudência do TFR 49/33.)

Ao exame do mérito, verifica-se que a ré nega o direito à repetição dos juros indevidamente pagos sob o fundamento de não haver ficado comprovado, pelos documentos juntados, que a remessa referiu-se exclusivamente a financiamento de bens. Textualmente afirmou:

«Tal fato não ficou devidamente comprovado no presente processo, pois a autora remeteu juros referentes a um contrato de financiamento para aquisição de helicópteros e acessórios, assim como peças de reserva, ferramentas e despesas diversas.

O direito pleiteado pela A. somente assiste aos juros enviados relativo ao financiamento de bens, o que não ocorre no presente caso, pois os juros remetidos não foram individualizados e sim englobados, conforme podemos inferir pela documentação apresentada». (Fls. 29/30).

A alegação revela-se incompreensível, ignorando-se onde a ré tenha buscado elementos para formulá-la, porquanto as remessas de juros de financiamento efetuadas, tendo como beneficiário o Morgan Guaranty Trust Co. of New York (cf. fls. 12, 14 e 16) processaram-se com fundamento no certificado de Autorização nº 111/0973 do Banco Central do Brasil (doc. de fls. 8/10), do mesmo constando o objetivo da operação autorizada (cf. fl. 8), ou seja,

«Aquisição de 4 helicópteros Bell Jet Ranger III, modelo 206B, novos e equipados para emprego nos serviços de manutenção preventiva e corretiva das linhas de transmissão e no auxílio no trabalho de montagem de torres».

Não nega a ré — ao contrário, reconhece expressamente — que o imposto de renda incidente na remessa de juros para o exterior, relativos a financiamento destinado a aquisição de bens, sujeita-se a alíquota mais benéfica quando houver convenção firmada com o Brasil destinada a evitar a dupla tributação, não cabendo o reajustamento da base de cálculo, ainda que o adquirente tenha assumido contratualmente o ônus do imposto» (cf. fl. 29), com base na Instrução Normativa nº 70 (fl. 5).

Os juros, na espécie que se examina, tiveram reajustada sua base de cálculo, como se vê dos documentos de fls. 11, 13 e 15, impondo-se, portanto, a devolução do que foi indevidamente recolhido.

Os cálculos constantes da inicial são acolhidos, por presumirem-se corretos ante a inexistência de qualquer impugnação por parte da ré».

No seu parecer, a douta Subprocuradoria-Geral da República nada diz sobre o mérito da controvérsia, mas insiste em que sejam acolhidas as preliminares, a fim de ser provida a remessa de ofício. Nesse sentido, aduz (fls. 65/66):

«Preliminarmente verifica-se que a autora — CESP — Companhia Energética de São Paulo — é uma sociedade de economia mista e constitucionalmente, está impedida de acionar a União em juízo, faltando-lhe legitimidade ativa nos termos do art. 205 da CF, cabendo a aplicação do disposto no art. 267, VI do CPC, como bem ressaltou a Fazenda Nacional às fls. 26/31 dos autos.

Outrossim, a jurisprudência tem se orientado no sentido de que a ação de repetição de indébito requer o exaurimento da via administrativa como se vê da decisão *verbis*:

«Tributário. Ação de repetição de indébito. Necessidade de exaurimento da via administrativa. Aplicação dos arts. 168 e 169 do CTN.

I — Sem o exaurimento da via administrativa, falta ao contribuinte interesse de agir em juízo no tocante a ação de repetição do indébito tributário. Com efeito, sem a negativa do fisco em devolver a quantia pleiteada pelo contribuinte, não é possível divisar a lide ensejadora da invocação da proteção jurisdicional do Estado.

II — Apelação provida». (AC 61.221, Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, in *DJU* de 16-13-82 — pág. 13090).

Assim, existe litígio já que não há pretensão resistida ou desatendida uma vez que não formulada perante a Administração Pública a pretensão.

Nos termos do Prof. José Frederico Marques in *Manual de D.P. Civil* — 1º Vol. ed. 74 — págs. 157/158, inexistente o interesse de agir:

«Mas se a pretensão *encontra resistência ou fica desatendida*, outro interesse aparece: é o de ser obtida a tutela jurisdicional, para que se resolva o conflito litigioso que com isto se provocou. É exclusivamente a esse interesse que se referem os arts. 3º e 4º do novo Código de Processo Civil. Existe, portanto, o *interesse de agir* quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide de modo que pedido apresentado ao Juiz traduza formulação adequada à satisfação do *interesse contrariado*, não atendido, ou tornado incerto».

Mais adiante, na mesma obra, expõe o citado Mestre:

«Finalidade do processo civil é a *composição de um litígio não penal* por órgão da jurisdição ordinária. Por isso mesmo, a existência de litígio constitui *conditio sine qua non* do processo: inexistindo litígio, não há sequer interesse em instaurar-se a relação processual... A lide resulta de uma pretensão insatisfeita. Pretensão é ato jurídico, isto é, declaração de vontade em que se formula, contra outro sujeito, determinada exigência. E a pretensão se torna insatisfeita quando, por qualquer motivo, a exigência fica sem atendimento» (fls. 31/32 do AC n.º 92.388).

Assim sendo, seja pela preliminar referida, seja pela jurisprudência desta Egrégia Corte, cabe a reforma da v. sentença a fim de aplicar-se o art. 267 dos itens IV e VI do CPC e/ou 168 e 169 do CTN».

No meu entender, improcedem as preliminares. A relativa à aplicação do art. 205 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional n.º 7, de 1977, foi objeto da Súmula n.º 102 desta Corte, segundo salientou a decisão monocrática.

Quanto à necessidade de exaurimento da via administrativa, como condição para a propositura da ação de repetição do indébito, cabe fazer algumas ponderações.

Na verdade, consta da ementa do acórdão proferido na AC 61.221 — SP, inclusive do voto que, na qualidade de Relator, prolatei, o argumento de que

«Sem o exaurimento da via administrativa, falta ao contribuinte *interesse de agir* em juízo no tocante à ação de repetição do indébito tributário. Com efeito, sem a negativa do Fisco em devolver a quantia pleiteada pelo contribuinte, não é possível divisar a lide ensejadora da invocação da proteção jurisdicional do Estado».

Confesso que não fui feliz ao assim me expressar no referido julgado. Na verdade, o meu entendimento é no sentido de que, para ingressar em juízo, com a ação de repetição do indébito, é indispensável que o contribuinte, primeiramente pleiteie, na via administrativa, a devolução da quantia que indevidamente pagou. Se assim não proceder, não há como identificar a lide justificadora da invocação da tutela jurisdicional do Estado. Não é, porém, necessário que seja exaurida a via administrativa, pois tal entendimento contraria o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (Constituição, art. 153, § 4º). Com efeito, no caso, ao contrário do que ocorre com as reparações relativas a acidente do trabalho, não há lei exigindo expressamente o exaurimento da instância administrativa. Na hipótese, o que é indispensável é que se faça pedido na esfera administrativa e que o mesmo seja indeferido expressamente ou por omissão da autoridade consistente em retardar o seu despacho.

De outra parte, não excluo a possibilidade de o contribuinte dirigir-se diretamente ao Judiciário. Nesse caso, se, na resposta, o Fisco contestar o mérito da repetição pleiteada, então se me afigura configurado o litígio; caso contrário, se, na contestação, se adstringe em alegar carência da ação, por falta de requerimento a propósito na órbita administrativa, então acolho a carência.

Com tais esclarecimentos, acrescento que, no invocado precedente, de infeliz ementa, segundo se vê no transcrito parecer, o Fisco limitara-se na resposta em alegar «a necessidade de se percorrer, previamente, a via administrativa, antes de vir a parte ao Judiciário». Dai que, no contexto daquele julgado, a decisão, quanto ao merecimento da causa, está correta. O erro se deu apenas na redação da ementa do acórdão e do voto.

Finalmente, no que se refere aos honorários, fixou-os o magistrado em percentual razoável.

Isto posto, em conclusão, confirmo a sentença; nego provimento ao recurso.

ANEXO

AC 112.722 — DF

VOTO

EMENTA: Tributário. Ação de repetição de indébito. Necessidade de prévio requerimento na via administrativa: exceções. CTN, arts. 168 e 169. Contribuição para o FINSOCIAL. Restituição das quantias recolhidas no exercício de 1982 — Cabimento.

I — Para ingressar em juízo, com ação de repetição do indébito, é indispensável que o contribuinte, primeiramente, pleiteie, na via administrativa, a devolução da quantia que indevidamente pagou. Se assim não proceder, não há identificar a lide justificadora da invocação da tutela jurisdicional do Estado. Não é, porém, necessário que seja exaurida a via administrativa, pois tal entendimento contraria o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (Constituição, art. 153, § 4º). O que é indispensável é que se faça o pedido na esfera administrativa e que o mesmo seja indeferido expressamente ou por omissão da autoridade consistente em retardar o seu despacho. Todavia essa regra admite exceções, como no caso em que o contribuinte dirige-se diretamente ao Judiciário e o Fisco, na resposta, não se limita a alegar a preliminar de carência da ação, contestando o mérito da repetição pleiteada, bem como na hipótese em que o fundamento da repetição é a inconstitucionalidade do tributo recolhido. Neste último caso, a razão está em que só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar texto legal sob fundamento de inconstitucionalidade e, por isso, não será de admitir-se que, a tal pretexto, a Administração acolha pedido de devolução de tributo.

II — Na consonância do decidido pelo Pleno do TFR, ao julgar o MS 97.775 — DF, é inconstitucional a exigência da contribuição para o FINSOCIAL no mesmo exercício em que foi editado o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, que a instituiu. Daí ser cabível a restituição das quantias indevidamente recolhidas no exercício de 1982.

III — Na hipótese, não se trata de tributo que comporte, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro. Por isso é desnecessário exigir-se das autoras a prova de que não transferiram o referido ônus a terceiro ou de que se achava por aquele autorizadas a receberem a restituição.

IV — Os juros moratórios, na restituição, são devidos, à taxa de 12% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença (CTN, arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único).

V — Apelação da União desprovida. Recurso da autora provido. Sentença parcialmente reformada.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Cingiu-se a União Federal, na sua contestação, a alegar, com apoio em precedentes desta Corte, a falta de interesse da autora para postular a presente ação, vez que, antes, não requereu a repetição pleiteada na via administrativa. Daí ter preconizado fosse o processo encerrado sem julgamento do mérito.

A sentença, sem qualquer fundamentação, repeliu a preliminar, insistindo a ré, no seu recurso, no sentido de que seja acolhida, razão por que passo a apreciá-la.

Acerca do assunto, fui Relator de um dos acórdãos trazidos à colação pela apelante, isto é, da AC 93.048, que reflete a orientação que venho seguindo a propósito. O referido aresto tem a seguinte ementa:

«Tributário. Ação de repetição de indébito. Necessidade de prévio requerimento na via administrativa, excepcionado apenas o caso de, na contestação, o Fisco negar o direito à restituição. CTN, arts. 168 e 169. Esclarecimento sobre o decidido na AC 61.221 — SP.

I — Para ingressar em juízo, com ação de repetição do indébito, é indispensável que o contribuinte, primeiramente, pleiteie, na via administrativa, a devolução da quantia que indevidamente pagou. Se assim não proceder, não há identificar a lide justificadora da invocação da tutela jurisdicional do Estado. Não é, porém, necessário que seja exaurida a via administrativa, pois tal entendimento contraria o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (Constituição, art. 153, § 4º). O que é indispensável é que se faça o pedido na esfera administrativa e que o mesmo seja indeferido expressamente ou por omissão da autoridade consistente em retardar o seu despacho. Todavia, a essa regra admite-se uma exceção: o caso em que o contribuinte dirigi-se diretamente ao Judiciário e o Fisco, na resposta, não se limita a alegar a preliminar de carência da ação, contestando o mérito da repetição pleiteada.

II — Apelação desprovida. Sentença confirmada».

Continuando a meditar sobre o tema, divisei outra exceção à regra do prévio requerimento na via administrativa: trata-se da hipótese, como a presente, em que a restituição é pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade da lei em que se fundamenta a exação questionada. Com efeito, só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar um texto legal sob tal fundamento. Por isso, não será de admitir-se que, a esse pretexto, a administração acolha pedido de devolução do tributo. Só assim não procederá em razão de orientação normativa superior, decorrente de parecer do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, com a finalidade de adequar a orientação da administração à jurisprudência pacificada dos Tribunais, especialmente da Suprema Corte. Não é, porém, o caso, em que, nos numerosos feitos, o Fisco tem, reiteradamente, sustentado, no mérito, não ser devida a repetição pleiteada.

A respeito da questão, penso aplicável, por analogia, julgado acerca da desnecessidade de, previamente, recorrer-se, na via administrativa, para fins de impetração de mandado de segurança, se o fundamento deste é a inconstitucionalidade de lei: sobre o tema, destaque o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido na AMS 91.827 — RJ, de que fui Relator:

«Não é preciso exaurir-se a via administrativa para ajuizar a segurança, se inútil a interposição do recurso, com efeito suspensivo, previsto no art. 5º, inciso I, da Lei nº 1.533, de 31-12-51. É o que se dá no caso, em que o fundamento da segurança é a inconstitucionalidade de lei, desde que só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar um texto legal sob tal fundamento.

No voto, que então proferi, disse:

«Por último, improcede a preliminar de descabimento da segurança, argüida sob a invocação de que, do ato impugnado, cabe recurso, na via administrativa, independentemente de caução.

Com efeito, não é preciso exaurir-se a via administrativa para ajuizar segurança, se inútil a interposição do recurso, com efeito suspensivo, previsto no art. 5º, inciso I, da Lei nº 1.533, de 31-12-51. É o que se dá no caso, em que o fundamento da ação mandamental é a inconstitucionalidade de lei, desde que só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar em texto legal sob esse fundamento.

Nesse sentido, argumenta Celso Agrícola Barbi, com apoio em Seabra Fagundes, referindo-se às exceções pertinentes ao invocado preceito (art. 5º, I) Lei do Mandado de Segurança (Do Mandado de Segurança, 2ª edição, Forense, 1966, págs. 66/67):

«Outra hipótese em que surge exceção à regra em exame é aquela em que o recurso administrativo é incapaz de obter resultado, como no exemplo lembrado por Seabra Fagundes, em que o fundamento da reclamação é a inconstitucionalidade de lei, pois só o Poder Judiciário pode deixar de aplicar o texto legal sob esse fundamento. Como bem nota esse ilustre jurista e acentua o acórdão citado na nota 136, o recurso administrativo é inútil, não poderia alcançar o resultado pretendido pelo impetrante. Daí justificar o imediato ingresso em juízo, sem dependência da exaustão da instância administrativa e mesmo que o recurso perante esta tivesse efeito suspensivo».

II

No mérito, ao julgar o MS 97.775 — DF, o Pleno desta Corte concluiu pela inconstitucionalidade da cobrança da contribuição para o FINSOCIAL, criada pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, no mesmo exercício em que foi instituída. A referida decisão foi endossada pela Suprema Corte em reiterados julgamentos, segundo reconhece o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Na espécie, não se trata de tributo que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro. Daí ser desnecessário exigir-se das autoras a prova de que não transferiram o referido ônus a terceiro ou de que se achava por aquele autorizadas a receberem a restituição (CTN, art. 166).

Finalmente, cabe assinalar que não foram impugnados os documentos comprobatórios do recolhimento das questionadas contribuições no exercício de 1982, apresentados pelas autoras (fls. 12/13):

Quanto aos juros, são devidos à taxa de 12% ao ano (CTN, art. 161, § 1º).

Todavia, impõe-se a reforma da sentença em dois pontos: os juros moratórios são devidos apenas a partir do seu trânsito em julgado (CTN, art. 167, parágrafo único); quanto aos honorários advocatícios, atento às circunstâncias da causa e à vista do art. 20, § 4º, do CPC, reduzo o seu percentual para 5% sobre o valor da restituição, na consonância dos precedentes da Turma. Assinalo que o aludido percentual deverá ser calculado sobre o montante a ser restituído. No ponto, acolho, pois, o recurso da autora.

III

Em conclusão: nego provimento à apelação da União, dou provimento ao recurso da autora, em atenção ao duplo grau obrigatório, reformo parcialmente a sentença, nos termos assinalados.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 120.186 — DF — (Reg. nº 7.993.145) — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelantes: União Federal e ABC — Comercial de Papéis Ltda. e outros. Apelados: Os mesmos e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento ao recurso das autoras, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 17-12-86 — 4ª Turma).

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



APELAÇÃO CÍVEL Nº 120.322 — BA
(Registro nº 3.119.033)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis
Apelante: Jotamachado Engenharia S/A
Apelada: PETROBRÁS
Agravo Retido: PETROBRÁS (fl. 459)
Recurso Adesivo: PETROBRÁS (fl. 512)
Advogados: Drs. Gilberto Gordilho Pereira e Francisco Peçanha Martins

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Desapropriação. Liquidação. Índice de correção. Recurso adesivo intempestivo. Agravo retido prejudicado.

Embora seja certo, de um lado, que, a contar do terceiro trimestre de 1966, tenha cessado a aplicação do índice inespecífico de 5.71 do antigo CNE, substituído pelos índices oficiais específicos às desapropriações, não menos certo é que a base de cálculo, num e noutro período, é sempre o valor simples.

No caso concreto, o valor da indenização corrigida é a soma de duas parcelas, a primeira calculada sobre índice inespecífico, e a segunda sobre índice específico, tendo como referência o valor singelo.

Precedente desta Corte.

Provimento parcial da apelação da expropriada.

Intempestividade do recurso adesivo da expropriante, prejudicado, em consequência, o agravo retido correlato.

O agravo retido não vale *per se*, mas só enquanto incorporado ao recurso principal, sendo insuficiente para sua subsistência a simples referência nas contra-razões.

Deu-se provimento parcial ao recurso voluntário da expropriada e não se conheceu do recurso adesivo da expropriante, prejudicado o agravo retido respectivo.

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, em parte, à apelação da expropriada, não conhecer do recurso adesivo e

dar como prejudicado o agravo retido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de março de 1987.

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente. MINISTRO SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Nos presentes autos de ação expropriatória movida por Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, na fase de conhecimento, foi o pedido julgado procedente pela r. sentença de fls. 170/2, fixada a indenização referente à área e benfeitoria, mais preço de ocupação por ano, juros compensatórios, honorários de advogado de 20% sobre a diferença entre a oferta e a condenação, rejeitado o requerimento de correção monetária, decisão contra a qual se levantou a expropriada Jotamachado Engenharia S/A, havendo a antiga Primeira Turma deste Tribunal (fl. 234) dado provimento, em parte, à apelação para conceder correção monetária, a partir da vigência da lei instituidora, seguindo-se recurso extraordinário interposto pela demandada, pleiteando a atualização desde a data do laudo adotado, súplica deferida pelo venerando aresto de fl. 282 do Alto Pretório.

Na etapa da liquidação, requereu-a complementarmente a expropriada, já que antes ocorrer a execução parcial provisória, com trânsito em julgado, conforme apensos; após impugnações repetidas, o MM. Juiz a quo, Dr. José de Castro Meira, por decisão de fl. 374, homologou os cálculos de fl. 361, o que provocou apelação de ambas as partes, a expropriada, pedindo a retificação dos índices de correção (fls. 385/7), e a expropriante, pretendendo a exclusão dos juros de mora, havendo esta egrégia Turma, mediante acórdão de fl. 421, mantido o índice adotado no cálculo atacado, por inexistir o específico, no período discutido, e afastada a inclusão na conta de parcela a título de juros de mora.

Baixados os autos novamente ao Juízo de origem, após pronunciamento das partes (fls. 425, 429, 431, 433), elaborou-se o cálculo de fls. 436/8, seguido de oposição das partes, acompanhado do despacho de fls. 440/1, proferido pelo então Juiz Federal, hoje eminente Ministro desta Casa, Dias Trindade, no qual se determinou a exclusão dos juros moratórios e fixou-se a incidência de juros compensatórios, à taxa de 12%; processados novos cálculos (fls. 445/6), impugnados por ambas as partes foram as restrições objeto do despacho de fl. 453, complementado pelo de fl. 457, onde se consignou que o «o cálculo deve abranger o valor da indenização, com correção monetária à base dos coeficientes do antigo CNE, até quando substituídos pelos novos índices, juros compensatórios de 12% ao ano e honorários advocatícios de 20% sobre a diferença entre a oferta e a condenação, devendo «as quantias levantadas ser abatidas dos respectivos valores de indenização, antes da correção monetária» acolhida integralmente a impugnação da exequente-expropriada (fl. 457).

Dessa decisão e seu aditamento recorre a PETROBRÁS mediante agravo retido (fls. 459/60), arguindo nela ocorrer correção sobre correção e ser 6% ao ano a taxa de juros de mora, conforme fixado na decisão anterior de fl. 368v. irrecorrida.

Em seguimento, na linha da decisão agravada, verificaram-se cálculos e atualizações, com impugnações sucessivas das partes (fls. 465, 468, 470 e segs. e 482, 484), e homologação dos últimos cálculos (fls. 481/2 e 494), sentença contra a qual, por fim, se insurgiram as partes, em recursos ora objeto de apreciação.

A expropriante, em sua apelação, volta-se contra o critério de correção monetária adotado nos cálculos homologados, sustentando, em resumo, que, no período para o qual não existia índice específico para desapropriação, é de prevalecer o de 5.71 do an-

tigo CNE, e no posterior, sobre o quantum encontrado, a partir do 3º semestre de 1966, o índice ulterior, próprio à desapropriação, reportando-se, no particular, ao acórdão do Pretório Excelso, ao desta Turma, ao despacho de fls. 453 e 457 e à coisa julgada daí decorrente; a expropriante, em seu recurso adesivo, faz remissão ao agravo retido e às questões ali postas, no tocante à vedação de correção sobre correção e prevalência da taxa de 6% para juros compensatórios.

Instruído os recursos, neste Tribunal, dispensei parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): No referente à apelação da expropriada, como já antecipado no relatório, insurge-se a apelante contra o critério de cálculo da correção monetária aceito na decisão homologatória atacada, sustentando, em síntese, que, no período a ser considerado, para o qual não havia índices oficiais específicos à desapropriação, é de prevalecer o de 5.71 do antigo Conselho Nacional de Economia, e, na fase posterior, a partir do 3º semestre de 1966 é de aplicar o índice oficial existente, próprio à desapropriação, calculado sobre o quantum anteriormente corrigido, sob pena de esvaziar-se o venerando aresto do Alto Pretório proferido na etapa de cognição.

Nesse particular, entendo que assiste razão, apenas, em parte à expropriada, pois, embora, seja certo, de um lado, que, a contar do terceiro trimestre de 1966, tenha cessado a aplicação do índice inespecífico de 5.71 do antigo CNE, substituído pelos índices oficiais específicos às desapropriações, não menos certo é que a base de cálculo, num e noutro período, é sempre o valor simples e não, na forma preconizada pela apelante, tendente a aplicar-se, na segunda etapa, o índice oficial específico sobre o valor anteriormente atualizado da primeira etapa, porquanto aqui realmente ocorreria correção sobre correção, consoante replica a expropriante.

Em outras palavras, no caso concreto, o valor da indenização corrigida é a soma de duas parcelas, a primeira calculada sobre o índice inespecífico, e a segunda sobre índice específico, tendo como referência o valor singelo.

Essa conclusão se afina com o venerando acórdão do STF exarado na fase de conhecimento, e com os termos das decisões de fls. 368, 455 e 457 do Juízo a quo.

Aliás, as variadas decisões homologatórias e interlocutórias proferidas chegam até a se conflitar, em alguns aspectos, mas em nenhum deles vi deferimento definitivo da questão específica ora enfocada, nem vislumbro nos acórdãos aqui referidos acolhimento explícito a esse respeito.

Assinalo que a antiga Segunda Turma deste Tribunal, no AI nº 37.508, teve oportunidade de examinar espécie semelhante, havendo, à unanimidade, provido parcialmente recurso da União, em acórdão relatado pelo eminente Ministro Paulo Távora, assim ementado:

«Correção Monetária. Precatório Suplementar — Inadmissível a incidência cumulativa da correção, resultante de aplicação singela do índice do período suplementar sobre o valor corrigido pelo índice do período principal (Sessão de 16-8-74, *DJ* 19-9-74)».

Nesses termos, provejo parcialmente a apelação da expropriada, considerado no cálculo o levantamento anterior processado.

No relativo ao recurso adesivo da PETROBRÁS, a expropriada, em sua resposta, opôs, preliminarmente, a intempestividade do recurso adesivo, e, em consequência, estar prejudicado o agravo a que se reporta a recorrente, base do recurso formulado.

Sob esse aspecto, vê-se que o despacho que recebeu a apelação da expropriada (fl. 496), com abertura de vista, foi publicado no órgão oficial de 29-8-86 (fl. 508), numa

sexta-feira, conforme verifiquei no calendário próprio, passando o termo inicial do recurso adesivo a fluir a partir da segunda-feira seguinte, 1-9-86, inclusive, para terminar em 10 de setembro, numa quarta-feira, e, de outro lado, a petição de recurso recebeu protocolo em 12 de setembro, segundo se apura de fl. 512.

Nesse contexto temporal, o recurso adesivo foi manifestado a destempo, descabendo invocar-se o art. 188 do CPC, por ser a recorrente sociedade de economia mista (STF — Pleno — RTJ 54/557) bem como o art. 191 do mesmo estatuto processual, porque, em nenhum momento, nos autos, assumiu a União posição processual de litisconsorte, apresentando-se, ao revés, como simples assistente da autora.

Assim, não é de se conhecer do recurso adesivo, por extemporâneo.

Não se conhecendo do recurso, resta prejudicado o exame do agravo retido, expediente processual que não vale per se, mas só enquanto incorporado ao recurso principal, sendo insuficiente para sua subsistência a simples referência nas contra-razões.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, à apelação da expropriada, nos termos enunciados, e não conheço do recurso adesivo da expropriante, prejudicado o agravo retido respectivo.

EXTRATO DA MINUTA

AC 120.322 — BA — (Reg. 3.119.033) — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Reis. Apte.: Jotamachado Engenharia S/A. Apda.: PETROBRÁS. Ag. Retido: PETROBRÁS (fl. 459). Rec. Adesivo: PETROBRÁS (fl. 512). Advs.: Drs. Gilberto Gordilho Pereira e Francisco Peçanha Martins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento, em parte, à apelação da expropriada, não conheceu do recurso adesivo e deu como prejudicado o agravo retido. (Em 25-3-87 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 120.408 — DF
(Registro nº 7.996.373)

Relator: Exmo. Senhor Ministro Sebastião Reis

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — DF

Apelante: IAPAS

Apelado: Alcino Savio da Silva Guimarães

Advogados: Drs. William Borges e outros e Emerson Pontes e outro

EMENTA: Previdenciário. Contribuições. Anistia. Decreto-Lei nº 1.699/79.

Não obstante à insignificância do valor devido, não há falar, no caso, em anistia com base no Decreto-Lei nº 1.699/79.

Provimento dos recursos de ofício e voluntário.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento 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, 27 de abril de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente. MINISTRO SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Apela o IAPAS, inconformado com a r. sentença de fl. 83, que julgou extinta execução fiscal, por se tratar de dívida inferior a Cr\$ 3.000,00 (três mil cruzeiros).

Diz o recorrente que na verdade o débito é superior àquela quantia, importando em Cr\$ 3.589,99 o principal, além do valor correspondente ao Seguro Acidentes do Trabalho, que é igual a Cr\$ 648,37.

O recurso teve seguimento por se tratar de causa de valor superior a 50 ORTNs, considerada a data do ajuizamento da ação.

Não houve contra-razões.

Nesta instância, dispensei a revisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): O débito originário correspondia a 173,03 ORTNs, daí o cabimento do recurso.

No entanto, aquele valor veio a ser modificado via de parcelamento concedido no curso da execução, remanescendo, em janeiro de 1986, o equivalente a Cr\$ 624.846.

Embora não explicitado pela decisão recorrida, deve o MM. Juiz a quo ter transformado essa quantia para cruzados, ou seja, CZ\$ 624,84, para daí concluir estar o débito anistiado, sem, contudo, fazer a mesma operação para o valor teto da anistia concedida pelo Decreto-Lei n.º 1.699/79, ou seja, Cr\$ 3.000,00, hoje CZ\$ 3,00 (três cruzados).

Destarte, não obstante a insignificância do valor devido, forçoso é reconhecer que não se trata de débito anistiado.

Isto posto, dou provimento aos recursos, de ofício e voluntário.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 120.408 — DF — (Reg. n.º 7.996.373) — Relator: Ministro Sebastião Reis. Remete.: Juízo Federal da 2.ª Vara — DF. Apte.: IAPAS. Apdo.: Alcino Savio da Silva Guimarães. Advs.: Drs. William Borges e outros e Emerson Pontes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial. (Quinta Turma — Em 27-4-87).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral, votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 121.454 — PR
(Registro nº 9.512.101)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: IAPAS

Apelado: Cláudio Polzin

Advogados: Drs. Maria Cecília Sans, outro e Cláudio Polzin

EMENTA: «Processo Civil — Execução fiscal promovida para cobrar débito objeto de ação de consignação em pagamento anteriormente ajuizada.

Embora ainda não haja sido apreciada apelação interposta da sentença proferida na ação de consignação em pagamento, não há como se admitir a cobrança executiva de débito por ela julgado extinto. Apelação desprovida».

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 25 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: À execução fiscal ajuizada pelo IAPAS para cobrar-lhe débito relativo a contribuições previdenciárias, o executado opôs embargos sustentando o descabimento do procedimento, no caso, por ter antes proposto ação de consignação em pagamento do débito, julgada procedente por sentença que declarara extinta a obrigação.

Impugnados, os embargos foram acolhidos e o IAPAS apelou sustentando a não existência de coisa julgada, pois da sentença proferida na ação de consignação em pagamento fora interposto recurso ainda não decidido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A execução fiscal à qual foram opostos os embargos foi ajuizada em março de 1985, para cobrar débito em

relação ao qual fora proposta, pelo executado, ação de consignação em pagamento, decidida por sentença datada de 3 de junho de 1980, que assim concluiu:

«Pelo exposto, julgo procedente o pedido consubstanciado na inicial e, em consequência, declaro efetivado o pagamento e extinta a obrigação, condenando o réu ao pagamento de honorários de advogado do autor, que arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa, e à devolução das custas adiantadas (fl. 23).

Tratando-se de autarquia, não está a decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição (Súmula n.º 34 — TFR).

Custas, *ex lege*.

De tal julgado foi interposta apelação ainda não apreciada, mas, sem dúvida, não há como admitir-se a cobrança executiva do débito por ela julgado extinto.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 121.454 — PR — (Registro n.º 9.512.101) — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: IAPAS. Apdo.: Cláudio Polzin. Advs.: Drs. Maria Cecília Sans, outro e Cláudio Polzin.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 25-2-87 — Quarta Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.837 — RJ
(Registro nº 3.230.112)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Revisor: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelante: Carlos Augusto Ferreira e outro, Kleber Antônio Fernandes Pereira e
Justiça Pública

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Américo Teixeira e outro e Marino Martins Jorge

EMENTA: Crime de concussão — Art. 316 do Código Penal.

Comprovada a prática da violência, por parte do funcionário, para extorquir vantagem indevida, tal como deixa expressa a prova dos autos, tem-se o delito como o definido no art. 316 do Código Penal. É a lição de Maggiore: «Una extorsión auténtica es la concusión, que solo se distingue de aquella en vista de la calidad de funcionario público que se requiere en el agente (delito próprio)» — (Ed. Temis — Bogotá — Derecho Penal).

É pacífico o entendimento da doutrina brasileira.

Precedentes do TFR.

Provido o recurso do MPF, para se reformar a sentença e condenar os acusados pelo crime do art. 316 do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e multa de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), para cada um, com o favor do sursis, pelo prazo de 3 (três) anos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso da Justiça Pública, para, reformando a sentença, condenar os acusados pelo crime previsto no art. 316 do Código Penal, nas penas de 2 (dois) anos de reclusão e Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) de multa, para cada um, concedendo-lhes o sursis, pelo prazo de 3 (três) anos, 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 1983 (data do julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Kleber Antônio Fernandes Pereira e Carlos Augusto Ferreira, qualificados às fls. 130 e 132, respectivamente, como incurso nas sanções dos artigos 158 c/c 25 do Código Penal, pelos seguintes fatos delituosos:

«No dia 25 de outubro de 1978, os denunciados, que são Agentes de Polícia Federal, por volta das 19:40, na rua Teófilo Otoni, próximo a um bar ali existente, abordaram o cidadão Edson Schettino, quando este se dirigia ao seu automóvel, e se identificaram como Policiais, ato contínuo, ambos os denunciados colocaram Edson Schettino e um seu amigo, de nome Paulo Luiz de Lima Dantas, que ao primeiro fazia companhia, e se dirigiram às proximidades do Aeroporto Santos Dumont. Neste local, os denunciados procederam a uma busca no interior do veículo de propriedade de Edson Schettino onde encontraram dois relógios da marca Cartier e Peaget, ocasião que se apoderaram de ambos os relógios e de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros); em seguida exigiram de Edson Schettino um cheque no valor de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) (fl. 7), o qual tentaram descontar no dia imediato na Agência Candelária do Banco Bradesco quando foram detidos por Policiais Militares, após serem reconhecidos pela vítima.

Para desconto do referido cheque, os denunciados se dirigiram a uma oficina na Rua Pedro Américo nº 76, onde solicitaram a presença de um mecânico para desenguiçar um automóvel, sendo cedido para esse fim o Sr. Rizolano Marinha de Lima. Este, no interior do automóvel dos denunciados, foi coagido pelos mesmos a descontar o referido cheque de Cr\$ 10.000,00 no Banco. O cheque não foi descontado em virtude de Rizolano não possuir qualquer identificação. Detido pelos Policiais Militares, indicou os denunciados que o aguardavam na saída do Banco».

Os denunciados foram interrogados às fls. 130/132 e apresentaram as defesas prévias às fls. 134/145.

Após a realização do Sumário, consoante se vê de fls. 150/158, em prova defensiva foram inquiridas as testemunhas de fls. 183/187.

Superada a fase das diligências sem qualquer requerimento, manifestaram-se as partes em alegações finais às fls. 208vº, 214 e 221.

A MM. Juíza Federal da 4ª Vara, Dra. Julieta Lúcia M. Cunha Lunz, sentenciando às fls. 311/318, condenou os réus, por infração do art. 317 do Código Penal, à pena de um ano de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), concedendo o benefício da suspensão condicional da pena, fixando o período de provação em quatro anos.

Inconformados, apelaram os acusados, com as razões de fls. 328/333, sustentando a não participação no ilícito e pedindo a absolvição.

Apelou, também, o Ministério Público Federal, com as razões de fls. 335/337, alegando a classificação do delito no art. 316 do CP e não no 317 do mesmo diploma punitivo.

Contra-razões às fls. 339/340 e 343/350.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 354/358, opinou pelo provimento do apelo do Ministério Público Federal para efeito de ser julgada procedente a ação penal e condenados os acusados nas penas do art. 316 do CP, negando-se provimento aos demais recursos, pela insuficiência de fundamentação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A denúncia classificou o delito nas penas do art. 158 do Código Penal, em face do constrangimento a que foi submetido o cidadão Edson Schettino, por parte dos réus.

O MPF, à fl. 301vº, pediu a retificação da inicial para o art. 316, por considerar que os autos do inquérito retratavam, tipicamente, a hipótese da concussão. A MM. Juíza não considerou o pedido, na sua oportunidade, reservando para fazê-lo no corpo da sentença.

Não há como indeferir a pretensão do MPF, agora reafirmada nas suas razões de apelação. Se o inquérito policial concluiu pela responsabilidade criminal dos acusados, como autores da «extorsão» (fl. 113), lógico é que a classificação se faça com base no art. 316, por causa da sua condição de funcionários públicos.

Não há mais discussão doutrinária sobre essa qualificação. O que importa é que os réus tenham agido de acordo com o descrito na denúncia. O fato não obriga sequer a devolução dos autos à primeira instância, na forma da lei processual, porque envolve matéria que escapa a qualquer tipo de prova.

O inquérito policial foi claro, ao concluir, **verbis**:

«Ante o exposto e de tudo o que consta dos presentes autos e das declarações do Sr. Edson Schettino, em que ele aponta e reconhece como os autores da «Extorsão» os Agentes de Polícia Federal Carlos Augusto Ferreira e Kleber Antonio Fernandes Pereira, e do reconhecimento feito pelo Sr. Rizolano Marinho de Lima, mecânico, que encarregado pelos referidos Agentes de Polícia Federal, para o recebimento do Cheque de nº 493.230 do Banco Bradesco no valor de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros). Indicie os Agentes citados na forma do artigo 158 do Código Penal Brasileiro, deixando de indiciar igualmente o Escrivão Waldir Soares Rosadas e os Agentes Josenilson Cruz da Silva e Selma Maria Martins Barreto que compunham a equipe em virtude de não ter ficado caracterizado as suas participações na prática dos delitos atribuídos aos indiciados». (Fls. 113/114).

Extorsão produzida por funcionário público é concussão. Há pouco tempo, ao julgar o HC nº 5.394 — SP, tive o ensejo de afirmar, **verbis**:

«Quanto a ser crime de concussão a exigência de vantagem indevida, com prática de violência, por parte do servidor público, não há nisso qualquer novidade. Maggiore, eminente professor da Universidade de Palermo, em seu «Diritto Penale», deixava isso evidenciado. É a edição em espanhol, da Ed. Temis, Bogotá, vol. V, pág. essa passagem: «Una extorsión auténtica es la concusión (art. 317), que solo se distingue de aquella en vista de la calidad de funcionario público que se requiere en el agente (delito próprio)».

Em face dessas considerações, tenho o crime atribuído aos réus como de concussão. No particular, acolho inteiramente o parecer do ilustrado órgão do Ministério Público Federal.

De outra parte, não há qualquer dúvida quanto à materialidade do delito e a sua autoria. São os acusados responsáveis pelo crime do art. 316 do Código Penal, como deixa esclarecido o MPF, em suas razões de apelação, **verbis**:

«No caso em exame, além da denúncia descrever a figura jurídica da concussão, a prova dos autos é toda nesse sentido, ao contrário do que afirma a ilustrada Juíza a quo.

Com efeito, pelo depoimento de fl. 151, vítima afirma, **verbis**:

... foram abordados pelos dois acusados que portando arma fizeram com que ingressasse no carro e rumaram para o Aeroporto Santos Du-

mont, onde exigiram do depoente um cheque de dez mil cruzeiros em razão de portar o depoente os seis relógios de procedência estrangeira como referido em suas iniciais respostas e mais dois mil cruzeiros em dinheiro».

mais adiante, afirma a mesma testemunha.

... ele somente disse que eu não aparecesse no Banco antes do cheque ser sacado porque senão ele ia fazer minha cabeça.

Paulo Luiz de Lima Duarte, que estava com a vítima quando de sua «prisão», afirma na folha 154:

«Que no trajeto o depoente ainda que não *percebendo coação* por parte dos dois acusados verificou que a *conversa não era amistosa*.

A testemunha José Martins Reis afirma que encontrou o cidadão Edson (a vítima) que se dizia lesado e explicava mais ao gerente do que mesmo ao depoente *que fora obrigado a assinar o cheque*... (sic fl. 156).

Assim, data venia, está mais do que caracterizada a concussão, pela exigência e conseqüente constrangimento da vítima». (Fls. 336/7).

Li, com todo apreço, as razões do apelante. Elas não se prestam, em face da prova dos autos, para reformar a sentença na parte relativa à responsabilidade criminal que lhes foi reconhecida.

Isto posto, dou provimento à apelação do MPF, para reformar a sentença e condenar os réus pela prática do crime do art. 316 do Código Penal. Atendendo às circunstâncias judiciais do art. 42 do Código Penal, aplico-lhes uma pena de reclusão de 2 (dois) anos, que se torna definitiva à falta de circunstâncias legais e causas de aumento ou diminuição, e multa, para cada, de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros).

Custas em proporção.

Concedo-lhes o benefício do *sursis* por 3 (três) anos, mediante as condições impostas pela MM. Juíza Federal da 4ª Vara — RJ, a quem delego poder para tanto.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Revisor): A inicial assim descreve o fato: (Fl. 2)

«No dia 25 de outubro de 1978, os denunciados, que são Agentes de Polícia Federal, por volta das 19:40, na rua Teófilo Otoni, próximo a um bar ali existente, abordaram o cidadão Edson Schettino, quando este se dirigia ao seu automóvel, e se identificaram como Policiais, ato contínuo, ambos os denunciados colocaram Edson Schettino e um seu amigo, de nome Paulo Luiz de Lima Dantas, que ao primeiro fazia companhia, e se dirigiram às proximidades do Aeroporto Santos Sumont. Neste local, os denunciados procederam a uma busca no interior do veículo de propriedade de Edson Schettino onde encontraram dois relógios de marca Cartier e Piaget, ocasião que se apoderaram de ambos os relógios e de Cr\$ 2.000.00 (dois mil cruzeiros); em seguida exigiram de Edson Schettino um cheque no valor de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) (fl. 7), o qual tentaram descontar no dia imediato na Agência Candelária do Banco Bradesco, quando foram detidos por Policiais Militares, após serem reconhecidos pela vítima».

A prova se desenvolveu tendo por suporte essa narrativa.

A vítima, na Polícia, declarou: (FL. 13v.).

«Que, os referidos elementos apoderaram-se de dois relógios dos cinco ali existentes, bem como lhe exigiram, a quantia de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) bem como um cheque de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros); que, o declarante assinou o referido cheque no local e para ser mais preciso, em cima do teto do veículo»; (fls. 13vº. — 1º vol.).

Idêntica afirmativa ele fez em Juízo — fls. 151/2.

As testemunhas alegam ter permanecido a uma regular distância dos réus e da vítima, percebendo que a conversa não era amistosa. Logo, não houve pedido ou oferta, mas imposição, exigência.

Os réus, sem dúvida, encontrando a vítima na posse dos relógios estrangeiros, coagiram-na exigindo a quantia mencionada nos autos, sob pena de daram curso à diligência.

A tese sustentada pelo Ministério Público (fls. 336/7) merece plena acolhida, motivo por que atento aos antecedentes, às circunstâncias e conseqüências, do crime, além da intensidade do dolo, fixo a pena em 2 (dois) anos de reclusão por infringência do art. 316 do Código Penal, que torno definitiva à mingua de causas de aumento ou de diminuição, além da multa de Cr\$ 5.000,00 para cada um dos réus. Paguem as custas proporcionalmente. Concedo-lhes a suspensão condicional da pena por 3 (três) anos, mediante apresentação bimensal em Juízo e outras condições que a douta Juíza houver por bem de aplicar.

EXTRATO DA MINUTA

ACR 4.837 — RJ — (Reg. 3.230.112) — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Rev.: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Aptes.: Carlos Augusto Ferreira e outro, Kleber Antônio Fernandes Pereira e Justiça Pública. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Américo Augusto Teixeira e outro e Marino Martins Jorge.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso da Justiça Pública, para, reformando a sentença, condenar os acusados pelo crime previsto no art. 316 do Código Penal, nas penas de 2 (dois) anos de reclusão e Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) de multa, para cada um, concedendo-lhes o sursis pelo prazo de 3 (três) anos. (Em 27-5-83 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EVANDRO GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.994 —PE
(Registro nº 3.269.558)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Revisor: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Apelante: Justiça Pública

Apelados: José Alves Cabral e Luiz Carlos Ferreira de Albuquerque

Advogados: Drs. Tânia Roberta de Sampaio Ribeiro e Luiz Valois Correia

EMENTA: Crimes de dano e atentado contra a segurança de outro meio de transporte (artigos 163, III, e 262, ambos do Código Penal).

Impossibilidade jurídica da majoração da pena privativa de liberdade. Hipótese de concurso formal de crimes. Recurso provido, em parte, para a imposição da pena de multa pelo crime do art. 163, III, do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da Justiça Pública, tão-somente para incluir na condenação a multa pecuniária no valor de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), para cada um dos acusados, 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 outubro de 1982 (data do julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: A Justiça Pública, com base no inquérito policial nº 10/73 do DPF-DR-PE, apresentou denúncia contra José Alves Cabral e Luiz Carlos Ferreira de Albuquerque, como incurso nas penas dos arts. 163, inc. III, e 262, ambos do Código Penal, pelas razões seguintes:

«Na noite do dia treze do mês de março do corrente ano, quando regres-savam da localidade denominada «Charneca», para a cidade do Cabo, em companhia das mulheres Adenilza Severina Barbosa e Luiza Leandro da Silva, os denunciados ao passar entre os quilômetros 33 e 40 da BR-101-Sul, começaram a arrancar os balizadores e placas laterais de sinalização daquela BR e a

destruí-los arremessando-os de encontro ao asfalto, causnado assim prejuízo a União e pondo em perigo o tráfego de veículos naquela Estrada.

Ao tomar conhecimento do ocorrido, as autoridades policiais passaram a diligenciar em torno do caso, até que, com o auxílio das mulheres já mencionadas, conseguiram identificar os responsáveis e indiciá-los em inquérito.

O fato em sua materialidade encontra-se provado, pelo auto de apresentação e apreensão de fl. 5 e laudo pericial de fls. 38 «usque» 47 dos autos.» (Fls. 2/3).

Os acusados foram interrogados. As testemunhas de acusação prestaram depoimentos às fls. 170, 173 e v. Não houve diligência complementar.

As partes ofereceram suas alegações finais.

Sentenciando, o Dr. Juiz condenou os réus, considerando que embora «tenham negado a prática dos crimes que lhes são imputados, contudo todas as testemunhas ouvidas os apontam como autores dos fatos narrados na denúncia.» (Fl. 246). Ao acusado José Alves Cabral foi imposta uma pena de 1 (um) ano e três meses de detenção, ex vi dos arts. 163, inc. III, e 262, ambos do Código Penal. Ao co-réu, Luiz Carlos Ferreira de Albuquerque, foi atribuída uma pena, pelos mesmos delitos de 12 meses de detenção.

Inconformado, apelou o Ministério Público Federal pugnando pela majoração das penas privativas de liberdade e pela aplicação da pena de multa, em razão do crime do art. 163, inciso III, do Código Penal.

O réu Luiz Carlos Ferreira de Albuquerque não apelou. O recurso de José Alves Cabral não foi acolhido, pelo MM. julgador a quo, em razão do art. 595, do CPP (fl. 308).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 313/15 opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Crimes de dano e atentado contra a segurança de outro meio de transporte (artigos 163, III, e 262, ambos do Código Penal).

Impossibilidade jurídica da majoração da pena privativa de liberdade.

Hipótese de concurso formal de crimes.

Recurso provido, em parte, para a imposição da pena de multa, pelo crime do art. 163, III, do Código Penal.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O Ministério Público Federal está de acordo com os fundamentos da sentença condenatória. Dela recorre apenas quanto à majoração das penas privativas de liberdade atribuídas aos réus e à aplicação da pena de multa.

Procurando justificar a sua pretensão, diz o apelante, *in verbis*:

«No presente caso, o crime de dano tem uma previsão de seis meses a três anos, e o de atentado contra a segurança de outro meio de transporte tem previsão de um a dois anos.

Logo os réus tiveram penas abaixo do mínimo, que é de 16 meses somadas às dos dois crimes, nos quais estiveram incurso.

Além disso, os crimes foram praticados de forma continuada, conforme esclareceram as testemunhas, e foi ressaltado nas Alegações Finais, item 3 de fl. 233, com remissão aos depoimentos de fls. 170, 203 e 173, pois, os agentes da lei informaram que os acusados já vinham notando a ação dos predadores no trecho danificado da BR-101, e ficaram aguardando a flagrância, que ocorreu em 13 de março de 1973.

Faltou, pois, a majoração da pena na forma do art. 51, § 2º do Código Penal.

Quanto à idade do réu Luiz Carlos, menor de 21 anos, só depois da fixação certa e individuada da pena-base é que poderia S. Exa. reduzi-la.

Faltou ainda a aplicação da pena de multa prevista no art. 163, em cumulação com a de detenção, com o valor atualizado na forma da Lei nº 6.416 de 24-5-77, art. 4º.

Pede-se, pois, o provimento da presente Apelação para que seja reformada a sentença recorrida, com a fixação das penas aplicadas aos réus, de forma separada para cada delito, com as majorações indicadas e mais a pena de multa». (Fls. 251/2).

O Ministério Público Federal tem razão somente quando reclama a aplicação da pena de multa, pelo art. 163, inc. III, do Código Penal, porque, na verdade, foi ela omitida pelo MM. julgador a quo.

Quanto à majoração, a esta altura não pode ser acolhida. Não há qualquer fundamento jurídico capaz de justificar a pretensão do Ministério Público. A sentença, embora tenha-se omitido das regras peculiares à aplicação das penas, à conclusão mais grave não se poderia chegar. Na verdade, o réu José Alves Cabral, pela sua condição de primário, de bons antecedentes, deveria ter uma pena-base fixada em 6 meses (pelo crime do art. 163, inc. III do Código Penal). Não há circunstância agravante (art. 44), que lhe deva ser atribuída, nem pelo concurso de agentes (art. 45), porque não ficou esclarecida nos autos a sua posição frente ao co-réu. Ora, pelo art. 51, § 1º do Código Penal, aplicável em razão do concurso formal de crimes, mesmo que se viesse aumentar a pena no máximo permitido, ela só chegaria a uma detenção, definitiva, de 9 meses. Esse cálculo seria o mesmo a ser adotado para o co-autor, Luiz Carlos Ferreira de Albuquerque.

Também não tem aplicação, ao caso *sub judice*, o crime continuado. Dele não tratou a denúncia. Além disso, somente uma testemunha aludiu ao fato de que os réus já vinham praticando os crimes descritos na peça inicial. (Fls. 170/203).

Em face dessas explicações, a única correção a ser feita à sentença é a da diminuição das penas aplicadas aos réus, ao invés do que pretende o Ministério Público. Não as reduzo, porque eles não apelaram da decisão condenatória. José Alves Cabral teve o seu pedido atingido pelo art. 595, do CPP, como se vê do despacho de fl. 308.

Como ficou dito acima, o apelante só tem razão ao que reclama quanto ao castigo atribuído ao crime do art. 163, inciso III, do Código Penal. Em face disso, condeno os réus à pena de multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), para cada um.

De resto, mantenho a r. sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 4.994 — PE — (Reg. nº 3.269.558) — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Rev.: Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Apte.: Justiça Pública. Apdos.: José Alves Cabral e Luiz Carlos Ferreira de Albuquerque. Advs.: Drs. Tânia Roberta de Sampaio Ribeiro e Luiz de Valois Correia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso da Justiça Pública, tão-somente para incluir na condenação a multa pecuniária, no valor de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), para cada um dos acusados. (Em 26-10-82 — 2ª Turma.)

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.759 — PE
(Registro nº 3.422.011)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelantes: Justiça Pública, Serverino Estelito Passos e Raimundo Walter dos Santos

Apelados: Os mesmos

Advogado: Dr. Jadier Rodrigues de Carvalho

EMENTA: Penal. Apropriação indébita. Circunstância especial. Crime continuado. Fixação da pena. Critérios. Prescrição.

I — No crime de apropriação indébita definido no art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67, não incide a majoração da pena prevista no inciso III do § 1º ao art. 168 do Código Penal, porque o referido delito traz como elemento do próprio tipo o motivo da majoração, isto é, o recebimento da coisa em razão de ofício, emprego ou profissão, pois o fato somente é imputável aos responsáveis pela empresa.

II — Não estando o fato descrito na denúncia como crime continuado, não incide a majoração prevista no art. 71 do Código Penal.

III — Ao dosar a pena, o juiz não pode se limitar à apreciação exclusiva de fato. Além das considerações da pessoa do criminoso, de seu caráter, de seus antecedentes, da gravidade do crime e de suas conseqüências, deve estabelecer critérios objetivos para fixar a quantidade da pena privativa de liberdade a ser imposta, evitando que seu estado de espírito influencie na fixação, sendo aconselhável dosá-la, se o réu é primário, entre o mínimo e a metade da soma do mínimo com o máximo, reservando para os reincidentes penas iguais ou superiores à referida metade.

IV — Apelação do Ministério Público improvida e dos réus parcialmente provida.

V — Prescrição que se decreta, de ofício, em face do disposto no art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, ambos 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, negar provimento à apelação do Ministério Público e dar parcial provimento aos apelos dos réus, para reduzir a pena imposta que, concretizada, acarreta o reconhecimento de ofício da extinção da punibilidade pela prescrição, 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).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. MINISTRO CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Apela o Ministério Público, Severino Estelito Passos e Raimundo Walter dos Santos de sentença do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que condenou o segundo apelante à pena de 3 anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00 e o terceiro à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão e multa de Cr\$ 7.000,00, pela prática do crime de apropriação indébita (art. 168/CP c/c o art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67), por haverem, na qualidade de gestores financeiros da firma Gráfica Zimer Ltda., recebido e deixado de recolher aos cofres da Fazenda Nacional as importâncias de Cr\$ 52.928,06 e Cr\$ 31.528,09, relativas ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), no período de maio de 1974 a janeiro de 1975, utilizando-se de seu produto no suprimento do capital de giro da empresa.

Em suas razões, às fls. 240/241, pretende o Ministério Público agravar as penas aplicadas, por terem os réus praticado o delito de forma continuada e na condição de industriais, conforme dispõe o § 2º do art. 51 e o inciso III do parágrafo único do art. 168, todos do Código Penal, enquanto que os dois últimos apelantes alegam a inexistência dos requisitos essenciais da apropriação indébita e a falta da representação da Fazenda Nacional para a Procuradoria da República, como determina o parágrafo único do art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67 (fls. 232, 261/263).

Contra-razões dos dois últimos apelantes, à fl. 266, não tendo o primeiro apelante contra-arrazoado.

Parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 280/282, pelo não provimento dos recursos.

É o relatório. Dispensa revisão.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Pretende o primeiro apelante agravar as penas impostas aos réus, não só em virtude da continuidade delitiva, mas também em decorrência da majorante prevista no inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal, isto é, em razão de os crimes terem sido praticados pelos apelados, no exercício da profissão de industrial. No caso concreto, não incide a referida majoração, porque o delito praticado pelos condenados é o previsto no art. 2º do Decreto-Lei nº 326/67, que traz como elemento do próprio tipo o motivo da exasperação, isto é, o recebimento da coisa em razão de ofício, emprego ou profissão, pois o fato típico somente é imputável aos responsáveis pela empresa.

Inexiste crime continuado, porque a denúncia não descreveu a pluralidade de ações e de delito da mesma espécie, com os posteriores continuando o primeiro, expondo apenas um fato típico para cada réu, quando notícia, à fl. 02:

«Os denunciados, na qualidade de gestores financeiros da firma Gráfica Zimer Ltda., receberam e deixaram de recolher aos cofres da Fazenda Nacional, as importâncias de Cr\$ 52.928,06 e Cr\$ 31.528,09, relativas aos Impostos sobre Produtos Industrializados, consoante autos de infração de fls. 6 a 22, respectivamente.»

Não podem, portanto, as penas serem agravadas com o aumento previsto para o delito continuado porque, se houve omissão da denúncia em expô-lo, ela não poderá ser suprida depois de prolatada sentença de 1º grau, conforme inteligência, a **contrario sensu**, do art. 569 da lei adjetiva penal.

Em relação às apelações dos réus, seus argumentos são insubsistentes, não só porque foi feita a representação da Fazenda Nacional para a Procuradoria da República (documento de fl. 7, como também porque o pressuposto material do delito está comprovado pelo laudo de fls. 52/54, ao afirmar, em resposta aos dois primeiros quesitos, que os valores do IPI, não recolhidos foram realmente recebidos e lançados nos preços das mercadorias, o que demonstra que os réus tinham a posse ou detenção da coisa apropriada. A ação física ficou provada pela própria confissão do terceiro apelante, em Juízo, à fl. 105, ao esclarecer que deixou de recolher o tributo devido às dificuldades financeiras da firma e, portanto, agiu como se dono fosse da quantia apropriada, estando essa confissão em consonância com as demais provas apuradas. As razões e contrarrazões, às fls. 273/276, não serão levadas em consideração, não só por causa da ocorrência da preclusão, mas também porque seu defensor anterior as tinha ofertado, às fls. 261/263 dos autos.

No entanto, se a apelação dos réus não deve ser provida em relação aos seus argumentos, deve pelo menos servir para amenizar as penas impostas, para que sejam individualizadas e ajustadas à realidade dos autos, pois são primários, não têm maus antecedentes, conforme reconhecido por esta Egrégia Corte no Habeas Corpus nº 5.150 (fls. 247/250), demonstraram o desejo de reparar o dano (fls. 100/101) e os valores do tributo apropriado são pequenos.

Ao dosar a pena, o Juiz não pode se limitar à apreciação exclusiva do fato. Além das considerações da pessoa do criminoso, de seu caráter, de seus antecedentes, da gravidade concreta do crime e de suas conseqüências, deve estabelecer critérios objetivos para fixar a quantidade da pena privativa de liberdade a ser imposta, evitando que seu estado de espírito influencie essa fixação, sendo aconselhável dosá-la se o réu é primário, entre o mínimo e a metade da soma do mínimo com o máximo, reservando para os reincidentes penaa iguais ou superiores à referida metade.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do Ministério Público e dou provimento parcial aos apelos dos réus, para reduzir as penas para 2 (dois) anos de reclusão e multa de Cz\$ 5,00 para cada um deles declarando, de ofício, a prescrição da ação, por haverem transcorridos mais de 4 anos da data da sentença condenatória, prolatada em 16 de setembro de 1981 (fl. 191), ex vi do disposto no art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, todos do Código Penal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACR 5.759 — PE — (Reg. nº 3.422.011) — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thi-bau. Apelantes: Justiça Pública, Severino Estelito Passos e Raimundo Walter dos Santos. Apelados: Os mesmos. Advogado: Dr. Jadier Rodrigues de Carvalho.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação do Ministério Público e deu parcial provimento aos apelos dos réus, para reduzir a pena imposta que, concretizada, acarreta o reconhecimento de ofício da extinção da punibilidade pela prescrição (Julg. em 17-2-87 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram como o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.742 — PR
(Registro nº 6.199.640)

Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo

Apelante: Justiça Pública

Apelados: Leonézio Moro, Carlos Fernandes e Ahmad Hadaya

Advogados: Drs. Virgílio Requião, Dr. Alberto Savóia Assef e Dr. Elio Narezi

EMENTA: Penal. Estelionato.

Fraude denominada «adubo-papel». Subsunção dos fatos ao tipo do art. 171, caput do Código Penal. O conceito de «dano patrimonial» não se confunde com o de «lesão pecuniária».

Provimento do recurso do Ministério Público para condenação dos acusados. Extinção da punibilidade pela prescrição, com base na pena concretizada.

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 condenar os apelados Leonézio Moro, Carlos Fernandes e Ahmad Hadaya a um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, pena em face da qual, verificada a prescrição da pretensão, decretou extinta a punibilidade, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de abril de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. MINISTRO ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Ministério Público Federal denunciou Carlos Fernandes, Leonézio Moro e Ahmad Hadaya por crime de estelionato, em co-autoria (a fraude denominada «adubo-papel»), imputando-lhe os seguintes fatos.

«Em meados de junho de 1976, Ahmad que pretendia obter dinheiro a baixo custo, assediou Carlos Fernandes, então gerente da Copal — Comercial de Produtos Agropecuários Ltda., para que este lhe fornecesse, mediante gratificação, uma nota fiscal «fria», quer dizer uma nota fiscal onde não houvesse, na realidade, qualquer venda de mercadorias. Nessa época, Carlos Fer-

nandes emitiu a nota de pedido (nº 607, fl. 52), como se Ahmad quisesse comprar 600 toneladas de calcário, no valor final de Cr\$ 180.000,00. Mais tarde, em 12 ago 76, Ahmad, valendo-se da nota de pedido, conseguiu obter de Carlos e Leonézio, a nota fiscal nº 887, série B-1, em cuja 1ª via declarou falsamente haver recebido 600 toneladas de calcário no valor de Cr\$ 180.000,00. Carlos e Leonézio fizeram constar, também, falsamente, que a mercadoria havia sido transportada por Hilário Saporetti.

Além disso, nas vias da nota fiscal destinadas à contabilidade simularam operação menor, no valor apenas de Cr\$ 18.000,00 (fl. 39 do inquérito).

A nota fiscal falsa, assim como a duplicação de fatura, Ahmad usou em pedido de financiamento com recursos subsidiados do Banco Central, através do Bamerindus (ag. Cianorte — PR) (fls. 82 e segs. do inquérito).

O Bamerindus depositou na conta corrente da Copal o valor financiado relativo à falsa compra de adubo «adubo-papel». Em seguida, Leonézio e Carlos entregaram a Ahmad o valor de Cr\$ 148.000,00, relativo à sua parte na fraude.

Desse valor recebido Ahmad querendo se resguardar de posterior envolvimento na fraude do «adubo-papel», em conluio com Leonézio e Carlos, simulou operações de compra e venda de gado, cujos documentos estão às fls. 49/51 do inquérito.

O valor da diferença foi embolsado por Carlos e Leonézio». (Fls. 2/3)

Recebida a denúncia em 4-2-80 (fls. 230vº) e interrogados os réus (fls. 239, 242 e 267), seguiu-se a instrução criminal. Apresentadas as alegações finais (fls. 407, 408, 413 e 429), proferiu o MM. Juiz Federal sentença absolutória, com estes fundamentos:

«.....

As partes estão bem representadas. Estão presentes as condições da ação, bem como os pressupostos processuais.

Antes de ingressar no mérito, cumpre-me enfrentar as preliminares argüidas.

Nesse sentido, cumpre afastar a preliminar de incompetência absoluta, argüida por Ahmad Hadaya (fl. 408). É que, em tese, a conduta, imputada aos acusados, importou em fraude na comercialização de insumos industrializados, em detrimento de recursos do FUNAGRI, administrados pelo Banco Central do Brasil (fls. 14/34).

Assim, *data venia*, a competência da Justiça Federal emerge do disposto no artigo 125, IV, da Constituição da República. Portanto, *rejeito a preliminar de incompetência*.

Quanto às pretendidas nulidades, relativamente aos atos processuais, constantes de fls. 327 e 393, é certo que a simples leitura dos depoimentos das testemunhas revela que as aludidas declarações foram favoráveis aos réus. Ora, a teor do disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal, «nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa». Assim, *rejeito a preliminar de nulidade do processo*.

Também é certo que inoocorreu cerceamento da defesa. É que a fase processual do artigo 395 do Código de Processo Penal faculta apenas o oferecimento das alegações escritas e arrolamento de testemunhas.

E, diante do r. despacho de fl. 399, facultando às partes o prazo do artigo 499 do CPP, nada foi requerido. No entanto, ocorreu regular intimação (fls. 401, verso). Assim, *rejeito a preliminar de cerceamento de defesa*, por falta de respaldo legal.

Passo a examinar o mérito da ação.

Primeiramente, é preciso observar que o mutuário *assumiu a obrigação de pagar quantia certa, em prazo determinado, firmando documento que o onerou, quanto à dívida contraída.*

Portanto, salvo melhor juízo, incorreu prejuízo patrimonial para a FUNAGRI e para o Banco Central do Brasil.

Ora, o requisito do «prejuízo alheio» (CP, art. 171, *caput*) é indispensável para que se possa falar em adequação típica.

E, sendo crime contra o patrimônio, é evidente ser necessário que se configure, ao menos, a possibilidade de prejuízo alheio (TACr, SP, HC 62.446, RT 482/351).

Na hipótese vertente, não vislumbro a ocorrência de prejuízo patrimonial para a FUNAGRI e para o Banco Central do Brasil.

É certo que os réus agiram dolosamente, inclusive utilizando-se de fraude, mas entendo que tal conduta merece as sanções civis e administrativas, previstas em lei.

Trata-se de aplicar o princípio da reserva legal, também chamado princípio da legalidade (CP, art. 1º), o qual vem expresso na máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.*

Por fim, há de se frisar que terceiro pode não ter obtido o financiamento, vez que o mútuo indevido foi firmado. Contudo, tratar-se-ia de terceiro não identificado, fazendo com que o fato não tenha adequação ao tipo do artigo 171 do Código Penal (TACr SP, HC 100.170, RT 546/351).

Ante o exposto, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, julgo improcedente a ação penal movida contra Carlos Fernandes, Leonézio Moro e Ahmad Hadaya, por não constituir o fato infração penal. Transitado em julgado o presente decisório, proceda-se ao arquivamento dos autos.» (Fls. 433/435).

Inconformado, apelou o Dr. Procurador da República, sustentando a caracterização do crime e pedindo a condenação dos acusados.

Em contra-razões, Leonézio Moro sustenta a inexistência de ilícito penal, diz que, por ter sido revel, não se observou o princípio do contraditório e, por fim, nega tenha praticado a ação que lhe é imputada. Carlos Fernandes limita-se a pedir a confirmação da sentença. Por último, Ahmad Hadaya reitera as preliminares de incompetência da Justiça Federal, nulidade dos atos processuais de fls. 327 e 393, por ter sido nomeado o mesmo defensor para acusados com defesas conflitantes, e cerceamento de defesa, ante o indeferimento de prova pericial. No mérito, alega ausência de prova para sua condenação e, ainda que assim não fosse, inexistência de ilícito penal, podendo cogitar-se apenas de ilícito civil.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela condenação dos acusados à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão (art. 171, § 3º, do CP).

É o relatório, dispensada a revisão.

EMENTA: Penal. Estelionato.

Fraude denominada «adubo-papel». Subsunção dos fatos ao tipo do art. 171, *caput*, do Código Penal. O conceito de «dano patrimonial» não se confunde com o de «lesão pecuniária».

Provimento do recurso do Ministério Público para condenação dos acusados. Extinção da punibilidade pela prescrição, com base na pena concretizada.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Começo pelas preliminares.

Leonézio Moro foi citado e interrogado, quando indicou, no termo, o Dr. Alfredo Antônio Canever como seu defensor. Este, porém, omitiu-se, pelo que nomeou o Juiz defensor dativo.

Não houve, pois, a alegada violação do princípio do contraditório, já que o defensor nomeado desempenhou o seu *munus*.

Também sem razão a defesa preliminar de Ahmad Hadaya. O crime foi cometido em detrimento de bens e serviços da União, como consta expressamente da denúncia e do processo. Competente é, pois, a Justiça Federal, *ex vi* do disposto no art. 125, IV, da Constituição Federal. As teses de defesa não se apresentam conflitantes e, no prazo do art. 499, a defesa não insistiu na prova pericial (análise química das terras para verificação do teor de calcário), aliás, de nenhuma pertinência, no caso, onde se cuida de estelionato mediante fraude documental.

Rejeito, pois, as preliminares.

No mérito, a sentença merece reparos.

Segundo lição de Magalhães Noronha, são elementos do estelionato, em seu tipo fundamental (art. 171, *caput*):

- a) consecução de vantagem ilícita;
- b) emprego de meio fraudulento;
- c) erro causado ou mantido por esse meio;
- d) nexos de causalidade entre o erro e a prestação da vantagem;
- e) lesão patrimonial.

No caso, todos esses requisitos estão presentes: Ahmad, com o auxílio dos co-réus, obteve um financiamento a juros subsidiados, com recursos da União (FUNDAG), beneficiando-se, ainda, com a «isenção total de encargos bancários nas aquisições» (cf. ofício do Banco Central, fl. 9). A vantagem era ilícita porque, nas condições em que obteve, Ahmad não fazia jus ao financiamento e aos benefícios patrimoniais resultantes dos subsídios e das isenções concedidas. Para tanto, Ahmad e seus cúmplices utilizaram-se do artifício, ou da fraude, vulgarmente conhecida por «nota calçada», consistente, segundo apurou o Banco Central, «na emissão de nota fiscal, cuja primeira via, acolhida pela instituição financeira, consigna venda de insumos em quantidade e valores superiores aos registrados na via que fica em poder do fornecedor, presa ao respectivo talonário, para fins fiscais e de controle de estoque» (fl. 10).

A prova da fraude é documental, bastando o confronto das 1ª e 2ª vias da nota fiscal, exibidas às fls. 12 e 13. A 1ª via, destinada a enganar a instituição financeira e, via de consequência, o Banco Central, fornecedor dos fundos, registra a venda de 600 toneladas de calcário; a 2ª via, em poder da empresa, que deveria ser cópia da 1ª, registra a venda de apenas 60 toneladas.

Há evidente nexos de causalidade entre o erro em que foram mantidos a instituição financeira e o Banco Central e a prestação da vantagem ilícita antes referida.

A lesão patrimonial é palpável. Os incentivos — encargos da União — eram indevidos. Desfalcou-se o Fundo da União, com a concessão do financiamento igualmente indevido. O fato de ter o agente assinado um título de dívida ou mesmo pago a dívida no vencimento não elide a lesão patrimonial, pois, não fora a fraude, o financiamento não teria sido concedido ou o teria sido em condições econômicas diversas.

Além disso, segundo o magistério de Magalhães Noronha, não se deve confundir, como o fez o magistrado prolator da sentença, «dano patrimonial» com «lesão pecuniária». Afirma o referido penalista:

«Tenha-se também em vista que dano patrimonial não é só a concreta lesão pecuniária, mas tudo quanto pode piorar a situação do patrimônio.» («Direito Penal», 21ª ed., vol. 2, pág. 373)

No caso, houve desvio de bens do Fundo por meios ilícitos, o que, em certa medida, piorou a situação patrimonial do Fundo. O possível retorno do valor do desvio, com o eventual pagamento da dívida contraída, é mera circunstância, equivalente à reparação do dano, e não elide o crime (RTJ 102/1162, 81/718, 93/97, etc.).

Caracterizado, pois, afigura-se-nos o crime em exame.

Por outro lado, a prova da autoria é documental e indubitosa. Bem destacam, a propósito, as razões do recurso, da lavra do Dr. Edgard Katzwinkel Júnior, *in verbis*:

«Ora, os apelados realizaram uma aparente venda real e obtiveram ilícitamente os subsídios referidos nas Resoluções do CMN e Circular do Banco Central, em detrimento do próprio programa do governo e dos demais ruralistas que dele não puderam se aproveitar utilmente.

A Copal — Comercial de Produtos Agropecuários Ltda., de propriedade dos apelados Carlos Fernandes e Leonézio Moro, fez uma venda fictícia de calcário para o apelado Ahmad Hadaya, permitindo que este obtivesse um financiamento de Cr\$ 180.000 (cento e oitenta mil cruzeiros) no Banco Bamerindus do Brasil S/A, dinheiro que foi creditado diretamente para a COPAL (fl. 86 e 96). Os apelados Carlos Fernandes e Leonézio Moro, por sua vez, maquinaram um fictício negócio de compra de gado para devolver a Ahmad Hadaya Cr\$ 148.000 (cento e quarenta e oito mil cruzeiros), ficando com Cr\$ 32.000 (trinta e dois mil cruzeiros) que foi o seu lucro (fls. 53/55).

Assim, não pode o apelante concordar com as conclusões da r. sentença quando esta afirma que não houve prejuízo patrimonial para a FUNAGRI e para o Banco Central do Brasil.

Resta observar, no entanto, a finalidade dos subsídios para a agricultura e a destinação dos recursos nesses programas especiais, para que se adquira a certeza do prejuízo. Os financiamentos não configuraram simples operações de mútuo, na medida em que condições especiais tinham que ser cumpridas. O apelado Ahmad para conseguir dinheiro a baixo custo fez a compra fictícia de calcário, com a participação dos outros dois apelados e com isto causou prejuízo ao Banco Central do Brasil e aos programas por ele administrados.

O dinheiro, à época, não era para todos e nem para os espertos. Visavam as linhas de crédito especiais, o fomento da produtividade agrícola.

Os apelados Carlos Fernandes e Leonézio Moro confirmam como foi organizado o esquema para permitir que Ahmad conseguisse o empréstimo. As declarações desses apelados são esclarecedoras (fls. 39/40; 60 verso e 139/141; fls. 240 e 241 verso e fls. 268/269) e não deixam dúvidas sobre a prática do estelionato.

As testemunhas Antônio Carlos Turquetti (fls. 109 e 337) e Mário Descino Cataneo (fl. 105) corroboram a prova.» (Fls. 444/445).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e, considerando a primariedade e os bons antecedentes dos acusados, ressaltados no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, bem como as demais circunstâncias judiciais favoráveis, condeno os três acusados à pena mínima do art. 171 do Código Penal, fixada a pena-base em um ano

de reclusão para cada um dos réus, aumentada de um terço (§ 3º), o que dá a pena definitiva de um ano e quatro meses.

Diante da pena concretizada, que satisfaz o pedido do órgão da acusação, não tendo, pois, o recurso força para alterar o prazo prescricional, e já decorrido, entre o recebimento da denúncia (4-2-80) e esta data, prazo superior a quatro anos, declaro extinta a punibilidade pela prescrição, com base na pena concretizada, ex vi, do disposto nos arts. 109, IV, e 110, § 1º, do Código Penal.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Na realidade, a sentença recorrida não negou qualquer dos aspectos fatuais da controvérsia posta nos autos. Limitou-se o nobre julgador a **quo** a duvidar do tipo penal, posto que lhe faltaria requisito fundamental, qual seria o dano patrimonial.

No entanto, bem demonstrou o Sr. Ministro Relator a presença irrecusável desse dano, como inconfundível o mesmo se apresenta em relação à chamada lesão pecuniária.

O voto de S. Exa. exaure, portanto, toda a controvérsia suscitada pela dúvida da sentença, donde o meu voto se dispensar a melhor argumentação do que acompanhá-lo inteiramente.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.742 — PR — (Reg. nº 6.199.640) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo. Apelante: Justiça Pública. Apelados: Leonézio Moro, Carlos Fernandes e Ahmad Hadaya. Advs.: Drs. Virgílio Requião, Alberto Savóia Assef e Élio Narezi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e condenar os apelados Leonézio Moro, Carlos Fernandes e Ahmad Hadaya a um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, pena em face da qual, verificada a prescrição da pretensão, decretou extinta a punibilidade. (Em 21-4-87 — Terceira Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Dantas e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.754 — BA
(Registro nº 6.200.699)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar
Apelante: Valter Souza
Apelada: Justiça Pública
Advogado: Dr. José Roberto de Sant'Anna

EMENTA: Penal — Descaminho — Delito Equiparado — Pena —
Dosimetria — Recurso — Efeitos — Extensão.

1. Autoria e materialidade bem estabelecidas nos autos, em que se apurou que os relógios procediam de Hong Kong e foram apreendidos, sem cobertura fiscal, no logradouro público conhecido pela sugestiva alcunha de «Ilha dos Ratos».

2. Tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do apelante, reconhecidos na sentença, dá-se provimento parcial à apelação, para reduzir a pena imposta ao mínimo legal.

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, no tocante à dosimetria da pena, para reduzi-la a um (1) ano de reclusão, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do apelante e, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, estender de ofício a decisão ao co-réu, por igual motivo, isto é, primariedade e bons antecedentes, 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 WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: O Representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Admilson José dos Santos e Walter Sousa, como incurso nas sanções do art. 334, § 1º, alíneas *c* e *d* do Código Penal, pelos fatos delituosos assim descritos na peça acusatória (fls. 2/3):

«No dia doze (12) de maio do corrente ano, por volta das 11:30 horas, agentes de Polícia Federal lotados na Superintendência Regional do DPF neste Estado realizando diligências nas imediações da Praça conhecida «Ilha dos Ratos», foi detido o 1º Denunciado, em virtude de ter em seu poder 14 (quatorze) relógios de pulso, de procedência estrangeira, sem a imprescindível documentação comprobatória de sua entrada legal no território nacional, tendo os Policiais encontrado e apreendido em poder do dito denunciado, ainda, a quantia de Cr\$ 71.201,00 (setenta e hum mil duzentos e hum cruzeiros), que também se achava em poder do indigitado Admilson, importância essa que posteriormente foi devolvida ao réu, por não se tratar de produto de crime, segundo o convencimento da autoridade policial que presidiu o inquérito.

Preso em flagrante delito, o 1º denunciado confessou que comprara os 14 relógios de pulso em mãos do 2º denunciado, conhecido por «Pé de Ferro», não recebendo deste qualquer documentação fiscal, esclarecendo mais, que os objetos «adquiridos evidentemente se destinavam à comercialização».

O 2º denunciado também fora detido juntamente com o 1º nos mesmos dia, hora e local, visto que foi a pessoa que vendera os relógios entrados ilegalmente no Brasil, tendo os agentes Policiais encontrado 97 (noventa e sete) relógios de pulso, acondicionados em caixa de papelão, colocada sobre o guarda-roupa, no quarto de dormir, da casa onde mora o 2º Denunciado com a sua amásia, nesta Capital, peças essas que igualmente foram arrecadadas e apreendidas pela autoridade policial, por não dispor o 2º Denunciado de documentação fiscal de qualquer espécie ou natureza em relação às mesmas».

Recebida a denúncia em 19-11-81 (fl. 55), os acusados foram citados (fl. 56) e interrogados (fls. 58/60vº), apresentando defesa prévia às fls. 62/63.

Oitiva das testemunhas de acusação às fls. 72/76 e de defesa às fls. 87/90 e 100/101.

Nada requerido no prazo do art. 499 CPP, o MP apresentou alegações finais às fls. 104/105 e as defesas às fls. 114/117 e 124/125.

Em 30-11-84, o MM. Juiz Federal Dr. Aloísio Palmeira Lima julgou procedente a denúncia, para condenar os acusados à pena de dois anos de reclusão e ao pagamento das custas, o primeiro por violação ao art. 334, § 1º, letra d, o segundo por infringência dos mesmos dispositivos, letra c, do Código Penal, concedendo-lhes o sursis pelo prazo de dois anos, sob as condições que especifica (fls. 127/133).

Valter Sousa apelou (fl. 139), apresentando as razões de fls. 143/145, onde reitera a alegação de desconhecimento da procedência da mercadoria apreendida, pedindo sua absolvição.

Contra-razões às fls. 148/149, sustentando o acerto da decisão recorrida.

Transitando em julgado a sentença em relação ao co-réu Admilson José dos Santos (fl. 150vº), compareceu este à audiência admonitória (fl. 151), havendo depositado o valor correspondente à sua condenação nas custas judiciais (fl. 159 e vº).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. Onório Justiniano Teixeira, aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, opinou pela confirmação da sentença (fls. 158/159).

Sem revisão, nos termos do art. 33, inc. IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Acentua o Magistrado a quo que o laudo de exame merceológico é conclusivo na determinação da procedência

estrangeira dos relógios, apreendidos sem cobertura fiscal, estabelecendo a materialidade da infração. Os relógios vieram de «Hong Kong» (fls. 31/32).

E quanto à autoria, ficou esta plenamente reconhecida pela prova colhida no processo.

A apreensão da mercadoria se deu na conhecida «Ilha dos Ratos», nome revelador das atividades desenvolvidas naquela área do comércio de Salvador, que não é ilha, sendo o apelido posto — «dos Ratos» — para caracterizar a atuação ligeira e furtiva, como a daqueles roedores, das pessoas que ali se dedicam a praticar o ilícito.

Eis a fundamentação da sentença (fls. 129/131):

«Quanto à autoria, a confissão do acusado Valter Sousa, embora não seja plena, é eficaz. Admite que se encontrava na Ilha dos Ratos, quando propôs a venda ao co-réu Admilson, que passava no local, de quatorze relógios, logo adquiridos por este mediante pagamento da quantia de Cr\$ 7.000 (sete mil cruzeiros). Estavam guardados numa bolsa pertencente àquele denunciado. Alega, entretanto, serem, como os demais relógios também apreendidos em sua residência pela Polícia Federal, no mesmo dia, todos de procedência nacional. Disse havê-los adquirido de pessoa não identificada na feira de São Joaquim, nesta Capital, dentre os quais havia relógios quebrados, sendo todos usados.

Tal como a Galeria Pajé em São Paulo, a Ilha dos Ratos é local sobejamente conhecido, em Salvador, como ponto de encontro de mercadores de produtos estrangeiros, mormente relógios, entrados irregularmente no País. Facilita o comércio clandestino a proximidade do porto de Salvador, por onde são retiradas, furtivamente, mercadorias de navios estrangeiros, apesar das medidas de repressão adotadas pela Polícia Federal. A propósito da venda dos relógios, o acusado Valter Sousa revelou ter consciência da ilicitude, pelo seu comportamento esquivo, suspeito. Como esclarece o outro denunciado, no interrogatório, a este exibiu, apenas, um dos relógios, estando os demais num embrulho, que não quis abrir, sob alegação de não poder fazê-lo, sem explicar as razões (fl. 60v?). A ilação é clara: à vista de discreta vigilância da Polícia Federal, com seus agentes infiltrados entre frequentadores do local, Valter Sousa não quis expor-se.

Quanto à sua alegação de se tratar de relógios de fabricação nacional, além de não estar comprovada nos autos, carece de credibilidade, pois o laudo pericial afirma exatamente o contrário.

Não convence, por outro lado, a pretensa ausência de culpabilidade do réu Admilson José dos Santos. Proprietário, como confessa (fl. 60v?), de banca de confecções na Baixa dos Sapateiros, deve exercer essa atividade comercial pagando impostos. Demais, pelo comportamento desconfiado do outro co-réu, ao vender-lhe os relógios, a espreitar daquela malhada os caminhos escusos do comércio ilegal, era plenamente capaz de entender o caráter criminoso da operação. Não está isento de pena tão-só porque alegou ignorar serem os relógios fruto de descaminho. Incorre nas sanções da norma penal quem adquire, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal (art. 334, parágrafo primeiro, letra d, CP).

Acrescente-se que comprar para revender, como procedeu Admilson, 14 relógios em mãos de pessoa desconhecida, em plena rua, fazendo-lhe na mesma hora o pagamento, em reduto de contrabandistas, é descrer, no mínimo, da consciência da anormalidade da própria conduta.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal confirmaram os fatos narrados na denúncia. Nada esclareceram as testemunhas indicadas pela defesa».

As alegações do recurso não convencem do desacerto da sentença, no seu mérito. Quanto à dosimetria da pena, porém, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do apelante, reconhecidos na sentença, afigura-se-me excessiva a pena imposta. A pena-base, em tais casos, é a mínima cominada ao delito em tese, isto é, um ano de reclusão. À falta de circunstâncias exasperadoras ou atenuantes, converto a pena em definitiva. E com fundamento no art. 580, do Cód. de Proc. Penal, estendo ao co-réu, por iguais motivos, o presente julgado, reduzindo a pena a um ano de reclusão.

Dou parcial provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

ACr 6.754 — BA — (Reg. 6.200.699) — Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Osvaldo Flávio Degrazia. Apte.: Valter Souza. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. José Roberto de Sant'Anna.

Decisão: A Primeira Turma do TFR, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação, no tocante à dosimetria da pena, para reduzi-la a (1) um ano de reclusão, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes do apelante e, nos termos do art. 580 do CPP, estendeu de ofício a decisão ao co-réu por igual motivo, isto é, primariedade e bons antecedentes. (Em 7-10-86).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.162 — RJ
(Registro nº 3.494.047)

Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo

Apelantes: Francisco Alberto Vaças, Norival Correa

Apelada: Justiça Pública

Advogados: Dr. Octacílio de Almeida Monteiro, Dr. Haroldo Bretas e outro

EMENTA: Processual Penal. Sentença. Defeitos formais e falta de fundamentação quanto à dosimetria da pena. Possibilidade de correção no julgamento da apelação, já que a decisão de segundo grau substitui a decisão apelada.

Penal. Descaminho. Caracterização. Confisco de veículo transportador. Descabimento ante os termos do art. 91, II, a e b, do Código Penal.

Provimento parcial dos recursos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações para reduzir a pena do primeiro apelante a um ano de reclusão, declarando extinta a punibilidade em face da prescrição ocorrente, e a dois anos e três meses de reclusão a pena de segundo apelante, recomendando o regime semi-aberto para o cumprimento da pena. Finalmente, cancelar a pena de confisco do veículo transportador, 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 abril de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. **MINISTRO ASSIS TOLEDO**, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ASSIS TOLEDO: Norival Corrêa e Francisco Alberto Vaças foram denunciados, em 10 de dezembro de 1981, por prática de descaminho de grande quantidade de mercadoria estrangeira.

Recebida a denúncia, por despacho de 11 do mesmo mês e ano, seguiu-se a instrução criminal com interrogatório dos acusados (fls. 145/148), defesa prévia (fls. 150/152) e ouvida das testemunhas arroladas pela acusação (fls. 184/186).

Os réus desistiram das que haviam arrolado (fls. 180 e 190).

No prazo do art. 499, nada foi requerido.

Em alegações finais, pediu o Ministério Público a procedência da ação. A defesa de Norival Corrêa, reconhecendo ser difícil a situação desse acusado, preso em flagrante, põe em destaque a dubiedade da prova, a seu ver insuficiente para a condenação, e conclui invocando a primariedade desse acusado, absolvido em processo anterior (fls. 195/197). A defesa de Francisco Alberto Vaças sustenta ser este motorista e, como tal, mero transportador das mercadorias pertencentes a seu empregador. Examina a prova em abono dessa afirmação e conclui pela não caracterização do crime ou pela não participação dolosa deste acusado no crime descrito na denúncia (fls. 214/219).

Foram juntados documentos para exames de antecedentes (fls. 200/212) e, convertido o julgamento em diligência, veio para os autos o ofício de fls. 224, do Instituto de Criminalística, afirmando a procedência estrangeira das mercadorias, objeto de avaliação direta, reiterando em seguida as partes suas alegações anteriores.

Conclusos os autos, proferiu a MM. Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro sentença condenatória de ambos os acusados, a qual, porém, veio a ser anulada em grau de apelação, por esta Turma, estando o voto do então Relator, Ministro Helio Pinheiro, assim redigido:

«Como bem ressaltado no parecer da douta Subprocuradoria, provados resultaram, sem sombra de dúvida, a materialidade tanto quanto a autoria do delito imputadas na denúncia aos ora apelantes, correta, portanto, a sentença quando tanto reconhece.

Mas se faz, **data maxima venia**, merecedora das restrições que lhe são opostas no parecer acima referido, a realçar que nela se aplicou, aos acusados, **verbis**:

«(...) uma pena comum, agravada acima do máximo previsto em flagrante distonia do figurino estabelecido no art. 42, inc. II, do CPB.

Outrossim, desponta nos autos, de forma inolvidável, que o apelante Francisco Alberto Vaças era apenas motorista do outro condenado, este sim o maior interessado e o maior beneficiado de tudo que ilícitamente Vaças tomou parte, à custa, quase sempre, de minguido pagamento. Por esta razão à Francisco Alberto Vaças toca-lhe uma pena mais atenuada em relação àquela que foi aplicada a Norival Corrêa, porém não absolvição como quer no apelo de fls. 245/251.

Do exposto, há de se entender que a nulidade da Sentença é flagrante, face ao vício da falta de fundamentação que, inclusive, foi enfocado por um dos Apelantes, é o que recomendam os precedentes, **verbis**:

«HC 53.316 — GB — Rel.: Min. Eloy da Rocha. Decisão: Deferido o pedido, à unanimidade de votos. 1ª T., 6-5-75.

EMENTA: Habeas Corpus.

Nulidade da sentença, por falta de fundamentação com referência à fixação da pena.

Deferimento do pedido.» (DJ de 15-8-75 — pág. 5737).

«HC 53.221—GB — Rel.: Min. Eloy Rocha. Decisão: Deferido o pedido, unanimidade. 1ª T., 6-75.

Ementa: Habeas Corpus.

Nulidade do processo a partir da sentença, por falta de fundamentação desta, no tocante à fixação da pena — Deferimento do pedido e extensão do **Habeas Corpus** ao co-réu.» (DJ de 15-8-75, pág. 5737).

Por oportuno, é bom lembrar de Milton Lima, preso também em flagrante, mencionado na fase policial como sócio de Norival Corrêa e, como este, com antecedentes de praticar contrabando ou descaminho, como é noticiado à fl. 39.

Excluído da denúncia, provisoriamente, como se manifestou o Ministério Público Federal às fls. 94/verso, findou sendo esquecido em definitivo na ação penal, apesar da Douta Magistrada a quo a ele se referir também na sua r. sentença. É evidente que a pessoa em tela, ante os fatos, não pode passar *in albis* por haver constado do flagrante como sócio de Norival Corrêa, vínculo que demanda cabal esclarecimento.

Destarte, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo provimento parcial dos apelos, no sentido de que a sentença atacada seja anulada e o processo volte ao Juízo de origem para que uma outra sentença seja prolatada com a fundamentação que não pode faltar, por ocasião das penas aplicadas e com justificação clara dos acréscimos ou agravantes que couberem. Também que se observe, quando se apenas cada réu, a real participação, grau de dolo, enfim, que se distinga quem era um partícipe por mera remuneração daquele que auferia todos os lucros dos ilícitos cometidos».

Por estar de inteiro acordo com as considerações feitas pela douta Subprocuradoria, e adotando, como razão de decidir, os fundamentos do citado parecer, dou provimento às apelações dos réus para anular a r. sentença de fls. 233 a 237, a fim de que outra seja prolatada, com a fundamentação da pena que venha a ser imposta aos acusados e que, inclusive, não pode ser superior à máxima cominada por lei ao crime que lhes é imputada na denúncia.» (Fls. 276/278).

Nova sentença condenatória é proferida, em 30 de agosto de 1985, da qual destaco a parte dispositiva *in verbis*:

«Julgo procedente a presente ação para condenar Norival Corrêa e Francisco Alberto Vaças nos exatos termos da denúncia, em consequência do que, ao réu Norival Corrêa, que se apresenta como principal mentor e interessado na prática do contrabando, cuja atividade e exerce diuturnamente, haja vista que se mantém à custa do vil negócio do contrabando, em acintosa atividade que lhe permite armazenar verdadeiro arsenal de mercadorias contrabandeadas, como de fls. 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121 e 122, aplico-lhe, atendendo aos critérios do artigo 59 do Novo Código Penal a pena de três anos e meio de reclusão, que se eleva para cinco anos, tendo em conta a reiterada infração do artigo 334 do Código Penal, revelando personalidade insensível aos efeitos das condenações que já lhe foram impostas, pena aplicada no grau máximo por verificar este Juízo, ante as condições do fato em julgamento e a periculosidade do réu, ser a única compatível com um Juízo de reprovação e prevenção do crime praticado.

Já ao acusado Francisco Alberto Vaças, principal executor da atividade do primeiro Norival, cuja intercomunicação de ações permite o êxito do opulento contrabando por ambos praticado e envolvendo vários Estados da Federação, como por ele mesmo admitido, vê-se que é Francisco Alberto Vaças o braço direito de Norival, a *longa manus* daquele, aplico-lhe pela infração do artigo 334 do Código Penal e atendendo aos critérios do artigo 59, por verificar que agiu com dolo intenso, movido por espírito de cupidez, demonstrando total embotamento moral e intensa periculosidade, a pena de dois anos e seis meses de reclusão, tornando-a definitiva, haja vista que não é reincidente, o que ocorre com seu comparsa.

Decreto a perda de todo o material apreendido bem como do veículo transportador do contrabando.

Sejam os nomes dos réus lançados no Livro Rol dos Culpados, e transitada em julgado, exeçam-se Mandados de Prisão». (Fls. 302/303).

De novo inconformados, recorrem ambos os acusados. A defesa de Norival, reiterando as razões do primeiro recurso, por entender que a nova sentença permanece desfundamentada. Nega a reincidência reconhecida na sentença, invoca a participação de terceiro, em situação idêntica, excluído da denúncia, contesta a propriedade da mercadoria apreendida e diz que o auto de prisão em flagrante representou uma farsa, impugnando as confissões nele contidas (fls. 316/319). A defesa de Francisco, o segundo acusado, em preliminar, suscita a nulidade da nova sentença, por não ter mencionado as teses da defesa e por permanecer, de novo, viciada pela falta de fundamentação. No mérito, reitera o pedido de absolvição, porque este acusado era simples motorista da empresa «Importadora New Line Ltda.», não estava de posse das mercadorias e não praticou nenhuma das atividades comerciais referidas no § 2º do art. 334 do CP pelo que não poderia ser-lhe atribuída a co-autoria no crime (fls 320/324).

Em contra-razões, da lavra do Procurador Juarez Tavares, pediu o Ministério Público o improvimento da apelação de Francisco Alberto Vaças e o provimento parcial do apelo de Norival Corrêa para anular-se, em relação a este, a sentença, «pois aplicou-lhe pena acima do máximo legalmente previsto» (fl. 327).

Ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, opinou a Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, em parecer aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, pelo provimento parcial de ambos os apelos para redução das penas aplicadas (fls. 330/335).

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

EMENTA: Processual Penal. Sentença. Defeitos formais e falta de fundamentação quanto à dosimetria da pena. Possibilidade de correção no julgamento da apelação, já que a decisão de segundo grau substitui a decisão apelada.

Penal. Descaminho. Caracterização. Confisco de veículo transportador. Descabimento ante os termos do art. 91, II, a e b, do Código Penal.

Provimento parcial dos recursos.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Começo pelo exame das preliminares.

A sentença é criticável pelo aspecto bastante sucinto do relatório, onde não se resumiu, é certo, as alegações das partes, limitando-se a indicar as páginas em que estavam contidas as alegações finais. Todavia, na fundamentação da conclusão, examinou a Magistrada a prova documental e testemunhal, em doze páginas, refutando suficientemente a pretendida inocência dos acusados. Individualizou a participação de cada um no fato criminoso e, com apoio nas premissas demonstradas, concluiu pela condenação de ambos.

Considero-a, pois, suficientemente fundamentada neste aspecto.

O problema da dosimetria da pena, que impressionou o ilustre Procurador signatário das contra-razões de recurso e que não mereceu, como se viu, apoio integral da douta Subprocuradoria-Geral da República, pode ser corrigido nesta instância, através do efeito devolutivo amplo do recurso de apelação.

Não é outro, aliás, senão este, o significado da instituição, pelo legislador, da pluralidade dos graus de jurisdição: a possibilidade de correção pela instância de hierar-

quia superior das decisões proferidas pelas instâncias inferiores. A não ser assim, o processo poderia perpetuar-se com anulações sucessivas, sem jamais chegar a bom termo, na hipótese de o Juiz persistir, como no caso, nos desvios que viciam sua decisão.

Distingo, pois, o exame de defeitos formais da sentença, no recurso de apelação, desse mesmo exame em **Habeas Corpus**. Neste, por ser impossível proferir-se decisão com a mesma amplitude e substitutiva da decisão impugnada, a solução única, que freqüentemente se apresenta, é a anulação da sentença viciada. Naquela, por encontrar-se o Tribunal ante o efeito devolutivo amplo do recurso, em face da demanda, «na mesma condição em que se encontraria o Juiz de primeira instância no momento da decisão» (Chiovenda), a decisão de segundo grau substitui a decisão apelada. (Cf. Frederico Marques, «Elementos de Direito Processual Penal», Ed. Forense, 1^o ed., vol. IV, pág. 231).

Rejeito, pois, as preliminares, remetendo a questão da dosimetria das penas para a parte conclusiva do voto.

A participação de Norival Corrêa no fato descrito na denúncia restou comprovada. Era o sócio majoritário da empresa «Importadora New Line Ltda.», estabelecida à Rua Francisco Sá, 95, Copacabana (possuía 148.000 cotas, num total de 150.000— fl. 69), e único autorizado a representar a sociedade (fl. 73). Nos depósitos dessa empresa foi apreendida grande quantidade de mercadorias de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal (fls. 6 e 7). No auto de prisão em flagrante, Norival confessa o recebimento dessa mercadoria, em circunstâncias suspeitas, fato não desmentido no interrogatório judicial (fl. 145). Neste, admite a posse da mercadoria e não consegue sequer precisar a origem das firmas fornecedoras dos produtos.

A instrução criminal corrobora a sua responsabilidade (fls. 184, 185, 186 e 187).

Por fim, tem antecedentes de envolvimento em dois outros processos (fl. 55), por crimes idênticos (art. 334), embora absolvido, conforme consta de fl. 20 dos autos apensados.

Sua condenação, pois, se justifica.

Francisco Alberto Vaças, preso em flagrante quando transportava parte das mercadorias apreendidas, não era mero transportador, como quer a defesa. Tem contra si o fato, comprovado nos autos, de residir no depósito da Rua Senador Mourão, 217, em Ramos, onde se fez a farta apreensão de fl. 7. Confessou esse fato no interrogatório policial (fl. 14) e em Juízo (fl. 147).

Foi instrumento nas mãos de contrabandistas e parece ser pessoa de poucas letras. Mas não poderia desconhecer a natureza da atividade em que se envolveu, com periodicidade e reiteração, pela rotulagem ostensiva e clandestinidade dos produtos fotografados no laudo de constatação de fls. 106/139.

Tem razão, entretanto, o recurso e a Subprocuradoria-Geral da República, quando impugna a dosimetria das penas, exacerbadas sem motivação que lhes dê suporte.

Norival foi absolvido nos dois processos anteriores, não havendo, portanto, nos autos prova de ser reincidente. Dirigia, contudo, a atividade criminosa dos demais envolvidos, ou pelo menos do partícipe (art. 62, I, do CP— 45, I, da antiga redação). Seu envolvimento em fatos idênticos anteriores, embora descaracterizada a reincidência, pode ser considerado entre as circunstâncias judiciais. Fixo-lhe, pois, a pena-base em dois anos de reclusão, nos termos do art. 334, § 1^o, letra *d*, do Código Penal, que eleva de três meses, pelo reconhecimento da agravante, estabelecendo, assim, a pena definitiva em dois anos e três meses de reclusão, a ser cumprida *inicialmente* em regime semi-aberto, consideradas as circunstâncias apontadas e o disposto no art. 59, c/c o art. 33, § 3^o, do CP.

Francisco Alverto Vaças é primário, não registra maus antecedentes nem outros fatos desabonadores. Fixo-lhe a pena no mínimo legal, de um ano de reclusão, e a torno

definitiva. Decorrido, entre o recebimento da denúncia (11-12-81) e a sentença válida (30-8-1985), mais de quatro anos (art. 109, V, do CP), decreto em seu favor a extinção da punibilidade pela prescrição intercorrente, nos termos do § 1º do art. 110 do Código Penal.

Cancelo, finalmente, na sentença, o confisco do veículo transportador, por não estar provado ser produto ou proveito do crime, nem ser coisa «cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito» (art. 91, II, a e b, do CP).

Para os fins enunciados, dou provimento parcial a ambos os recursos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.162 — RJ — (Reg. nº 3.494.047) — Rel.: O Sr. Ministro Assis Toledo. Aptes.: Francisco Alberto Vaças e Norival Correa. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Octacilio de Almeida Monteiro e Haroldo Bretas e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento às apelações para reduzir a pena do primeiro apelante a um ano de reclusão, declarando extinta a punibilidade em face da prescrição ocorrente, e a dois anos e três meses de reclusão a pena do segundo apelante, recomendando o regime semi-aberto para o cumprimento da pena. Finalmente, cancelou a pena de confisco do veículo transportador. (Em 10-4-87 — Terceira Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.306 — SP
(Registro nº 7.871.392)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Revisor: O Sr. Ministro Dias Trindade

Apelantes: Isaac Newton da Silva Pessoa (réu preso) e Justiça Pública

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Abdias Bispo de Oliveira e outro (1º Apte.)

EMENTA: Penal. Tóxicos. Tráfico. Confissão extrajudicial. Associação.

I — Hipótese em que perfeitamente delineadas, de um lado, a materialidade, com o Laudo de Exame em Substância em Pó mostrando-se positivo para cloridrato de cocaína e, de outro, a autoria, já que ao flagrante, às confissões extrajudiciais e aos depoimentos das testemunhas se juntaram indícios de valor decisivo, tornando inuvidosa 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 — Não há concurso material entre os delitos capitulados nos arts. 12 e 14, da Lei de Tóxicos. A associação só admite punição com delito autônomo e único. Em havendo cometimento do ilícito previsto no art. 12, é de aplicar-se a exasperadora do art. 18; III.

IV — 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, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do réu Isaac Newton da Silva Pessoa para reduzir-lhe a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a multa para 100 (cem) dias-multa, mantido o valor dia-multa, fixado na sentença, e, também por unanimidade, negar provimento ao apelo do Ministério Público, 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).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. MINISTRO COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Senhor Presidente, impede esclarecer, preambularmente, que as Apelações Criminais n.ºs 7.306 — SP, 7.313 — SP, 7.384 — SP e 7.385 — SP serão objeto de julgamento unificado, na forma do permissivo regimental (art. 142, RITFR).

Passo ao relatório.

Isaac Newton da Silva Pessoa, Rafael Humberto Cortes Peña, Saul Barbosa de Matos e Hather Tabares Contreras foram denunciados pela Justiça Pública, perante o Juízo de Direito da Comarca de Fernandópolis (SP), todos como incurso nas penas dos artigos 12, 14 e 18, I, da Lei n.º 6.368/76, sendo o último também denunciado como incurso nas sanções do art. 329, *caput*, c/c o art. 69, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos narrados na peça inaugural:

«Consta do incluso inquérito policial (feito n.º 894/85), iniciado mediante auto de prisão em flagrante, que, no dia 10 de setembro de 1985, por volta de 14,30hs., no Aeroporto Municipal local, Saul Barbosa de Matos, Hather Tabares Contreras, vulgo «Jader», e Rafael Humberto Cortes Peña, o primeiro brasileiro e os demais colombianos, foram surpreendidos por agentes da Polícia Federal, trazendo consigo e transportando no interior da aeronave de prefixo PT-LEI, procedentes da Bolívia, cerca de 140 Kg. de cocaína industrializada, acondicionada em 42 sacos plásticos, incolores, e pronta para ser comercializada no Brasil, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A substância, capaz de determinar dependência física ou psíquica, foi submetida à regular constatação e exame, possuindo o princípio ativo da cocaína.

É dos autos que Isaac Newton da Silva Pessoa concorreu para o tráfico da droga, eis que esta lhe pertencia e o transporte era feito mediante sua autorização, para ser distribuída em Fernandópolis.

Os denunciados, com unicidade de propósitos, se associaram para o tráfico internacional de drogas, ficando acertado que a cocaína de propriedade de Isaac deveria ser transportada da Bolívia para o aeroporto municipal de Fernandópolis, onde seria distribuída para consumo, com posterior partilha do lucro obtido. É dos autos que, dias antes do transporte da droga, Rafael, Isaac, usando nome de Oscar Rodrigues, e um outro elemento identificado apenas como Antônio Rodrigues, estiveram em Fernandópolis, hospedados no Soton Hotel, fazendo contatos com diversas pessoas e sondando o ambiente, a fim de concluir com êxito a empreitada. Ocorre, porém, que a Polícia Federal descobriu os planos dos denunciados e armou um esquema especial para surpreendê-los em flagrante. Assim, no dia e horário apontados, a aeronave, cujas características já era conhecida da polícia, após sobrevoar a pista do aeroporto, aterrissou e o seu piloto, o denunciado Saul, estacionou-a junto à bomba de gasolina. Logo, Rafael, que se encontrava no aeroporto, foi ao encontro da aeronave, cumprimentou a sua tripulação, composta de Saul e Tabares, já fora do avião, e passou a conversar com ela e a coordenar a distribuição da droga. De imediato, agentes da Polícia Federal invadiram a pista e foram recebidos à bala, eis que Tabares sacou do revólver de marca Taurus, modelo *magnum*, calibre 357, e desferiu quatro tiros em direção aos policiais, sem, contudo, atingi-los. Houve reação dos policiais e um dos tiros acabou atingindo Tabares, ferindo-o (cf. fl. 44). Em seguida, este foi dominado completamente, o mesmo ocorrendo em relação a Rafael e Saul, que receberam

voz de prisão. Em busca realizada no interior da aeronave, foi encontrada a enorme quantidade de cocaína, acondicionada em 42 sacos plásticos, pronta para comercialização (cf. fls. 14 e 91/94).

Em poder dos denunciados foram apreendidos dólares, recibos, armas de fogo, bilhetes de passagem aérea, passaportes, cadernetas e papéis contendo inúmeras anotações, tais como endereços, telefones e números que podem significar códigos, além de nomes, e outros papéis (cf. fls. 14/19, 52, 81/84, 97/98 e 100/108).»

Recebida a denúncia, interrogados os réus e apresentadas as respectivas defesas prévias, o MM. Juiz, ao sanear o feito, determinou o desmembramento do processo, formando-se, então, um processo para cada co-réu, sobrevindo em todos decretos condenatórios, nos termos seguintes:

Isaac Newton da Silva Pessoa, nos autos da ACr. nº 7.306 — SP, foi condenado à pena-base de sete anos de reclusão (três anos e seis meses pela infração ao art. 12 e **quantum** idêntico pela infração ao art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, reconhecido o concurso material), à qual somaram seis meses, por aplicação do art. 62, I, do Código Penal. Sobre o total de sete anos e seis meses incidiu a exasperadora do art. 18, I, da sobredita lei, mediante o acréscimo de 1/3 (um terço), o que resultou na pena definitiva de dez anos de reclusão, mais a multa de 173,33 dias-multa, à razão de Cr\$ 15.000 (quinze mil cruzeiros) o dia-multa;

Rafael Humberto Cortes Peña, nos autos da ACr. nº 7.313 — SP, foi condenado à pena-base de sete anos de reclusão (três anos e seis meses pela infração ao art. 12 e **quantum** idêntico pela infração ao art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, reconhecido o concurso material), que, acrescida de 1/3 (um terço), em face de incidência do art. 18, I, da Lei de Tóxicos, redundou na pena definitiva de nove anos e quatro meses de reclusão, mais a multa de 160 dias-multa, à razão de Cr\$ 15.000 (quinze mil cruzeiros) o dia-multa;

Saul Barbosa de Matos, nos autos da ACr. nº 7.384 — SP, foi condenado à pena-base de três anos e seis meses de reclusão pela infração ao art. 12, da Lei nº 6.368/76, elevada para cinco anos, por incurso nas majorantes dos incisos I e III, do art. 18, do mesmo diploma legal, que veio a ser diminuída de 1/6 (um sexto), nos termos do § 1º, do art. 29, do Código Penal, tornando-se definitiva em quatro anos e dois meses de reclusão, mais a multa de 70 dias-multa, à razão de Cr\$ 8.334 (oito mil, trezentos e trinta e quatro cruzeiros), o dia-multa. Teve, ainda, cassada a habilitação de piloto; e

Hather Tabares Contreras, nos autos da ACr. nº 7.385 — SP, foi condenado à mesma pena que a aplicada ao co-réu Rafael Humberto Costa Peña, sendo absolvido, por insuficiência de provas, da imputação relativa ao crime de resistência (art. 329, do CP).

Apelaram o Ministério Público e todos os réus.

Insurge-se o **dominus litis** com relação às penas aplicadas, que intenta ver elevadas, de modo que a Isaac Newton seja imposta reprimenda de vinte e quatro anos, três meses e seis dias de reclusão, a Rafael e Hather de vinte anos e dez meses de reclusão e a Saul de doze anos e seis meses de reclusão (fls. 550/557, ACr. nº 7.306; fls. 540/547, ACr. nº 7.313; fls. 582/593, ACr. nº 7.384, e fls. 525/533, ACr. nº 7.885). Não foi objeto de recurso a decisão absolutória antes referida.

Dos apelos dos réus.

Nas razões de fls. 672/708 (autos da ACr. nº 7.306), Isaac Newton da Silva Pessoa, após oferecer a sua versão para os fatos, expende extensa argumentação voltada a demonstrar que a Polícia Federal forjou todas as provas, a partir da atuação desenvolvida por Antônio Carlos Rodrigues e Marcos de tal, que, segundo afirma, são heterônimos de agentes policiais federais, preparando, até mesmo, o flagrante, com o enxerto, inclusive, de pó branco na aeronave, porquanto inexistente a cocaína. Diz ter havido

tortura na fase inquisitorial e que a denúncia é inepta. Alega ter ocorrido cerceamento de defesa e que, após o Juiz Isaac Birer haver assumido a direção do processo, foram perpetrados vários atentados a direitos dos acusados. Acresce que foi criminosamente subtraída dos autos a decisão que revogou a sua prisão preventiva. Reporta-se à origem de um recibo de US\$ 205.000 (duzentos e cinco mil dólares) encontrado em seu poder. Sustenta, por fim, restar, como suporte da sentença condenatória, apenas a palavra de policiais interessados em benesses inconfessáveis.

Rafael Humberto Cortes Peña, em suas razões de apelação (fls. 594/634, ACr. n.º 7.313), afirma inexistir qualquer prova de seu envolvimento nos fatos delituosos que lhe foram imputados, apresentando-se o inquirido, a denúncia e a sentença totalmente divorciados dos autos. Argumenta, em suma, que se encontrava no Brasil com o propósito de recuperar a aeronave de sua propriedade ou adquirir outra, não tendo praticado qualquer ação contemplada no art. 12, da Lei de Tóxicos, nem sido participe da associação criminososa reconhecida pela sentença.

Saul Barbosa de Matos — Piloto da aeronave — nega haver participado de empreitada criminosa. Nas razões de fls. 596/600 (autos da ACr n.º 7.384 — SP), sustenta que desconhecia o conteúdo da carga transportada. Segundo alega, a substância entorpecente estaria acondicionada em duas malas, que desapareceram, e não distribuída no avião, na forma noticiada nos autos, o que seria impossível. Aduz não ter descido com o aparelho na Bolívia, para o transporte da cocaína. Aponta como nulidade processual a subtração de depoimentos testemunhais do crivo do contraditório. Insurge-se, ainda, quanto à cassação de sua habilitação, ao argumento de que não agiu dolosamente.

Já Hather Tabares Contreras segue a mesma linha do apelo de Isaac Newton. Dizendo forjadas as provas pela Polícia Federal e preparado o flagrante, culmina pedindo a anulação do processo (razões de fls. 573/581, ACr. n.º 7.885).

Tanto as apelações da Justiça Pública como as interpostas pelos réus foram contra-arrazoadas

A ilustra Subprocuradoria-Geral da República oficiou em todos os feitos, opinando pelo improvemento dos recursos.

Pauta com revisão.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Descarto, de plano, a alegada ocorrência de flagrante preparado. Trata-se, em verdade, de alegação que não resiste ao mais perfunctório exame, nada autorizando supor que o fato delituoso decorreu de induzimento ou provocação de autoridade policial. Não se mostra plausível a versão de que tudo haja sido engendrado pela Polícia Federal, com o apoio de organização norte-americana de repressão ao tráfico (DEA).

A grande quantidade de cocaína apreendida, retratando uma das maiores apreensões já procedidas em território nacional, é o quanto basta, a meu sentir, para formar convicção no sentido de que se está diante de um operação preparada, dirigida e desenvolvida livremente pelo tráfico organizado, sendo lícito concluir que o que fez a Polícia, dentro de sua missão investigatória, foi assenhorar-se de informações que viabilizaram a prisão em flagrante, caracterizando-se, destarte, o chamado flagrante esperado, o que não eiva de qualquer vício a ação penal.

«Não se pode confundir o agente provocador com o funcionário policial que, informado previamente acerca do crime que alguém está praticando ou vai consumir, diligência prendê-lo em flagrante, pois em tal hipótese a intervenção da autoridade não provocou, não induziu o autor do fato criminoso a cometê-lo», conforme entendimento estampado no acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal no RHC 55.361 — MG, traçando nitidamente a distinção entre flagrante preparado e flagrante esperado.

A par de extemporânea, improcede, por igual, a alegação de inépcia da denúncia. Dita peça contém em seu bojo os elementos essenciais para a instauração válida da ação penal, à luz do que dispõe o art. 41, do Código de Processo Penal, na medida em que põs em foco, precisa e claramente, os fatos e a participação de cada um dos acusados, não acarretando, de conseguinte, nenhum prejuízo para a defesa.

Inocorrente, a seu turno, o invocado cerceamento de defesa no curso da instrução. Refere-se o réu Isaac Newton à negativa de oitiva de testemunhas. A verdade é outra. O que houve foi negativa de substituição de testemunhas, tendo, no particular, decidido com todo o acerto o Juiz, limitando-se a dar aplicação ao que preceitua o art. 397, do Estatuto Processual Penal. Isaac Newton aponta, ainda, como cerceamento de defesa a rederecção de sua prisão preventiva. Não lhe assiste razão. Além de plenamente justificada, cuida de anotar que a decisão foi objeto de habeas corpus, indeferido, à unanimidade, por esta Primeira Turma.

O mesmo apelante investe contra a atuação do Juiz processante, sem, contudo, tornar patente a existência de ilegalidade ou abuso de poder. Aliás, no tocante a esse aspecto, a incongruência é manifesta, visto que, em suas alegações finais, enaltecem a conduta do magistrado, afirmando, com todas as letras, estar ele preocupado em descobrir a verdade (fl. 387, ACr. nº 7.306).

Fala-se também na subtração da decisão que havia anteriormente revogado o decreto de custódia cautelar de Isaac Newton. Tal decisão, consoante ressuma do despacho de fl. 177, da ACr nº 7.306, foi proferida em apartado, no apenso. Este apenso, de fato, não acompanhou os autos. Trata-se, porém, de mera irregularidade, que demandaria, no máximo, realização de diligência, que se revela desnecessária, porquanto desinfluyente o teor daquela peça para o julgamento nesta instância revisora.

De outra parte, evidenciam-se infundada e inverossímil, não encontrando o menor respaldo na prova produzida, quer na fase inquisitorial, quer em Juízo, a versão de que houve enxerto de um pó branco na aeronave, para justificar a ação policial. O exame atento dos autos não dá margem a que se alimente qualquer dúvida a respeito do transporte de cocaína, a partir não só do flagrante como também das próprias confissões extrajudiciais, que se harmonizam com os demais elementos de prova.

Querem, por outro lado, os apelantes fazer crer que a cocaína não poderia ser transportada na forma noticiada nos autos. Todavia, do Laudo de Verificação de Aeronave (fls. 263/267, ACr 7.306), firmado pelo Major Aviador Valter Brambilla Júnior, do VI COMAR, constata-se ser perfeitamente possível a distribuição da carga nas condições em que encontrada. É ler-se o seguinte trecho:

«Os bagageiros do nariz e do traseiro são estipulados pelo fabricante para comportarem 45kg de carga cada um. Essa recomendação visa à operação segura da aeronave, no entanto, na prática, essa limitação é ultrapassada e a aeronave voa com uma pequena perda de sua performance original, sendo essa prática contrária às normas.»

No que diz com a forma de acondicionamento da substância, «quem somente pode explicar são os próprios réus», como acentuado na sentença. Não calha, ademais, o argumento de que a cocaína, na forma como acondicionada, ficaria por demais exposta e dificultaria o seu descarregamento. Seria o caso de emprestar validade a tal argumento se o destino do voo fosse um aeroporto movimentado, e não, como na espécie, um campo de aviação interiorano, usado esporadicamente.

Com efeito, Senhor Presidente, resultou perfeitamente delineada a materialidade da infração, sendo certo que o Laudo de Exame em Substância em Pó, confirmando o laudo preliminar, mostra-se positivo para cloridrato de cocaína, valendo ressaltar, nesse passo, que foram examinadas pelos peritos amostras de cada um dos quarenta e dois sacos que continham a droga.

Em outra perspectiva, inofensíveis se apresentam a autoria e a culpabilidade. Importa sublinhar 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.

Analisei detidamente a prova e, ao cabo da análise empreendida, as minhas conclusões coincidiram, no essencial, com aquelas a que chegou o Juízo de primeiro grau. O certo é que a prova de acusação não foi destruída, subsistindo íntegra e bastante a ensejar decreto condenatório. A propósito, colho e endosso o seguinte lance do *decisum*:

«Não pode a defesa exigir do Judiciário, absolvição dos acusados, porque o tal «Antônio Rodrigues» escapou da ação policial, porque é agente do DEA — Americano, etc... É sabido no Direito Penal que nem mesmo é possível a compensação ou concorrência de culpas, e com maior razão, absolvição porque um envolvido deixa de ser processado, por qualquer que seja a circunstância. O Judiciário condena ou absolve os acusados mediante ação penal regular e a prova dos autos. Com relação ao «Antônio Rodrigues» já foi determinada a instauração de inquérito policial visando à apuração de elementos necessários para a instauração da ação penal.

Da mesma forma, não pode a defesa invocar a interferência da polícia americana, sem qualquer prova de ilegalidade nos autos e acima de tudo sem conseguir provar inocência no decorrer da instrução criminal e derrubar por qualquer modo, os fatos criminosos que lhes são imputados, não podendo mereas alegações sem provas, amparar uma sentença absolutória. É o que ocorre também, quando o réu Isaac Newton diz que foi envolvido numa trama e é inocente, sem contudo provar qualquer circunstância de sua fala; diz o réu Rafael Humberto que pretendia adquirir uma aeronave usada ou a sua que havia sido roubada na Colômbia. A estória, *primeiro* sem provas, *segundo* não convence uma vez que Fernandópolis não possui qualquer destaque na aviação comercial, civil ou militar, não possuindo nem mesmo aeroporto propriamente dito, mas sim «campo de aviação» e não justifica o acusado ficar 10 dias hospedado nesta cidade (Isaac 3 dias) para finalmente ser preso em flagrante com a aterrissagem do avião carregado de cocaína. Tanto que, verdadeira quadrilha de «colarinho branco», quando surpreendidos em suas ações criminosas, sempre têm, premeditadamente, as estórias para pretender justificar, não podendo a Justiça Criminal aceitá-las sem provas e elementos a corroborá-las. Tanto que, com relação aos acusados Saul Barbosa e Hather Tabares, surpreendidos transportando e praticamente «sentados» materialmente sobre a droga, inventaram outras estórias: Saul, o piloto, ingenuamente, não sabia que transportava cocaína, embora imaginava coisa ilícita pelo preço que estava recebendo para o «transporte»; Hather Tabares, inicialmente confessa tudo, depois, usando estratégia de defesa, simplesmente passa a alegar que foi coagido e torturado pela polícia, mas sem qualquer prova esquece, ou melhor, não consegue nem mesmo explicar o transporte da droga e a apreensão quando da aterrissagem no campo de aviação local.»

Dizer-se, Senhor Presidente, que houve, *in casu*, inversão do ônus da prova é transmutar a realidade que emerge cristalina dos autos. Como se viu do trecho da sentença agora antes lido, o que ficou claro é que os argumentos contrapostos pelos réus não conseguiram elidir a prova produzida em desfavor deles.

Ainda nessa ordem de idéias, cabe aduzir que não há como negar valor probante às confissões extrajudiciais. Elas se ajustam, com precisão, ao conjunto probatório, indicando circunstâncias, eventos e partícipes, tudo se casando com os demais elementos

coligidos. É bem de ver que já decidiu o Excelso Pretório que a confissão feita no inquérito policial, embora retratada em Juízo, tem valia, desde que não elidida por quaisquer indícios ponderáveis, esteja em consonância com as demais provas trazidas para os autos (R. Criminal nº 1.261).

Também não vislumbro razão alguma para acolher a impugnação feita aos depoimentos prestados pelos policiais, pois que afinados com o restante da prova.

Se estivessem isolados nos autos, como incriminadores, seria o caso de prevalecer o inconformismo dos réus. Aliás, deve ainda estar bem presente na memória de meus pares voto que proferi recentemente e que mereceu o aval da Turma, reformando sentença condenatória porque calcada tão-só em depoimentos de policiais.

Enfim, Senhor Presidente, o exame acurado dos autos demonstra, de um lado, que nenhuma das circunstâncias indicadas como nulificantes do processo pode ser erigida à categoria de nulidade absoluta, nem sequer de relativa, e, de outro, que estão cumpridamente provadas a materialidade, a autoria e a culpabilidade, devendo subsistir, portanto, a condenação.

Já no respeitante às penas aplicadas, merece reparo a sentença. Primo, porque é assente no Tribunal o entendimento de que não há concurso material entre os delitos capitulados nos artigos 12 e 14, da Lei de Tóxicos. A associação só admite punição como delito autônomo e único. Em havendo, como na hipótese *sub examen*, cometimento do ilícito previsto no art. 12, é de aplicar-se a exasperadora do art. 18, III. Tal entendimento está espelhado, dentre outros julgados, no acórdão na Revisão Criminal nº 449-RS, apreciada pela Egrégia Primeira Seção na assentada de 16 de agosto último. Segundo, porque a prova não é conclusiva, aí sim, de que haja o réu Isaac Newton tido a iniciativa da *societas sceleris* ou dirigido a atividade dos demais agentes, de maneira a justificar a cominação de agravante do art. 62, I, do Código Penal.

Nessas condições, Senhor Presidente, impende adequar as condenações impostas aos réus Isaac Newton da Silva Pessoa, Rafael Humberto Cortes Peña e Hather Tabares Contreras, nos termos seguintes:

— pena-base de três anos e seis meses de reclusão pela infração ao art. 12, da Lei nº 6.368/76, que tenho, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, como corretamente fixada, que, elevada de 2/3 (dois terços), por incidência das exasperadoras dos incisos I e III, do art. 18, da Lei de Tóxicos torna-se definitiva em cinco anos e dez meses de reclusão; e

— multa, em face do critério da proporcionalidade entre a pena privativa de liberdade e a pecuniária, de 100 dias-multa, mantido o valor arbitrado para o dia-multa.

Em relação ao réu Saul Barbosa de Matos, nada há a modificar na sentença, pois que não foi amparado pelo crime de associação. Tendo em vista a reprovabilidade da sua conduta e a intensidade do dolo afigura-se sem mácula a pena aplicada, bem assim a cassação de sua habilitação de piloto, com espeque no art. 91, III, do Código Penal.

A irresignação do Ministério Público também não merece prosperar. A moderna política criminal não se compadece com penas elevadas, que a nada conduzem, servindo apenas, no dizer do saudoso Heleno Fragoso, para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória.

Isto posto, Senhor Presidente:

— nos autos da Apelação Criminal nº 7.306 — SP, dou parcial provimento à apelação do réu, para reduzir-lhe a pena para cinco anos e dez meses de reclusão e a multa para 100 dias-multa. Nego provimento à apelação do Ministério Público;

— nos autos da Apelação Criminal nº 7.313 — SP, dou parcial provimento à apelação do réu, para reduzir-lhe a pena para cinco anos e dez meses

de reclusão e a multa para 100 dias-multa. Nego provimento à apelação do Ministério Público;

— nos autos da Apelação Criminal nº 7.384 — SP, nego provimento a ambos os apelos; e

— nos autos da Apelação Criminal nº 7.385 — SP, dou parcial provimento à apelação do réu, para reduzir-lhe a pena para cinco anos e dez meses de reclusão e a multa para 100 dias-multa. Nego provimento à apelação do Ministério Público.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Revisor): Estamos diante de caso criminal, em que se vale o julgador, para chegar à certeza do fato e da autoria, assim como da culpabilidade dos agentes, da chamada prova composta, em que entram a de natureza pericial, a confissão, a testemunhal e, por último, mas não a menos importante, a indiciária, no dizer de DELLEPIANE, a suma de toda a prova, a **probatio probatissima**, que até tempos atrás, se atribuiu à confissão e, em um estágio mais adiante, à prova pericial, dita a «rainha das provas».

A prova indiciária tem sua base no método reconstrutivo, que é usado pelas mais diversas ciências, desde a paleontologia até as ciências sociais. É consiste em recolher vestígios, dados comprovados, conservá-los, descrevê-los, observá-los, inclusive com auxílio de peritos, cotejá-los em face de princípios e leis científicas ou empíricas ministradas pelo conhecimento, fazer um juízo crítico do valor das conclusões inferenciais a que se chega, para daí, através de raciocínio lógico, atingir a verdade, que é a meta do julgador, tanto quanto do estudioso de qualquer ciência reconstrutiva. «Toda verdade deve resistir à prova da dúvida e sair triunfante».

Todas as provas se reduzem a uma operação de inferências, isto é, a resultante é de natureza indiciária, ou, no dizer de MITTERMAIER:

«Todos, absolutamente todos os meios probatórios, se resolvem em verdadeiros indícios de culpabilidade ou de inocência, a ser apreciados para a formação de nossos juízos».

Todo fato provado que pode levar ao conhecimento de outro fato desconhecido, através do raciocínio lógico, constitui um indício. Para tanto, se faz uso de inferências, que repousam em um método misto, dedutivo-indutivo, capaz de uma conclusão de certeza ou, ao menos, de probabilidade tanto mais aproximada da certeza, quanto mais concorram os fatos e convirjam as inferências analógicas, com leis ou regras de compreensão da natureza dos fatos indicados, fundadas no conhecimento científico ou na realidade empírica desses mesmos fatos.

Quando a conclusão se funda em premissas certas, a menor, o fato comprovado — elemento indicador; a maior, a lei científica e imutável, temos absolutamente certa a conclusão que aponta o fato indicado.

Quando, no entanto, a premissa maior não corresponde a uma lei imutavelmente certa, a conclusão se situará dentro do provável, mas essa probabilidade de certeza se aproximará mais da verdade quando se a examina em face da teoria do verossímil e se adotam processos de comparação e confronto com elementos que podem concorrer para a afirmação do fato indicado.

Assim, além de examinar os indícios e sua natureza, bem como as probabilidades, se homogêneas ou se heterogêneas, passa-se a uma operação de verificar a concordância desses fatos comprovados fazendo exclusão das chamadas hipóteses contraditórias, relacionadas com o acaso, a sorte ou o azar, bem assim como a falsidade de prova. Desse conjunto de operações mentais, extraem-se as inferências e, ao exame da conver-

gência destas ou de sua divergência, tem o aplicador da lei a certeza que lhe infunde convicção, no sentido da autoria e da culpabilidade do agente criminoso ou de sua inocência, passando pela dúvida, esta insusceptível de autorizar condenação.

Feitas estas considerações, com o objetivo de demonstrar a aplicação do raciocínio lógico, em face de elementos indicadores, base e fundamento da prova chamada indiciária, cabe examinar a situação do caso concreto.

Aqui, temos provados fatos, que informam a materialidade do delito de tráfico internacional de tóxicos, extreme de qualquer dúvida: a) houve apreensão de grande quantidade de droga, acondicionada em 42 sacos de material plástico, que era trazida a bordo do avião, pilotado por um dos apelantes e tendo a bordo, como guardião da carga, outro deles; houve a prisão em flagrante de delito, tanto desses que se achavam a bordo, quanto de um terceiro, que esperava, desde dias, a chegada da aeronave e de sua carga, há laudo de exame pericial, constatando que o conteúdo dos 42 sacos era de cocaína, tomadas, para as análises adequadas, amostras de todos os 42 sacos.

A autoria, em relação aos ocupantes do avião, pelo menos, se apresenta insusceptível de qualquer dúvida, estadeada na própria prisão em flagrante.

O pilogo, *Saul Barbosa de Matos*, teria, a seu dizer, iludido o proprietário do avião, para atender ao negócio que lhe fora proposto de conduzir a carga, de uma fazenda na Bolívia, até a cidade de *Fernandópolis*, no Estado de São Paulo, dizendo ao referido proprietário, que iria submeter a aeronave a revisão. Embora afirme desconhecer a natureza da carga transportada, as circunstâncias indicam que tal não ocorria, posto que acertara o transporte por cinco mil dólares, quantia bastante elevada, trazia a aeronave sem conhecimento de seu proprietário e patrão, tomara a carga em uma fazenda no interior da Bolívia, sendo a mesma acondicionada no avião, rumara diretamente a *Fernandópolis*, onde há campo de pouso de pouca frequência, como destaca a sentença.

Sua confissão no auto de prisão em flagrante não restou destruída pela retratação que procurou fazer em Juízo, sendo de dizer que o mesmo admite não ter sido coagido, embora se sentisse emocionalmente abalado com os fatos, além de que há prova pericial de que todos os presos em flagrante se achavam em perfeitas condições físicas, salvo o que fora ferido na troca de tiros no momento da prisão.

Indícios: a) a carga foi embarcada em uma fazenda na Bolívia; b) a viagem foi feita diretamente a *Fernandópolis*, interior de São Paulo; c) não houve parada em qualquer outro aeroporto; d) havia apetrechos para abastecimento em pleno vôo, com vasilhames de combustível no interior da aeronave.

São indícios concordantes, pois todos ligados ao embargo e à preocupação em transportá-la para lugar ermo, distante 600 Km de São Paulo, com «vida aérea inexistente, seja mesmo no contexto regional ou local», no dizer da sentença.

Essas circunstâncias convergem para, aliada à prova da materialidade da infração, demonstrar a certeza de participação consciente no tráfico da cocaína apreendida.

Hather Tabares Contreras, cidadão colombiano, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, confessa amplamente a sua participação, bem como a ligação dos outros sentenciados, *Rafael Humberto* e *Isaac Newton*, no negócio. Diz que agiu a mando de *Isaac* e *Carlos Mamani*, que se achavam juntos, quando da contratação. Conhecia *Isaac* e sabia que o mesmo morava em Brasília; recebia ele; *Harther*, cinco mil dólares para fazer a internação da droga no território brasileiro, devendo entregá-la em *Fernandópolis*, no interior de São Paulo, sendo de sua alçada contratar o piloto, que receberia o pagamento com a entrega da carga.

Em Juízo, não fez retratação convincente, pois que tentou apenas inocentar *Isaac*, com o qual mantinha relações de amizade, desde *Guajará-Mirim*, sendo locatário de um apartamento a ele pertencente na *Tijuca*, no Rio de Janeiro. Fica-se sabendo que

foi ele a pessoa encarregada por Isasc para receber no aeroporto do Rio de Janeiro a Rafael Humberto, com quem foi fotografado em uma casa noturna naquela cidade.

Assim, *Harther*, morador em apartamento pertencente a *Isaac*, no Rio, recebeu *Rafael Humberto*, com ele foi fotografado em casa noturna nessa cidade, tinha em suas anotações telefones de *Isaac*, contratou a aeronave para o transporte clandestino da carga, que dizia ser de pedras preciosas, as quais não foram, no entanto, encontradas e apreendidas.

São todas estas circunstâncias capazes de corroborar a versão contida no auto de prisão em flagrante, no calor dos próprios acontecimentos, pois que revelam indícios concordantes, dos quais se extraem inferências absolutamente convergentes, para a demonstração de autoria de todos os envolvidos na ação.

Rafael Humberto Cortes Peña, também cidadão colombiano, como *Harther*, embora dizendo que se achava em Fernandópolis para procurar um avião seu, que fora furtado na Colômbia, chega a admitir que estava a esperar a aeronave em que foi transportada a droga, para receber dinheiro que dera a *Isaac Newton* e que aceitara receber essa importância em cocaína, afirmando ainda que sabia que os demais eram traficantes de entorpecentes.

Além dos já examinados, outros indícios militam em favor da versão dada por ocasião do seu interrogatório, no auto de prisão em flagrante, apresentando como inverossímil a de seu interrogatório em Juízo.

Assim, a circunstância de permanecer em Fernandópolis, à espera da aeronave que veio a ser apreendida; a de ter sido hóspede por 15 dias em casa de *Isaac*; a ligação com *Harther*, no Rio de Janeiro, onde chegou a ser fotografado em uma casa noturna; a viagem com *Isaac* a Fernandópolis; a ligação com tal «Antônio Rodrigues», que diz haver fugido no momento da prisão; a sua aproximação do avião, logo ao aterrissar, ainda na pista e o contacto com os seus ocupantes, na proximidade da bomba de combustível, tudo aliado às provas diretas colhidas sobre a apreensão da carga de cocaína, levam, dada a concordância dos indícios e a convergência das inferências que deles são extraídas, à certeza de sua participação do delito de tráfico de entorpecentes.

Quanto a *Isaac Newton da Silva Pessoa*, além das confissões, dos demais co-réus, quando da oportunidade do auto de prisão em flagrante, não infirmadas, com visto, pelas demais provas dos autos, antes, por elas confirmadas, há que ponderar, não só os indícios já analisados em relação aos outros, mais a existência de anotações de sua autoria, a respeito de encomenda, que teria recebido de pessoa de quem não recorda o nome, de material destinado à destilação de coca: éter, álcool, acetona, etc., suas ligações com *Rafael* e *Harther*, as viagens empreendidas com *Rafael*, sua hospedagem com nome suposto em Fernandópolis, de onde se ausentou poucos dias antes da chegada da aeronave com a droga, bem como a sua ciência, manifestada quando foi interrogado pela autoridade policial, de que, embora não fosse dono da cocaína, «pois não tem condições financeiras para tal aquisição, tinha ciência de que os três elementos supra mencionados negociavam com a cocaína apreendida», são indícios concordantes, de que resultam outras tantas conclusões convergentes, capazes de levarem à certeza de seu envolvimento com a ação empreendida.

Em contrário a essas conclusões, não convence a história engendrada, em relação à procura de avião furtado a *Rafael*, na Colômbia, por inverossímil.

Embora a elevada intensidade do dolo, bem como a gravidade da infração, não vejo porque dar provimento à apelação da Justiça Pública, autora, tendo em vista que os apenados são teoricamente primários, apresentando-se suficiente à prevenção e repressão do crime a pena-base que foi fixada na sentença.

Entendo que não há possibilidade de apenação, sob o fundamento de concurso material de delitos, pela infração definida no art. 12 e do art. 14 da Lei de Tóxicos,

pois que este último delito tem caráter autônomo e se pune quando inexistente a prática do primeiro, ao qual se acresce a causa de exasperação do art. 18, III, da citada lei.

Em face do exposto, voto com o eminente Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Da leitura atenta do relatório e dos votos proferidos pelos eminentes Relator e Revisor, ficou-me, também, a convicção de que a materialidade e a autoria estão cumpridamente provadas nos autos.

A distinção feita pelo eminente Relator quanto ao flagrante preparado e o esperado, sendo certo que, no primeiro, havendo a colaboração dos agentes para a eclosão do fato, o flagrante é nulo e, no segundo, não havendo tal colaboração, o ato se pratica apenas pela vontade dos delinqüentes e é evidente que o flagrante é perfeitamente válido.

Quanto à confissão, como se sabe, no direito brasileiro, é divisível e retratável, sendo válida a confissão feita extrajudicialmente, devendo-se, nestes casos, tomar por termo, sempre que houver oportunidade. Mas, se ela, como prova emprestada, feita no inquérito, não é confirmada em Juízo, ainda assim, deve-se confrontar o texto da confissão feita fora da presença do Juiz com os demais elementos constantes dos autos. Se houver essa harmonia é evidente que a confissão serve também à convicção do Juiz, como, de modo oposto, ainda que houvesse confissão, se ela não se harmoniza com as provas do processo, estar-se-ia defronte de um daqueles casos de auto-acusação, a que o Poder Judiciário não empresta valia.

Pelo que entendi, e também ouvi os ilustre advogados afirmarem da Tribuna, não se procura emprestar eficácia aos depoimentos das testemunhas, porque seriam policiais. Indago ao eminente Relator se porventura houve contradita a essas testemunhas e, na hipótese de ter havido, se elas foram aceitas pelo Juízo.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Aparte): Não. As testemunhas policiais não foram contraditadas.

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Indago, também, se houve exceção de suspeição em face da alegação de que o Juiz teria interesse, por ser egresso da Polícia Federal.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Aparte): Não há nenhuma notícia nos autos. A notícia surge nas razões de apelação.

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Estou esclarecido, eminente Ministro. Não havendo a exceção, é evidente que a alegação feita é meramente gratuita.

Então, estando provadas a materialidade e a autoria, bem analisadas as provas nos doutos votos dos Srs. Ministros Relator e Revisor, com eles, também, estou acorde, quer na fundamentação dos seus votos, quer na conclusão.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 7.306 — SP (Reg. nº 7.871.392) — Relator: O Sr. Min. Costa Leite. Revisor: O Sr. Min. Dias Trindade. Aptes.: Isaac Newton da Silva Pessoa (réu preso) e Justiça Pública. Apdos.: Os mesmos. Adv.: Dr. Abdias Bispo de Oliveira e Outro (1º Apte.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação do réu Isaac Newton da Silva Pessoa para reduzir-lhe a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a multa para 100 (cem) dias-multa, mantido o valor dia-multa, fixado na sentença, e, também por unanimidade, negou provimento ao apelo do Ministério Público. (1ª Turma: 16-12-86).

Os Srs. Mins. Dias Trindade e Washington Bolivar votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.477 — PA
(Registro nº 4.423.798)

Relator: Sr. Ministro Costa Leite

Suscitante: União Federal

Suscitados: Juízo de Direito de Altamira-PA e Juízo Federal no Pará

Partes: Oca Mineração Ltda. e Manoel Conceição Pinheiro

EMENTA: Competência. Inexistência de interesse da União.

I — A manifestação do interesse da União no feito desloca a competência para a Justiça Federal, sede jurisdicional própria para a emissão de juízo do valor quanto ao invocado interesse. Resultando negativo esse juízo de valor, a providência que cabe é a restituição dos autos ao Juízo de origem, que tem a competência restabelecida, porquanto insubsistente o motivo por que dela declinara. In casu, cumpria à União agravar da decisão do Juiz Federal, que a inadmitiu na relação processual, e não suscitar conflito negativo de competência.

II — Conflito não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do conflito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de fevereiro de 1987 (data de julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. MINISTRO COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pela União Federal, nos autos da ação de manutenção de posse promovida por Oca Mineração Ltda., contra Manoel Conceição Pinheiro e outros, aos seguintes argumentos (fls. 4/5):

«1. Por se tratar de ação de manutenção de posse onde a autora pretende preservar a autorização obtida, através de alvará, para exploração de jazida mineral, a União Federal habilitou-se perante o Juiz estadual por onde tramitava o feito, eis que o julgamento da ação atinge diretamente seu inte-

resse econômico e jurídico na questão, eis que os efeitos da sentença sobre ela poderiam ser projetados caso considerasse a autora desprovida do direito alegado. Tal situação poderia implicar até na revogação dos alvarás ministeriais concessivos do direito de exploração, além de atingir o próprio poder de polícia de um órgão federal, o DNPM.

2. Reconhecendo procedência na argumentação expendida, a MM. Juíza de Direito da Comarca de Altamira, à fl. 193 verso, considerou-se incompetente para processar a julgar o feito, anulou os atos decisórios já praticados, e encaminhou os autos à Justiça Federal.

3. Na Justiça Federal, o MM. Juiz Dr. Aristides Porto de Medeiros, a quem foram os autos por impedimento do MM. Juiz Dr. Anselmo Santiago, após alguns considerandos, nos quais reconhece que a Juíza de Altamira deuse por incompetente, conclui que a competência para apreciar o feito pertence ao Juízo da Comarca de Altamira, a quem determina a restituição dos autos.

4. Ora, Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente, o despacho do Juiz «a quo» afirmando que a competência no caso pertence ao Juízo de Altamira implica numa afirmativa de incompetência, tal qual já fizera, antes, a Juíza da Comarca Estadual. Configurada, portanto, está a hipótese do artigo 115, II, do CPC, que afirma existir conflito de competência quando dois juízes se consideram incompetentes. Não pode, assim, o processo ser remetido à Comarca Estadual sem definição do conflito ora suscitado.»

Pelo despacho de fl. 11, determinei, em 15 de fevereiro de 1985, fossem ouvidos os magistrados suscitados, voltando-me os autos conclusos, com as informações pertinentes, só em 19 de janeiro do ano em curso.

Instada a manifestar-se, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido de que seja declarada a competência do Juízo Estadual.

Este o relatório.

VOTO

EMENTA: Competência. Inexistência de interesse da União.

I — A manifestação do interesse da União no feito desloca a competência para a Justiça Federal, sede jurisdicional própria para a emissão de juízo do valor quanto ao invocado interesse. Resultando negativo esse juízo de valor, a providência que cabe é a restituição dos autos ao juízo de origem, que tem a competência restabelecida, porquanto insubsistente o motivo por que dela declinará. *in casu*, cumpria à União agravar da decisão do Juiz Federal, que a inadmitiu na relação processual, e não suscitar conflito negativo de competência.

II — Conflito não conhecido.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): É assente nesta Corte, bem assim no colendo Supremo Tribunal Federal, que a manifestação do interesse da União no feito desloca a competência para a Justiça Federal, sede jurisdicional própria para a emissão de juízo de valor quanto ao invocado interesse.

No entanto, na hipótese desse juízo do valor resultar negativo, com a conseqüente inadmissão da União na relação processual, como na espécie vertente, a providência que cabe é precisamente a que determinada pelo Doutor Juiz Federal, vale dizer, restituição dos autos ao Juízo de origem, cuja competência é então restabelecida, por isso que insubsistente o motivo por que dela declinará.

Nessa linha de entendimento, dentre outros, o Acórdão no AI nº 40.436, da lavra do eminente Ministro Armando Rollemberg, assim enunciado:

«Competência. Por imperativo do disposto no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, intervindo a União como assistente ou operante, em processo em andamento na Justiça local, perde o juiz instantaneamente a competência para funcionar no feito, competência que lhe será devolvida se, remetido o processo à Justiça Federal, esta decidir não se justificar a adoção pela interveniente de qualquer das duas posições mencionadas.»

Na verdade, cumpria à União agravar da decisão do Juiz Federal, que a inadmitiu na relação processual, e não suscitar conflito negativo. Este só existiria se o Juiz de Direito, ao receber os autos, viesse a declinar da competência restabelecida em consequência da exclusão da União do feito.

Isto posto, não conheço do conflito. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC. n.º 5.477 — PA — (Reg. n.º 4.423.798) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lei. Suscitante: União Federal. Suscitados: Juízo de Direito de Altamira-PA e Juízo Federal no Pará. Partes: Oca Mineração Ltda. e Manoel Conceição Pinheiro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do conflito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 25-2-87 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Dias Trindade, José Dantas, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Costa Lima e Carlos Thibau votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Washington Bolívar e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.453 — SP
(Registro nº 6.139.701)

Relator: Ministro José Cândido

Suscitante: Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Ribeirão Preto — SP

Suscitados: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Lagoa Vermelha — RS e Juiz de Direito de Sananduva — RS

Partes: Laurindo Mendes Carneiro e outros e Danilo Ribeiro Lobo e cônjuge

Advogados: Drs. Paulo Moyses de Andrade e Danilo Ribeiro Lobo

EMENTA: Conflito de competência. Exceção declinatória de foro.

A ação para anular venda promovida por interditando é de natureza pessoal, devendo ser proposta no foro do domicílio do réu.

No caso dos autos, a ação foi proposta no foro da situação do imóvel, cuja competência se prorrogou por não haver sido oportunamente excepcionado.

Conflito dirimido em favor do Juízo de Direito de Sananduva — RS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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 Comarca de Sananduva — RS, 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, 16 de abril de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Está assim formulado o presente conflito, na exposição sumária dos fatos, pelo ilustre suscitante, Dr. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Ribeirão Preto, verbis:

«1. Laurindo Mendes Carneiro, Thereza Mendes Bitencourt, Júlia Mendes de Mattos e Alcides Mendes requereram a interdição de João Batista Car-

neiro, pleiteando, cumulativamente, a anulação da venda feita a Danilo Ribeiro Lobo, além de uma procuração a este outorgada. O imóvel objeto da venda se situa, no Município de Ibiacá, Comarca de Sananduva — RS, perante cujo Juízo aforou-se a demanda (anexo I).

2. Houve por bem o ilustre Magistrado daquela Comarca em declinar, ex-officio, de sua competência, com a remessa dos autos ao Juízo de Direito da Comarca de Lagoa Vermelha (RS), onde o réu teria domicílio (anexo II).

3. Em seguida, ocorreu o falecimento do interditando, diante do que obtiveram os autores que a ação passasse a prosseguir contra Danilo Ribeiro Lobo e a mulher, limitada a pretensão à anulação da escritura e da procuração (anexo III).

4. Acatou o MM. Juiz de Direito da última Comarca o requerimento (anexo IV), admitindo, por via reflexa, sua competência para o processamento e a solução da causa.

5. Nesse meio-tempo, ingressaram os promotores da ação com medida cautelar de arresto, dirigida igualmente ao casal de Danilo Ribeiro Lobo, encontrando-se os autos em apenso (anexo V).

6. Os réus, ao mesmo tempo em que contestaram a ação principal e a cautelar incidental, argüíram, em apartado, exceções de incompetência (anexos VI e VII).

Sucede que, na exceção suscitada em atenção à causa principal (anexo VI), os excipientes, a pretexto de que prevaleceria, in casu, o *forum rei sitae*, apontaram única e exclusivamente como competente o Juízo de Direito da Comarca de Sananduva, deixando de fazer qualquer referência ao desta Comarca de Ribeirão Preto, para onde, entretanto, o processo acabou sendo remetido (anexo VIII).

É certo que no que diz respeito à outra exceção (anexo VII), declinou-se a competência concomitantemente a este Juízo. Tem-se todavia, que o processo cautelar foi ajuizado posteriormente ao principal, sendo aplicável à hipótese, portanto, as regras contidas nos arts. 108, 253 e 800 do Código de Processo Civil. O derradeiro preceito, em sua primeira parte, estatui: «As medidas cautelares serão requeridas ao Juiz da causa».

7. Nessas condições, se se considerar que se cuida aqui de competência relativa, não podia o digno Magistrado, exceto, *data maxima venia*, remeter os autos a Juízo não indicado pelos excipientes como o competente. Tal indicação ocorreu sim na exceção relativa ao processo cautelar; mas — repete-se — o acessório é que deve seguir a sorte do principal e não vice-versa».

Depois de algumas considerações de ordem doutrinária, e da transcrição de alguns julgados, prossegue o ilustre suscitante, verbis:

«Não foi o que entendeu o inclito Juízo a quem distribuída inicialmente a ação (anexo II), que abdicou espontaneamente de sua competência, sob o argumento de estarem em jogo simples direitos pessoais, nada obstante um dos objetos do pedido já fosse o mesmo (anulação de escritura de compra e venda), embora outro o demandado.

Num segundo enfoque, por conseguinte, estar-se-ia diante de causa que forçosamente deveria tramitar perante o foro de situação (competência absoluta), do que igualmente decorre dúvida sobre quem deva processá-la e questioná-la.

Assim, sendo, para que o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em sua alta sabedoria, solucione de vez a questão, estabelecendo a regra de competência a ser observada na hipótese, instaura-se o presente conflito negativo.»

Nesta Corte, foram anexados ao processo as petições de fls. 45/6 e 51/2, esta última instruída com cópia da decisão proferida pela egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos do Agravo de Instrumento nº 584.04374-9, procedente de Lagoa Vermelha — RS, em que são partes Laurindo Mendes Carneiro e outros, como agravantes; e Danilo Ribeiro Lobo e s/mulher Sumiko Ito Ribeiro Lobo, como agravados, envolvendo o mesmo tema discutido no presente conflito.

Ouvida, a douta Subprocuradoria emitiu parecer dando pela competência do Juízo de Direito de Sananduva — RS, um dos suscitados.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Conflito de competência. Exceção declinatória de foro.

A ação para anular venda promovida por interditando é de natureza pessoal, devendo ser proposta no foro do domicílio do réu.

No caso dos autos, a ação foi proposta no foro da situação do imóvel, cuja competência se prorrogou por não haver sido oportunamente excepcionado.

Conflito dirimido em favor do Juízo de Direito de Sananduva — RS.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A ação principal de interdição de João Batista Carneiro, cumulada com anulação de venda a Danilo Ribeiro Lobo e de uma procuração a este outorgada, foi ajuizada na Comarca de Sananduva — RS, porque o imóvel objeto da venda se encontra no Município de Ibiaçá, Comarca de Sananduva.

Considerando que o feito primordial era o da interdição, o Juiz de Direito de Sananduva — RS, declinou de sua competência em favor do Juiz de Direito de Lagoa Vermelha — RS, onde teria residência o interditando. Tratava-se de aplicação do artigo 94 do Código de Processo Civil.

Por despacho do Juiz de Lagoa Vermelha os autos chegaram ao Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Ribeirão Preto — SP, que se dando por incompetente suscitou o presente conflito.

Com razão, no meu entender, o ilustre suscitante. Basta que se acentue que embora residentes os réus, em Ribeirão Preto — SP, deixaram eles de excepcionar o Juízo de Direito de Sananduva — RS, só o fazendo nos autos do processo cautelar, apensos aos da ação principal, estabelecendo-se por força da prorrogação, a competência do Juízo da situação do imóvel, isto é, o Juízo da Comarca de Sananduva — RS, por sinal o indicado pelos réus, na exceção de incompetência na ação principal, por se tratar de ação fundada em direito real sobre imóvel.

No particular, merece absoluto apoio o voto do eminente Desembargador Athos Gusmão Carneiro, Relator do Agravo de Instrumento a que reporta o Relatório, quando afirma, verbis:

«Ora, a ação de nulidade de contrato de alienação, promovida sob o fundamento de incapacidade civil do alienante, é ação pessoal, a ser proposta, de regra, no foro do domicílio do réu. Proposta em outro Juízo, prorrogar-se-á, todavia, a competência do Juízo processante, se o demandado não opuser em tempo hábil exceção declinatória de foro. É que as regras sobre competência relativa foram editadas tendo em consideração, não interesses de ordem pública, mas, prevalentemente, o interesse pessoal das partes, recaindo, destarte, na esfera de disponibilidade das mesmas.»

Não há, conseqüentemente, dúvida sobre a competência do Juízo de Direito de Sananduva — RS, ora suscitado para processar e julgar o feito. Com esta tese está de pleno acordo a douda Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls.

Isto posto, dou pela procedência do conflito, e declaro a competência do suscitado, Juízo de Direito de Sananduva — RS.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC n.º 6.453 — SP — (Reg. n.º 6.139.701) — Rel.: Min. José Cândido. Suscte.: Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Ribeirão Preto — SP. Suscdos.: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Lagoa Vermelha — RS e Juiz de Direito de Sananduva — RS. Partes: Laurindo Mendes Carneiro e outros e Danilo Ribeiro Lobo e cônjuge. Advs.: Drs. Paulo Moyses de Andrade e Danilo Ribeiro Lobo.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito para declarar competente o Dr. Juiz de Direito da Comarca de Sananduva — RS, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (Em 16-4-86 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezini, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Nilson Naves, Dias Trindade, José Dantas, Washington Bolívar, Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Min. Relator. Não participou do julgamento o Sr. Min. Costa Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Min. GUEIROS LEITE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.922 — SP
(Registro nº 7.262.523)

Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves

Suscitante: Juízo de Direito de Vargem Grande do Sul — SP

Suscitado: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Uberaba — MG

Partes: João Romano Felipe, Nacional Expresso Ltda., José Carvalho e Magda Abadia de Melo Souza

Advogados: Drs. Maurício Romano Felipe e outro, Antônio Carlos Colo e outro, João Delfino e outros e Cerly Beatriz Manzan Guimarães

EMENTA: Processo Civil. Ações conexas. Prevenção. Competência.

«A relação jurídica processual só se aperfeiçoa com a citação de todo os réus, dada a impossibilidade de ser cindida a ação» (CC-3.741). Em se tratando de ações conexas, ajuizadas em comarcas diferentes, diversa a competência territorial, portanto, a primeira citação válida, daí decorrendo a formação do processo, torna prevento o Juízo. Aplicação dos arts. 219 e 263 do Cód. de Pr. Civil. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado.

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 4ª Vara Cível de Uberaba-MG, 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, 3 de setembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. MINISTRO NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Um acidente envolvendo três veículos, ocorrido no mês de julho do ano de 1983, deu causa à propositura de quatro ações: três na Comarca de Uberaba, Estado de Minas Gerais, o local do acidente («No dia 13-7-1983, às 7:40 horas, na cidade de Uberaba-MG, no cruzamento..., ocorreu um acidente automobilístico...» — fl. 7); uma na Comarca de Vargem Grande do Sul, Estado de São Paulo.

O Dr. Juiz da Comarca mineira deu-se por incompetente para processar e julgar as três ações que recebera, ao fundamento, em síntese:

«Impõe-se, portanto, como dever do Juiz, a determinação no sentido da reunião das ações, em processos simultâneos, para a uniformização dos julgamentos.

Observe-se, outrossim, que a reunião das ações, distribuídas a Juizes igualmente competentes, importa em modificação da competência, decidindo-se esta em favor daquele a quem foi distribuída a primeira. A anterioridade da distribuição, no caso, resulta na prevenção da competência.

Verifica-se dos autos que a ação de João Romano Felipe foi aforada na Comarca de Vargem Grande do Sul — SP, em 30 de agosto de 1983 (fl. 183, autos nº 21.874), cuja competência ficou firmada para o processo e julgamento de todas as outras, aforadas posteriormente, com base no mesmo fato.

Ex-positis, determino a remessa dos Processos nºs 23.388, 23.713 e 21.874 à Comarca de Vargem Grande do Sul — SP, para que ali, s.m.j., sejam apensados aos da ação que corre naquela Comarca e julgados simultaneamente.»

O Dr. Juiz da Comarca paulista, proclamando-se incompetente, suscitou o conflito, por ofício, de que recolho estes trechos:

«Todavia, na espécie, por se tratar de Juizes que não têm a mesma competência territorial, a matéria é regulada pelos artigos 219 e 263 da Lei Processual Civil pátria, que asseguram ficar prevento o Juízo depois que o réu for validamente citado.»

.....

«Sobreleva notar, porém, que na Ação de nº 1, proposta em Vargem Grande do Sul, houve, por convocação da ré, a intervenção de terceiro, sob a forma de denunciação da lide, e apenas depois da citação do litisdenunciado, isto é, José Carvalho, que, de resto, aceitou a denúncia e contestou o pedido, é que se pode falar em prevenção.

E isso porque a partir da citação do denunciado surgiu a figura do litisconsórcio, que, à evidência contida na regra ditada pelo artigo 263 do Código de Processo Civil, por força do qual, e de acordo com a lição de Moacyr Amaral Santos 'a propositura da ação só produz quanto ao réu, os efeitos mencionados no artigo 219 (entre os quais está o da prevenção) depois que for validamente citado' — Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º vol., 5ª ed., pag. 222.

Ora, se é certo que a prevenção tem lugar apenas depois da citação do(s) réu(s), considerando que é este o critério determinante da competência funcional entre Juizes que não têm a mesma competência territorial, e tendo em conta que a citação do réu litisdenunciado, na ação proposta em Vargem Grande do Sul (nº 1), foi efetivada em 15-11-83, posteriormente, portanto, àquela realizada na ação ajuizada em Uberaba (nº 2), tem-se que o Juízo competente para julgar todas as ações é o de Uberaba (3º Ofício), palco, aliás, do acidente originário dos conflitos de interesses que envolvem os diversos litigantes».

Nesta Corte, manifestou-se a Subprocuradoria-Geral da República pela competência do «Juízo da Comarca de Uberaba».

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Na quarta-feira passada, esta 1ª Seção, acolhendo o voto do Senhor Ministro José Dantas, no CC-6.902, de São Paulo,

entre Juizes Federais, fez prevalecer a regra do art. 106 da lei de processo, mas num caso de mesma competência territorial.

Porém, aqui, não se cuida de idêntica base territorial. Do exame que fiz, creio que a razão está com o suscitante, ao defender, à luz dos arts. 219 e 263 do Cód. de Pr. Civil, a competência do suscitado para processar e julgar as quatro ações conexas.

Por isso, aceitando a fundamentação contida no ofício de fls. 02/04, reporto-me, ainda, ao parecer da Subprocuradoria-Geral da República, nestes termos:

«A nosso ver, a segunda parte do art. 263 é uma confirmação do princípio estatuído no art. 219, isto é, o de que a prevenção, para Juizes que não tem a mesma competência territorial, resulta da citação válida.

Comentando o art. 263 do CPC, assim se manifesta Pontes de Miranda (Código de Processo Civil, Forense, 1974, pág. 386):

‘Pluralidade de Réus.

Se forem dois ou mais os réus, com ou sem litisconsórcio, espera-se a entrega em cartório do último mandado cumprido, ou do mandado único, findas todas as citações, para se iniciar a contagem dos dias de prazo.’

Extrai-se, por conseguinte, o entendimento de que só com a última citação válida é que se ultima a competência por prevenção no caso de litisconsórcio.

Aliás, essa Alta Corte já decidiu que:

‘Competência — Conexão. Lide.

EMENTA: A angularidade, ou começo da relação jurídica processual dá-se com a citação, o que não se confunde com correr do prazo para a defesa. Tratando-se de ação promovida contra vários réus, em litisconsórcio passivo necessário, a relação jurídica processual só se aperfeiçoa com a citação de todos os réus dada a impossibilidade de ser cindida a ação. CPC, art. 47.

II — Tratando-se de ações conexas, que devem ser reunidas, para julgamento em *simultaneus processus*, o Juízo competente para esse julgamento é aquele onde a relação jurídica processual se aperfeiçoou por primeiro.

III — Competência, no caso, de Juízo de Direito da 9ª Vara Cível de São Paulo.

IV — Conflito julgado procedente. (CC nº 3.741 — RJ. Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Pleno. Unânime. *DJ* de 26-9-80). (Ement. de Jur. do TFR, vol. 45, pág. 51).’»

Do exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Uberaba (MG), o suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.922 — SP (Reg. nº 7.262.523) — Rel.: O Sr. Ministro Nilson Naves. Suscte.: Juízo de Direito de Vargem Grande do Sul — SP. Suscdo.: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Uberaba-MG, Partes: João Romano Felipe, Nacional Expresso Ltda., José Carvalho e Magda Abadia de Melo Souza. Advs.: Drs. Maurício Romano Felipe e outro, Antonio Carlos Colo e outro, João Delfino e outros e Cerly Beatriz Manzan Guimarães.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Uberaba-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (1ª Seção, em 3-9-86).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Dias Trindade, Geraldo Fonteles, José Dantas, Washington Bolívar, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scar-tezzini, Costa Lima e Costa Leite. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.102 — GO

(Registro nº 7.902.794)

Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro

Suscitante: Juízo Federal da 3ª Vara — GO

Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara dos Feitos da Faz. Pública Estadual de Goiânia — GO

Partes: Margareth Edreira Vaz, outros e Presidente da Junta Coml. do Estado de Goiás

Advogado: Dr. Carlos Alberto Barbosa

EMENTA: Juntas Comerciais — Atos relativos ao Registro de Comércio.

Embora administrativamente subordinadas aos Estados, as funções cometidas às Juntas Comerciais são de índole federal, sendo de se considerar como serviços da União. Competência da Justiça Federal para apreciar atos pertinentes ao registro de comércio.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção, por unanimidade, julgar procedente o conflito e declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara — GO, 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, 10 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO BUENO DE SOUZA, Presidente. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Emivaldo de Souza Lima e outros impetraram segurança, perante o Juiz da Primeira Vara dos Feitos da Fazenda de Goiânia, impugnando ato praticado pela Junta Comercial do Estado de Goiás que determinara o arquivamento da alteração de contrato social. O MM. Juiz Estadual concedeu liminar para que se procedesse ao desarquivamento.

Margareth Edreira Vaz e outros, por seu turno, ajuizaram mandado de segurança perante a Justiça Federal. Neste, atacam o ato do Presidente da Junta Comercial que,

cumprindo determinação do magistrado estadual, diligenciara fosse desarquivada a alteração contratual.

A MM. Juíza Federal reconheceu a própria competência para conhecer da matéria e suscitou conflito positivo. Solicitadas informações, o MM. Juiz suscitado salientou existir litispendência e que a decisão da MM. Juíza Federal, concedendo liminar, visara a revogar decisão do magistrado estadual, cassando a medida por este concedida. Observa que a Justiça Federal de primeiro grau não tem competência para rever as decisões emanadas de outros órgãos judiciários. No mérito, entretanto, reconhece que, em vista do entendimento do Tribunal Federal de Recursos, não seria possível sustentar a competência da Justiça Estadual.

O Ministério Público opina no sentido de ter-se como competente a Justiça Federal.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Juntas Comerciais. Atos relativos ao Registro de Comércio.

Embora administrativamente subordinadas aos Estados, as funções cometidas às Juntas Comerciais são de índole federal, sendo de se considerar como serviços da União. Competência da Justiça Federal para apreciar atos pertinentes ao registro de comércio.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Ressalvo, de início, que se me afiguram ponderáveis as observações do eminente Juiz suscitado. O Presidente da Junta Comercial agira em estrita observância à determinação judicial e a concessão de liminar contra este seu ato importava em cassação, pelo Juiz Federal, de ato do magistrado estadual. Para isso falecia-lhe competência. Não há de prosperar o entendimento de que as autoridades administrativas possam recusar cumprimento às ordens judiciais, quando emanadas de autoridades incompetentes. Importa isso admitir que as decisões da Justiça possam ser questionadas e, última análise, revistas administrativamente, sendo cumpridas apenas aquelas que, a juízo do administrador, houvessem emanado de órgão competente. Em verdade, a matéria a isso pertinente haverá de ser dirimida pelo Judiciário, valendo-se o interessado dos meios de impugnação que a lei processual oferece.

No caso, a concessão de duas limitares antagônicas deixará perplexa a autoridade administrativa, que será colocada na singular situação de ter de optar pelo Juízo que considerar competente, exercendo função própria desta Corte.

Feitos esses reparos, passa-se ao exame do conflito que se reveste de simplicidade. Embora administrativamente subordinadas aos Estados, as funções desenvolvidas pelas Juntas Comerciais são de índole federal, vinculadas tecnicamente ao Ministério da Indústria e do Comércio. A matéria já foi objeto de exame nesta Corte, por seu Plenário, na arguição de inconstitucionalidade no agravo em mandado de segurança 65.360. Proclamou-se aí a competência da Justiça Federal para apreciar atos das Juntas Comerciais pertinentes ao registro de comércio.

Declaro competente o suscitante para o processo e julgamento do mandado de segurança, impetrado perante a Justiça Estadual.

EXTRATO DA MINUTA

CC 7.102 — GO — (Reg. 7.902.794) — Rel.: O Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Suscitante: Juízo Federal da 3ª Vara — GO. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara dos Feitos da Faz. Pública Estadual de Goiânia — GO. Partes: Margareth Edreira Vaz, ou-

tros, e Presidente da Junta Coml. do Estado de Goiás. Adv.: Dr. Carlos Alberto Barbosa.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito e declarou competente o Juízo Federal da 3ª Vara — GO, o suscitante (10-2-87 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Armando Rollemberg, Torreão Braz, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro e Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 7.153 — SP
(Registro nº 7.931.549)

Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho

Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível Regional de Tatuapé — SP

Suscitado: Juízo Presidente da 25ª JCJ de São Paulo

Partes: Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares de São Paulo e Panificadora Célia Ltda.

EMENTA: Constitucional e Processual Trabalhista. Conflito de Jurisdição. Constituição Federal, art. 119, I, letra «e».

Compete ao Colendo Supremo Tribunal Federal, conhecer e decidir conflito de jurisdição entre Tribunal e Juiz de primeira instância a ele não subordinado (Constituição Federal, art. 119, inciso I, letra «e»).

Conflito não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do conflito e determinar a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. **MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares de São Paulo ajuizou perante a 25ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo — SP, ação para cobrança de contribuições sindicais em favor da firma Panificadora Célia Ltda.

Decidida a controvérsia, subiram os autos ao Egrégio Tribunal Superior do Trabalho que, apreciando preliminar levantada em recurso de revista, declarou a incompetência da Justiça do Trabalho, anulou os atos decisórios e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado.

O ilustrado Dr. Juiz de Direito da Primeira Vara Cível Regional de Tatuapé — SP discordou desse entendimento, suscitou conflito negativo de competência, convencido

que estava de que a competência era, realmente, da Justiça Trabalhista, alicerçando sua convicção em dois brilhantes acórdãos que transcreveu, um do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi relator o eminente Desembargador Dino Garcia e outro dessa insigne Corte, da lavra do douto Ministro Adhemar Raymundo, ambos no sentido de se aplicar, à espécie, o artigo 872 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em suas informações, o não menos ilustre Dr. Juiz Presidente da 25ª Junta de Conciliação e Julgamento, disse que ao remeter os autos ao Dr. Juiz suscitante, apenas cumpriu a decisão do TST, embasada em sua Súmula nº 224.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, reportou-se ao parecer emitido no Conflito de Competência nº 7.036 — SP, de que fui relator, opinando pela aplicação, *in casu*, da Súmula nº 87, deste Colendo Tribunal, por ser matéria idêntica a versada neste Conflito.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

EMENTA: Constitucional e Processual Trabalhista. Conflito de jurisdição. Constituição Federal, art. 119, I, letra e.

Compete ao Colendo Supremo Tribunal Federal, conhecer e decidir conflito de jurisdição entre Tribunal e Juiz de primeira instância a ele não subordinado (Constituição Federal, art. 119, inciso I, letra e).

Conflito não conhecido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Trata-se, em verdade, de conflito negativo de jurisdição, suscitado pelo ilustrado Dr. Juiz de Direito da Primeira Vara Cível Regional de Tatuapé — SP, ante a decisão do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, que declarou a incompetência da Justiça Trabalhista para processar e julgar a ação de cobrança de contribuições sindicais, proposta pelo Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares de São Paulo, perante a 25ª Junta de Conciliação e Julgamento da Capital, em desfavor da firma Panificadora Célia Ltda.

Reza a Constituição Federal em seu artigo 119, inciso I, letra e, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais e entre Tribunal e Juiz de primeira instância a ele não subordinado.

Ante o exposto, não conheço do conflito com remessa dos autos ao Pretório Excelso, competente a meu ver, para conhecer e decidir o presente conflito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 7.153 — SP — (Reg. nº 7.931.549) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho — Suscte.: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível Regional de Tatuapé — SP — Suscdo.: Juízo Pres. da 25ª JCJ de São Paulo — SP — Partes: Sindicato dos Empregados no Com/Hoteleiro e Similares de São Paulo e Panificadora Célia Ltda.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do conflito e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. (Segunda Seção — 18-11-86).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro e Ilmar Galvão. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Velloso e, justificadamente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Na ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza, assumiu a Presidência da Seção o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

DISSÍDIO COLETIVO Nº 07-AM
(Registro nº 9.528.768)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrente: Sindicato dos Empregados e Estabelecimentos Bancários no Estado do Amazonas

Recorrida: Caixa Econômica Federal — CEF

Advs.: Drs. Antonio Pinheiro de Oliveira e outro e Ademar de Souza Santos e outros

EMENTA: Trabalhista. Dissídio Coletivo. Servidores da CEF. Competência. Conflito negativo.

Com a possibilidade de os servidores da Caixa Econômica Federal sindicalizarem-se (Lei nº 7.749, de 1985), os dissídios coletivos instaurados a favor dos mesmos não podem ser julgados pelo Tribunal Federal de Recursos, à falta de autorização constitucional e legal, para que suas decisões tenham caráter normativo.

Conflito Negativo que se suscita perante o STF.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do pedido e suscitar Conflito Negativo de Jurisdição perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

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

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente. MINISTRO WILLIAM PATTERSON, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de Dissídio Coletivo formalizado pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado do Amazonas contra a Caixa Econômica Federal, ao fundamento de que, por força da Lei nº 7.749, de 20-12-85, os empregados desta foram enquadrados como bancários, e, em consequência, tiveram sua data-base retroagida de 31 de dezembro para 1 de setembro.

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, ao apreciar o pedido, declinou de sua competência para esta Corte, em acórdão lavrado às fls. 96/99.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se às fls. 112/121.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A primeira questão a ser enfrentada, pois de natureza prejudicial, diz respeito à competência deste Colegiado para apreciar dissídios coletivos.

Na verdade, alguns desses procedimentos já foram objeto de apreciação pela Corte, consoante registro feito às fls. 114/115, oportunidade em que se decretou o arquivamento do pedido, à falta de condições para se promover a medida, pois os filiados ao Suscitante não tinham autorização legal para a sindicalização.

Segundo a douta Subprocuradoria-Geral da República, com o advento da Lei nº 7.749, de 1985, legitimando o interesse do promovente, ao permitir a sindicalização dos servidores da suscitada, o problema competencial ressurgiu.

Na verdade, só agora convocado a examinar o assunto, vejo que a matéria não podia, como não pode, ser submetida ao poder jurisdicional deste Pretório. Com efeito, o art. 110, da Constituição Federal, à sombra do qual se procura apoio para a alegada competência da Justiça Federal, não possui, a meu juízo, o alcance desejado. Os litígios referenciados na preceituação maior só podem ser os individuais. Como se sabe os dissídios coletivos têm abrangência ampla e efeitos normatizantes. Ora, somente a Justiça do Trabalho está autorizada a proferir decisões de tal natureza, por força da regra contida no § 1º do art. 142 da Constituição Federal. Essa prerrogativa não pode ser atribuída à Justiça Federal, por isso que ausente qualquer preceituação nesse sentido. Sequer o art. 110, da Lei Maior, insinuou a possibilidade.

O erudito pronunciamento do Dr. José Roberto F. Santoro (fls. 112/121) traz à colação referência doutrinária, onde a matéria é abordada em igual linha conceptiva. É ler-se:

«Falece à Justiça Federal comum, no exercício da jurisdição trabalhista, competência para exercer o poder normativo, a que alude o art. 142, § 1º, do Texto Constitucional, que o defere, com exclusividade, apenas aos órgãos da Justiça do Trabalho. A regra de competência, inscrita no art. 110 da Carta Constitucional, outorga à Justiça Federal comum, em caráter de absoluta excepcionalidade, poder para conciliar, processar e julgar dissídios individuais. A própria literalidade do texto evidencia e realça esse aspecto. O que caracteriza o dissídio individual é, precisamente, o conflito empregador-empregado, em face de uma situação concreta que emerge das relações de trabalho. A norma constitucional não alude aos conflitos coletivos, de caráter intersindical, em cujo âmbito se discute, e em tese, sobre normas e condições gerais de trabalho. Note-se que a regra em questão menciona «os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais...» (grifei). A Justiça Federal comum não dispõe de competência para fixar, de modo geral, abstrato e impessoal, regras destinadas a disciplinar, para o futuro, as relações individuais de trabalho. Ademais, a norma do art. 110 constitui regra de direito estrito, posto que caracteriza exceção à competência constitucional da Justiça do Trabalho. Como tal, há de sofrer interpretação no sentido mais estrito. Contra: Amauri Mascaro Nascimento. Dissídio Coletivo e Pessoal da Administração Pública regido pela CLT, RDTR, 20/21/145. (José Celso de Mello Filho, in Constituição Federal Anotada, Saraiva, 1986, p. 325/6).»

De advertir, ainda, que este Tribunal analisou, nos precedentes indicados, a questão sob o prisma da situação jurídica dos servidores, proibidos de se sindicalizar, afas-

tada, em conseqüência, a possibilidade do dissídio coletivo para a categoria. O Egrégio Supremo Tribunal Federal não declarou o TFR competente para a espécie. Sua decisão, invocada na defesa, indica esta Corte com competência para os litígios envolvendo servidores públicos, exatamente por estes não poderem ser beneficiários de Dissídios Coletivos.

Aliás, todos os ângulos do problema foram magistralmente analisados pelo eminente Ministro Coqueijo Costa, em sua conhecida obra «Direito Judiciário do Trabalho (págs. 94/96), consoante se vê dos seguintes lances transcritos às fls. 116/118, verbis:

«Ação Coletiva na Justiça Federal — Hoje, a competência trabalhista não é mais exclusiva da Justiça do Trabalho. Tem-na, em razão da pessoa, a Justiça Federal, pois os Juizes Federais julgam os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, e sejam elas autoras, rés, assistentes ou oponentes, cabendo recurso para o TFR (art. 110). Essa competência só não existe nas causas de falência e naquelas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça Militar (Constituição, art. 125, I), ou se criado for o contencioso administrativo para essas lides trabalhistas (Constituição, art. 111).

A Lei nº 5.638, de 3 de dezembro de 1970, dispõe sobre o processo e o julgamento das ações trabalhistas de competência da Justiça Federal. Ela manda aplicar, «no que couber», o processo trabalhista da Consolidação, contido no Título X desta (art. 1º), estatuinto que da decisão do Juiz Federal caberá recurso ordinário para o Tribunal Federal de Recursos, conforme a disciplina que esse recurso tem no referido Título X (art. 1º, parágrafo único).

Ora, no Título X estão previstas e reguladas as ações coletivas, inclusive as de extensão e de revisão. No entanto, ao que me consta, nenhum Dissídio Coletivo foi ajuizado e julgado pelo TFR, relativo à categoria dos servidores trabalhistas da União, de suas empresas públicas e autarquias federais, não obstante declare o artigo 170, § 1º, da Constituição Federal que na exploração, pelo Estado, da atividade econômica as empresas públicas e as sociedades de economia mista — pessoas jurídicas de direito privado, ao contrário das autarquias, que são de direito público — «reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.»

Todavia, ao servidor público são proibidas a greve (Constituição, artigo 162) e a sindicalização (CLT, art. 566). Ao servidor público sujeito à CLT, também (Lei nº 6.185, de 11-12-1974, art. 3º). E é da sindicalização que decorre a ação coletiva, pois quem tem a prerrogativa de instaurar dissídio coletivo são as associações sindicais, salvo unicamente as hipóteses de ajuizamento ex officio (CLT art. 857).

Haveria ainda que considerar o poder normativo que a Constituição só defere à Justiça do Trabalho, nos Dissídios Coletivos (art. 142, § 1º) — vale dizer, aos TRT e ao TST, plenos. Não obstante, a Lei nº 5.638, de 3 de dezembro de 1970, ao mandar aplicar ao processo trabalhista na Justiça Federal o Título X, no qual se encarta o artigo 766 da CLT, possibilitaria dissídio coletivo «sobre estipulação de salários», para estabelecê-los em base justa, permitindo, «também, justa retribuição às empresas interessadas». Mas o artigo 1º da Lei nº 5.638/70, determina a incidência do Título X «no que couber». Então não pertiniria o artigo 766 da CLT na Justiça Federal, ante a competência constitucional exclusiva da Justiça do Trabalho para exercer o poder normativo nas decisões coletivas (art. 142, § 1º). O TFR não pode, por isso, proferir sentença normativa, como até hoje não proferiu.

O STF já decidiu, num Conflito de Competência, ser inadmissível dissídio coletivo entre sindicato de empregados e empresas públicas ou autarquias. Os

servidores públicos da administração direta ou indireta têm regime legal especial. E o TFR foi apontado como competente «para proclamar a impossibilidade jurídica do pedido» (acórdão citado no RO-DC-318/76).

Aliás, o Pleno do STF referendou acórdão de Regional que entendeu não sujeitas aos aumentos salariais determinados para entidades privadas, através de dissídios e acordos, as entidades de direito público. E não admitiu a irradiação de sentença coletiva, relativa a salários da categoria, sobre a Prefeitura, parte no RE 77.379/MG, por contrariar o acórdão do TST «as disposições constitucionais em questão», qual seja, como se vê do aresto, o artigo 170 e seu § 2º da Constituição, ali interpretado no sentido de que «só equipara a exploração, pelo Estado, de atividade econômica, quando o faz através de empresas públicas ou sociedades de economia mista» (Revista Trimestral de Jurisprudência, Janeiro de 1975, v. 71, p. 185). (in Direito Judiciário do Trabalho, Forense, 1978, págs. 94 a 96).

Sendo assim, diante de uma nova realidade jurídica, qual seja a da permissão de os empregados da Caixa Econômica Federal sindicalizarem-se e, portanto, sujeitos, também, ao regime do Dissídio Coletivo, forçoso é reconhecer que este Tribunal Federal de Recursos não tem competência para a hipótese.

Considerando que o Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região recusou, igualmente, tal competência, outra solução não cabe, sendo a de suscitar conflito negativo perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Dissídio Coletivo nº 07 — AM — (Reg. 9.528.768) — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Recte.: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado do Amazonas. Recda.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advs.: Drs. Antonio Pinheiro de Oliveira e outro e Ademar de Souza Santos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e suscitou Conflito Negativo de Jurisdição perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal. (Em 13-3-87 — Segunda Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. OTTO ROCHA.

HABEAS CORPUS Nº 6.507 — DF
(Registro nº 7.864.965)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Impetrante: Paulo Euclides Braga de Souza Pires

Impetrado: Juiz Federal da 2ª Vara — DF

Pacientes: João Jesus Lopes, Vanderlei Gontijo de Lima, Sérgio Alves Ferreira e Renato Luiz Corassa

EMENTA: Processual Penal — **Habeas Corpus** — Inadequação desse remédio processual para discussão de matéria de prova.

Denúncia oferecida em perfeita harmonia com o disposto no art. 41, do CPP, contendo, claramente, a exposição do fato criminoso que, na hipótese, se enquadra no tipo descrito no art. 121 do Código Penal.

Indefere-se a ordem, já que o fato denunciado é típico e existem fundadas suspeitas sobre a conduta dos agentes, além de que o **Habeas Corpus** não é o meio adequado para a discussão de matéria probatória referente à existência de uma excludente de criminalidade.

Habeas Corpus indeferido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, indeferir a ordem de **Habeas Corpus** 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 1986 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS THIBAU, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Em favor de João Jesus Lopes, Vanderlei Gontijo de Lima, Sérgio Alves Ferreira e Renato Luiz Corassa, os três primeiros Agentes da Polícia Federal e o último profissional autônomo, foi impetrado o presente **Habeas Corpus** com o objetivo de trancar ação penal em curso na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em que os pacientes foram denunciados pelo seguinte:

«Aos dois dias do mês de fevereiro de 1984, às 18:30 horas, aproximadamente, em diligência policial realizada na SQS 111, nesta Capital, na qual to-

maram parte os Agentes de Polícia Federal Vanderlei Gontijo de Lima, João Jesus Lopes, Sérgio Alves Ferreira e Renato Luiz Corassa, foi o indivíduo Marcos dos Santos Brandão, vulgo «Marcos Negão», mortalmente atingido por projétil oriundo da arma do Agente de Polícia Federal, João Jesus Lopes, conforme o Laudo de Exame em Confronto Microbalístico (projétil) de fls. 224/228 e do Auto de Arrecadação de fl. 6.

Tal fato se deu quando os Agentes de Polícia Federal acima mencionados, cumprindo ordem de missão expedida pela Seção de Operações, da Delegacia de Repressão e Entorpecentes da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal, no Distrito Federal, realizaram diligências na SQS 111, no sentido de interceptar possível transação de cocaína que, segundo informações do Agente de Polícia Federal «Raposos», ocorreria no local, por intermédio do suposto traficante «Marcos Negão».

Ao se postarem estrategicamente no interior da SQS 111, os agentes policiais federais perceberam a aproximação de Marcos dos Santos Brandão, vulgo «Marcos Negão», na «garupa» de uma moto YAMAHA, ocasião que, próximo ao Bloco E da referida SQS, foi-lhe dada voz de prisão em flagrante, pelos Agentes de Polícia Federal Vanderlei Gontijo de Lima e João Jesus Lopes.

Neste momento, o indivíduo que pilotava a moto — Durval Espindola Pereira Filho — acelerou-a, arrancando em alta velocidade, enquanto que os Agentes de Polícia Federal Vanderlei Gontijo de Lima e João Jesus Lopes dispararam as armas que portavam em direção dos ocupantes da motocicleta acima mencionada.

Ao ouvirem estampidos provocados por armas de fogo, além de perceberem uma motocicleta correndo, com dois indivíduos nela acomodados, os Agentes de Polícia Federal Sérgio Alves Ferreira e Renato Luiz Corassa tentaram deter os referidos indivíduos gritando: «Pára, Polícia».

Diante da voz de prisão, o piloto da motocicleta — Durval Espindola Pereira Filho — desviou o seu veículo automotor dos acima mencionados policiais, dando as costas para os mesmos e, pela grama, tentava chegar ao «Eixo Sul».

Não tendo sido atendida a voz de prisão, os policiais federais Sérgio Alves Ferreira e Renato Luiz Corassa também dispararam as suas armas em direção dos dois indivíduos fugitivos.

Momentos após tais disparos, Marcos dos Santos Brandão caiu da «garupa» da motocicleta onde se encontrava, enquanto que o condutor da referida motocicleta, aumentando ainda mais a sua velocidade, ganhava o «Eixo Sul», desaparecendo da vista dos policiais federais.

Caído, Marcos dos Santos Brandão, os policiais federais componentes da diligência, ao abordá-lo, verificaram que o mesmo estava ferido, com a perfuração de bala nas costas, conforme Laudo de Exame Cadavérico de fls. 82 e segs., ocasião em que colocaram-no no carro e rumaram em direção ao Pronto Socorro do Hospital de Base, local onde tiveram ciência de que Marcos dos Santos Brandão havia falecido» (fls. 26/28).

O primeiro paciente foi denunciado por homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, IV), enquanto que os demais o foram apenas pela tentativa.

Durval Espindola Pereira Filho que, supostamente empreendera fuga pilotando a motocicleta que também conduzia a vítima, deixou de ser denunciado pelo tráfico de entorpecente, por falta de prova e foi arrolado pelo Ministério Público Federal como testemunha de acusação. Suas declarações fizeram com que o representante do Ministério Público Federal, que antes pedira o arquivamento do inquérito policial, posteriormente mudasse de idéia para oferecer a denúncia (fl. 313).

Segundo a impetração, em favor dos pacientes militaria uma excludente de criminalidade que tornaria lícita e legítima a conduta narrada na denúncia, porque eles estavam agindo no estrito cumprimento do dever legal, na abordagem e tentativa de captura de perigosos traficantes de entorpecentes, que, ao resistirem à ordem de prisão e fugirem, dispararam arma de fogo, tanto é que, em poder da vítima, foram apreendidos revólver calibre 38 com dois cartuchos deflagrados e sete papelotes contendo cocaína e maconha.

Durval Espíndola Pereira Filho, que conseguiu fugir à perseguição, 15 meses depois do evento apresentou-se à Polícia, acompanhado de seu advogado e do Procurador da República, que ofereceu a denúncia contra os pacientes, havendo, em seu depoimento, procurado deturpar os fatos ao apontar a vítima como sendo pessoa boa e honesta, quando a realidade seria oposta, face aos antecedentes que tinha.

Ademais, a denúncia pecaria pela falta de precisão da participação de cada um dos pacientes no homicídio.

Prestou informações o MM. Juiz Federal Dr. Luciano Franco Tolentino do Amaral, então em exercício da 2ª Vara Federal, esclarecendo que a denúncia foi recebida em 6-12-85, com interrogatórios marcados para o dia 9 do corrente (fls. 107/108).

Segundo me informou pelo telefone o MM. Juiz Federal, os interrogatórios não chegaram a ser realizados, estando os pacientes em liberdade.

S. Exa. instruiu seu expediente com a cópia do inquérito policial (fls. 109/394).

Pronunciou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela denegação da ordem (fls. 396/401).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Antes de mais nada observo que causou-me estranheza o fato de haver o paciente Renato Luiz Corassa participado de uma diligência policial, portando arma de fogo, apesar de qualificar-se como profissional autônomo, na inicial e na procuração de fl. 24.

Ao prestar depoimento, por precatória, na Superintendência Regional da Polícia Federal no Espírito Santo, onde atualmente reside, declinou a profissão de comerciante (fl. 368).

Ao examinar a cópia do inquérito policial, contudo, deparei-me com o relatório complementar emitido pelo respectivo Presidente, o Delegado de Polícia Federal Nascimento Alves Paulino, segundo o qual Renato Luiz Corassa, ex-Agente Policial, foi demitido do Quadro do Pessoal do Departamento de Polícia Federal em 19-4-84, sob a acusação de haver praticado o crime de extorsão, mediante seqüestro (fl. 283).

Mas, esse detalhe em nada altera o curso do presente habeas corpus, pois esse crime teria ocorrido posteriormente ao homicídio que ora se examina, verificado em 2-2-84.

A meu ver, a questão trazida aos autos encontrou precisa solução por parte do Dr. Guilherme Magaldi Netto, ilustre Procurador da República, que emitiu, em nome da douta Subprocuradoria-Geral da República, o parecer que foi aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger.

Com muita felicidade S. Exa., após transcrever a denúncia, desceu ao *punctum pruriens*, da seguinte maneira:

«Como se vê, essa denúncia preenche satisfatoriamente todos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Nela, está contida, claramente a exposição do fato criminoso que, na hipótese, enquadra-se no tipo descrito no artigo 121 do Código Penal. Não há, portanto, qualquer divagação. As cir-

cunståncias do fato estão perfeitamente esclarecidas, de sorte a possibilitar o exercÍcio da ampla defesa.

Não obstante, pretende-se censurá-la na impetraçãO. Nesse sentido, embora reconheça o impetrante tratar-se de peça acusatória que descreve, em tese, fato relevante na esfera Penal, surge-se ele contra o seu recebimento na instância a quo, e a conseqüente instauraçãO do processo penal.

Em síntese, o argumento básico da impetraçãO orienta-se no sentido de ver reconhecida, na via do «writ», uma causa de justificaçãO em favor dos pacientes. No particular, alega o impetrante que eles (os pacientes) agiram em cumprimento estrito de dever imposto por lei. Não cometeram, entãO, qualquer crime. E, por isso, a conduta não é antijurídica.

Sem embargo das doutes consideraçõEs trazidas a respeito desse tema, não lhe assiste nenhuma razãO.

Na verdade, o que se pleiteia nesse *habeas corpus* é uma autêntica absolviçãO sumária dos réus com base na suposta existênciA de uma das escusativas do artigo 23 do Código Penal. Ora, a causa de exclusãO da antijuridicidade, em substância, é que determina a competênciA do juiz singular para proferir sentença absolutória (CPP, artigo 411). Mas não pode o magistrado dela conhecer, senãO quando incontroversa e manifesta, sob pena de invadir área de estrita competênciA do Tribunal do Júri (CPP, artigo 74, § 1º).

No caso dos autos, a discriminante relativa ao estrito cumprimento do dever legal não se apresenta extreme de dúvida. Há, por exemplo, fundadas suspeitas sobre a conduta dos agentes. Não aclara a prova, satisfatoriamente, tivessem os pacientes se conduzido rigorosamente dentro dos limites do dever legal. Poderia, eventualmente, ter havido abuso de direito ou excesso de poder, caracterizando-se, assim, o excesso punível de que trata o § único do artigo 23 do Código Penal.

Enfim, há necessidade de debater a prova que emerge dos autos. E, nessas condiçõEs, o processo penal contra os réus, até o seu final, não será abuso nem arbitrio, mas, apenas, recomendável. Melhor será, a nosso juízo, submeter a causa à decisãO do Tribunal Popular, onde, com maior amplitude, poderá ou não vir a ser reconhecida uma circunstância que exclua a antijuridicidade da conduta.

Em resumo, portanto, parece-nos que a pretensãO do impetrante não se compadece com a via eleita. De fato, o *habeas corpus* não é o meio adequado para a discussãO da matéria probatória referente à existênciA de uma excludente de criminalidade; e, por outro lado, também não serve como medida antecipadora do próprio julgamento da açãO penal (que é, na verdade, o único objetivo do impetrante).

Assim sendo, somos pela denegaçãO da ordem, *sub censura*. (Fls. 499/401).

Também, como o ilustre parecerista, entendo que pela via do *Habeas Corpus* não se pode prejudgar a açãO penal se, para tanto, é indispensável a dilaçãO probatória.

Se, para a decretaçãO da prisãO preventiva, medida coercitiva extremada, basta que haja prova da existênciA do crime e indícios suficientes da autoria (CPP, art. 312), o que se dirá do prosseguimento da açãO penal, com os réus soltos, em que não se nega nem a ocorrênciA do evento nem a certeza da autoria, mas em que se alega a existênciA de excludente de antijuridicidade, e em que até mesmo o excesso doloso ou culposo poderá ser objeto de apuraçãO (CP, art. 23, parágrafo único).

Se essa excludente ficar comprovada, deverá o Juiz, instrutor do processo do júri, absolver sumariamente os pacientes (arts. 386, V, combinado com o art. 411, ambos do CPP).

Este momento, assim, não é o adequado para a providência.

Além do mais, bem ao contrário de inepta, é apta a denúncia para que se prossiga com a ação penal.

Indefiro o **Habeas Corpus**.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, a meu sentir, só com a instrução criminal, em que submetidos os fatos ao crivo do contraditório, é que se poderá concluir no sentido de que os pacientes agiram no estrito cumprimento do dever legal.

Nessas condições, adiro ao voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

HC 6.507 — DF (Reg. nº 7.864.965) — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Impetrante: Paulo Euclides Braga de Souza Pires. Impetrado: Juiz Federal da 2ª Vara — DF. Pacientes: João Jesus Lopes, Vanderlei Gontijo de Lima, Sérgio Alves Ferreira e Renato Luiz Corassa.

Decisão: A Turma, à unanimidade, indeferiu a ordem de **Habeas Corpus**. (Julg. em 20-5-86 — Primeira Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Ausente, no momento, o Sr. Ministro Washington Bolívar, presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

HABEAS CORPUS Nº 6.715 — SP

(Registro nº 7.982.062)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Impetrante: Luiz Tonello (Pela Ordem dos Advogados do Brasil — Secção de São Paulo — 78ª Subsecção de Penápolis)

Impetrado: Juízo Federal da 12ª Vara — SP

Paciente: Antonio Carlos Oberg

EMENTA: Habeas Corpus. Trancamento da Ação Penal.

I — Não se evidencia inepta a peça acusatória que, conquanto singela, expõe o fato criminoso de modo suficiente a permitir defesa eficaz. Prevalece, no processo penal, o princípio do aproveitamento dos atos processuais, desde que os defeitos apresentados não se revelem de ordem a acarretar prejuízo. **Pas de nulité sans grief.**

II — O trancamento da ação penal constitui acontecimento excepcional, ocorrente apenas quando o fato narrado na denúncia é atípico, ou quando afastável, de plano, a responsabilidade criminal do paciente.

III — Ordem indeferida.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, indeferir a ordem, 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 fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. MINISTRO COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, *verbis*:

«Trata-se de ordem de **Habeas Corpus** impetrada em favor do advogado *Antonio Carlos Oberg*, o qual encontra-se denunciado perante a 12ª Vara Federal em São Paulo como incurso nas penas do artigo 332, § único do Código Penal (exploração de prestígio):

Pleiteia-se no «writ» o trancamento da referida ação penal com base em dois argumentos: inépcia da peça acusatória e falta de justa causa (esta, segundo o impetrante, consistiria na *atipicidade* da conduta do paciente).

Prestou informações o *Dr. João Carlos da Rocha Mattos*, autoridade apontada como coatora, sustentando, em síntese, que o exame da pretensão envolve ampla análise do conjunto probatório, o que não pode ser feito nos estreitos lindes do **Habeas Corpus**. E conclui afirmando que o impetrante deseja mesmo é o julgamento prematuro da imputação feita na denúncia».

Em sua parte conclusiva, o parecer é pelo indeferimento da ordem.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

EMENTA: Habeas Corpus. Trancamento da Ação Penal.

I — Não se evidencia inepta a peça acusatória que, conquanto singela, expõe o fato criminoso de modo suficiente a permitir defesa eficaz. Prevalece, no processo penal, o princípio do aproveitamento dos atos processuais, desde que os defeitos apresentados não se revelem de ordem a acarretar prejuízo. **Pas de nulité sans grief**.

II — O trancamento da ação penal constitui acontecimento excepcional, ocorrente apenas quando o fato narrado na denúncia é atípico, ou quando afastável, de plano, a responsabilidade criminal do paciente.

III — Ordem indeferida.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Como consabido, a viga mestra que serve de luzeiro ao processo penal é a busca da verdade real, prevalecendo, por isso mesmo, o princípio do aproveitamento dos atos processuais, desde que, evidentemente, os defeitos apresentados não se revelem de ordem a acarretar prejuízo. **Pas de nulité sans grief**. Assim proclama a lei (art. 563, CPP), a jurisprudência, capitaneada por incontáveis julgados do Pretório Excelso, e os doutrinadores, em uníssono.

In casu, é manifesta a ausência de prejuízo, porquanto o que, na verdade, se verifica é que a peça acusatória, embora singela, expõe o fato criminoso de modo suficiente a permitir defesa eficaz, como lembra, com propriedade, o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

Não há cogitar-se, pois, de recebimento de denúncia inepta.

A respeito de outro fundamento da impetração, vale dizer, falta de justa causa para a instauração da ação penal, tenho posição conhecida da Turma, espelhada, dentre outros julgados, no acórdão no HC nº 6.522 — SP, cuja ementa diz:

«Habeas Corpus. Trancamento da Ação Penal.

I — Não constitui constrangimento ilegal o recebimento de denúncia que evidencia crime em tese, apontando a responsabilidade dos possíveis envolvidos.

II — O trancamento da ação penal, pela via estreita do **Habeas Corpus**, constitui acontecimento excepcional, ocorrente apenas quando o fato narrado na denúncia é atípico, ou quando não há notícia de envolvimento do paciente em fato tipificado como crime».

Na hipótese vertente, o fato é, desenganadamente, típico. A propósito, é elucidativo o seguinte lance das informações prestadas pela digna autoridade impetrada:

«Na realidade, o tipo descrito no art. 332 do Código Penal para a sua configuração prescinde até mesmo de efetiva obtenção da vantagem solicitada pelo agente ativo desse delito, bastando tão-só a promessa de vantagem, não

necessitando ainda a determinação, pelo infrator, do funcionário competente para a prática do ato, como ensina Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal, 3ª edição, Forense, págs. 474/477)».

De outra parte, é inafastável, de plano, a responsabilidade criminal do paciente, diante dos elementos constantes do inquérito policial. Só com a instrução criminal, lastreada no contraditório, é que poderá restar afastada, com a conseqüente absolvição.

Isto posto, indefiro a ordem. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.715 — SP — (Reg. nº 7.982.062) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Impte.: Luiz Tonello (Pela Ordem dos Advogados do Brasil — Secção de São Paulo — 78ª Subsecção de Penápolis). Impdo.: Juízo Federal da 12ª Vara — SP. Pacte.: Antonio Carlos Oberg.

Decisão: A Turma, à unanimidade, indeferiu a ordem. (1ª Turma — 3-2-87).

Os Srs. Mins. Dias Trindade e Washington Bolívar votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.260 — DF
(Registro nº 3.157.342)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: José Francisco de Barros Mello Filho

Apelado: INCRA

Advogados: Drs. Roberto Mehanna Khamis e outros, Flávio da Costa Guimarães e outros

EMENTA: Administrativo — Licitação.

Publicado o edital não pode o mesmo ser modificado, sob pena de ser cancelada a concorrência e se estabelecer novas normas através de outro edital.

Por outro lado, normas posteriores à publicação do edital, não podem alterar as regras no mesmo estabelecidas, se estas observaram a legislação vigente na época.

Apelo improvido, segurança denegada.

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 27 de agosto de 1985 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Adoto o relatório da r. sentença às fls. 133/134, que perfeitamente sumariou a espécie nos seguintes termos:

«José Francisco de Barros Mello Filho, brasileiro, solteiro, Engenheiro Agrônomo, residente em Santos-SP, na Rua Assis Corrêa nº 9, portador do CIC nº 802.135.618-91, impetra mandado de segurança contra ato do Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, colimando a adjudicação do lote nº 273 da Gleba Burareiro sob a seguinte argumentação:

Alega que o INCRA publicou Edital para promover a Concorrência com as diretrizes estabelecidas na Instrução Especial Incra nº 02. Ocorre que essa instrução foi substituída por outra antes que se efetivasse a concorrência. A última instrução contém exigências não especificadas na primeira. Apesar disso, não tendo o licitante considerado vencedor apresentado todos os documentos, foi a licitação realizada com base em normas não mais em vigor.

Vieram documentos. A Autoridade prestou informações — fls. 67/70.

«Em 6 de dezembro de 1977, 26 dias após a publicação do Edital, foi publicada a Instrução nº 6ª, continuando a licitação a reger-se pela Instrução nº 6, já que os procedimentos exigidos para a licitação estavam vinculados ao Edital» (fl. 67).

«Em nenhum momento a Administração considerou falho o Edital, pois, se assim resolvesse, estaria na obrigação de republicá-lo com reabertura de prazo, quando então passaria a exigir a documentação de acordo com a Instrução nº 6ª» (fl. 68).

«No presente caso, considerou a Administração que o licitante vencedor estaria desobrigado da apresentação do Recibo — Certificado de Cadastro, comprovante do pagamento do Imposto Territorial Rural, pois a adjudicação do lote nº 17, da Gleba Corumbiara, ainda não estava consumada, motivo pelo qual o licitante vencedor nem mesmo providenciou o cadastramento do referido lote; providência indispensável para gerar a emissão do Recibo — Certificado de Cadastro» (fl. 69).

A regularização da atividade profissional do advogado demorou-se a consumar. Todavia, o documento de fl. 113 prova que se acha inscrito suplementarmente na Seção local da OAB.

O Ministério Público reportou-se a parecer emitido em casos semelhantes — fl. 117, opinando pela denegação.

Ordenei a citação do litisconsorte — fl. 130 v. —, que nada requereu.»

O MM. Juiz, prosseguindo no julgamento, sob o convencimento de que a licitação se processou na forma fixada no edital, denegou a segurança, conforme decisão de fls. 134/135.

Com este decisório não se conformou o impetrante, razão do apelo de fls. 137/139, em que repisa as razões de fato e de direito da peça vestibular.

Foram oferecidas contra-razões às fls. 141/144, procurando demonstrar a lisura da licitação, que deu origem à presente impetração.

Subindo os autos, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer às fls. 148/149, opina pelo improvinimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, por coincidir com o meu ponto de vista, não posso me furtar a transcrever os fundamentos que adoto como razões de decidir expendidos pelo então Juiz Federal, Dr. Jesus Costa Lima, hoje eminente Ministro desta Corte, sentenciando o feito, concluiu por denegar a segurança, verbis:

«De fato, o INCRA expediu duas Instruções Especiais: 6 e 6ª, ambas aprovadas pelo Ministro da Agricultura. As exigências de uma e outra são um

pouco diferentes. Sob o império da Instrução Especial nº 6, o Impetrado baixou edital colocando em licitação diversos lotes da Gleba Burareiro. Submetendo-se ao regime desse edital, no dia 9 de janeiro de 1978, Antônio Vilela de Queiroz apresentou proposta e foi considerado vencedor da licitação. A essa época já se encontrava em vigor a Instrução nº 6ª e, ao mesmo tempo, permanência vigorando o edital referente à «Concorrência Incra/DF/Nº 02/77». Por força dessa última Instrução, não fora expedido novo edital convocando interessados e mencionando as novas exigências.

O «atestado de bons antecedentes» não figurava no elenco de exigências da Instrução Especial 6 e nem do Edital dela decorrente.

O fato de ter sido declarado que, a partir de sua vigência (6-12-77), esta Instrução substitui a anterior, não significa que a concorrência em curso, de acordo com as normas da Instrução anterior, estava revogada.

O item 4.2 da Instrução 6ª, também declarou: «As propostas serão recebidas, apuradas e julgadas dentro dos prazos, termos e critérios fixados no respectivo edital.

Ora, se ainda não fora expedido edital em decorrência da nova instrução, está claro, que continuava em vigor o edital anterior, a menos que outro tivesse sido publicado, reabrindo prazos e condições.

Isso porque o edital, no ensinamento de Adilson A. Dallari (Aspectos Jurídicos da Licitação, p. 81), «é o documento mais importante de todos quantos são utilizados no procedimento da licitação, pois todas as fases subsequentes à abertura estão afetadas ao seu conteúdo, que condiciona inclusive o futuro contrato».

Pelo edital, em vigor, o INCRA disse o que desejava e orientou os interessados na formulação das propostas. O jogo não podia ser alterado, com modificações de regras, sem que se desse amplo conhecimento aos interessados, reabrindo-lhes prazo para ajustarem-se à nova realidade.

O edital, leciona Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, p. 110/1), «vincula inteiramente a administração e os proponentes às suas cláusulas. Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque ele é a lei interna da concorrência... Por isso mesmo não podem ser alteradas (as condições) no curso do prazo estabelecido, salvo se se reabrir esse prazo e se der a mesma divulgação do texto anterior, para propiciar iguais oportunidades aos candidatos. As cláusulas do edital é que indicarão os requisitos para a habilitação dos licitantes, a forma e bases das propostas».

O licitante considerado vitorioso, apresentou proposta dentro do prazo e condições previstas no Edital Incra/DF/Nº 02/77, publicado no *DO* de 8, 9 e 10 de novembro de 1977.»

Conforme bem demonstrou o culto julgador de Primeiro Grau, o licitante cumpriu integralmente as exigências fixadas no edital, e, no caso de novas exigências, a meu ver, teria que ser baixado novo edital abrindo também novo prazo, e isto não foi feito.

Assim, como os argumentos trazidos em apelação não foram capazes de abalar os fundamentos da r. sentença a quo, entendo deva ser mantida integralmente.

Com estas considerações, nego provimento ao apelo para confirmar o douto decisorio monocrático pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 87.260 — DF — (Reg. nº 3.157.342) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scar-tezzini. Apte.: José Francisco de Barros Mello Filho. Apdo.: INCRA. Advs.: Drs. Roberto Mehanna Khamis e outros, Flávio da Costa Guimarães e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Terceira Turma — 27-8-85).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e José Dantas. Impedido o Sr. Ministro Helio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.353 — PB
(Registro nº 3.228.100)

Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade

Apelante: Universidade Federal da Paraíba

Apelada: Lindalva Alves de Freitas

Remetente: Juiz Federal na Paraíba

Advogados: Drs. José Alves de Oliveira e Jeferson de Aguiar

EMENTA: Ensino superior. Seleção para contratar professor colaborador. Indicação não homologada.

O candidato indicado à contratação para o emprego de Professor Colaborador, em processo seletivo, não tem direito adquirido à contratação, sobretudo se não homologada a indicação pelo Departamento correspondente da respectiva unidade de ensino.

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, para 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, 14 de outubro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. **MINISTRO DIAS TRINDADE**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Apêla a Universidade Federal da Paraíba de decisão do MM. Juiz Federal da Seção Judiciária da Paraíba que concedeu segurança a Lindalva Alves de Freitas, candidata selecionada para o emprego de Professor Colaborador do Centro de Ciências da Saúde da mesma Universidade, para que a mesma fosse contratada.

Quer a reforma da sentença, por isso que o processo seletivo a que se submeteu a impetrante não é um concurso para o ingresso na carreira de magistério, posto que o emprego de Professor Colaborador não representa o início dessa carreira, havendo recrutamento que tais quando necessário e, assim mesmo, para contrato por prazo determinado.

Recebida e processada a apelação, subiram os autos e a Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma da sentença, para cassar a segurança.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A Comissão designada para selecionar candidatos ao emprego de Professor Colaborador da Universidade Federal da Paraíba indicou à contratação, depois de examinados os títulos apresentados pelos candidatos e atribuídos pontos a uma prova didática, a impetrante, como aquela que obtivera o maior número de pontos.

O Departamento de Enfermagem do Centro de Ciências de Saúde da aludida Universidade, contudo, não homologou a indicação, por considerar a conduta da indicada incompatível com a atividade docente.

Vê-se, portanto, que não tinha a impetrante direito adquirido, pelo fato de haver sido indicada pela Comissão, como aquela que obtivera o mais elevado número de pontos no processo seletivo, a ser contratada, seja porque a administração não estava vinculada ao resultado da seleção, seja porque esta não se completara, à falta da exigida homologação pelo Departamento correspondente. E dita homologação se inclui entre os atos discricionários da administração, por isso que consulta a conveniência e a oportunidade da contratação, tanto mais quando se trata de simples seleção para contratação de empregado, que não obriga a admissão dos selecionados.

Uma vez não homologada a seleção, tem-se que a mesma não existe no mundo jurídico, pelo que lícita a abertura de novo processo seletivo, cuja realização foi obstaculizada pela suspensão liminar do ato impugnado, depois confirmada pela sentença apelada e remetida.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa, para cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.353 — PB — (Reg. 3.228.100) — Rel.: O Sr. Min. Dias Trindade. Apte.: Universidade Federal da Paraíba. Apda.: Lindalva Alves de Freitas. Remte.: Juiz Federal na Paraíba. Advs.: José Alves de Oliveira e Jeferson de Aguiar.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa, para reformar a sentença e cassar a segurança (Em 14-10-86 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Washington Bolívar e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. WASHINGTON BOLÍVAR.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.250 — RJ
(Registro nº 4.770.501)

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — RJ

Apelante: Empresa Brasileira de Turismo — EMBRATUR

Apelado: Advanced — Representações e Promoções Turísticas Ltda.

Advogados: Drs. Dudley de Barros Barreto Filho e outros, Almir Ferreira de Moraes e outros

EMENTA: Turismo. Registro de empresa na EMBRATUR.

Condições prévias. Condicionado legalmente a registro da EMBRATUR, o funcionamento das empresas de turismo não se basta na liberdade de comércio assegurada pela Constituição, senão que depende de requisitos prévios, submetidos a juízo daquele órgão, pelo que, não cabe ao Judiciário autorizar o funcionamento de tais empresas independentemente de registro.

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 remetida 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, 8 de abril de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de segurança concedida em agosto de 1982, com vistas a assegurar as atividades turísticas da empresa impetrante, inobstante a inexistência de registro na EMBRATUR, frustrado desde a recusa de aprovação da impetrada à chamada Carta Consulta de Viabilidade de Mercado; ao ver do Juiz a quo, ilegal fora essa recusa, pois que, além de desfundamentada a decisão indeferitória, não atentara o órgão para os direitos individuais da impetrante ao exercício de atividade lícita, não dependente de concessão estatal, para a qual possuía todos os requisitos de constituição da personalidade jurídica e regularização fiscal; daí a segurança de-

ferida para o direito de a requerente operar, desde logo, como agência de turismo, ressaltada, em favor da autoridade impetrada, reapreciar o registro da impetrante, a partir da carta consulta, mediante justificada fundamentação, sem prejuízo do funcionamento da empresa, *si et in quantum* — fl. 136.

Suspensa a sentença concessiva, por ato da Presidência do Tribunal, apelou a impetrada; trouxe à colação as normas da Lei nº 6.505/77, sede de seu poder de fiscalização, integradas pela regulamentação contida no Decreto nº 84.934/80 e na Deliberação Normativa nº 91/81, por ela própria editada, tudo em refutação dos argumentos da sentença, sobre lhe negarem maior autoridade no campo da liberdade da exploração do turismo, limitando-a ao simples poder de polícia, exercitável por ato vinculado e nunca arbitrariamente; por isso que concluiu desta forma:

«Não resta qualquer dúvida quanto à legalidade da não aprovação pela ora requerente, daquela carta consulta. Ainda assim, no entanto, houvesse o Meritíssimo Juiz se limitado a conceder a segurança para supri-la, outra atitude não assumiria senão a de oferecer o recurso cabível contra tal decisão.

No caso, contudo, o absurdo jurídico manifestado impõe a formulação do pedido que ora se apresenta a V. Exa. Não é outro, senão esse, em apartada síntese, o perfil da questão que se traz ao crivo de V. Exa.:

a) a Lei nº 6.505/77 sujeita a registro na EMBRATUR as agências de turismo;

b) a aprovação da carta consulta é condição necessária mas não suficiente para a concessão do registro;

c) o Meritíssimo Juiz que prolatou a r. sentença de primeira instância (doc. 3, fl. 6 — terceiro parágrafo: «é inegável...») sabe que a exploração dos serviços de agência de turismo «está condicionada a registro da empresa perante a EMBRATUR»;

d) não obstante, o mesmo Meritíssimo Juiz determina à EMBRATUR, que não se oponha ao desenvolvimento, pela impetrante, de tais funções, embora sabedora de que não é ela titular de registro na EMBRATUR» — fl. 158.

Contra-razões às fls. 192/200, desenvolvidas em louvores à sentença.

Nesta instância, a nobre Subprocuradoria-Geral da República é de parecer favorável à apelação — fl. 232.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, veja-se que a sentença, no seu forte, buscou apoio na liberdade de comércio, consoante a respectiva asseguaração constitucional, pelo que, no dizer do digno julgador a quo, não poderia a administração recusar efeito à regular e legítima constituição da impetrante para os fins específicos da exploração do turismo; os poderes de polícia detidos pelo órgão impetrado não iriam além da observação dessa regularidade, em face da qual incaberia a reprovação da carta consulta exibida, via de decisão injustificada.

Daí a conceder à impetrante, desde logo, o direito de operar como agência de turismo, vai, na verdade, uma asseguaração extrapolante dos lindes legais que situam a espécie.

De fato, à amplitude da liberdade de comércio louvada pela impetrante, sabe-se que se opõem as limitações da lei, consoante mesmo a regra constitucional protetora, ao ressalvar, no tema, as condições de capacidade que a lei estabelecer (153, 23). Por isso que o funcionamento das empresas de turismo se sujeita às condições da Lei nº

6.505/77, cujos arts. 3º e 7º, subordinando-as a registro na EMBRATUR, remeteram ao Poder Executivo a regulamentação de suas atividades, donde o Decreto nº 84.934/80, art. 7º, ter fixado as condições prévias daquele registro, segundo um elenco que se estende do capital mínimo até a comprovação de viabilidade do mercado na localidade pretendida.

Logo, reprovada a pretendente em qualquer das condições prévias ali estipuladas — como o foi a impetrante a rigor das conveniências do mercado turístico tido por saturado (informações, fls. 70/71 e 102) —, decerto que não haverá de o Judiciário substituir-se ao Executivo nesse processo de avaliação prévia, para removê-lo e autorizar o funcionamento do requerente independente do registro que a lei exige. É bem verdade que a sentença, nessa total autorização da atividade da impetrante, ressaltou ao órgão impetrado o poder de voltar ao exame da discutida carta consulta, com justificada fundamentação; no entanto, a ressalva cai no vazio, deste o mandamento maior do funcionamento imediato da empresa, sem consideração ao fato de que o registro condicionante não dependeria apenas do requisito examinado, senão que de uma longa série de outros sequer excogitados pela sentença mandamental, deferida que foi na forma do pedido inicial. Além dessa inocuidade da ressalva do julgado, certamente que, a ser tida como forma de reparar a extensão da sentença, ajustando-a aos limites do único vício formal irrogado ao ato impugnado (a desfundamentação), ainda assim emergiria a sua inoperância, tanto por não se conter no pedido essa alternativa, como porque, independentemente dela, a qualquer época bem poderá a interessada voltar a requerer o processo de registro, iniciando-o, obviamente, pela exibição de nova carta consulta.

Em suma, dou provimento à apelação, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 99.250 — RJ (Reg. nº 4.770.501) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara. Apte.: Empresa Brasileira de Turismo — EMBRATUR. Apdo.: Advanced — Representações e Promoções Turísticas Ltda. Advs.: Drs. Dudley de Barros Barreto Filho e outros, Almir Ferreira de Moraes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança. (Em 8 de abril de 1986 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Nilson Naves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Flaquer Scartezinni. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.693 — ES
(Registro nº 6.198.600)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — ES

Apelantes: Ministério Público e Serviço Federal de Processamento de Dados —
SERPRO

Apelado: Vitor Zamprogno Amâncio Pereira

Advogados: Drs. Valdir Vieira e outra (apte.) e Hariolus Amancio Pereira e outra
(apdo.)

EMENTA: Processual Civil. Mandado de Segurança. Serpro. Ilegitimidade passiva *ad causam*, Taxa Rodoviária Única.

I — Em Mandado de Segurança, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* deve, sempre, ser acolhida, quando exsurgir dos autos que a autoridade apontada como coatora não pode corrigir o ato ilegal.

II — Na espécie sob julgamento, sendo o SERPRO — Serviço Federal de Processamento de Dados, uma empresa pública federal que tem por escopo, apenas a prestação de serviços de tratamento de informações e processamento de dados, não pode ser responsabilizada pelo lançamento fiscal, que culminou com a emissão de documento (Darf) que exigia do impetrante o recolhimento da TRU acrescida de multa. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* que se acolhe. Precedente do TFR.

III — Remessa *ex officio* e apelações providas. Segurança cassada.

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO SEBASTIÃO REIS, Presidente. MINISTRO GERALDO SOBRAL,
Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Vitor Zamprogno Amâncio Pereira impetrou Mandado de Segurança contra ato do Diretor do Serviço Federal de Processa-

mento de dados (SERPRO) objetivando efetuar o pagamento da Taxa Rodoviária Única (TRU), em atraso (parte do ano de 1982 e 1983), relativo ao veículo Fiat 147 — CL, placa FA-6143, modelo 1982, de sua propriedade.

O impetrante, em sua exordial (fls. 02/04), alega que tentou recolher referida taxa para regularizar a situação do seu veículo, todavia o SERPRO só receberia referido tributo se estivesse acompanhado do pagamento da multa. Aduz que a jurisprudência deste egrégia Corte assegura o recolhimento da Taxa Rodoviária Única em atraso, sem pagamento de multa, mencionando arestos neste sentido. Em consequência, pleiteia a concessão da segurança para que lhe seja deferido o recolhimento da Taxa Rodoviária Única, em atraso, sem o pagamento de multa. Requereu, ainda, a concessão de liminar.

Deferida a liminar, notificada a autoridade apontada como coatora, advieram as informações de fls. 12/15, onde o Diretor-Presidente do SERPRO argumenta, em termos resumidos, que é uma empresa pública federal que tem por escopo, apenas, a prestação de serviço de tratamento de informações e processamento de dados através de computação eletrônica ou eletromecânica. Pondera que não é órgão arrecadador da Taxa Rodoviária Única e, por conseguinte, é parte ilegítima *ad causam*. Pediu, afinal, a denegação da segurança.

Às fls. 25/29, o Serviço Federal de Processamento de Dados — SERPRO (pessoa jurídica de direito privado) pleiteou o seu ingresso no feito, na qualidade de assistente da autoridade apontada como coatora. Em seu petitório o SERPRO alega que o seu diretor-presidente não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da presente relação jurídico-processual. Por este motivo, pleiteou a denegação da segurança.

O Ministério Público Federal, às fls. 36/39, após salientar que o diretor-presidente do SERPRO é parte passiva ilegítima, na presente demanda, opinou pelo não conhecimento do *mandamus* e a revogação da liminar.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara — II da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, Dr. Romário Rangel, após afastar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, concedeu a segurança pleiteada, para que fosse excluída a parcela relativa à multa (fls. 44/51).

O representante do «Parquet» Federal, em primeira instância, irresignado, interpôs, tempestivamente, apelação, pleiteando a reforma da sentença monocrática, em virtude da ilegitimidade passiva *ad causam* (fls. 54/59).

O SERPRO também recorreu (fls. 66/70), reiterando a mesma tese desenvolvida em primeiro grau.

Recebidos os recursos (fls. 60 e 63/64), sem contra-razões, subiram os autos a esta egrégia Corte, por força da Remessa *Ex Officio* e das apelações interpostas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 98/102, por entender que é patente a ilegitimidade do Diretor-Presidente do SERPRO para figurar na espécie como autoridade coatora, opinou pelo provimento das apelações, a fim de que fosse cassada a segurança.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador da República, Dr. Paulo de Tarso Lucas, aprovado pelo insigne Subprocurador-Geral da República, Dr. Osvaldo Flávio Degrazia, bem elucida a controvérsia, quando assim dispõe:

«Interpõem o Ministério Público Federal e a empresa Serviço de Processamento de Dados — SERPRO apelação contra a r. sentença de fls. 44/51, que, rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, concedeu a

segurança requerida por Vitor Zamprogno Amâncio Pereira e o eximiu do pagamento de multas relativas à Taxa Rodoviária Única — TRU, não recolhida nos exercícios de 1982 e 1983.

Já nas informações, a autoridade coatora abordou exaustivamente a questão de sua ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo que o SERPRO não pratica ato de autoridade, nem mesmo no exercício de função pública delegada, pois apenas executa serviços de tratamento de informações e de processamento de dados, através de computação eletrônica ou eletromecânica, que constituem a sua atividade-fim. Prioritariamente, esses serviços são prestados aos órgãos do Ministério da Fazenda, sempre, porém, com fiel observância aos valores fixados em portaria ministerial.

No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público Federal (fls. 36/39), da lavra do Dr. Hélio Maldonado Jorge, que, trazendo à colação o disposto no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.242, de 30-10-72, e no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.068, de 9-11-83, além de subsídios doutrinários e jurisprudenciais, concluiu pelo não conhecimento do *mandamus*.

O MM. Juiz *a quo* rechaçou tal preliminar com base nas seguintes considerações, que são suficientes para demonstrar a sua linha de raciocínio, *in verbis* (fl. 47):

«No caso específico da TRU, a quem o impetrante deveria recorrer, para não pagar aquilo que o Colendo Tribunal Federal de Recursos já declarou ilegal?

A «instâncias próprias do Ministério da Fazenda...»? Mas, que «instâncias próprias» são essas?

Diante desta perplexidade em que se encontra o contribuinte que deseja pagar — mas que não deseja pagar mais do que deve — ele recorre ao órgão que «pratica o ato lesivo». Ora, o órgão que praticou o ato lesivo e que emitiu o DARF é o SERPRO. Se o SERPRO, através de seus órgãos, não corrige o lançamento, é claro que se torna legitimado passivo para o processo heróico do mandado de segurança — último baluarte das defesas do povo espoliado.

Assim, considerando que é o SERPRO que tem a incumbência de proceder o lançamento da TRU e é ele que emitia o DARF com o qual o contribuinte poderia efetuar o pagamento, junto à rede bancária, admito ser ele a «autoridade delegada que praticava o ato impugnado e, conseqüentemente, legitimado passivo para responder por este Mandado de Segurança.»

Os recursos merecem provimento. De fato, a *r. sentença* apelada não resiste a qualquer análise, por mais superficial que seja. É evidente a ilegitimidade do Sr. Presidente do SERPRO para figurar no mandado de segurança como autoridade coatora. O SERPRO é uma empresa pública e, como tal, os seus dirigentes só poderiam ser considerados como autoridades, se exercessem funções delegadas do Poder Público, na forma do § 1º do art. 1º da Lei nº 1.533, 31-12-51, o que indiscutivelmente não ocorre na espécie.

Ora, não é mencionada empresa que exige o recolhimento da TRU ou de qualquer outro tributo, que procede à sua arrecadação ou traça normas a respeito de seu lançamento. Ela limita-se a prestar serviços aos órgãos do Ministério da Fazenda (ou a outros órgãos ou empresas que vierem a contratá-la), como o fez ao processar os dados e expedir as guias correspondentes à TRU. E esses serviços, além de serem executados segundo as ordens ou instruções emanadas do órgão ou empresa contratados, não constituem em si, originariamente, função pública que, como tal, tenha sido delegada, pois são apenas

meros atos materiais, de execução, insuscetíveis de ser classificados como atos de autoridade, sejam os seus autores agentes públicos ou meras empresas privadas prestadoras de serviço contratadas por órgãos do estado.

Heli Lopes Meirelles (Mandado de Segurança a Ação Popular, 1ª Ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 8) ministra a seguinte lição a respeito do tema, *in verbis*:

«Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por Mandado de Segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios e, por isso, não responde o Mandado de Segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples executor não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute a sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. Atos de autoridade, portanto, são os que trazem em si uma decisão e não apenas execução.»

Equiparar, como fez o MM. Juiz a quo, o processamento de dados e a expedição de guias a ato de lançamento de um tributo é algo que, *data venia*, extrapola os limites do razoável. Em primeiro lugar, porque, segundo o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.242/72, o valor relativo à TRU deve ser recolhido diretamente pelo contribuinte, sem prévio exame da autoridade administrativa. Em segundo lugar, porque o lançamento, que compete privativamente à autoridade administrativa, como ato típico do estado, é em si mesmo um ato jurídico, e como tal é que produz a constituição do crédito tributário. Já a expedição de uma simples guia é tão-somente um ato material incapaz de produzir qualquer efeito jurídico.

Finalmente, convém lembrar que o SERPRO não apenas processa as informações e expede guias correspondentes à TRU. Muitos outros tributos, entre os quais o Imposto de Renda, estão sob os seus cuidados no que se refere ao processamento de dados, e nem por isso se pode imputar aos seus dirigentes a condição de autoridade lançadora.

Além do mais, o art. 6º do Decreto-Lei nº 2.068/83 dispõe expressamente que é da competência das instâncias próprias do Ministério da Fazenda a apreciação dos processos administrativos de determinação, exigência e restituição da Taxa Rodoviária Única e seus acessórios. Ora, o SERPRO jamais integrou tais instâncias, que são constituídas pelos vários órgãos no âmbito da Secretaria da Receita Federal, pelos Conselhos de Contribuintes e pelo próprio titular da pasta. Sem nenhuma razão, portanto, o MM. Juiz a quo.

Pelo exposto, sendo patente a ilegitimidade do Sr. Presidente do SERPRO para figurar na espécie como autoridade coatora, opinamos pelo provimento das apelações, a fim de que seja cassada a segurança.» (Fls. 98/102).

Incensuráveis as doughtas argumentações desenvolvidas pelo «Parquet» Federal, as quais adoto como razão de decidir.

Saliente-se, ainda, que esta egrégia Quinta Turma já apreciou questão idêntica, quando do julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 106.390 — ES (6.186.637), em 22-11-85, *DJ* de 6-2-86, votação unânime, tendo o eminente Relator, Ministro Pedro Acioli, lavrado a ementa nos seguintes termos:

«Mandado de segurança. Autoridade coatora. TRU.

I — Sendo o SERPRO — Serviço Federal de Processamento de Dados, meramente empresa processadora de dados, para confecção da documentação (emissão dos DARFs), não há como se possa legitimá-lo como autoridade coatora; sua responsabilidade restringe-se à emissão de documentos, não confundir-se com lançamento.

II — «Sujeito ativo da obrigação é a pessoa de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento», o que é impossível de ocorrer com a apontada autoridade coatora no presente caso.

III — Apelações providas, bem como à remessa oficial, cassando, de consequência, a segurança concedida.»

Ante o exposto, dou provimento à Remessa Ex Officio e às apelações, para cassar a segurança concedida.

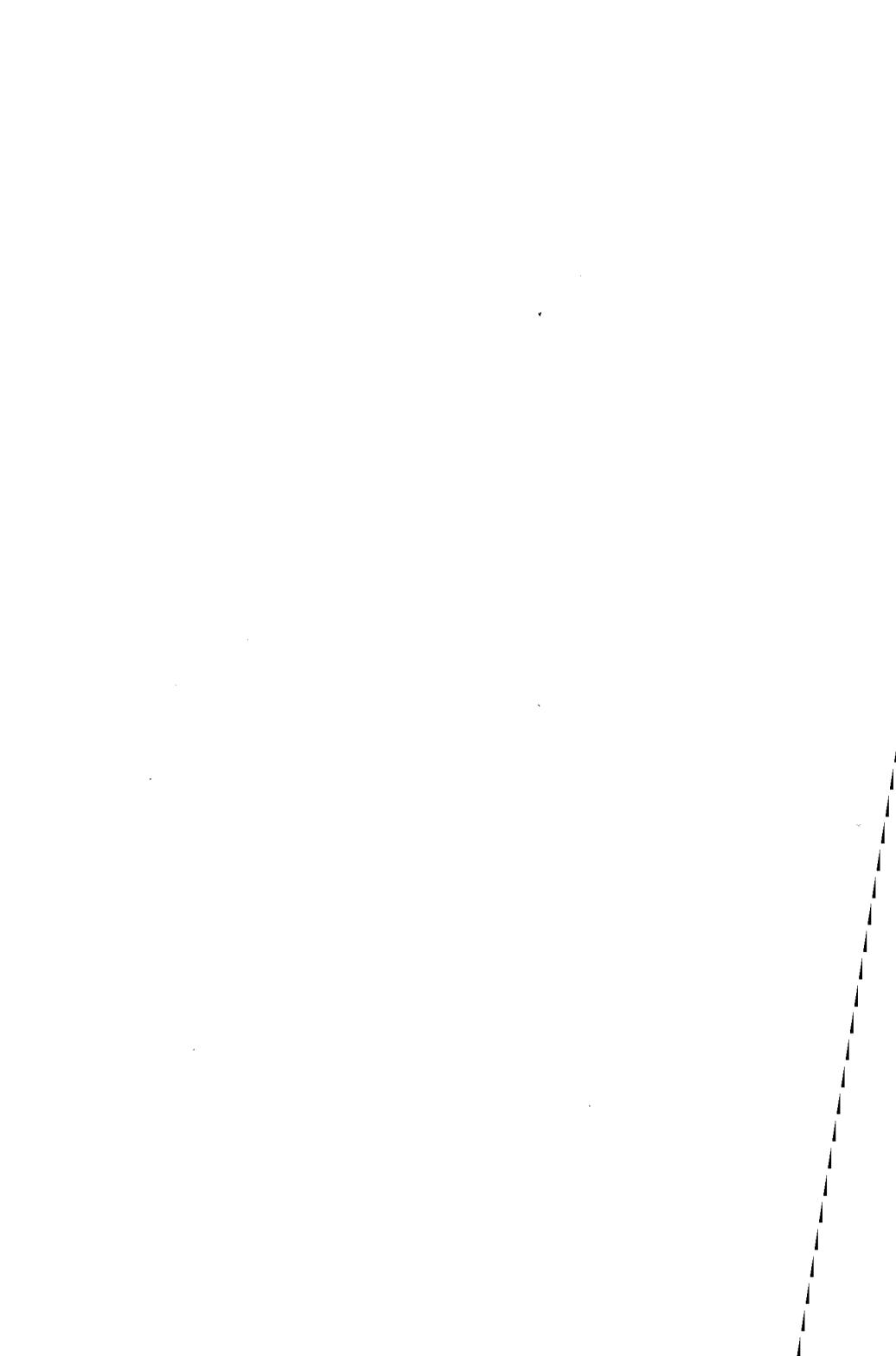
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 106.693 — ES — (Reg. 6.198.600) — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara — ES. Apelantes: Ministério Público e Serviço Federal de Processamento de Dados — SERPRO. Apdo.: Vitor Zamprogno Amâncio Pereira. Advogados: Drs. Valdir Vieira e outra (apte.) e Hariolus Amancio Pereira e outra (apdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à remessa oficial e às apelações. (Em 13-8-86 — 5ª Turma).

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



APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 107.437 — DF
(Registro nº 7.176.155)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelantes: José Alves Pereira Filho e outros

Apelado: Banco Central do Brasil

Advogados: Drs. Nilton Correia e outro, José Vigilato da Cunha Neto e outros

EMENTA: «Mandado de Segurança. Entidade sob regime de intervenção. «Over Nigth». Inexigibilidade dos depósitos.

De acordo com o disposto no art. 6º da Lei nº 6.024/74, uma vez decretada a intervenção em instituição financeira, os depósitos nela existentes são inexigíveis, regra que alcança as aplicações no «Over Nigth». Apelação desprovida».

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

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

MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, deu exata notícia da matéria de que tratam os autos, pela forma seguinte:

«Trata-se de mandado de segurança impetrado por José Alves Pereira Filho e outros contra ato do Presidente do Banco Central.

Dizem os impetrantes serem correntistas do Banco Sulbrasileiro S.A., entidade sob regime de intervenção, decretada em 7-2-85. Os impetrantes efetuaram operação no «over night» e afirmam haver ofensa a seu direito líquido e certo de movimentarem livremente suas contas, sejam de que natureza for, por não terem culpa da situação a que chegou a referida instituição financeira.

A autoridade impetrada, em informações, afirma não haver praticado qualquer ato ilegal ou resultante de abuso de poder ofensivo a direito líquido

e certo dos impetrantes, uma vez que a suspensão dos pagamentos se deu em obediência ao art. 6º da Lei nº 6.024/74. Demonstra a constitucionalidade desse preceito legal às fls. 30/31, observando, ainda, que as aplicações do «over» são operações de risco realizadas com instituição privada, não com o Estado, pretendendo os impetrantes serem ressarcidos pelo Governo, por sua aventura especulativa. Juntou cópia de despacho do Presidente do egrégio Tribunal Federal de Recursos, na Suspensão de Segurança nº 5.671 — RO que, concedendo-a, evita irreparáveis prejuízos à Instituição intervinda e ao Erário Público.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança, por estar o ato impugnado em perfeita consonância com a Lei nº 6.024/74.

A r. sentença monocrática denega a segurança, por não estarem as alegações do impetrante comprovadas. Afirma o inclito julgador a legalidade do ato praticado, de acordo com os arts. 1º a 14 da Lei nº 6.024/74 e conclui que «eventuais prejuízos e a possível culpa da União por estes, só poderão ser apurados em procedimento ordinário».

Apelam os impetrantes, alegando a nulidade da sentença, por falta de requisitos essenciais. No mérito, reafirma a ilegalidade do ato do Banco Central, por descumprir a Lei nº 4.595/64».

Opinou depois a Subprocuradoria pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): De acordo com o disposto no art. 6º da Lei nº 6.025/74, uma vez decretada a intervenção em instituição financeira, os depósitos nela existentes são inexigíveis.

Essa regra abrange, sem dúvida, as aplicações no «over night», com o que acertadamente considerou o Dr. Juiz não assitir aos impetrantes, ora recorrentes, direito à obtenção de resgate imediato dos valores aplicados.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 107.437 — DF — (Reg. nº 7.176.155) — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: José Alves Pereira Filho e outros. Apdo.: Banco Central do Brasil. Advs.: Drs. Nilton Correia e outro, José Vigilato da Cunha Neto e outros.

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso, unanimemente. (Em 25-3-87 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 109.937 — SP
(Registro n.º 7.271.867)

Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves
Impetrante: Instituto Brasileiro do Café — IBC
Impetrado: Juiz Federal da 15.ª Vara—SP
Advogada: Dra. Lúcia Magalhães Lemgruber

EMENTA: Mandado de Segurança. Ato judicial. Admissibilidade. Contra ato judicial insuscetível de impugnação mediante recurso com efeito suspensivo, e apto a causar dano irreparável, é admissível o Mandado de Segurança. Pedido que a Seção defere, para conferir efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento interposto da decisão em causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a 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, 9-4-86 (data do julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. **MINISTRO NILSON NAVES**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. **MINISTRO NILSON NAVES**: Face ao disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 47, de 18-11-66, encontram-se sob a guarda do Instituto Brasileiro do Café duas mil, cento e oitenta e seis sacas de café, apreendidas no dia 19-5-79, em Pirajuí, Estado de São Paulo, sob a suspeita de crime de contrabando ou descaminho.

Com a pretensão de liberar o café apreendido, Dario Achar já impetrara Mandado de Segurança contra a União Federal. Teve êxito em primeiro grau, mas não o teve nesta Corte. A. 1.ª Turma, em acórdão relatado pelo Senhor Ministro Leitão Krieger, cassou a segurança então concedida, conforme se apura da ementa redigida por S. Exa.:

«Apreensão de café. Suspeita de descaminho. Mandado de Segurança. Liberação do produto. Apelação. Propriedade não comprovada pelo impetrante. Cassação da segurança.

A mercadoria apreendida, conforme as notas fiscais, se destinava à firma Estiva Comércio Atacadista de Café e Cereais Ltda.

Não comprovou o impetrante fosse o proprietário do café. A análise dos fatos autoriza a convicção de que a transação se revestia de caráter irregular, justificando-se, pois, a apreensão procedida pelo IBC.

Matéria de prova insusceptível de exame pela via eleita. Provimento da apelação para cassar a segurança» (fl. 21).

Com pretensão idêntica à de Dario, Estiva Comércio Atacadista de Café e Cereais Ltda. também já ingressara em Juízo: com Mandado de Segurança, dele disistindo após; com incidente de restituição de coisa apreendida, porém sem sucesso. No incidente, em sua sentença, aduziu o Juiz Federal João Carlos da Rocha Mattos:

«Aliás, como bem observou o órgão Ministerial, o sócio-gerente da Estiva Comércio Atacadista de Café e Cereais Ltda. declarou à autoridade policial que a empresa paralisou suas atividades desde abril de 1978, portanto, bem antes da data da apreensão do café (19-5-79).

Ressalte-se, por outro lado, que a fiscalização da Secretaria da Fazenda Estadual e do IBC constatou, em diligências promovidas perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo que a Estiva Comércio Atacadista de Café e Cereais Ltda. tivera requerida a sua falência em 1-7-77, sendo certo ainda que no endereço destacado nas notas fiscais como sede dessa empresa nada foi encontrado (ver trecho do voto do Exm^o Sr. Ministro Leitão Krieger, Relator do Mandado de Segurança requerido por Dario Achar — fl. 77).

Dessa forma, se o fato apurado não chegou a constituir crime de tentativa de contrabando e o de sonegação fiscal restou prescrito, é certo que a transação se revestiu de caráter irregular, vale dizer, em desacordo com as normas baixadas pelo IBC, com fulcro no Decreto-Lei n^o 47/66, ou seja, as Resoluções n^{os} 16 e 22/78, ambas vigentes à época do evento, justificando-se, assim, a apreensão do café por parte da Autarquia» (fl. 15).

A sentença da qual destaquei alguns trechos é de 29-8-85. Pois bem, no mês seguinte, Estiva Comércio Atacadista de Café e Cereais Ltda., dando-se apoiada no art. 798 do Cód. de Pr. Civil, ajuizou medida cautelar inominada contra a União Federal, e o Juiz Federal Sebastião de Oliveira Lima assim despachou, em 23-10-85:

«A documentação trazida aos autos comprova que, atendendo à cota do douto Ministério Público Federal, o ilustre Juiz da 12^a Vara desta Seção Judiciária determinou o arquivamento dos autos do respectivo processo-crime, nada havendo a punir, quer a título de contrabando ou descaminho, quer a título de sonegação fiscal.

Por outro lado, as notas fiscais de fls. 24 a 26 e de fls. 30 a 33 comprovam que, na realidade, as 2.286 sacas de café apreendidas à autora realmente lhe pertencem.

Satisfeitos estão, pois, os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a justificarem o atendimento da pretensão da autora.

Isto posto, concedo a medida, liminarmente, para que as prefaladas 2.186 sacas de café, apreendidas à requerente, sejam-lhe prontamente restituídas. Após, cite-se (fl. 62).

Mas, por despacho de 4-11-85, a Juíza Federal Lúcia Valle Figueiredo Collarile, em exercício na 15^a Vara, houve por bem suspender os efeitos da liminar, verbis:

«Em face de todo o exposto, suspendo todos os efeitos da medida liminar, devendo o requerente promover a citação por precatória, do Instituto Brasileiro do Café — IBC, que é a pessoa jurídica detentora das sacas de café. Ao depois, cite-se a União Federal, conforme requerido na inicial» (fl. 41).

Sucedeu, no entanto, que o Juiz Federal Sebastião de Oliveira Lima, em 5-12-85, reigorou o despacho concessivo da medida liminar. Afirmou:

«Por seu TLX. de fl. 76 a agência local do IBC diz não saber se a Polícia Federal tem ou não conhecimento de determinação judicial, e pede o prazo de dois ou três dias para atender à ordem por primeiro, tendo em vista que o processo-crime, instaurado em consequência da apreensão do café da requerente, já foi arquivado, a pedido da própria Procuradoria da República, não há qualquer interesse policial na questão. Por segundo, inexistente qualquer disposição legal que obrigue o Poder Judiciário a dar conhecimento de seus atos a qualquer autoridade policial. Por fim, o IBC não contestou, em qualquer passo, a propriedade do produto apreendido, mas apenas pediu prazo para cumprimento da determinação judicial.

Isto posto, reconsidero o despacho de fl. 77, para manter os meus despachos de fls. 55 e 68, já transmitidos à agência local do IBC. Concedo à autarquia, face às suas ponderações de fl. 76, o prazo de 3 (três) dias para cumprimento da ordem, enviando-lhe cópia, por inteiro, deste despacho» (fl. 11).

De pronto, o Instituto Brasileiro do Café entrou com Agravo de Instrumento (ver fls. 43/53). E agora, nestes autos, requer Mandado de Segurança, para «obter efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento interposto perante a 15ª Vara Federal — SP, até final apreciação do mesmo por parte desse Eg. Tribunal, porque, se assim não ocorrer, inócua terá sido sua interposição e, entregues as 2.286 scs. de café à Estiva, dano iminente e irreparável fatalmente se propiciará» (fl. 9).

Concedendo liminar, suspendi os efeitos do ato judicial em cópia à fl. 11.

Nas informações prestadas, o Dr. Juiz, defendendo o seu ato, estranhou de início que o Mandado de Segurança tenha sido requerido pelo Instituto Brasileiro do Café. Leio à fl. 60:

«Por primeiro, penso ser o impetrante parte ilegítima para figurar no pólo ativo da presente relação processual. Com efeito, os cafés, cuja liberação é ora pleiteada, foram apreendidos pela Secretaria Estadual da Fazenda e pela Delegacia da Polícia Federal e entregues ao impetrante apenas para depositá-los (anexo nº 3). Isso quer dizer que o requerente é apenas o seu depositário, não podendo, pois, discutir a propriedade de bens de terceiros».

Em seu parecer, subscrito pelo Procurador José Bonifácio Borges de Andrada e aprovado pelo Subprocurador-Geral Paulo A. F. Sollberger, a Subprocuradoria-Geral da República, preliminarmente, considerou o Instituto parte legítima, e, no mérito, opinou pela concessão da segurança.

Informou-me a Secretaria que o Agravo de Instrumento tirado pelo Instituto ainda não subiu a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Pronuncio-me no mesmo sentido em que se pronunciou a Subprocuradoria-Geral da República, num e noutro ponto. Tenho o impetrante como parte legítima para estar em juízo, tal como se encontra nestes autos. É que, ao conceder liminarmente a medida cautelar, nos autos que lá se acham, a autoridade judiciária tomou como destinatário de tal liminar expressamente o Instituto Brasileiro do Café: «... reconsidero o despacho de fl. 77, para manter os meus despachos de fls. 55 e 68, já transmitidos à agência local do IBC. Concedo à autarquia, face às suas ponderações de fl. 76, o prazo de 3 (três) dias para cumprimento da ordem, enviando-lhe cópia, por inteiro, deste despacho» (fl. 11). Mais a mais, tem a autarquia evidente interesse no desate da pendência, à vista do art. 5º do Decreto-Lei nº 47, de 18-11-66, que dispõe:

«Art. 5º Sem prejuízo do auxílio e cooperação que possam ser prestados ao IBC por qualquer entidade federal ou estadual no combate e repressão ao contrabando e descaminho, todo e qualquer café apreendido deverá ser, imediatamente, entregue à guarda da mesma autarquia, a quem incumbe a instauração do competente processo administrativo, independentemente das sanções penais cabíveis a serem aplicadas por quem de direito».

2. Trata-se de Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso. Só que o recurso cabível, o de Agravo de Instrumento, e que foi a tempo apurado interposto, não tem efeito suspensivo. Entende-se nos tribunais que, em casos dessa espécie, cabe Mandado de Segurança, para conferir ao recurso o efeito que ele não tem, desde que o ato judicial possua aptidão para causar dano irreparável.

Creio que, no caso, existe a possibilidade do dano, que recolho da sentença desfavorável à Estiva, proferida no incidente de restituição de coisa apreendida, que transcrevi no relatório da inicial deste pedido e do parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

Da inicial, leio à fl. 06:

«Aliás, perigo sério e risco de dano irreparável terão oportunidade de surgir, se o IBC efetivamente fizer entrega dessas 2.286 scs. de café, posto que seu valor no mercado, hoje, ultrapassa a casa dos três bilhões de cruzeiros!

Da leitura da inicial observa-se que, para atingir seu objetivo, Estiva não poderia deixar de, em regular processo de ação ordinária, procurar demonstrar seu direito sobre os cafés questionados...»

Do parecer, leio à fl. 106:

«13. O valor da mercadoria, hoje, ultrapassa o valor de três milhões de cruzados, e perigo de dano há sim, em se entregar *liminarmente* a mercadoria a uma firma falida e com sede e endereço desconhecidos, *permissa venia*, dano este de difícil reparação se vier a ocorrer».

No mais, a matéria fica para o exame do agravo...

Portanto, presente, a meu ver, os pressupostos necessários, concedo a segurança, para dar efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 109.937 — SP—(Reg. 7.271.867) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Impetrante: Instituto Brasileiro do Café — IBC. Impetrado: Juiz Federal da 15ª Vara—SP. Advogada: Dra. Lúcia Magalhães Lemgruber.

Decisão: A Seção, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Primeira Seção, 9 de abril de 1986).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, José Dantas, Washington Bolívar, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau e Costa Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 109.995 — SP
(Registro nº 7.594.941)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral
Apelante: Copebrás S/A
Apelada: União Federal
Advogados: Drs. Leo Krakowiak e outro (apte.)

EMENTA: Tributário. Importação. Taxa de Melhoramento dos Portos. Isenção. País signatário do GATT.

I — Tendo a Taxa de Melhoramento dos Portos a natureza de preço público, mais especificamente sobre preço portuário, pode a mesma ser exigida, posto que, além de não ter a mesma base de cálculo do imposto de importação, a sua isenção não é aplicável às mercadorias importadas de País signatário do GATT. Precedentes do TFR e do STF.

II — Apelação desprovida. Sentença confirmada.

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 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, em 25 de junho de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO TORREÃO BRAZ, Presidente. **MINISTRO GERALDO SOBRAL**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Coperbrás S/A. contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Santos, o MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. Márcio José de Moraes, assim relatou a controvérsia:

«Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Santos, consistente em exigir-lhe, por ocasião do desembarço aduaneiro, o pagamento de Taxa de Melhoramento dos Portos (TMP) sobre o valor CIF das mercadorias que importou ao amparo da guia de fls. 27/28, provenientes de país signatário do GATT.

Sustenta a impetrante, em síntese, que tal exigência é indevida porque:

— o caráter não tarifário, mas tributário, da TMP é hoje afirmado pela doutrina e jurisprudência, pelo que, ou terá natureza de imposto, ou de taxa;

— se imposto, configura-se adicional ao imposto de importação, não podendo, pois, ser cobrado em operações isentas;

— se taxa, sua exigência é inconstitucional na medida em que tem base de cálculo idêntica à do imposto de importação e, assim, afronta a vedação do artigo 18, § 2º da Constituição Federal;

— padece, ainda, do vício da ilegalidade, posto que o artigo 2º, III, do Decreto-Lei nº 2.185, de 1984, isentando da TMP as mercadorias transportadas em embarcações de tráfego local, propicia tratamento mais favorável ao produto similar nacional, o que contraria o artigo 98 do CTN e o acordo do GATT.

Assim, pede a impetrante a concessão da ordem, trazendo à colação vários precedentes jurisprudenciais sobre os temas enfocados, para o fim de obter o desembaraço das Mercadorias importadas sem o pagamento da TMP.

Concedida a liminar, a autoridade impetrada prestou as informações, onde defende, em síntese, a constitucionalidade e legalidade do ato impugnado.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.» (Fls. 117/118).

Decidindo, o ilustre Juiz a quo denegou a segurança, cassando, em consequência, a liminar anteriormente concedida.

Inconformada, a impetrante interpôs apelação (fls. 126/138), repisando os mesmos argumentos expendidos em sua exordial.

Recebido o recurso e devidamente contra-arrazoado (fl. 139), subiram os autos a esta egrégia Corte, onde a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador da República, Dr. João Leoni Taveira, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Osvaldo Flávio Degrazia, bem discorreu e opinou sobre a **questio juris**, ao assim dispor:

«Trata-se de apelação em mandado de segurança, interposta por Copebrás S/A, contra a r. sentença de fls. 117/123, que denegou **mandamus** visando afastar a cobrança da Taxa de Melhoramento dos Portos incidente sobre importação originária de país signatário do GATT.

Alega a impetrante que a taxa em referência constitui, em essência, adicional ao imposto de importação, que não pode ser cobrado de operações isentas. Argumenta, ademais, que se o ônus em referência constituir taxa seria inconstitucional por ter base de cálculo idêntica à do imposto de importação. A cobrança seria, ainda, ilegal, pois, ante a isenção reconhecida em favor do comércio de cabotagem e navegação interior, haveria tratamento desigual em desfavor de mercadoria oriunda de país signatário do GATT.

Os argumentos da impetrante foram rejeitados na r. sentença que considerou a exação questionada como taxa trazendo à colação julgados do STF e desse egrégio Tribunal demonstrando que não tem base de cálculo idêntica à

do imposto de importação. Ressaltou, ainda, o MM. Juiz Federal que não houve demonstração de que a cobrança em foco viola o acordo do GATT.

Não merece ser provido o recurso. Para pedir o seu improvimento aduziu argumentos novos, qual seja o de que a Taxa de Melhoramento dos Portos constitui preço público. É certo que diferenciação entre taxa e preço público, não poucas vezes, causa polêmica entre os doutos. O próprio Supremo Tribunal Federal já entendeu que seria taxa a exação questionada. Todavia, ultimamente vem entendendo que a TMP é preço público, mais particularmentê sobrepreço portuário, acrescido aos de capatazias. No sentido faz-se referência aos seguintes julgados: RE nº 92.344 — SP, Segunda Turma, em 11-4-80. Relator Min. Moreira Alves, in *Lex Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Lex Editora S/A, vol. 21, São Paulo, setembro de 1980, págs. 183/185; e RE 88.603 — AM, Segunda Turma, Relator Min. Leitão de Abreu, publicado na obra citada, vol. 1, janeiro de 1979, págs. 45/48. Ainda mais, as seguintes decisões, uma delas do Pleno, verbis:

«EMENTA: Superintendência da Borracha. Isenção de impostos e taxas federais. A chamada Taxa de Melhoramento dos 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 gozam da isenção de impostos e taxas. — Recursos Extraordinários conhecidos e provido.»

(RE 75.580 — SP. Rel. Min. Rodrigues Alckmin. Plenário, 16-10-74. Publ. no *DJ* de 28-2-75, pág. 1120).

EMENTA: Valorização da Amazônia (Decreto-Lei nº 756, de 11 de agosto de 1969). Empreendimentos declarados prioritários para o desenvolvimento da região. A ampla isenção do artigo 26 desse diploma legal abrange impostos, taxas, contribuições e preços públicos, salvo taxas portuárias.

Taxa de Melhoramento dos Portos. Constituindo preço público, mais particularmente, sobrepreço portuário (Plenário do STF, nº 75.580, de 16 de outubro de 1974), e compreendendo-se entre as taxas portuárias *latu sensu*, está excluída da isenção do artigo 26 do Decreto-Lei nº 756-69.

Recurso conhecido e provido, cassada a segurança.» (RE 82.904 — AM. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. 2ª Turma. Publ. no *DJ* de 7-11-75, pág. 8222).

EMENTA: A isenção de tributos concedidos pelo art. 50 da Lei nº 5.227-67 a Superintendência da Borracha não abrange a chamada Taxa de Melhoramento dos Portos (Decreto-Lei nº 8.341, Lei nº 3.421-58), porque esta, como decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE nº 75.580 e noutros, inclusive no RE nº 74.674 (RTJ, 67.503.518), deve ser definida como preço acrescido ao das capatazias, razão esta que afasta sobredito favor tributário.

Recurso extraordinário ajuizado pela Companhia Docas de Santos para impugnar acórdão do Tribunal Federal de Recursos.

Conhecimento e provimento.» (RE nº 85.047 — SP, Rel. Min. Antônio Neder, 1ª Turma, 10-9-76, publ. no *DJ* de 8-10-76, pág. 8743).

EMENTA: Taxa de Melhoramento dos Portos. Tratando-se de preço público mais particularmente, sobrepreço portuário, e não imposto, nem taxas (Plenário do STF, RE 75.580, 16-10-74), está-lhe sujeita à Superintendência da Borracha.

Taxa de Renovação da Marinha Mercante. É contribuição parafiscal, pelo que incide nas importações efetuadas pelo referido órgão.

Recursos extraordinários conhecidos e providos.» (RE 79.637 — SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, 2ª Turma, 18-11-74, publ. no *DJ* de 6-12-74, pág. 9188).

EMENTA: Taxa de Melhoramento dos Portos. Constituindo preço acrescido aos de capatazias a ele não se aplica a isenção de taxas e impostos estabelecida no art. 26 do Decreto-Lei nº 756, de 1969, em prol da valorização da Amazônia.» (RE 82.267-4 — AM. Rel. Min. Soares Muñoz, 1ª Turma, 8-5-79).

Mesmo que se entenda ser a exação questionada tributo da espécie taxa, ainda não prospera o recurso. Com efeito, a taxa não pode ter a mesma base de cálculo e nem fato gerador idêntico ao do imposto (art. 18, § 2º, da Constituição Federal, e art. 77, parágrafo único, do CTN). A impetrante sustenta que a TMP possui a mesma base de cálculo do imposto de importação, citando em favor de sua tese, o art. 20, II, do CTN e o § 2º, do art. 3º, da Lei nº 3.421/58. Cuida-se, no entanto, de argumentação também improcedente.

O imposto de importação, no caso de mercadoria importada, tem como fato gerador a entrada desta no território nacional, com o registro da declaração de importação na repartição competente (Súmula nº 4-TFR), cujas bases de cálculo são *preço-de-referência* (Decreto-Lei nº 1.111/70); *pauta-de-valor-mínimo* (Decreto-Lei nº 730/69); e *preço normal* (Portaria GB-355, de 1969, do Ministro da Fazenda, face à não regulamentação dos arts. 2º e 6º do Decreto-Lei nº 37/66).

Já a TMP tem como fato gerador a movimentação ou remoção, dentro do porto, de mercadorias, por meios braçais ou mecânicos, de ou para navios e embarcações auxiliares e sua base de cálculo é o preço CIF da mercadoria movimentada nos portos (§ 2º, art. 3º, da Lei nº 3.431/58, com a redação do Decreto-Lei nº 1.507/76).

Observe-se ainda, que quando consideravam a cobrança questionada como taxa — entendimento hoje superado, já que a exação constitui preço público — o Pretório Excelso e esse egrégio Tribunal sempre ressaltavam não ter a TMP a mesma base de cálculo do imposto de importação, *verbis*:

«Cabe, pois, apurar se a cobrança atenta contra a proibição prevista no § 2º do art. 18, referido.

Estatui ele:

«Para a cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos».

Trata-se de prevenir a bitributação, o que equivale a dizer.

Caso típico revelou-se na apreciação do RE 58.721, do RS, a respeito de «taxa de urbanização», cobrada pela Prefeitura de Porto Alegre, quando foi julgada a inconstitucionalidade da Lei nº 2.320/61, que a instituiu (RTJ 47/482).

Ensejou esse julgado a Súmula 551, cujo tema leio. (leu).

Inobstante, incorrem 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.» (Do voto do Ministro Thompson Flores, Relator do RE 74.674 — SP, in RTJ 67/507).

EMENTA: Taxa de Melhoramento dos Portos. Exigência.

A isenção do imposto de importação, por si só, não importa na exoneração da Taxa de Melhoramento dos Portos, conforme jurisprudência, por último, dominante no Alto Pretório e neste Tribunal.

Por igual, não há confundir-se a base de cálculo de um e outra, pois no imposto de importação é a unidade de medida adotada na lei tributária, quando a alíquota é espécie, ou o preço normal, enquanto na TMP é o valor comercial,

Sentença denegatória mantida, improvido o recurso do apelante. Impetrante. (AMS 74.328 — SP, Rel. Min. Sebastião Reis, 2ª Turma, Unânime, DJ de 26-9-80), in EJTFR 39/261-262.

Finalmente, não prospera o último argumento de que a cobrança impugnada violaria o GATT. É que em hipótese idêntica já decidiram o Pretório Excelso e esse Colendo Tribunal:

EMENTA: Taxa de Melhoramento dos Portos. É exigível em razão de 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. Octávio Gallotti, 1ª Turma, publ. no DJ de 14-11-85, pág. 20569).

«Taxa de Melhoramento dos Portos. GATT. Isenção do art. 2º do Decreto-Lei, nº 1.507, de 23-12-75. Inaplicação.

I — A isenção de pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos, concedida pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 1975, quanto às mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e navegação interior, não é aplicável às mercadorias importadas de País signatário do GATT. Isto ocorre não apenas em razão da exceção constante da parte final do item 4 do artigo III daquele Tratado, mas também, porque, no caso, não há prova da existência de similar nacional.

II — Apelação provida. Segurança cassada.» (AMS nº 102.390 — SP, Reg. 493.473, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 4ª Turma, publ. no DJ de 13-3-86, pág. 3281).

Pelo exposto, somos pelo improvinimento do recurso.» (Fls. 142/148).

Incensuráveis as douts ponderações formuladas pelo «Parquet» Federal, as quais adoto como razão de decidir, tendo em vista a copiosa jurisprudência de nossos Tribunais sobre a matéria, trazida à colação no parecer supratranscrito.

Isto posto, nego provimento à apelação, para manter a respeitável sentença monocrática.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS Nº 109.995 — SP — (Reg. nº 7.594.941) — Rel.: O Sr. Min. Geraldo Sobral. Apte.: Copebrás S/A. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Leo Krakowiak e outro (apte.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 25-6-86 — Quinta Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 110.021 — SP
(Registro nº 6.589.944)

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Apelante: Pirelli S/A Companhia Industrial Brasileira

Apelada: União Federal

Advogado: Dr. Leo Krakowiak, Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros (apte.)

EMENTA: Taxa de Melhoramento dos Portos. GATT. Natureza Jurídica. Base de cálculo. Constitucionalidade. Isenção do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 23-12-75. Inaplicação.

I — A partir do exercício financeiro de 1982, à vista da nova legislação promulgada, o produto da arrecadação da Taxa de Melhoramento dos Portos passou a compor as leis orçamentárias da União, constituindo recurso ordinário do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa. Daí que, desde então o referido encargo há de ser conceituado como «taxa» e não como «preço público, acrescido ao das capatazias». Aplicação do Decreto-Lei nº 1.889, de 17 de fevereiro de 1981, art. 1º; Decreto-Lei nº 1.754, de 31 de dezembro de 1979, arts. 1º e 2º; Lei nº 6.093, de 29 de agosto de 1974, artigos 1º e 2º, V; Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, art. 9º.

II — A jurisprudência do TFR, e do STF já se pacificou no sentido de que a base de cálculo da Taxa de Melhoramento dos Portos não se confunde com a base de cálculo do imposto de importação. Por isso mesmo, já proclamou a constitucionalidade da exação, à vista do art. 18, § 2º, da Constituição. Como as referidas alterações legislativas não modificaram a base de cálculo da aludida Taxa, não há sentido, após vários lustros, mudar a orientação pretoriana a propósito do tema. Aplicável ao caso o princípio dos *stare decisis*.

III — A isenção de pagamento de Taxa de Melhoramento dos Portos, concedida pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 1975, quanto às mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e navegação interior, não é aplicável às mercadorias importadas de País signatário do GATT. Isso ocorre não apenas em razão da exceção constante da parte final do item 4 do artigo III daquele Tratado, mas, também, porque, no caso, não há prova da existência de similar nacional.

IV — Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, em 17 de novembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República bem resumiu a controvérsia, nestes termos (fls. 156/157):

«Trata-se de apelação interposta por Pirelli S/A Companhia Industrial Brasileira, contra a r. sentença de fls., que denegou o Mandado de Segurança por ela impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal em Santos, que lhe vem exigindo, para liberar mercadorias importadas, o pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos, instituída pela Lei nº 3.421/58.

2. Em suas razões, argúi a Apelante a inconstitucionalidade e a ilegalidade da exigência por três fundamentos básicos, os dois primeiros excludentes entre si:

a) firmado que a Taxa de Melhoramento dos Portos tem a natureza jurídica de taxa, a Lei nº 3.421/58, que a instituiu, é inconstitucional por ferir o disposto no art. 18, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual «para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.»

b) estabelecido, todavia, que se trata de um adicional ao Imposto de Importação, a exigência em causa seria ilegal, uma vez que as mercadorias foram importadas sob regime de isenção;

c) por fim, seja como taxa, seja como adicional do Imposto de Importação é incabível a exigência, já que as mercadorias foram importadas de país signatário do GATT e a cobrança do tributo importaria em violação do Acordo Internacional.»

Acrescento que o citado parecer, invocando a jurisprudência sobre o assunto, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Aduzo, ainda, que, após a inclusão do feito em pauta, a impetrante, alegando dissídio entre julgados das 5ª e 6ª Turmas, pleiteou fosse suscitado incidente de uniformização de jurisprudência sobre a matéria.

Assinalo, por último, que o Dr. Hamilton Dias de Souza encaminhou-me excelente memorial, cuja juntada, por linha, determinei.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Taxa de Melhoramento dos Portos. GATT. Natureza jurídica. Base de cálculo. Constitucionalidade. Isenção do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 23-12-75. Inaplicação.

I — A partir do exercício financeiro de 1982, à vista da nova legislação promulgada, o produto de arrecadação da Taxa de Melhoramento dos Portos passou a compor as leis orçamentárias da União, constituindo recurso ordinário do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa. Daí que, desde então, o referido encargo há

de ser conceituado como «taxa» e não como «preço público, acrescido ao das capatazias». Aplicação do Decreto-Lei nº 1.889, de 17-2-81, art. 1º; Decreto-Lei nº 1.754, de 31-12-79, arts. 1º e 2º; Lei nº 6.093, de 29-8-74, arts. 1º e 2º, V; Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, art. 9º.

II — A jurisprudência do TFR e do STF já se pacificou no sentido de que a base de cálculo da Taxa de Melhoramento dos Portos não se confunde com a base de cálculo do Imposto de Importação. Pos isso mesmo, já proclamou a constitucionalidade da exação, à vista do art. 18, § 2º, da Constituição. Como as referidas alterações legislativas não modificaram a base de cálculo da aludida Taxa, não há sentido, após vários lustros, mudar a orientação pretoriana a propósito do tema. Aplicável ao caso a regra do *stare decisis*.

III — A isenção de pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos, concedida pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, quanto às mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e navegação interior não é aplicável às mercadorias importadas de País signatário do GATT. Isso ocorre não apenas em razão da exceção constante da parte final do item 4 do art. III daquele Tratado, mas, também, porque, no caso, não há prova da existência de similar nacional.

IV — Apelação desprovida.

I

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Preliminarmente, indefiro o pedido de suscitação de incidente de uniformização de jurisprudência sobre o assunto. A uma, porque a suscitante não trouxe para os autos os julgados da 5ª Turma que afirma encontrarem-se em dissonância com precedente da 6ª Turma; a duas, porque o julgado da 6ª Turma trazido à colação (REO 109.453—SP) não me parece idôneo para a caracterização do dissídio. Com efeito, proclamou a inconstitucionalidade da Taxa de Melhoramento dos Portos, por violar o art. 18, § 2º, da Constituição, julgamento esse da competência do Plenário desta Corte (Constituição, art. 116).

II

Passo, pois, ao julgamento do mérito do recurso.

Em exordial muito bem fundamentada, completada por excelente memorial que me foi distribuído, a impetrante, após assinalar que a Taxa de Melhoramento dos Portos, quanto à sua natureza jurídica, ora tem sido conceituada como preço público, ora como imposto, ora como taxa, dissidência essa refletida, quando do julgamento dos REs 74.674—SP e 75.342 pelo Plenário da Suprema Corte, aduz que, de 1974 para cá, o panorama jurídico sofreu transformação em virtude de dois fatores principais: alteração legislativa da matéria e da jurisprudência do Excelso Pretório, no que respeita à distinção entre taxa e preço público, bem como no tocante à base de cálculo da taxa, para efeito da aplicação das regras contidas no art. 18, § 2º, da Constituição Federal e no art. 77, parágrafo único, do CTN. No tocante à alteração legislativa, argumenta que a arrecadação da TMP passou a ser feita pela Secretaria da Receita Federal, sendo que, com a extinção do Fundo Portuário e do Fundo Nacional de Desenvolvimento, sua receita transformou-se em recurso ordinário do Tesouro Nacional, compondo a lei orçamentária na rubrica «Receita Tributária», sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa (Leis nºs 6.222/75 e 6.093/74; Decretos-Leis nºs 1.754/79 e 1.859/81). Por isso, afirma que o questionado encargo não mais pode ser considerado tarifa ou preço público, enquadrando-se como efetiva taxa pela prestação de serviço público específico e divisível, como reconhecimento pela autoridade coatora. Nessa linha de argumentação, conclui por sustentar, com invocação do decidido pelo STF no RE 100.729 (RTJ

108/905), quanto à taxa de lixo, que a base de cálculo da TMP é, na grande maioria dos casos, idêntica à do imposto de importação, o que enseja ofensa ao art. 18, § 2º, da Constituição. Conclui o seu memorial, asseverando:

«a) a TMP não configura um preço público pois atualmente configura «Receita Tributária» do Tesouro Nacional sem vinculação a órgão, fundo ou despesa, desaparecendo, com isto, um requisito essencial para a tipificação de uma tarifa;

b) a TMP, caso se entenda que é uma verdadeira taxa — como o sustenta a Autoridade Coatora — será uma taxa inconstitucional pois tem base de cálculo *própria de imposto* e, por essa razão, violadora do disposto no par. 2º do art. 18 da Constituição; e

c) caso se entenda que a TMP é um imposto, terá a natureza de um adicional ao Imposto de Importação seguindo o regime deste, a ela estendendo-se, inclusive, as isenções quando estas forem concedidas ao tributo principal».

III

À vista de tal contexto, cabe-me dirimir a controvérsia.

A jurisprudência da Suprema Corte tem variado no atinente à conceituação da natureza jurídica da Taxa de Melhoramento dos Portos (Decreto-Lei nº 7.997/45, Decreto-Lei nº 8.311/45, Lei nº 3.421/58). Inicialmente, classificou-a como «adicional ao Imposto de Importação» (RMS nº 9.472, RE 49.782, RE 50.586); a seguir conceituou-a como «taxa» (RMS 13.341-SP, Pleno, Relator Ministro Victor Nunes Leal; Ver RTJs n.ºs 35/504; 36/595; 37/64; 38/222; 41/802; 42/171; 80/78); finalmente, passou a defini-la como «preço público», mais particularmente «sobrepço portuário» (RE 75.580, Pleno, 16-10-74; RE 83.196-AM, RTJ 80/182; RE 85.047-SP, RTJ 80/961).

Afigura-se-me, à vista da nova contextura legal, que não há mais caracterizar a TMP como preço público. Com efeito, dispôs o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.859, de 17-2-81:

«A partir do exercício financeiro de 1982, fica extinto o Fundo Nacional de Desenvolvimento — FND, criado pela Lei nº 6.093, de 29 de agosto de 1974, e o produto da arrecadação de que trata o Decreto-Lei nº 1.754, de 31 de dezembro de 1979, em seu artigo 2º e item II, passará a compor as leis orçamentárias e constituirá recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa.»

Esclareça-se que o «Fundo Portuário Nacional», criado pela Lei nº 3.421, de 10-7-58, foi absorvido pelo «Fundo Nacional de Desenvolvimento», criado pela Lei nº 6.093, de 29-8-74, alterada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 1.754, de 31-12-79, e que foi extinto pelo transcrito preceito do Decreto-Lei nº 1.859, de 1981, sendo certo que, no citado contexto, a TMP passou a constituir receita tributária da União.

Não caracterizando preço público, mas receita tributária da União, afigura-se-me que melhor se afina a exação com o conceito de taxa. Com efeito, não há concebê-la como adicional do Imposto de Importação, pois, segundo se depreende do artigo 3º da Lei nº 3.421, de 10-7-68, a TMP não incide somente sobre mercadorias importadas do exterior, mas também sobre mercadorias exportadas para o exterior e sobre mercadorias importadas nos portos nacionais sem qualquer vinculação com o comércio exterior. Na sua triplíce incidência, o único elemento comum é a movimentação de mercadorias nos portos organizados «de ou para navios ou embarcações auxiliares». Daí que, para concebê-la como imposição unitária, o mais lógico é classificá-la como taxa (taxa de importação, taxa de exportação e taxa portuária) (Ver, a propósito, o voto do Ministro Victor Nunes Leal, proferido no RMS 13.341 — SP, Pleno, 22-7-64 e Súmula nº 550 do STF).

IV

Classificada a TMP como taxa, a última questão a solucionar consiste em saber se, sob o aspecto da taxa de importação, a sua base de cálculo confunde-se com a base de cálculo do Imposto de Importação, caso em que ensejaria ofensa ao artigo 18, § 2º, da Constituição.

Acontece que a aludida controvérsia, acerca da inconstitucionalidade da TMP, ao argumento de ter por base de cálculo a mesma do Imposto de Importação, já foi solucionada pelo Pleno desta Corte, na sessão de 22-6-72, ao julgar o Agravo em Mandado de Segurança nº 68.886—SP. Naquela assentada, com apoio na jurisprudência do Supremo que conceituava a imposição como taxa, o Sr. Ministro José Néri da Silveira aduziu:

«De outra parte, na decisão, que indeferiu o Recurso Extraordinário, referida neste acórdão do STF, o Ministro Amarílio Benjamin, então Presidente do TFR, com o brilho que caracterizava seus despachos em tais matérias, ao ensejo, assim se manifestou:

«Reside a controvérsia na insistente argumentação de que a *taxa de melhoramento* exigida colide com o art. 19, § 2º, da Constituição Federal/67 (art. 18 § 2º, Emenda Constitucional/69) achando-se, portanto, revogada. Também, como sustenta a recorrente, constituindo *adicional* do Imposto de Importação, não pode «ser cobrada dos contribuintes que dele estejam isentos, como no caso dos autos.

«Equivoca-se, no entanto, a suplicante. Na hipótese, não há coincidência de fato gerador ou de base de cálculo entre os dois tributos, vedada pelo preceito fundamental. No *Imposto de Importação*, tem-se em vista a *entrada* da mercadoria no território Nacional e a *aliquota* estabelecida segundo os critérios do art. 20 do Código Tributário Nacional. Já em relação à *taxa de melhoramento*, e o que prevalece é a *movimentação* de mercadorias, para embarque ou desembarque, e o seu *custo*, fatos que a diferenciam, por completo, dos elementos básicos do Imposto de Importação, que engloba outros dados de influência do comércio exterior. Também, equivalendo a *serviços portuários* efetivamente prestados, a taxa de melhoramentos, mesmo na acepção de *preço público*, como muitos preferem qualificá-la acha-se na linha real do conceito de *taxa*, formulado pelo artigo 77 do Código Tributário. Não pode, assim, ser havida como *adicional* do imposto, para merecer os favores que o Supremo Tribunal conferiu à *taxa de despacho aduaneiro* (Súmulas nºs 308 e 309). Tanto isso é certo, que o venerando pretório não dispensou de pagá-la às empresas aeroviárias, igualmente beneficiadas em isenção geral concedida na Lei nº 1.815/58 (Súmula nº 550).

«Cabe ressaltar, finalmente, que o acórdão recorrido está em harmonia, no ponto principal, com a orientação da Corte Suprema (Recurso Extraordinários nºs 49.606 e 59.646, Relator Ministro Victor Nunes DJ de 24-12-64, p. 998 e Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 38/222; Recursos em Mandado de Segurança nºs 16.695, Relator Ministro Prado Kelli, DJ de 18 de maio de 1967, p. 1431; e 16.615, Relator Ministro Themístocles Cavalcanti, DJ de 24-5-68, página 1863).

«Dessa forma, o recurso carece de fundamento válido e, portanto, o indeferimos».

Anteriormente, ainda, a 13-9-1971, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 60.746, decidiu, em aresto assim ementado:

«A Taxa de Melhoramento dos Portos não é adicional do Imposto de Importação, destina-se a remunerar serviços portuários.

A imunidade do art. 31, V, da Constituição Federal, não compreende as taxas (Súmula nº 324)». (Recurso Extraordinário nº 49.606, in *DJ* de 15-10-1964, p. 3773).

De todo o exposto, bem de ver é que a questão da inconstitucionalidade da Taxa de Melhoramento dos Portos, em face de natureza do tributo e segundo os dispositivos da Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1, e 1969, citados, já esteve presente ao egrégio Supremo Tribunal Federal, que a desprezou, afirmando o eminente Ministro Luiz Gallotti, após evidenciar no Relatório a espécie, que «o dissídio está superado, como atesta a Súmula nº 550», não conhecendo, assim, do Recurso Extraordinário interposto pela Cia. Progresso Industrial do Brasil, com sede na Guanabara, sendo recorrida a Administração do Porto do Rio de Janeiro.

Este colendo Tribunal Federal de Recursos, especialmente através de sua 2ª Turma, teve oportunidade, também, de já enfrentar a questão constitucional em foco, não lhe emprestando maior relevo, cabendo destacados os acórdãos nos Agravos em Mandado de Segurança nºs 68.774, 68.625, 68.635, 68.636, 69.198, 69.193 e 68.981, de todos Relator o eminente Ministro Amarílio Benjamin; nºs 68.962 e 68.759, que tiveram como Relator, respectivamente, os ilustres Ministros Décio Miranda e Jarbas Nobre, julgados em sessão de 8 de novembro de 1971 in *DJ*, de 16-11-1971), e ainda no AMS nº 69.568, decidido a 13 de março do ano em curso, de que foi Relator o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Também já a 14-4-1970, no AMS 58.160, assim julgara a 2ª Turma, sendo Relator o Sr. Ministro Décio Miranda.

À sua vez, a colenda 1ª Turma, no AMS nº 68.987, Relator, Sr. Ministro Peçanha Martins, a 27-10-1971, recusou a inconstitucionalidade da TMP, sustentando na oportunidade o eminente Ministro Jorge Lafayette que a regra do art. 18, § 2º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, teve em vista evitar bitributação.

Ao proferir voto na AMS nº 69.568-SP, a 13-3-1972, o ilustre Ministro Jarbas Nobre sinalou, *verbis*:

«Quanto à alegada coincidência de base de cálculo de «tal taxa e do Imposto de Importação, tendo que a impetrante não tem razão, visto como no que se refere à taxa de melhoramento, sua base de cálculo é o valor comercial da mercadoria enquanto que a base de cálculo do imposto aduaneiro é o valor externo do produto, isto é, o seu preço normal em condições de livre concorrência.»

Releva, de outra parte, conotar que, consoante o critério unitário do tributo consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como acima referi, não há ver incidência do art. 18, § 2º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ou do art. 19, § 2º, da Constituição de 1967, em sua originária redação, quando se tratar especialmente da cobrança do tributo sobre mercadorias movimentadas no comércio de cabotagem e de navegação interior. Se se trata de «entidade tributária singela, homogênea e indivisível», tendo como elemento comum de sua triplíce incidência a movimentação da mercadoria no porto, independentemente de se tratar de comércio interno ou externo, imposta apenas pela União Federal, afastável, desde logo, é o confronto com a regra do art. 18, § 2º, da Constituição em vigor. Também, quanto à importação e exportação de mercadorias, as normas dos arts. 20 e 24, e seus incisos do Código Tributário Nacional, estão, desde logo, a apontar a impossibilidade de concluir, em tese, pela mesma base de cálculo da incidência dos impostos em apreço, em se tratando da Taxa de Melhoramento dos Portos, ut art. 3º e seus parágrafos 3º, 4º e 5º, da Lei 3.421, de 1958.

Consoante o art. 4º, do CTN, a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação.

Conceitos distintos são fato gerador e base do cálculo do tributo.

A teor do art. 16, do CTN, «imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação, independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.»

Consoante estabelece o art. 18, I, da Constituição em vigor, taxas arrecadam-se «em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.»

De outra parte, o art. 18, § 2º, da Lei Magna vigente, reza:

«Art. 18. omissis.

«§ 2º Para a cobrança das taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.»

Em bem lançados trabalhos que há oferecido em vários recursos vindo ao exame deste Tribunal, acerca da presente matéria, o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis tem sustentado, com propriedade, verbis:

«4. A palavra incidência tem sido erroneamente interpretada, dando-se-lhe o significado de cobrança, o que contraria as regras de sinonímia do idioma pátrio, conforme demonstraremos a seguir:

Incidir — do latim *incidere* significa cair, ocorrer; *Cobrar* — é exigir em troca, receber aquilo que nos pertence; recuperar. (Caldas Aulette — Enc. Bras. Mérito — Dicionário Bras. Contemporâneo de Francisco Fernandes).

«5. O termo incidência, em direito fiscal, é definido por Aurélio Buarque de Hollanda como:

«fenômeno fiscal consistente na apreensão do contribuinte pelo imposto»ou «determinação do contribuinte ao pagamento do imposto». (Peq. Dic. da Língua Portuguesa).

«6. Assim, incidência ao imposto não é a sua cobrança, mas o fato gerador desta espécie de tributo.

«7. Como se verifica, o entendimento que se tem dado ao § 2º do art. 18 da E. Constitucional nº 1, é o seguinte:

«para a cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a base de cálculo que tenha servido para a cobrança dos impostos.»

«8. Porém, incidência não é cobrança como se pretende, e a lei não contém palavras inúteis. O que o dispositivo constitucional proíbe é adotar para a base de cálculo para a cobrança de taxas o mesmo *fato gerador* que servir de base para a cobrança do imposto.

«9. Importando em dizer: o fato gerador (incidência) do qual decorre a cobrança do imposto, não pode servir de base de cálculo para a cobrança da taxa.

«10. O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25-10-66), com alteração dada pelo Ato Complementar nº 34, prevê no parágrafo único do art. 77:

«Art. 77. omissis.

Parágrafo único. A taxa não pode ter a base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a impostos, nem ser calculada em função do capital das empresas.»

«11. A Constituição de 1967 (com a Emenda Constitucional nº 1) substituiu as palavras *fato gerador* pelo vocábulo *incidência* que tem o mesmo significado, modificando, porém, fundamentalmente, o sentido da proibição que passou a ser:

«para a cobrança das taxas, não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.»

«Portanto, o significado correto do § 2º do art. 18 da Constituição é:

«Para a cobrança das taxas não se poderá tomar como base de cálculo a base de cálculo correspondente ao fato gerador dos impostos.»

«12. Como demonstram as interpretações acima, não se pode inquirar de inconstitucional ou ilegal a cobrança da Taxa de Melhoramento dos Portos porque o fato gerador e base de cálculo para sua cobrança não têm semelhança como o fato gerador e a base de cálculo do Imposto de Importação, conforme comprovação abaixo:

«I — O fato gerador do Imposto de Importação (incidência) é a entrada de produtos estrangeiros no território nacional seja por via aérea, terrestre ou marítima.

O fato gerador da Taxa de Melhoramento dos Portos é a movimentação de mercadorias (importadas, exportadas, no comércio de cabotagem ou de navegação interior) nos portos de ou para navios ou embarcações auxiliares.

II — A base de cálculo do Imposto de Importação é variável, dependendo de alíquotas — específicas ou ad valorem, do preço de arrematação ou, ainda, de fixação do Conselho de Política Aduaneira, seja pela «pauta mínima», seja pelo valor externo da mercadoria.

A base de cálculo da Taxa de Melhoramento dos Portos é fixa e cobrada sobre o valor comercial da mercadoria. A TMP, incide até sobre as mercadorias livres ou isentas de tributo, sobre as mercadorias despachadas em virtude de convênio, e as importadas sem cobertura cambial.

«Ela é cobrada até mesmo das pessoas jurídicas de Direito Público a despeito das imunidades tributárias.

«13. Alegam os impetrantes que o art. 3º da Lei nº 3.421/58 que criou a TMP é inconstitucional porque «entende-se por valor comercial da mercadoria o custo da mercadoria que serviu de base para o cálculo dos direitos aduaneiros», esquecendo-se, talvez, de que «direitos aduaneiros» hoje é o Imposto de Importação, e que as bases de cálculo desse imposto não servem de base para a cobrança da TMP conforme explanado retro e a seguir.

«14. Valor comercial e preço normal da mercadoria são coisas distintas. O valor comercial é o custo da mercadoria enquanto que o preço normal está submetido a certos pressupostos, como a livre concorrência e a época da importação.

«Na venda em condições de livre concorrência, o preço é fixado independentemente de relações comerciais, financeiras ou de outra natureza, contratuais ou não. Assim, o preço da fatura pode ser tomado como indicativo do preço normal, mas podem surgir eventuais discrepâncias que cabe ao órgão competente apurar. Daí a impropriedade da lei de regência quando, ao referir-se ao valor comercial, como base de cálculo da Taxa de Melhoramento dos Portos, compreendendo o custo do produto, adianta que este serve de base de cálculo de direito aduaneiro, o

que não é verdade.» (sentença do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Justiça Federal no MS nº 153/71 impetrado pela Pirelli S.A. — Cia. Industrial Brasileira contra a Companhia Docas de Santos, com a assistência do DNPVN). (Apud AMS nº 70.450 — São Paulo).

Sr. Presidente. Diante desses elementos, da manifestação do egrégio Supremo Tribunal Federal, enfrentando, ainda no corrente ano, a questão de constitucionalidade em foco, e também tendo em vista pronunciamentos das colendas 2ª e 1ª Turmas, desta Corte, meu voto é no sentido de repelir a arguição de inconstitucionalidade da «Taxa de Melhoramento dos Portos», em face do art. 18, parágrafo 2º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969».

Consoante se depreende, ainda que se considerem as alterações legislativas apontadas pela impetrante, o certo é que a questão nos exatos termos em que foi proposta, já foi solucionada pela jurisprudência desta Corte e do excelso Pretório. De lá para cá, saliente-se, o fato gerador e a base de cálculo da TMP permanecem os mesmos.

No meu entender, a jurisprudência cristalizada acerca de um determinado instituto, ressalvada a hipótese de modificações legislativas, não deve ser alterada. Aplicável, em tal caso, e regra do *stare decisis*, expressão que provém da frase «*stare decisis et non quieta movere*», isto é, «ater-se às decisões e não mover o que está quieto» (Ver Lincoln Magalhães da Rocha, *Direito Sumular*, pág. 52). Não diviso, por isso, como se possa, sob simples invocação de precedente da Suprema Corte, acerca da taxa de lixo, sepultar pacífica orientação pretoriana que, há vários lustros, embora divergindo quanto à natureza jurídica da TMP, vem proclamando, reiteradamente, a constitucionalidade da sua cobrança.

V

A última questão suscitada pela impetrante consiste em saber se a isenção da Taxa de Melhoramento dos Portos, concedida pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 1975, quanto às mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e navegação interior, é aplicável às mercadorias importadas de país signatário do GATT.

Sobre o assunto, já tive oportunidade de manifestar-me como Relator da AMS 102.309—SP, julgada por esta egrégia 4ª Turma, em 19-2-86, através de acórdão assim ementado:

Taxa de Melhoramento dos Portos. GATT, Isenção do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 23-12-75. Inaplicação.

I — A isenção de pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos, concedida pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 1975, quanto às mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e navegação interior, não é aplicável às mercadorias importadas de país signatário do GATT. Isso ocorre não apenas em razão da exceção constante da parte final do item 4 do art. III daquele Tratado, mas também, porque, no caso, não há prova da existência de similar nacional.

II — Apelação provida. Segurança cassada».

Naquela assentada, argumentei no meu voto:

«Preconiza a impetrante, transcrevendo itens do Artigo III do Acordo do GATT, que a isenção da Taxa de Melhoramento dos Portos, concedida pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 23-12-75, quanto às mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e navegação interior, lhe seja reconhecida.

Acontece que aquela cláusula do tratado do GATT, que estabelece igualdade de tratamento entre os produtos estrangeiros e os seus similares nacionais, não pode ser aplicada à espécie por duas razões: primeira, porque não

há prova nos autos de que os produtos importados tenham similares nacionais; em segundo lugar, porque a parte final do item 4 do Artigo III daquele Acordo é expresso ao excetuar a hipótese do transporte de cabotagem ou navegação interna, segundo se depreende dos seus termos:

«Os produtos do território de qualquer parte contratante importados pelo território de qualquer outra parte contratante não estarão sujeitos a um tratamento menos favorável que o concedido aos produtos similares de origem nacional no que concerne a quaisquer leis, regulamentos ou prescrições que afetem a venda, a colocação à venda, a compra, o transporte, a distribuição e a utilização destes produtos no mercado interno. As disposições do presente parágrafo não interditarão a aplicação de tarifas diferentes para os transportes internos fundados exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem do produto.»

A propósito, é convincente este trecho das informações prestadas pela digna autoridade impetrada (fls. 30/34):

«5. O fato do Artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 23-12-76, conceder isenção por 4 anos, a partir da vigência deste Decreto-lei, do pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos, incidente sobre mercadorias importadas e exportadas no Comércio da Cabotagem e de Navegação Interior, a título de Incentivo para o desenvolvimento desse tipo de transporte, — *não constitui, evidentemente, tratamento fiscal diverso e dispar, sobre mercadorias importadas dos Países* signatários do GATT.

De acordo com as disposições legais vigentes.

«Entende-se por Navegação de Cabotagem a que tem por fim a comunicação e o comércio direto entre os Portos da República dentro das águas destes e dos rios que percorram o seu território.»

Conforme, ainda, disposições constitucionais (Artigos 8º, XVII, letra «M» e 173) compete à União legislar sobre o regime dos portos e da Navegação de Cabotagem, Fluvial e Lacustre, e consta, ainda expressamente, que a Navegação de Cabotagem é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Assim, a isenção por 4 anos, da exigência dessa Taxa de serviços, sobre mercadorias movimentadas na Navegação de Cabotagem entre Portos Nacionais — não constitui tratamento fiscal diverso, nem disparidade de tratamento em relação às mercadorias vindas do exterior, eis que estas, *movimentadas na Navegação de Cabotagem, não incidem na referida Taxa, durante o período de isenção, pois*, dita isenção, abrange, sem distinção, mercadorias importadas e exportadas no Comércio de Cabotagem.

6. Não se trata, positivamente, de aplicação de tributo fiscal sobre produto importado do exterior, de modo a proteger o produto nacional similar.

Trata-se, sim, de isenção provisória dessa Taxa de serviço, desse preço de serviço, incidente quanto da movimentação efetiva das mercadorias pelos empregados das administrações dos Portos Nacionais, e não de Taxa Tributária Fiscal a favorecer o produto Nacional similar.

O nº 2 do art. III do Tratado do CATT, é bem elucidativo:

«Os produtos do território de qualquer parte contratante importados para o território de qualquer outra parte contratante não sofrerão a incidência, direta ou indireta, de *taxas ou outras tributações internas*, sejam de que natureza forem, *superiores àquelas que incidem, direta ou indiretamente, sobre os produtos nacionais similares*»,

Assim, não se verifica, no caso, incidência direta ou indireta *de taxas ou outras tributações, superiores àquelas que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais similares.*

O que ocorre, simplesmente, é que na movimentação das mercadorias importadas ou exportadas na navegação de cabotagem ou interior, — privativa de navios nacionais de acordo com as disposições constitucionais —, por lei expressa, ficou suspensa por 4 anos, a cobrança dessa Taxa de Serviços quando da movimentação das mercadorias de ou para bordo dos navios, e isso, a título de incentivo para o desenvolvimento desse tipo de transporte.

Esse dispositivo legal não interfere, portanto, contra o tratado do GATT, ou de qualquer outros convênios internacionais, por não configurar taxa ou tributação interna superior àquelas que incidem direta ou indiretamente sobre os produtos similares nacionais.

7. Esqueceu-se, ainda, o impetrante, que consta do mencionado art. III do tratado, no item 4, no final o seguinte:

«As disposições do presente parágrafo não interditarão a aplicação de tarifas diferentes para os transportes internos, fundadas exclusivamente na utilização econômica dos meios de transportes e não na origem do produto.»

Assim, de acordo com as cláusulas do Tratado em questão, as mercadorias estão livremente sujeitas ao pagamento de taxas diferentes de transporte e conseqüentemente, de taxas ou preços de serviços cobrados das mercadorias, quando do transporte de cabotagem ou navegação interna.

8. Não assiste, pois, razão ao Impetrante, como se demonstrou, sendo jurisprudência mansa e pacífica do Egrégio Supremo Tribunal Federal e Egrégio Tribunal Federal de Recursos, de que a Taxa de Melhoramento dos Portos não é tributo ou Taxa de caráter fiscal, ou imposto de importação disfarçado, mas, sim, taxa Portuária de serviços, preço de serviço, adicional, *cobrada quando da efetiva movimentação das mercadorias nacionais ou estrangeiras, de ou para navios* (cópias de acórdãos, em anexo).

O próprio Governo da República, quando desejava que as mercadorias destinadas aos seus Ministérios ou entidades oficiais sejam dispensadas do pagamento dessa taxa o faz através de diploma legal expresso, conforme se verificados Decretos-Leis n.ºs 539, de 17-4-69 e 649, de 25-6-69 (cópias em anexo).

Agora, mediante o disposto no Decreto-Lei n.º 1.507, de 23-12-76, a cobrança dessa Taxa, correspondente ao devido pela movimentação efetiva das mercadorias, no transporte de cabotagem, no transporte entre portos nacionais, está suspensa por 4 anos.

9. Os acórdãos alinhados pelo Impetrante, na inicial, *são, evidentemente, inaplicáveis à espécie, tendo em vista que os mesmos se referem ao tratamento fiscal dado às mercadorias importadas dos países signatários do GATT, e que a Taxa de Melhoramento dos Portos, como demonstrado nestas informações, não constitui taxa de caráter fiscal, cobrada sobre mercadorias importadas do exterior, tanto assim, que não é cobrada quando essas mercadorias entram em Território Nacional, através das estações Aeroviárias, Ferroviárias, Rodoviárias.»*

Esclareço, por último, que o precedente invocado na sentença nada tem a ver com a hipótese versada nestes autos».

Observação: o texto transcrito merece o meu endosso quando sustenta a inaplicação ao caso do tratado do GATT e não quanto à natureza Jurídica da TMP.

IV

Isto posto, em conclusão, nego provimento à apelação.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Após o voto do eminente Ministro Relator, pedi vista destes autos, em que se agita a questão da natureza jurídico-tributária, da imposição denominada Taxa de Melhoramento dos Portos, bem como da ocorrência, ou não, de identidade entre as hipóteses de incidência do mencionado encargo, e o do Imposto de Importação.

Votou o emitente Relator no sentido de que se trata de taxa, com o que reafirmou entendimento anteriormente manifestado, o qual guarda consonância com a orientação predominante, há vários anos, não somente neste Tribunal, mas também no excelso Pretório, cujas decisões enumerou.

Na esteira dessa orientação, entendeu S. Exa como não incidente, no caso, a norma do art. 18, § 2º, da Lei Magna, por diversos os fatos geradores da mencionada taxa e do Imposto de Importação naquele, a movimentação de mercadorias nos portos, e neste, a entrada de mercadoria no território nacional — bem como as respectivas bases de cálculo.

Salientou ainda S. Exa inexistir motivo suficiente para modificação do entendimento pretoriano, que já se acha cristalizado no sentido acima exposto, quando nenhuma alteração foi introduzida pela Lei quanto ao fato gerador ou à base de cálculo.

Por fim, considerou o emitente Relator como inaplicável às mercadorias importadas de país signatário do GATT a isenção do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.507/75, em razão não apenas da ausência de prova da existência de similar nacional, mas, também, da exceção constante da parte final do item 4, do art. III, do aludido Tratado.

Pedi vista dos autos, conforme declarei naquela assentada, em razão de ser esta a primeira oportunidade que tenho de apreciar a questão em tela.

Concluído o exame da causa, reponho os autos em mesa, a fim de que prossiga o julgamento, com o meu voto que é o seguinte:

A natureza jurídica da Taxa de Melhoramento dos Portos, criada pela Lei nº 3.421/58, suscitou neste Tribunal e no egrégio Supremo Tribunal Federal acesa controvérsia, a partir da vigência da aludida lei, acabando por pacificar-se a jurisprudência no sentido de que se trata de taxa, orientação essa que está contida nos acórdãos proferidos nos RMS nºs 12.899, 13.060, 13.341, 13.856, 14.335, 15.503, 15.671, 16.698, 16.700, 16.774, 17.692, RREE nºs 60.746, 60.818 e 48.846, do STF (cf. A Theodoro Nascimento, Tratado, vol. 7/186).

Posteriormente, foi reaberta a discussão sobre a matéria, a qual passou a girar em torno do problema de uma alegada coincidência do fato gerador do aludido tributo com o do Imposto de Importação.

Com efeito, ao votar no RE 74.674—SP, assinalou o eminente Ministro Thompson Flores:

«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 Lei nº 3.421/58 não pode prevalecer, face ao disposto no art. 19, § 2º; quando, porém, de imposto se cuida, adicional de importação, impõe-se o reconhecimento da imunidade.»

E decidiu:

«...inocorrem os pressupostos da proibição. A começar pelo fato gerador ao qual se refere o verbete sumulado, distintos são aqueles que originam o Imposto de Importação e a Taxa de Melhoramentos 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 para a mercadoria, enquanto que para o imposto é o valor externo do produto importado isto é, o seu preço normal, em condições de livre concorrência.»

O mesmo aconteceu neste Tribunal, conforme mostrou o eminente Ministro Pádua Ribeiro, em seu voto, a partir do julgamento do Agravo em Mandado de Segurança nº 68.866—SP, decidido pelo Pleno em 22-6-72, Relator o eminente Ministro Néri da Silveira.

Pelo Decreto-Lei nº 1.859/81, foi extinto o antigo Fundo Portuário Nacional, depois absorvido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento, a que se destinava a taxa em questão, que passou a constituir receita tributária federal.

Tal alteração definiu de vez o caráter de taxa que era atribuído ao tributo em tela, face à perda de sua destinação específica, que, a meu ver, mais a aproximava de uma contribuição da espécie prevista no art. 163, parágrafo único, da Constituição Federal.

Na verdade, o mencionado diploma legal não alterou a sua base de cálculo, nem o seu fato gerador.

Por conseqüência, conforme acentuou o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, não há razão, pelo menos por ora, para alterar-se a conceituação do tributo.

Continua ele correspondendo a uma contrapartida devida à União, pelo uso efetivo de serviço público específico e divisível, qual seja, o complexo serviço portuário que, como se sabe, envolve a utilização dos pátios, cais de acostamento, bacia de evolução, etc.

Por fim, é de considerar-se não ser incompatível com a figura da taxa uma base de cálculo que dimensione o montante a pagar em função do valor da mercadoria, critério que não raro é também utilizado para fixação de tarifa de transporte (tarifa ad valorem).

Ante tais considerações, Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 110.021-SP (Reg. 6.589.944) — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Pirelli S/A Cia. Industrial Brasileira. Apelada: União Federal. Advogados: Dr. Leo Krakowiak, Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros (Apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 17 de novembro de 1986 — 4ª Turma).

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

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 110.021—SP**

(Registro nº 6.589.944)

Relator: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Embargante: Pirelli S/A Companhia Industrial Brasileira

Embargada: União Federal

Advogados: Dr. Leo Krakowiak, Dr. Luiz Carlos Bettiol, Dra. Rosa Maria M. Brochado e outros (Embte.)

EMENTA: Embargos Declaratórios. Omissão não caracterizada. Rejeição.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

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

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de Embargos Declaratórios opostos por Pirelli S.A. Companhia Industrial Brasileira ao acórdão desta egrégia Turma, proferido nos autos desta apelação, em que figura como parte contrária a União Federal.

Argumenta a embargante (fls. 218/220).

«2. O acórdão embargado está assim ementado:

«Taxa de Melhoramento dos Portos. GATT. Natureza Jurídica. Base de cálculo. Constitucionalidade. Isenção do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.507, de 23-12-75. Inaplicação.

I — A partir do exercício financeiro de 1982, à vista da nova legislação promulgada, o produto da arrecadação da Taxa de Melhoramento dos Portos passou a compor as leis orçamentárias da União, constituindo recurso ordinário do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, programa, fundo ou despesa. Daí que, desde então, o referido encargo há de ser conceituado

como «taxa» e não como preço público, acrescido aos das capatazias». Aplicação do Decreto-Lei n.º 1.889, de 17 de fevereiro de 1981, art. 1.º; Decreto-Lei n.º 1.754, de 31 de dezembro de 1979, arts. 1.º e 2.º; Lei n.º 6.093, de 29 de agosto de 1974, artigos 1.º e 2.º, V; Lei n.º 6.222, de 10 de julho de 1975, art. 9.º

II — A jurisprudência do TFR e do STF já se pacificou no sentido de que a base de cálculo da Taxa de Melhoramento dos Portos não se confunde com a base de cálculo do imposto de importação. Por isso mesmo, já proclamou a constitucionalidade da exação, à vista do art. 18, par. 2.º, da Constituição. Como as referidas alterações legislativas não modificaram a base de cálculo da aludida Taxa, não há sentido, após vários lustros, mudar a orientação pretoriana a propósito do tema. Aplicável ao caso o princípio dos *stare decisis*.

III — A isenção de pagamento da Taxa de Melhoramento dos Portos, concedida pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 1.507, de 1975, quanto às mercadorias importadas e exportadas no comércio de cabotagem e navegação interior, não é aplicável às mercadorias importadas de país signatário do GATT. Isso ocorre não apenas em razão da exceção constante da parte final do item 4 do artigo III daquele Tratado, mas, também, porque, no caso, não há prova da existência de similar nacional.

IV — Apelação desprovida».

3. No seu voto V. Exa. escreveu:

«Consoante se depreende, ainda que se considerem as alterações legislativas apontadas pela impetrante, o certo é que a questão, nos exatos termos em que foi proposta, já foi solucionada pela jurisprudência desta Corte e do Excelso Pretório. De lá para cá, saliente-se, o fato gerador e a base de cálculo da TMP permanecem os mesmos.

No meu entender, a jurisprudência cristalizada acerca de um determinado instituto, ressalvada a hipótese de modificações legislativas, não deve ser alterada. Aplicável, em tal caso, a regra do *stare decisis*, expressão que provém da frase *stare decisis et non quieta movere*, isto é, «ater-se às decisões e não mover o que está quieto». (Ver Lincoln Magalhães da Rocha, Direito Sumular, pág. 52). Não diviso, por isso, como se possa, sob simples invocação de precedentes da Suprema Corte, acerca da taxa de lixo, sepultar pacífica orientação pretoriana que, há vários lustros, embora divergindo quanto à natureza jurídica da TMP, vem proclamando, reiteradamente, a constitucionalidade da sua cobrança ».

4. Nas razões precedentes, a Impetrante destacou que o entendimento do Pretório Excelso, a respeito da aplicação do disposto no art. 18 — Par. 2.º da CF (e art. 77 do CTN), ganhou uma compreensão no sentido de não ser «essencial que as bases de cálculo sejam exatamente iguais, mas que o critério já adotado para a taxa se confunda com o critério já adotado para o imposto» (RTJ 108/905). Sob esse ângulo, a Suprema Corte jamais examinou a temática da TMP.

5. Na passagem do seu voto, o eminente Relator parece ter enfrentado a questão, no pormenor em apreço. Há dúvida, porém, que o voto *data venia*, não ajuda a esclarecer. Dúvida que, uma vez afirmada, leva à omissão o julgamento.

6. Nessas condições e à vista do disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF, requer o acolhimento dos embargos, afastando, pois, a dúvida e/ou omissão indicada.

Pede deferimento».

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Embargos Declaratórios. Omissão não caracterizada. Rejeição.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): O voto que proferi, por ocasião do julgamento do recurso apelatório, é explícito em afirmar que esta Corte e o Excelso Pretório à vista do art. 18, § 2º, da Constituição, já proclamaram a constitucionalidade da exigência da Taxa de Melhoramento dos Portos. Coerente com tal entendimento, é obvio que, em concreto, considerou inaplicável o decidido no RE 100.729—SP (RTJ 108/903). Inocorrendo, pois, a alegada omissão, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAMS 110.021—SP — (Reg. nº 6.589.944) Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Embargante: Pirelli S/A Companhia Industrial Brasileira. Embargada: União Federal. Advogados: Dr. Leo Krakowiak, Luiz Carlos Bettiol, Dra. Rosa Maria M. Brochado e outros (Embte.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos (Em 11-2-87 — 4ª Turma).

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 110.159 — SP
(Registro nº 7.280.866)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Requerente: Duarte de Souza

Requerido: Juízo Federal da 4ª Vara — SP

Litisconsortes Passivos Necessários: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social e Massa Falida da Rádio Difusora S.A.

Advogados: Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros; Pedro Gordilho, Roqueb Elias Jacoli e Hotans Pedro Sartore

EMENTA: Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato jurisdicional. Terceiro prejudicado.

No procedimento expropriatório da arrematação, além do devedor e do credor, outras pessoas podem assumir a posição de parte, como o arrematante e o pretendente à arrematação.

Ausência de ato formal do Juiz, que deixou de apreciar pedido formulado por pretendente à arrematação, habilitando-o a impetrar Mandado de Segurança objetivando a nulidade de leilão independentemente da interposição do recurso adequado.

Edital e leilão. Defeitos que não comprometem a sua validade.

Mandado de Segurança conhecido, mas denegado.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, denegar a segurança e cassar a liminar, 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 setembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO BUENO DE SOUZA, Presidente. MINISTRO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ: A Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do ilustre Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, aprovado pelo Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, expôs a controvérsia nestes termos (fls. 341/344):

«Duarte de Souza, alegando a qualidade de terceiro interessado, requer o presente Mandado de Segurança contra ato da MM. Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, praticado em execução fiscal promovida pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS contra a Rádio Difusora S.A. (Massa Falida).

Em longa peça inicial, o requerente afirma a nulidade do edital de intimação do leilão, porque:

a) cometeu a Oficial de Justiça, pessoa legalmente inabilitada (art. 143 do CPC), função privativa de leiloeiro oficial, que não se inclui entre as atribuições do meirinho;

b) previu de forma englobada a venda dos bens penhorados, a qual foi fragmentada, **ex improviso**, por alta recreação do oficial leiloeiro;

c) não atualizou o laudo de avaliação na mesma proporção da atualização do débito, acarretando arrematação a preço vil;

d) é omissivo quanto à indicação de lotes e sua precisa individuação, os quais foram formados de improviso, sem qualquer menção no edital, ao exclusivo arbítrio do oficial leiloeiro, em flagrante violação ao § 1º do art. 23 da Lei nº 6.630/80.

e) está em desacordo com o que imperativamente estabelece o art. 686 e seus incisos do CPC, fornecendo descrição vaga e imprecisa dos bens, notadamente no que se refere aos imóveis, a sua situação, as divisas e a transcrição aquisitiva ou a inscrição, como indeclinavelmente exige o inciso 1º do art. 686 do CPC, c.c. art. 532, III, do Código Civil, e Dec.-Lei nº 4.857/39;

f) omitiu a existência de recurso pendente de julgamento (art. 686 — V do CPC), como, aliás, fora requerido às fls. 1.664/1.665, recurso esse processado como agravo de instrumento por força do r. despacho de fl. 1.581 (doc. 16) da digna autoridade coatora.

A existência de outros recursos pendentes, também sem efeito suspensivo, está demonstrada nos anexos (docs. 14 e 15)» (fls. 19/20).

Além disso, seria igualmente nulo o leilão realizado, porque:

a) o leiloeiro improvisado, encarregado de sua realização, por inaptidão, ou possivelmente conivência com o arrematante, agiu de modo precipitado e incorreto, provocando confusão e tumulto, conforme noticiário dos jornais que se junta à presente impetração;

b) porque, alterada a sistemática até então adotada em todas as vendas realizadas no processo, para determinar a alienação, mediante lances orais, presidida por funcionário inapto e inabilitado que, procedendo de forma flagrantemente irregular, declarou vendido um dos imóveis, sem que a praxe dos leilões (consolidada no Direito costumeiro) fosse obedecida, com contagem até dois, apenas, sem a expressa declaração de haver vendido o bem àquele licitante» (fl. 20).

Baseado nessas alegações,

«requer seja concedida a *medida liminar* para o fim especial de impedir o digno Juízo impetrado de expedir carta de arrematação até o julgamento final da presente ação de Mandado de Segurança, que, após o cumprimento das formalidades legais, será concedida em definitivo, para o fim de declarar nulos o edital, bem como o leilão dele decorrente» (fl. 28),

cabendo esclarecer que o imóvel em causa situa-se na cidade de São Paulo, à Av. Alfonso Bovero, 72, no Alto do Sumaré, compreendendo galpão e torre

de transmissão, e que foi arrematado por Cr\$ 9.562.000.000, estando avaliado em Cr\$ 8.422.519.707 (fl. 90).

A medida liminar foi deferida pelo Senhor Ministro Vice-Presidente, durante as férias de janeiro último, determinando Sua Excelência, além da requisição das informações ao Juízo requerido, que fosse promovida pelo requerente a citação dos litisconsortes passivos necessários (fls. 181/182).

As informações, prestadas às fls. 186/188, sustentam, preliminarmente, a inadmissibilidade do Mandado de Segurança, porque não impugnado o ato hostilizado através do recurso cabível, e, no mérito, a inocorrência de nulidade do edital ou do leilão. Juntou o Magistrado informante, além de outros documentos, certidão passada pelo Diretor da Secretaria do Juízo contendo descrição circunstanciada dos fatos acontecidos durante o leilão (fls. 189/189 v.).

O requerente promoveu a citação, como litisconsortes passivos necessários, do IAPAS, exeqüente, de Luiz Fernando Abreu Sodré Santoro, arrematante do imóvel em causa, e da Massa Falida da Rádio Difusora de São Paulo S.A. (fls. 232/238).

O arrematante ofereceu a sua resposta às fls. 239/256. Denuncia, inicialmente, «a deliberada alteração da verdade dos fatos, buscando-se induzir em erro este eg. Tribunal», e, preliminarmente, sustenta a inadmissibilidade do «writ», uma vez que «o ato judicial atacado pelo impetrante é recorrível e não foi objeto de recurso». No mérito, tece minuciosa argumentação para refutar, ponto por ponto, os fundamentos da impetração.

Essencialmente, no mesmo sentido manifestaram-se o IAPAS (fls. 330/336) e a massa falida executada (fls. 338/339).

Em seguida, vieram os autos a esta Subprocuradoria-Geral da República.»

A seguir, opinou pelo conhecimento da segurança, mas pela sua denegação.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Senhor Presidente, jamais considere requisito necessário ao cabimento do Mandado de Segurança contra decisão judicial a interposição do recurso adequado. A providência seria indispensável se o «writ» tivesse por objetivo dar ao recurso efeito suspensivo, como acertadamente, a meu ver, vem julgando ultimamente esta egrégia Seção. A não ser nesta hipótese, bastaria ao impetrante demonstrar a ocorrência de ilegalidade e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente do ato impugnado.

Este colendo TFR, entretanto, firmou jurisprudência no sentido de condicionar o conhecimento do *mandamus* à prova da interposição, a tempo e modo, do recurso próprio. Ressalvado o meu ponto de vista, assim também tenho votado. Essa mesma jurisprudência, na esteira de precedentes do egrégio STF, excepcionou o terceiro prejudicado, à vista de não ter sido parte na ação, sendo a sentença, para ele, *res inter alios*.

Mas o conceito de terceiro prejudicado há de ser estabelecido em face de sua posição na ação ou incidente de que resultou o *decisum*. É terceiro — nota José Carlos Barbosa Moreira, «Com. ao CPC», Forense, 1974, pág. 231 — «quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele em que se profira a decisão». No processo de execução — o exemplo é do mesmo autor — além do devedor e do credor, outras pessoas podem assumir a posição de parte, como, no complexo de atos que culminam com a arrematação, o arrematante, o pretendente à arrematação, o remidor, o pretendente à remição, etc. Os que exerceram atividade no

ato expropriatório, requerendo, protestando, arrematando, não são considerados terceiros prejudicados, mas partes processuais na ação de nulidade desse ato, consoante o es-cólio de Pontes de Miranda («Com. ao CPC», Forense, 1960, 2ª ed., Tomo XI/97).

No caso concreto, a ilustre autoridade informante relata os fatos, verbis (fls. 186/187):

«No mesmo dia do leilão, designado para 13 de dezembro de 1985, o impetrante peticionou pleiteando a suspensão do ato por suposta irregularidade no edital convocatório. Não obstante o despacho ali exarado (J. Cls.), sua pretensão fora implicitamente rejeitada, com a realização do leilão na data aprazada. Nada mais peticionou nesse sentido.

Todavia, conformado com a realização do leilão, dele participou, como reconhece, oferecendo lanços. Entendendo, porém, irregular a conduta do leiloeiro, formalizou nova reclamação ao Juízo, em petição simples, levada ao protocolo no mesmo dia 13, vindo a receber despacho no dia 17 seguinte. Sua pretensão permaneceu sem apreciação, porquanto a ilustre Juíza titular da Vara determinara a vinda dos autos em conclusão. A chegada do recesso forense astudou o andamento do feito.

Enfim, o que cumpre ressaltar, por importante, em nenhuma das duas oportunidades o impetrante agravou de instrumento, o recurso específico para o ato impugnado. Limitou-se apenas a reclamar e a argüir a nulidade do edital convocatório e mesmo do leilão realizado com a sua participação. Por outras palavras, deixou de interpor o recurso específico para vir buscar, de modo impróprio, através do remédio heróico da via mandamental.

Inexistia, assim, no momento em que se deu a impetração, os pressupostos deflagradores do «writ».

Portanto, em face do processo de arrematação, dos editais ao leilão (arts. 686 e 707 do CPC), o impetrante não pode ser considerado terceiro, mas parte e parte atuante, à vista dos incidentes que criou. Seria caso, então, de se lhe exigir a interposição do agravo de instrumento como condição de cabimento da segurança. Ocorre que ficou impossibilitado de fazê-lo à falta de ato formal do Juiz, que não lhe entregou a prestação jurisdicional requerida. Não conhecer, agora, do «writ» seria persistir na omissão, o que me parece incorreto, por implicar mesmo, sob certo sentido, negação de tutela jurisdicional.

Por isso, preliminarmente, conheço da impetração.

Quanto ao mérito, adoto, para decidir, as razões aduzidas pela Subprocuradoria-Geral da República no parecer do ilustre Procurador Roberto Monteiro Gurgel Santos, verbis (fls. 346/356):

«No tocante ao mérito, convém analisar separadamente cada um dos pontos em que se funda a impetração.

O requerente afirma a nulidade do edital porque

«cometeu a Oficial de Justiça, pessoa legalmente inabilitada (art. 143 do CPC), função privativa de leiloeiro oficial, que não se inclui entre as atribuições do meirinho».

A alegação é de manifesta inconsistência. Como informa o MM. Juízo requerido,

«o leilão foi levado a efeito por Oficial de Justiça em face do que dispõe o Provimento 118 do Egrégio Conselho da Justiça Federal» (fl. 187).

Em seguida, aduz o requerente que o edital

«previu de forma englobada a venda dos bens penhorados, a qual foi fragmentada, ex improviso, por alta recreação do oficial leiloeiro».

A leitura do ato convocatório, trazido na íntegra pelo arrematante (fl. 259), faz certa a improcedência do alegado: ali não se estabeleceu, em qualquer passagem, que a venda dos bens seria realizada de forma englobada.

Prossegue o requerente argüindo a nulidade do edital porque

«não atualizou o laudo de avaliação na mesma proporção da atualização do débito, acarretando arrematação a preço vil».

Também neste ponto não merece acolhida a pretensão do requerente, como demonstra, com elogiável clareza, o arrematante, por seu eminente Patrono:

«Frise-se, em primeiro lugar, que a avaliação sufragada pela MM. Juíza é a mesma avaliação proposta pelo exeqüente (o IAPAS), como se pode conferir à fl. 117, de onde se destaca a parte final do despacho ao se referir à fl. 1521 v., o que pode ser confirmado pelo «Resumo da Avaliação dos Imóveis», constante de fl. 90, onde se atribuiu ao imóvel arrematado pelo litisconsorte o valor de Cr\$ 8.422.519.707.

Note-se que dois eram os imóveis que seriam levados a leilão na mesma data: de um lado o imóvel de n.º 72, avaliado pelo IAPAS em Cr\$ 8.422.519.707; de outro, o n.º 52, situado na mesma Avenida Professor Afonso Bovero, também avaliado pelo IAPAS, em Cr\$ 3.447.559.590. Esses dois imóveis, englobadamente, alcançavam o valor de Cr\$ 11.870.879.297, como consta da primeira folha do edital de leilão sonogado a este eg. Tribunal pelo impetrante e trazido com a intervenção do litisconsorte (doc. 2).

O laudo de avaliação do IAPAS mencionado no Edital e adotado pela MM. Juíza consta de fl. 71/90. Como se assinalou, o imóvel de n.º 52 da mesma rua não foi arrematado (certidão de fl. 121). Não foi, por igual, arrematado o imóvel da Rua Amália Noronha n.º 127, como se extrai da mesma certidão (fl. 121). O documento de fl. 120 é desvalioso para o desate da controvérsia, porque o imóvel nele referido, como se extrai da certidão de fl. 121, não chegou a ser arrematado.

Acresce — ainda no que toca à pretendida nulidade do edital por falta de atualização da avaliação — que o exeqüente não ofereceu qualquer oposição à estimativa adotada pela MM. Juíza. E, mais, como argumento sobre o qual silenciou o impetrante: a avaliação do imóvel era de Cr\$ 8.422.519.707, como se colhe do edital cuja primeira folha foi sonogada a Vv. Exas., e ele foi arrematado pelo litisconsorte por Cr\$ 9.582.000.000, como se extrai da certidão de fl. 97.

Frise-se, por fim, que o leilão foi realizado em data próxima à da elaboração do laudo de avaliação pelo próprio exeqüente, pois enquanto o leilão realizou-se em 13-12-85, o laudo foi elaborado em 4-10-85 (fl. 90)». (Fls. 246/247)

Assevera o requerente que o edital foi

«omisso quanto à indicação de lotes e sua precisa individuação, os quais foram formados de improviso, sem qualquer menção no edital, ao exclusivo arbítrio do oficial leiloeiro, em flagrante violação ao § 1.º do art. 23 da Lei n.º 6.630/80» (rectius, Lei n.º 6.830/80).

Inocorre a ofensa apontada ao dispositivo legal referido. O que ele estabelece é que

«a Fazenda Pública e o executado poderão requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes que indicarem».

Ora, em primeiro lugar, não fez o requerente prova de que o IAPAS ou a massa falida executada tenha exercido tal faculdade. Além disso, se houve o

requerimento em questão, e o edital não o observou, caberia à exequente ou à executada, conforme o caso, ou a ambas — e somente a elas — queixar-se do ato convocatório.

Sustenta o requerente, ainda, que o edital

«está em desacordo com o que imperativamente estabelece o art. 686 e seus incisos do CPC, fornecendo descrição vaga e imprecisa dos bens, notadamente no que se refere aos imóveis, a sua situação, as divisas e a transcrição aquisitiva ou a inscrição, como indeclinavelmente exige o inciso 1º do art. 686 do CPC, c.c. art. 532, III, do Código Civil e Dec.-Lei nº 4.857/39».

Improcede, mais uma vez, a objeção posta pelo requerente. Na execução fiscal, regrada por normas próprias, o edital é publicado resumidamente, consoante expressa autorização contida no art. 22 da Lei nº 6.830/80, não parecendo exigível a observância estrita do que prescrevem todos os incisos do art. 686 do Código de Processo Civil, apesar de respeitável opinião em contrário (Milton Flaks, «Comentários à Lei da Execução Fiscal». Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 251). O imprescindível, na execução fiscal, é que a descrição dos bens, conquanto sucinta, permita a eventuais interessados na sua arrematação identificá-los adequadamente. In casu, a leitura do edital (fl. 259) evidencia que os elementos informativos dele constantes são suficientes para tal finalidade. As informações adicionais acaso necessárias poderiam certamente ser obtidas, com facilidade, junto à Secretaria do Juízo.

Em seguida, alega o requerente que o edital

«omitiu a existência de recurso pendente de julgamento (art. 686 — V do CPC), como, aliás, fora requerido às fls. 1.664/1.665, recurso esse processado como agravo de instrumento por força do r. despacho de fl. 1.581 (doc. 16) da digna autoridade coatora»,

afirmando também que, além desse, ainda existiriam outros recursos aguardando julgamento, como provariam os docs. 14 e 15.

Aqui, o requerente vai além de simples alegações inexatas ou inconsistentes. Procura induzir em erro o Colendo Tribunal, alinhando afirmações inverdadeiras. Os itens 29 a 41 da manifestação do arrematante (fls. 248/251) — aos quais o Ministério Público Federal pede vênias para reportar-se, por sua precisão, eis que solidamente lastreados nas peças dos autos — mostram que os recursos referidos pelo requerente ou foram objeto de pedido expresso de desistência da parte do recorrente ou dizem respeito a execuções fiscais promovidas pelo IAPAS contra outras empresas do grupo dos Diários Associados e não contra a Rádio Difusora de São Paulo S.A. Inexistem, assim, na verdade, recursos pendentes de julgamento. De resto, se houvesse, somente ao arrematante interessaria a omissão do ato convocatório.

Prosseguindo, o requerente denuncia a nulidade do leilão realizado, porque

«a) o leiloeiro improvisado, encarregado de sua realização, por inaptidão, ou possivelmente conivência com o arrematante, agiu de modo precipitado e incorreto, provocando confusão e tumulto, conforme noticiário dos jornais que se junta à presente impetração;

b) porque, alterada a sistemática até então adotada em todas as vendas realizadas no processo, para determinar a alienação, mediante lances orais, presidida por funcionário inapto e inabilitado que, procedendo de forma flagrantemente irregular, declarou vendido um dos imóveis, sem que a praxe dos leilões (consolidada no Direito costumeiro)

fosse obedecida, com contagem até dois, apenas, e sem a expressa declaração de haver vendido o bem àquele licitante.»

Improcede, ainda uma vez, a alegação. De um lado, a via do Mandado de Segurança não comporta, a toda evidência, o exame do tumulto que o requerente diz ter acontecido durante o leilão e que recomendaria a decretação da nulidade do ato, mesmo porque documentos constantes dos autos (fls. 189 e 97), cobertos pela fé pública, não se harmonizam com as assertivas postas na inicial. Por outro lado, especificamente no tocante ao fato de o Oficial de Justiça leiloeiro ter contado apenas até dois, «e sem a expressa declaração de haver vendido o bem àquele licitante», tanto a certidão do Diretor da Secretaria do Juízo (fl. 189) quanto a manifestação do exequente, IAPAS (fls. 331/332), atestam que o meirinho declarou o encerramento do leilão de modo inequívoco, sem deixar margem a dúvidas.

Finalmente, sustenta o requerente que o litisconsorte Luiz Fernando de Abreu Sodré Santoro estaria impedido de arrematar o bem por ser leiloeiro oficial. Invoca, em arrimo à assertiva, o que dispõem o art. 1.133, IV, do Código Civil, art. 690, § 1º e incisos, do Código de Processo Civil, e o art. 36, a, I, do Decreto nº 21.981, de 19-10-32, que regula a profissão de leiloeiro.

Tanto o art. 1.133, IV, do Código Civil quanto o art. 690, § 1º, III, do estatuto Processual Civil, não contêm referência expressa aos leitores, mencionado apenas o juiz e serventuários da justiça e outros. Assim, é no mínimo questionável se a proibição alcança aqueles, embora o respeito ao princípio segundo o qual

«cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito, ou ato jurídico; bem como se aplica às coisas virtualmente compreendidas no objeto da norma» (Carlos Maximiliano, «Hermenêutica e Aplicação do Direito», 9ª e. Rio de Janeiro, Forense, 1979, pág. 204, nº 227)

recomende a resposta afirmativa.

De qualquer modo, um outro aspecto se antolha, *in casu*, mais relevante: a vedação é circunscrita ao juiz, ao escrivão e mesmo ao leiloeiro *do processo* ou se estende indistintamente a quem seja juiz ou escrivão ou leiloeiro ainda que não tenha funcionado no feito?

Apesar de vozes em contrário (Celso Neves, «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. VII, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977, pág. 129), a razão parece estar com Pontes de Miranda:

«Também não podem lançar o *Juiz da causa, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça, que funcionam, ou que funcionaram no processo*. Havemos de esclarecer que o juiz substituído não pode lançar; nem o escrivão substituído. *Aliter*, o escrivão de outro cartório da Vara». («Comentários ao Código de Processo Civil», tomo X. Rio de Janeiro, Forense, 1976, pág. 377 — sem grifos no original).

Ora, *in casu*, o arrematante é leiloeiro mas não atuou nos autos em que realizado o leilão impugnado. Assim, não há como negar-lhe capacidade para lançar e a sua participação no ato, porque regular, nenhum vício acarretou para o leilão. Neste sentido, aliás, decidiu o 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por sua 2ª Câmara, em precedente invocado pelo arrematante (Ag nº 268.147, Rel.: Juiz Raphael Gentil, RT 538/140), merecendo transcrição o trecho seguinte do acórdão:

«Em primeiro lugar, é de se ter em conta estar o nº III do citado art. 690 cogitando de pessoas ligadas ao processo em que se realiza o

leilão. Quando a proibição extravasa desse campo, deriva de regência de cargo ou função, mas regência própria destes.

Proibição, vedação, restrição, como as do art. 690 do CPC, não devem se espalhar em interpretações. O elogiável cuidado de moralização dos leilões judiciais, e com esse escopo é que se designou Juiz de Direito para acompanhá-los de perto, não pode chegar a posições em tese que alarguem proibições legais, assim como reclama análises dos casos concretos para deparar com fraudes, subterfúgios ou ingerências no processo em que o ato vai se realizar. Todavia, para isto, é indispensável apontar o fato que, lesivo aos interesses da Justiça, revela a conduta danosa.

O leiloeiro oficial, pelo simples fato de o ser, não está contemplado na vedação do art. 690 do CPC, nem, tampouco, este derogou o art. 36, *b*, do regulamento da profissão de leiloeiro, baixado pelo Dec. nº 21.981/32, e, por isso, o impedimento trazido neste — adquirir para si, ou para pessoas de sua família, coisa de cuja venda tenha sido incumbido — é que prevalece.»

Ainda insistindo no impedimento do arrematante para lançar, o requerente invoca o prefalado Decreto nº 21.981/32, que regula a profissão de leiloeiro e proíbe, no seu art. 36, *a*, 1, o exercício do comércio, «direta ou indiretamente, no seu ou alheio nome».

Com apoio nos ensinamentos da doutrina, o arrematante demonstra que, em face do nosso Código Comercial centenário (art. 191), os imóveis não constituem objeto de ato de comércio, e, assim, ainda que a arrematação se tivesse feito com finalidade especulativa, «mesmo assim, do ponto de vista estritamente legal, o negócio realizado não se identificaria com os atos de comércio» (itens 45 a 52, fls. 251/254).

Sem embargo das acertadas considerações expendidas, cabe acrescentar-lhes mais uma: ainda que os imóveis, no direito brasileiro, fossem objeto de ato de comércio, não se configuraria como tal a operação isolada de arrematação do bem e posterior venda do mesmo a terceiro com fins lucrativos. Como ensina João Eunápio Borges,

«o ato isolado de compra e venda, mesmo que para ulterior revenda lucrativa, não é, no nosso direito, *ato de comércio*» («Curso de Direito Comercial Terrestre», 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967).

Assim, não subsiste, também neste aspecto, a alegação de impedimento do arrematante para lançar.»

Do quanto foi exposto, denego o Mandado de Segurança e casso a medida liminar.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sr. Presidente, o caso é realmente peculiar: o Dr. Juiz, provocado, segundo esclarece o Sr. Ministro Relator, não decidiu a pendenga, omitindo-se. Portanto, não há como exigir o requisito do recurso. O ato é omissivo.

Conheço, portanto, do Mandado de Segurança. E, no mérito, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Relator.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Pedi vista destes autos para melhor exame. Assim procedi porque o julgamento iniciou-se no final do se-

mestre e, diante do natural cansaço de que somos tomados em tal época, afigurou-se-me prudente, através de mais detida apreciação do processo, apreender, em seus anexos termos, as numerosas questões suscitadas pelo impetrante. Ao assim proceder, porém, convenci-me do acerto do minucioso voto do ilustre Relator que enfrentou uma a uma as questões suscitadas, respondendo a cada uma delas com clareza e objetividade, deixando caracterizado que não procedem as diversas nulidades argüidas neste feito.

Isto posto, também, denego o Mandado de Segurança e caso a medida liminar.

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Considero que o eminente Relator rejitou adequadamente as várias alegações deduzidas, visando a obter a declaração de nulidade do leilão. Sobre duas delas, entretanto, desejo acrescer algumas observações.

Relativamente a quem deva realizar o leilão, parece-me que o Provimento 118 do egrégio Conselho da Justiça Federal deve ser repensado quando se trata de execução fiscal. Com efeito, a norma nele contida reporta-se ao artigo 697 do Código de Processo Civil que determina seja a alienação realizada em praça quando a penhora recair sobre imóvel. E efetivamente, no sistema do Código, os imóveis são alienados em praça e nesta atua o porteiro dos auditórios ou quem suas vezes fizer. Tratando-se de móvel, a venda far-se-á em leilão, sendo o leiloeiro indicado pelo credor (art. 706). Ocorre que, ao citado Provimento, sobreveio a Lei nº 6.830/80, determinando se fizesse em leilão a alienação de quaisquer bens penhorados. Tratando-se, pois, de execução fiscal, não há mais cogitar de distinção entre leilão e praça. Todos os bens serão objeto de leilão, incidindo o disposto no artigo 706 do CPC, já que inexistente disposição em contrário.

Tenho como certo, pelo exposto, que no regime atual, lícito será ao exequente, nas execuções fiscais, indicar o leiloeiro. Entretanto, só o credor poderá, em caso concreto, reclamar contra ato que importe em não lhe reconhecer esse direito. Não se me afigura que terceiro possa argüir existência de vício.

Outro ponto diz com a possibilidade de leiloeiro público arrematar bem em leilão judicial.

A proibição de o Juiz ou os auxiliares da Justiça licitarem é tradicional em nosso Direito. E a meu entendimento não há de ser interpretada restritivamente, de maneira a abranger apenas as hastas públicas relativas a processos em que hajam oficiado. A disposição do item III do § 1º do artigo 690 do Código de Processo Civil é ampla e contém regra salutar que visa à moralidade e ao bom nome dos serviços judiciários. Juizes e auxiliares da Justiça, nas circunscrições em que atuam, não poderão licitar em alienações judiciais.

Sucede que o leiloeiro apenas eventualmente oficia como servidor da Justiça. Trata-se de funcionário do Poder Executivo que se dedica a realização de leilões em geral, freqüentemente mediante contrato com particulares. Relativamente a eles, a proibição de participar de hastas públicas restringir-se-á aos casos em que delas forem encarregados. É, aliás, o que consta do Decreto nº 21.981/32 que regula a profissão de leiloeiro e, mesmo não constasse, incidiria a proibição, na medida em que estivesse oficiando como auxiliar da Justiça. No caso em exame isso não ocorreu.

Acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS 110.159 — (Reg. 7.280.866) — SP. Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Reqte.: Duarte de Souza. Reqdo.: Juízo Federal da 4ª Vara — SP. Litisconsortes passivos necessários: IAPAS e Massa Falida da Rádio Difusora S.A. Advs.: Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros; Pedro Gordilho, Roqueb Elias Jacoli e Hotans Pedro Sartore.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, denegou a segurança e cassou a liminar, nos termos do voto do Ministro Relator (Em 9-9-86 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 112.826 — DF
(Registro nº 7.928.297)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Impetrantes: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro e outros

Impetrado: Juízo Federal da 6ª Vara — DF

Litisconsorte Passivo: Touring Club do Brasil

Advogados: Drs. Roberto Rosas e Carlos Bosisio e outro

EMENTA: Mandado de Segurança. Apelação. Efeito simplesmente devolutivo.

A admissão de efeito suspensivo só pode ser tolerado, excepcionalmente quando se demonstra que da sua ausência podem ocorrer danos irreparáveis ou de difícil reparação ao postulante. Hipótese em que a concessão do pedido importaria em sacrifício do caráter auto-executório da decisão do «writ». Impetração não conhecida. Cassada a liminar.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do 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, 25 de fevereiro de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro e outros promoveram a presente ação mandamental contra sentença do MM. Juiz da 6ª Vara Federal do Distrito Federal, objetivando a cassação da liminar por ele deferida «para permitir a abertura de 70 (setenta) postos de propriedade» do Touring Club do Brasil, em todo Brasil (fl. 4).

Requereram medida liminar até que o Tribunal examine o mérito dessa pretensão, no que foram atendidos, conforme despacho de fl. 74. Efeitos da liminar definidos à

fl. 202. Determinada a notificação (fl. 74) do Juízo da 6ª Vara Federal do DF, do Presidente do CNP e do Touring Club do Brasil, beneficiário da liminar.

A digna autoridade impetrada prestou as informações de fls. 80/1. O Touring Club do Brasil manifestou-se, às fls. 196/9.

A douta Suprocuradoria, ao concluir o parecer de fls. 215/21, requereu que os presentes autos fossem reunidos aos de nº 112.601 — DF, por clara conexão.

Por despacho de fl. 283, o ilustre Relator, Ministro William Patterson determinou a remessa dos autos ao meu Gabinete, deferindo requerimento da douta Subprocuradoria no sentido fossem eles anexados aos de nº 112.601, a mim distribuídos. A remessa foi por mim acolhida, conforme despacho de fl. 321. Posteriormente, mudei de pensamento e mandei que os presentes autos fossem desapensados para evitar tumulto no julgamento, embora fossem julgados simultaneamente.

Os autos foram à douta Subprocuradoria, motivo do atraso de seu julgamento. A ilustre parecerista opinou pela inadmissibilidade do «writ» (fl. 329).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Mandado de Segurança. Apelação. Efeito simplesmente devolutivo.

A admissão de efeito suspensivo só pode ser tolerada, excepcionalmente, quando se demonstra que da sua ausência podem ocorrer danos irreparáveis ou de difícil reparação ao postulante.

Hipótese em que a concessão do pedido importaria em sacrifício do caráter auto-executório da decisão do «writ».

Impetração não conhecida. Cassada a liminar.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator). Examinou, de logo, as preliminares suscitadas pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Não há dúvida quanto à possibilidade de ingresso em Juízo através do «writ», por parte do terceiro prejudicado, independentemente de haver figurado como parte no Mandado de Segurança, de cuja sentença pretende suspender os efeitos. No particular, fica demonstrada essa possibilidade através de jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso manifestada, quanto ao nosso Tribunal, em decisão unânime da 2ª Seção no Mandado de Segurança nº 100.965, cuja Ementa dispõe:

«O terceiro atingido por ato judicial não precisa recorrer para fins de atacá-lo através de Mandado de Segurança, segundo jurisprudência desta Corte e do Excelso Pretório» (Rev. TFR 114/331).

Sob o aspecto da legitimidade dos impetrantes, assim como da necessidade do recurso, não há oferecer resistência. Vencidas, portanto, as duas primeiras preliminares.

Quanto ao não conhecimento do «writ», em face da impossibilidade jurídica de sua admissão, merece ser confirmado o parecer do ilustrado órgão da Subprocuradoria-Geral da República. Observe-se que o presente **mandamus** foi impetrado contra sentença prolatada nos autos da remessa *ex officio* nº 115.180, relator Sr. Ministro William Patterson, pretendendo obstar os seus efeitos até o seu julgamento em 2ª Instância.

Esta Egrégia 1ª Seção tem entendido, através de várias decisões, que não cabe Mandado de Segurança para emprestar efeito suspensivo à apelação em medida judicial de igual natureza, por escassez absoluta de proteção legal. Dentre os julgados a que me refiro, merecem destaque o Mandado de Segurança nº 102.706 — DF, por mim relatado, 101.748 — PE, 108.626 e 114.023 — RS, relatados pelo eminente Ministro William Patterson.

Na doutrina a matéria foi definida com sabedoria pelo ilustre professor Helly Lopes Meirelles (Mandado de Segurança e Ação Popular — ED. RT, 1985, pag. 66) ao afirmar:

«O efeito dos recursos, em Mandado de Segurança é somente devolutivo, porque o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental. A essa regra a Lei nº 4.348/64 abriu exceção, que nos afigura inconstitucional, para os recursos contra decisões concessivas de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, vencimentos e vantagens, casos em que se impõe o efeito suspensivo (arts. 5º e 7º)».

Na hipótese dos autos não se demonstrou a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação capaz de justificar o *mandamus*.

Com esses fundamentos, não conheço da impetração.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 112.826 — DF — (Reg. nº 7.928.297) — Relator: O Senhor Ministro José Cândido. Imptes. Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro e outros. Impdo. Juízo Federal da 6ª Vara — DF. Litisconsorte Passivo: Touring Club do Brasil. Advs.. Drs. Roberto Rosas e Carlos Bosisio e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do Mandado de Segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 25-02-87 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite, Nilson Naves, Dias Trindade, José Dantas, Otto Rocha e William Patterson votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Washington Bolívar e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 115.326 — PR
(Registro nº 9.520.872)

Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade
Impetrante: Unesul de Transportes Ltda.
Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara — PR
Advogados: Algacir Ferreira de Sá Ribeiro e outra

EMENTA: Mandado de Segurança. Ato judicial. Ação Pública Civil. Deferimento liminar. Terceiro prejudicado.

1. O terceiro tem legitimidade para recorrer de decisão judicial que lhe cause prejuízo, de modo que, para que venha a usar da ação de segurança contra essa mesma decisão, a interposição do recurso cabível é pressuposto de sua admissibilidade.

2. O ato judicial que adianta a prestação jurisdicional, em ação civil pública, com o objetivo de preservar zona intangível de Parque Nacional, determinando o fechamento de rodovia nela aberta, tem assento legal.

3. Não há direito adquirido de permissionário de exploração de linhas de transporte coletivo sobre estrada de pavimentação primária, já excluída do PVN, de continuar a usar a rodovia, não obstante o seu fechamento para atender a exigências de preservação de Parque Nacional.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do 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, 18 de março de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO GUEIROS LEITE, Presidente. **MINISTRO DIAS TRINDADE**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Unesul de Transportes Ltda. impetra mandado de segurança contra ato judicial do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná que deferiu liminarmente o fechamento de ramal

de estrada, de pavimentação primária, que corta o Parque Nacional do Iguaçu, naquele Estado, ligando as cidades de Capanema e Medianeira, em ação civil pública proposta pela representação do Ministério Público Federal contra o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal ante a sua omissão de fazê-lo administrativamente.

Diz que o ato ofende a seu direito, adquirido anteriormente à Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, pois que detém concessões de exploração de linhas sobre a dita estrada, expedidas pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e pela Secretaria dos Transportes do Estado do Paraná, que quer ver respeitado.

Afirma que, ante a inexistência de recurso previsto contra o ato impugnado, embora não seja parte no feito, quer segurar-se contra os seus efeitos, na qualidade de terceiro prejudicado, pela manifesta ilegalidade do mesmo ato.

Prestou a autoridade impetrada informações, nas quais sustenta a legalidade do seu ato, ante a ilegitimidade da estrada, que, ferindo disposição legal expressa, representa ofensa à chamada «Zona Intangível do Parque Nacional do Iguaçu».

Envia, com as informações, reproduções de peças do processo, inclusive a resposta da autarquia que figura como ré, na qual consta que o IBDF já tinha previsto no Plano de Manejo do Parque o fechamento definitivo da aludida estrada, em vias de concretização.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo indeferimento da segurança, trazendo notícia de que o Parque é hoje Patrimônio da Humanidade, assim declarado pela UNESCO, e a ação proposta pelo Ministério Público visa a sua preservação.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE. (Relator): Tenho que a impetração não pode ser admitida, por isso que a impetrante não atende aos pressupostos que a jurisprudência consagrou no que toca ao ataque, pela via constitucional, dos atos judiciais.

Assim, embora se apresente como terceiro prejudicado, deixou ela de usar do recurso próprio, para cujo exercício tinha legitimidade nessa qualidade, recurso este que é previsto na lei que regula a ação civil pública. Não apresentou, na ação onde praticado o ato impugnado, o recurso de agravo contra o deferimento liminar da pretensão.

Por outro lado, o ato impugnado não se apresenta como eivado de ilegalidade manifesta, antes, ao contrário, se acha revestido da mais perfeita legalidade.

Não há, outrossim, lesão grave e irreparável à impetrante, com o fechamento da rodovia, sendo de destacar que ela mesma informa que o trajeto entre as cidades ligadas pela dita estrada passa a ser realizado por outras vias, embora mais distanciado o percurso, mas, certamente, de melhores condições de uso e, quiçá, com maior rentabilidade para os que, como a impetrante, exploram os serviços de transportes coletivos.

Examino, contudo, o mérito, para demonstrar a falta de base legal para a impetração, posto que inexistentes direito líquido e certo ofendido e ilegalidade do ato impugnado.

O Decreto n.º 84.017, de 21 de setembro de 1979, em seu art. 24, diz:

«É vedada a execução de obras que visem a construção de teleféricos, ferrovias, rodovias, barragens, aquedutos, oleodutos, linhas de transmissão ou outras, que não sejam de interesse do Parque Nacional.»

Por sua vez, o art. 7.º desse mesmo diploma define o que se entende por «zona intangível» de um Parque Nacional:

«É aquela onde a primitividade da natureza permanece intacta, não se tolerando quaisquer alterações humanas, representando o mais alto grau de pre-

servação. Funciona como matriz de repovoamento de outras zonas onde já são permitidas atividades humanas regulamentadas. Esta zona é dedicada à proteção integral de ecossistemas dos recursos genéticos e ao monitoramento ambiental. O objetivo básico do manejo é a preservação garantindo a evolução natural».

E consta do Plano de Manejo do Parque Nacional do Iguaçu:

«O trecho da estrada BR-163 Medianeira-Capanema, cortando o Parque numa extensão de 18km e correspondendo a uma faixa desmatada de 12,5m de largura, representa uma ameaça constante à integridade do Parque e ao equilíbrio das populações animais da região.

Por esse motivo mesmo, é citado Plano, como acentua a resposta do IBDF, já preconiza a medida, agora adotada judicialmente, estando em estudos junto ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, a definição do Plano Nacional de Viação, esclarecido, contudo, que o trecho da rodovia, entre Capanema e Medianeira, já foi excluído da rede nacional de estradas, definida no referido PNV.

Ora, o que a impetrante opõe a esse legítimo direito do Ministério Público, de preservar a zona intangível do Parque Nacional do Iguaçu, é a permissão de linhas de transportes coletivos, de caráter precário, sujeita a alterações unilaterais do ente que a defere, em face das circunstâncias de conveniência e oportunidade, insusceptível, por conseguinte, de alicerçar direito adquirido, como tal aquele que «tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem», no dizer do art. 6º, § 2º, da Lei da Introdução.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer da ação e, se conhecida, no de indeferir a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 115.326 — PR (Reg. nº 9.520.872) — Rel.: O Sr. Min. Dias Trindade. Impte.: Unesul de Transportes Ltda. Impdo.: Juízo Federal da 1ª Vara — PR. Advs.: Algacir Ferreira de Sá Ribeiro e outra.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros José Dantas, Washington Bolívar, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Carlos Thibau, Costa Leite e Nilson Neves votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Dias Trindade. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.249 — RJ
(Registro nº 8.604.258)

Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves

Recorrente: Jadson Viana Fonseca

Recorrida: Justiça Pública

Vítima L.: Instituto Nacional de Previdência e Assistência Social — INPS

Advogados: Drs. Raphael Conte Altan e outro

EMENTA: Processo Penal. Apelação. Deserção. Caso de intimação irregular para ciência e cumprimento de ato judicial, daí não podendo subsistir a pena de deserção. Recurso em sentido estrito provido, para a final tramitação da apelação. Extensão de seus efeitos a co-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, dar provimento ao recurso, para ordenar o processamento da apelação; por igual **quorum**, estendeu a decisão aos co-apelantes, 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 agosto de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. MINISTRO NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Por sentença de 14-11-84, foram condenados, como incurso no art. 171 e § 3º do Cód. Penal, Lisete Cortez Leal, Maria Aldaires Lacerda dos Santos, Adilson Fernandes Custódio e Jadson Viana Fonseca. Dos quatro réus, três apelaram: Jadson Viana, às fls. 304/307; Adilson Fernandes, às fls. 311/316; Maria Aldaires, à fl. 326, com razões às fls. 332/335. Com vistas dos autos, o representante do Ministério Público apresentou contra-razões, conforme fl. 337, em 25-6-85. Depois, por despacho de 11-12-85, o juiz declarou a deserção das apelações. Daí o recurso em sentido estrito, de Jadson Viana Fonseca, que subiu nos autos da própria ação penal. Ouvida, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Pronunciou-se assim o Procurador Mardem Costa Pinto, em parecer aprovado pelo Subprocurador-Geral Aristides Junqueira Alvarenga:

«2. Realmente, do despacho de fl. 329, que determinou que os réus apelantes extraissem o traslado, pois a condenação transitou em julgado no que diz respeito a Lisete Cortez Leal, os interessados não foram intimados, como faz supor o mandado de fl. 344.

3. Estranhamente, o mandado de fl. 344 ao invés de transcrever o despacho de fl. 329, quando então estariam intimados os apelantes, notificam os mesmos para «comparecer à Secretaria do Juízo, no prazo de três dias, a fim de tomarem ciência do despacho exarado nos autos da ação penal n.º 610».

4. Tudo indica que, não conseguindo ler o despacho de fl. 329, ausente o titular da vara e prolator do indecifrável despacho, pois o mandado está assinado por Juiz Substituto, optou-se por notificar os apelantes para que eles, por seus próprios meios, procurassem entender o teor do mesmo.

5. A fórmula, entretanto, é ineficaz, considerando-se inexistente a pretensa intimação.

6. A pena de deserção, no caso do não pagamento das despesas do traslado, não pode ser admitida.

7. O § 2º do art. 601 do CPP realmente indica que as despesas do traslado correrão por conta de quem o solicitar, salvo no caso de réu pobre ou do Ministério Público.

8. Ocorre, entretanto, que as custas na ação penal pública só são exigíveis ao final, transitada em julgado a condenação, não se aplicando na hipótese o que dispõe o art. 806 do CPP, que cuida da ação penal privada.

9. Não há disposição legal expressa impondo a pena de deserção no caso de não pagamento das despesas do traslado, como ocorre na ação penal privada; e nem poderia haver, segundo entendemos, pois a garantia da ampla defesa, constitucionalmente assegurada, estaria comprometida pelo estado de insuficiência financeira do acusado, o que é inaceitável quando o próprio Estado banca a defesa dos réus carentes, através de defensores públicos oficiais ou nomeados pelo Juiz:

‘EMENTA: *Honorários de advogado. Defensor dativo de réu pobre. Responsabilidade da Fazenda Estadual pelo pagamento de honorários. Precedentes.*

Inexistente, junto ao órgão judiciário, serviço oficial de assistência gratuita ao réu pobre, incumbe ao Estado o pagamento de honorários ao defensor nomeado pelo Juiz.

Recurso conhecido pelo dissídio jurisprudencial para determinar-se a fixação da verba honorária em liquidação por arbitramento. Precedente (RE 103.960).

Recurso Extraordinário conhecido e provido, em parte.’ RE 109.392-7 — SP. Rel. Min. Rafael Mayer — DJU de 27-6-86 — págs. 116/24.

10. Ademais, como já afirmado, não comprovado estado de insuficiência financeira, as custas poderão ser cobradas ao final.

11. Registro, finalmente, que julgado o presente recurso, e acolhido o parecer, depois do trânsito em julgado da decisão, entendemos que se deva

julgar as apelações interpostas, sem necessidade de baixa dos autos, vez que devidamente processados os recursos, protestando por nova vista para o efeito de pronunciamento desta SPGR sobre as noticiadas apelações.

12. Pelo exposto, somos pelo provimento do recurso, revogando-se o decreto de deserção, seguindo-se, como sugerido, o julgamento das apelações.» (Fls. 370/373).

Estou de acordo com o parecer.

Provejo o recurso em sentido estrito e estendo os efeitos aos co-réus Adilson Fernandes Custódio e Maria Aldaires Lacerda dos Santos. Em consequência, determino que, uma vez transitada em julgado a presente decisão, seja alterada a classificação deste processo para Apelação Criminal, abrindo-se, de imediato, vista dos autos à Subprocuradoria-Geral da República, a fim de se pronunciar sobre as apelações interpostas.

EXTRATO DA MINUTA

RECURSO CRIMINAL nº 1.249 — RJ (Reg. nº 8.604.258) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Jadson Viana Fonseca. Recorrida: Justiça Pública. Vítima L.: INPS. Advogados: Drs. Raphael Conte Alan e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para ordenar o processamento da apelação; por igual quorum, estendeu a decisão aos co-apelantes. (3ª Turma, em 26-8-86)

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 6.226 — RJ
(Registro nº 2.662.043)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau
Recorrente: União Federal
Recorrido: Ulisses Moreira da Silva
Advogados: Drs. Paulo de Jesus Costa e outros
Rec. Ades.: Fl. 18

EMENTA: Processual Trabalhista — Confissão ficta aplicada à União Federal, que foi considerada revel em virtude do não comparecimento, à audiência, do Procurador da República, apesar de ali haver estado presente o preposto.

Inaplicabilidade, à hipótese, do art. 843 da CLT, porque a União tem representação judicial atribuída por lei federal aos Procuradores da República (CPC — art. 12, I), sendo diversa sua situação da das pessoas jurídicas de direito privado, cujos prepostos poderão transigir e confessar em nome da empregadora reclamada, desde que estejam devidamente credenciados. Recurso ordinário improvido.

Recurso adesivo de que não se conhece, porque incabível na legislação trabalhista (ver Súmula 175 do TST e RO — 6.691-BA, da 2ª Turma do TFR, Relator o Sr. Ministro Costa Lima).

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo-se no julgamento, preliminarmente, à unanimidade, não conhecer do recurso adesivo e por maioria negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

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

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. **MINISTRO CARLOS THIBAU**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Ulisses Moreira da Silva propôs reclamação trabalhista contra a União Federal (Instituto de Pesquisa da Marinha), objetivando a anotação e a baixa em sua carteira profissional, além do pagamento de aviso pré-

vio — 30 dias; férias em dobro 1976/1977; férias simples 77/78 e 79/80; 13º salário (4 períodos) e diferenças salariais de todo o período trabalhado, em razão de sua dispensa, sem justa causa, ocorrida em 17 de novembro de 1980.

Na audiência de conciliação e julgamento (fls. 10/10v) presente o preposto da reclamada e ausente o Dr. Procurador da República, o ilustre Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Paulo Freitas Barata, ante a inexistência de contestação, aplicou à reclamada a pena de confissão quanto à matéria de fato, proferindo decisão em que julgou a ação procedente, em parte, para condenar a União a pagar ao reclamante Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) a título de aviso-prévio; Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) referentes a dois períodos de férias simples; Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) relativos aos 13ºs salários de 1979 e 1980, diferenças salariais a serem apuradas em execução, juros e correção monetária, além de condenar a reclamada a anotar e dar baixa na carteira profissional do postulante.

Dessa decisão recorre a União Federal com as razões de fls. 13/14, argumentando que a simples ausência do Procurador da República à audiência não poderia caracterizar a revelia, se houve o efetivo comparecimento do preposto, que poderia perfeitamente substituí-lo e cujas declarações, em vista do seu conhecimento dos fatos, inclusive obrigariam a empregadora.

O reclamante, por sua vez, também recorreu adesivamente (fls. 18/21).

Contra-razões da União Federal à fl. 30.

A ilustrada SGR opinou, às fls. 37/41, pelo provimento do recurso ordinário da reclamada, a fim de que seja anulada a decisão recorrida, determinando se faça nova audiência onde seja permitida à recorrente ampla defesa sobre os fatos objeto da reclamatória.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Consta do termo de audiência que, ante a ausência do Procurador da República, o MM. Juiz aplicou a pena de confissão da reclamada quanto à matéria de fato, embora o seu preposto tivesse comparecido ao ato, devidamente credenciado, e até requerido o adiamento da audiência.

Por isso é que a União Federal fulcrou o seu recurso na alegação de cerceamento de defesa, forte no art. 843 da CLT.

Estabelece o **caput** desse dispositivo que:

«Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes, salvo no caso de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria».

Ocorre, no entanto, que a União Federal tem representação judicial atribuída por lei federal (CPC — art. 12, I) aos Procuradores da República, sendo diversa sua situação da das pessoas jurídicas de direito privado, cujos prepostos poderão transigir em nome da empregadora reclamada, desde que estejam devidamente credenciados.

Aliás, a rigor esses ditos prepostos da União não somente não podem transigir em nome da pessoa jurídica como também não podem confessar por ela, porque o fariam em nome do órgão administrativo que os credenciou, destituído de personalidade jurídica.

Assim, pois, parece-me não ser aplicável o preceito do art. 843 da CLT às reclamações ajuizadas contra a União Federal, já que a norma tem a finalidade de propiciar o acordo entre as partes, segundo o próprio espírito da legislação trabalhista.

Por isso é que o MM. Juiz agiu acertadamente ao considerar revel a recorrente e ao aplicar-lhe a pena de confissão, em virtude do disposto no art. 844 da CLT, tanto

mais que o ilustre Procurador da República não apresentou qualquer justificativa para sua ausência.

Ficam, assim, provadas as alegações do recorrido quanto à matéria de fato, acrescentando que o recurso da União não desce ao exame de qualquer parcela objeto da condenação, limitando-se a questionar a revelia e a confissão da União.

No tocante ao recurso adesivo do reclamante, observe-se que ele foi interposto somente em 7-7-81, tendo sido a sentença proferida na própria audiência, em 10-6-81. Por isso é que o reclamante optou pelo recurso adesivo porque, segundo o art. 500, I, do CPC, ele poderia ser interposto dentro de dez dias contados da publicação do despacho que admitiu o recurso principal.

Porém, o recurso adesivo não se aplica à legislação trabalhista (Súmula 175 do TST e RO 6.691 — BA, da 2ª Turma, Relator o Sr. Ministro Costa Lima).

Ante o exposto, não conheço do recurso adesivo do reclamante e nego provimento ao da reclamada.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Lamento divergir dos eminentes Colegas pela seguinte ordem de considerações: entendo que, estando presente o preposto da reclamada, e ausente o Procurador da República, seu representante legal, não cabia a decretação da revelia e a pena de confissão ficta, como, aliás, vem entendendo este mesmo Tribunal, por uma de suas egrégias Turmas, como exemplifico com o Recurso Ordinário nº 6.225, do Rio de Janeiro, de que foi Relator o Sr. Ministro Nilson Naves, cuja ementa proclama:

«Trabalhista. Revelia, Verdade ficta. Caso em que compareceu o preposto do empregador, não se justificando, portanto, a aplicação, pura e simples, do princípio da verdade ficta. Recurso ordinário provido».

A hipótese era, rigorosamente, a mesma: compareceu o preposto da reclamada e não comparecera, eventualmente, àquela audiência, o Sr. Procurador da República.

A 3ª Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para anular a decisão e determinar que se processasse a audiência, permitindo à reclamada promover o que tivesse em sua defesa, porque tinha sido obstada, como aqui, pois o Juiz considerou não apresentada a própria entidade, uma vez que estava ausente o seu representante legal.

A interpretação que dou, com a devida vênia dos eminentes Colegas, é a mesma do Sr. Ministro Nilson Naves, socorrendo-se de julgados de outros Tribunais e da doutrina, inclusive do ensinamento de Mozart Victor Russomano, nestes termos:

«Foi o julgador de primeiro grau, a meu sentir, deveras rigoroso ao aplicar o princípio da verdade ficta, seja com apoio no art. 844 da Consolidação, seja amparado, subsidiariamente, no art. 319 do Cód. de Pr. Civil.

Quanto ao não-comparecimento do reclamado, procede a impugnação do Procurador da República, em seu parecer de fls. 75/79, *verbis*:

«5. Decidiu equivocadamente a r. sentença, pois o preposto da Reclamada estava presente a audiência, não estando presente a mesma o Procurador da República, o que não tem o condão de aí, aplicar-se a pena de confissão.

6. O disposto no art. 843 da CLT é claro:

Art. 843. Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, *independentemente do comparecimento*

de seus representantes, salvo nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados fazem-se representar pelo Sindicato de sua categoria.

7. Portanto, é indispensável o comparecimento do Reclamado, ou seu preposto, e não dos seus representantes, é o que nos ensina Mozart Victor Russomano ao comentar o art. 844 da CLT.

«Se a lei exige a presença da parte independente da presença de seu representante, como vamos admitir que o reclamado com procurador constituído possa eximir-se de comparecer em juízo, desde que seu advogado o faça? A substituição das partes só pode ser feita na forma dos §§ 1º e 2º, do artigo anterior. Entre as pessoas aptas a serem substitutas do Réu, no processo trabalhista, não figuram os advogados, solicitadores e provisionados» (Mozart Victor Russomano in *Comentários à CLT*, 10ª edição, Forense, pág. 906, 1983)

8. Neste sentido é a jurisprudência dos nossos tribunais.

«Deve ser anulada a condenação, decorrente de revelia e pena de confissão da reclamada, se esta se encontrava no momento da audiência, presente à Junta de Conciliação e Julgamento, representada por seu preposto, ainda que o mesmo no momento não tivesse em seu poder a carta de preposição e a carteira de trabalho (TRT — SP, RO 4.633/79, *DJESP* 8-5-79, p. 28)» (Valentim Carrion in *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Revista dos Tribunais, 7ª edição, pág. 556, 1984).

9. No mais a revelia é característica do não-comparecimento do Reclamado à audiência inaugural do processo trabalhista, continuando assim mesmo a instrução da causa, conforme nos ensina Wagner D. Giglio.

«A revelia não é pena, mas somente a forma de procedimento, ausente o reclamado: prossegue-se no curso normal das fases do processo, desconsiderando-se os atos processuais que deveriam ser praticados pelo revel» (Wagner D. Giglio in *Direito Processual do Trabalho*, Editora LTr, 5ª edição, 1984).

10. Ocorre que o reclamado (seu preposto) compareceu à audiência, não o fazendo o seu representante legal. Daí entendermos não haver confissão ou revelia» (fls. 76/78).

No tocante ao art. 319 da lei processual civil, o princípio ali consagrado não impõe, por si, a procedência do pedido do autor (ver Pontes de Miranda, in «*Comentários...*», vol. IV, 2ª ed., pág. 303).

Seja lá como for, o certo é que restou contrariado, na espécie, o direito de defesa, o que me leva a dar provimento ao recurso ordinário, para declarar insubsistente a decisão de fl. 36/36v, determinando que outra seja proferida, como bem se entender.

Assim, com a devida vênia dos Srs. Ministros Relator e Costa Leite, dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 6.226 — RJ — (Reg. nº 2.662.043) — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: União Federal. Recorrido: Ulisses Moreira da Silva. Advogados: Drs. Paulo de Jesus Costa e outros. Rec. Adesivo: Fl. 18.

Decisão: A Turma, prosseguindo-se no julgamento, preliminarmente, à unanimidade, não conheceu do recurso adesivo e negou provimento ao recurso por maioria (julg. em 19-8-86 — 1ª Turma).

O Sr. Ministro Costa Leite votou *in totum* com o Relator, vencido o Sr. Ministro Washington Bolívar, parcialmente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.



RECURSO ORDINÁRIO Nº 6.850 — MG
(Registro nº 3.465.284)

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Recorrente: Charley Tadeu Viana

Recorrido: DNOS

Advogados: Drs. Marco Aurélio Duarte Gonçalves e outros, Caio Monteiro de Barros Filho e outros

EMENTA: Processual Trabalhista. Reclamação. Enquadramento funcional.

Prescrição. Não há falar-se em prescrição apenas parcial, se o enquadramento funcional, do qual decorrem as relações salariais de trato sucessivo, permaneceu intocado no biênio fatal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 6 de maio de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A sentença de fls. 62/64 julgou o reclamante carecedor de ação contra o DNOS, com base na prescrição do direito de reclamar, centrando sua fundamentação no seguinte entendimento, verbis:

«Discute-se na reclamatória presente o ato de enquadramento, ato simples e uno, pelo que a prescrição corre de sua edição. O pagamento de vencimentos é consequência deste ato, não mantendo com ele qualquer unidade.

Por tudo isso, pois, e por tudo mais quanto dos autos consta, julgo o autor carecedor de ação, por estar prescrito o seu direito de reclamar» — fl. 64.

Socorrendo-se de precedentes jurisprudenciais e do verbete de Súmula nº 168, ex-prejulgado 48 do Eg. TST, recorre ordinariamente o reclamante, procurando demonstrar a in incidência da prescrição total e extintiva, face à periodicidade da lesão perpetrada — fls. 70/74.

Contra-razões a fls. 76/79, igualmente louvadas em precedentes pretorianas, estes convergentes com o entendimento sentencial, cuja confirmação postulam.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 84/85) é pelo impro-
vimento do recurso ordinário, confirmada a prescrição corretamente decretada; ade-
mais seria imprópria a via trabalhista, eis que o enquadramento do NPCC é procedi-
mento regido por normas de Direito Administrativo, conforme já decidiu a Eg. 4ª Tur-
ma, no RO 4.560 — GO, Relator Ministro Carlos Madeira, publicado no *DJ* 1-7-80.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Conquanto, genericamente, possa se caracte-
rizar como matéria de índole administrativa, a correção de enquadramento do servidor
público celetista é postulável via reclamação trabalhista, meio processual adequado à
solução de lides originárias das relações entre empregado e empregador, ainda que este
último seja pessoa de direito público. A pretensão de melhor posicionamento no qua-
dro patronal apresenta, em última análise, por fonte e vínculo eminentemente celetistas,
como se interliga aquela espécie de servidor à administração.

No caso, os direitos tidos como afetados pelo enquadramento dito viciado apresen-
tam aquela natureza trabalhista do liame laboral referido, daí que, com a devida vên-
ia do precedente indicado no parecer, não acolho a irrogação de inadequabilidade da via
processual eleita.

Por outro lado, no concernente à questão prescricional, verifica-se que o recurso
interposto, ao pleitear a aplicabilidade da prescrição apenas parcial, referida no enu-
nciado da Súmula 168/TST, teve a sua fundamentação enfraquecida com a exceção re-
conhecida por aquela Eg. Corte especializada consoante a sua Súmula nº 198 lavrada
nos seguintes termos:

«Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao em-
pregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre par-
cial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direi-
to.»

Vê-se, assim, que, ao contrário do que entende o recorrente, o entendimento su-
mulado do eg. TST, em se tratando de lesão de direito individual, decorrente de ato
único do empregador, ainda quando atinja prestações periódicas, é no sentido da inci-
dência da prescrição total, a contar da data do ato lesivo.

Por óbvio que as diferenças salariais, ora pleiteadas, têm os respectivos deferimen-
tos subordinados à correção do ato de enquadramento do servidor, concorde-se em que
o substitutivo do direito às mesmas é justamente a correção do ato de enquadramento.
Daí que, prescrita pela fluência do prazo bienal a ação para correção de enquadramen-
to, não vejo ensejo para o debate acerca das prestações salariais enfocadas. A prescri-
ção, na hipótese dos autos, atingiu a ação relativa ao próprio fundo de direito, consoli-
dando a irreversibilidade da situação do servidor no quadro do DNOS; pelo que, igual-
mente, prescreveu o direito de pleitear judicialmente as diferenças acessórias inteira-
mente dependentes do reconhecimento do direito ao melhor enquadramento.

Nesse sentido, tem-se manifestado este Eg. Tribunal, a exemplo deste enunciado:

«Trabalhista. Servidor. Enquadramento. Técnico de Administração. Pres-
crição.

1. Em Reclamação Trabalhista ajuizada para ver declarada a nulidade
de ato administrativo de enquadramento, resultante de estruturação da Cate-
goria Funcional de Técnico de Administração, a prescrição atinge o próprio
fundo do direito.

2. Precedentes do TFR.

3. Recurso denegado.» — RO 7.384 — PR, 1ª Turma, Rel. Min. Washington Bolívar, in *DJ* de 20-3-86.

No mesmo sentido: RO 7.910—SP — 2ª Turma — Relator Min. Costa Lima, *DJ* de 27-2-86 e RO nº 8.067 — RS — 3ª Turma — Relator Min. Nilson Naves, *DJ* de 6-3-86.

De igual pertinência os Acórdãos do Pretório Excelso (RE 73.958 e RE 94.679), juntados com a contestação às fls. 35/48.

Assim, penso que bem andou a sentença com a decretação da prescrição.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 6.850 — MG — (Reg. 3.465.284) — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Recte.: Charley Tadeu Viana. Recdo.: DNOS. Advs.: Drs. Marco Aurélio Duarte Gonçalves e outros, Caio Monteiro de Barros Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 6-5-86 — 3ª Turma).

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.151 — PR
(Registro nº 4.442.032)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Rec. ex officio: Juiz Federal da 2ª Vara — PR

Recorrente: Universidade Federal do Paraná

Recorrido: Haylton Silva

Advogados: Drs. João Augusto Fleury Rocha e Altivo José Seniski

EMENTA: Civil. Processual Civil Trabalhista. Prescrição alegada somente no recurso.

Aplicação do disposto nos arts. 162 do CC e 303, II, do CPC, como exceção à regra geral de que toda a matéria de defesa do réu deve concentrar-se na contestação (CPC, art. 300).

Prescrito o próprio fundo do direito inexistem parcelas dele emergentes.

Recursos providos para acolher-se a arguição de prescrição e julgar-se extinto o processo, com fundamento no art. 269, IV, do CPC, com a condenação do recorrido ao pagamento das custas.

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 aos recursos para acolher a arguição de prescrição e julgar extinto o processo, 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, 22 de abril de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS THIBAU, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Recorre a Universidade Federal do Paraná de sentença proferida pelo MM. Juiz Wladimir Passos de Freitas, da Seção Judiciária daquele Estado, que julgou procedente reclamationista trabalhista proposta por Haylton Silva e condenou a entidade de ensino superior a promover-lhe o reenquadramento como professor titular, com o pagamento de todas as diferenças atrasadas desde a data do alegado rebaixamento, com reflexos no 13º salário e no FGTS, tudo com juros de

mora e correção monetária desde a notificação até a data do efetivo reenquadramento (fls. 32/33).

Da sentença recorreu o MM. Juiz de ofício.

Em seu recurso, argüiu a Universidade preliminar de nulidade do processo, por falta de regular notificação para a audiência, motivo pelo qual deixou de se fazer presente ao ato, o que causou-lhe sofrer a pena de confissão (fl. 32).

Levantou, também, prejudicial de prescrição, porque o fato contra que se insurge o recorrido teria ocorrido há mais de cinco anos da data em que propôs a ação.

Quanto ao mérito, seria improcedente o pedido, porque o recorrido não poderia passar de auxiliar de ensino a professor titular sem concurso público, como preceitua o parágrafo 3º, VI, do art. 176 da Constituição.

Também os seus salários não poderiam ser de titular, tanto que foram suspensos a partir de 1977, quando se constatou que sua situação funcional era irregular.

Contra-razões às fls. 61/68.

Nesta instância a douta SGR opinou pelo provimento dos recursos voluntário e oficial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Rejeito a preliminar de nulidade.

Ocorre que o Magnífico Reitor foi notificado da primeira data da audiência, que seria realizada em 17-12-82 (fl. 27) e credenciou um preposto para representar a reclamada em Juízo (fl. 29).

No entanto, a audiência não pôde ser realizada naquele dia, tendo sido transferida para o dia 26-4-83. Dessa nova designação foi novamente notificado por mandado o Reitor e exarou o ciente (fl. 31).

Como o preposto não compareceu à audiência e a Universidade foi, por isso, considerada confessa quanto à matéria de fato, deseja, agora, a anulação do processo a partir desse ato, inclusive, alegando que houve cerceamento de defesa.

Nada mais equivocado. O Reitor é o representante da Universidade em Juízo ou fora dele.

O preposto foi apenas credenciado para o processo sem que essa procedência retire do Reitor a capacidade de representar a Universidade.

Quanto à prejudicial de prescrição, no entanto, diversa é a situação.

O recorrido foi contratado em 1966 como professor auxiliar de ensino, tendo sido, posteriormente, designado para exercer a regência da disciplina de eletrificação rural e, após, para responder pela disciplina de Desenho, na Faculdade de Floresta, com direito à percepção da diferença de vencimentos de seu cargo para os de professor titular, segundo portaria do Reitor, datada de 22-11-71 (fl. 11).

Em 18-7-74 passou a ocupar o cargo de Professor Titular, lotado no Setor de Ciências Exatas do Departamento de Matemática Aplicada e Desenho.

Ele reclama, por isso, do rebaixamento que sofreu em 3-1-77, por haver voltado à situação de auxiliar de ensino, em virtude da Portaria nº 15.421/77.

Em 21-5-79 requereu ao Presidente do Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade efetivação como professor titular, já passados dois anos do ato contra que reclama.

Às fls. 23/23 verso, há uma informação do Departamento do Pessoal, de que o recorrido nesse período não manifestara discordância quanto ao seu enquadramento como auxiliar de ensino no PCC.

Parece-me, assim, estar irremediavelmente prescrita a ação trabalhista, que foi proposta em 11-10-82, sabendo-se que mais de dois anos já se haviam passado quando o recorrido lembrou-se de endereçar expediente ao Conselho de Ensino e Pesquisas.

E não se alegue que a prescrição só poderia ser argüida na contestação, em observância ao princípio da concentração da defesa naquele momento processual.

Esta Turma, ao julgar a AC nº 66.686, em 25-2-86, por mim relatada, teve a oportunidade de manifestar-se no sentido de que, nos termos do disposto no art. 162 do Código Civil, a prescrição pode ser alegada em qualquer instância, pela parte a quem aproveita.

Isso porque o art. 303, III, do CPC estabelece a exceção à regra contida no art. 300 sobre a concentração da defesa na contestação.

Prescrito o próprio fundo do direito inexistem parcelas dele emergentes.

Daí porque dou provimento aos recursos para acolher a argüição de prescrição e julgar extinto o processo, com fundamento no art. 269, IV, do CPC.

Condeno o recorrido ao pagamento das custas.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 7.151 — (Reg nº 4.442.032) — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Rec. ex officio: Juiz Federal da 2ª Vara — PR. Recorrente: Universidade Federal do Paraná. Recorrido: Haylton Silva. Advs.: Drs. João Augusto Fleury Rocha e Altivo José Seniski.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento aos recursos para acolher a argüição de prescrição e julgou extinto o processo, nos termos do voto do Relator (Julg. em 22-4-86 — Primeira Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.230 — MG
(Registro nº 5.568.811)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Recorrentes: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, Alfeu Moreira da Silva e outros

Recorridos: Os mesmos

Advogados: Drs. Paulo Chaves Correia Filho, José Rogério de Barros e outros

EMENTA: Trabalhista — Servidor Estatutário — Opção pela CLT — Vantagens — Adicional por tempo de serviço — Supressão — Cancelamento da Súmula 90 — TFR.

O servidor estatutário que optou pelo regime celetista, não faz jus, sem determinação expressa, às vantagens adquiridas quando se encontrava sob a égide da Lei nº 1.711/52.

A Lei nº 6.184/74, não prevê o pagamento de quinquênios, por ser uma vantagem concedida aos funcionários públicos federais e estar, **ipso facto**, regulada em legislação própria.

A opção manifestada livremente pelo regime celetista, implica em renúncia ao regime estatutário e, assim, inexistente ofensa ao princípio constitucional do direito adquirido.

Recurso provido.

Reclamação 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 ao recurso, para julgar improcedente a reclamação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 25 de abril de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente (em exercício) e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: A espécie se encontra perfeitamente sumariada no relatório da r. sentença às fls. 83/85, nos termos em que adoto e leio.

Prosseguindo o Ínclito Julgador Monocrático, com supedâneo na súmula 90 do TFR, deu pela procedência da ação conforme consta à fl. 87.

Inconformado com o v. a quo recorre a ECT insistindo na improcedência da reclamatória, sendo oferecidas contra-razões às fls. 101v/102v.

Recorre também os reclamantes por não se conformarem em parte, com a d. decisão monocrática, sustentando em suas razões (fls. 99/100), não ter ocorrido a prescrição com relação a José Martins Perdigão.

Contra-razões do reclamado às fls. 104/108.

Vindo os autos a esta Instância, a douta Subprocuradoria às fls. 118/119, opina no sentido de ser o feito submetido ao Plenário, ou Seção, a fim de que seja solucionado o choque entre a súmula 90 do TFR e a jurisprudência do STF, dando-se provimento ao recurso da reclamada.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, pretendem os Autores com a presente reclamação o restabelecimento do pagamento de quinquênios referentes ao período anterior à opção de que trata a Lei nº 6.184/74.

A r. sentença que deu pela procedência da reclamatória se apoiava na jurisprudência desta Corte que se encontrava pacificada no enunciado de sua súmula 90, que expressava:

«Ao servidor estatutário que optou pelo regime celetista, na forma da Lei nº 6.184, de 1974, é assegurado o direito à gratificação adicional por tempo de serviço correspondente aos períodos anteriores à opção.»

Embora fosse este o entendimento deste Egrégio Tribunal, a Suprema Corte vinha entendendo contrariamente, o que trouxe como consequência o cancelamento da súmula em apreço, por ocasião do julgamento do RO nº 8.140 — RJ, cujo acórdão foi publicado no *DJ* de 20-2-86.

Ressalvando o meu ponto de vista que sempre foi no sentido de reconhecer o direito dos servidores aos quinquênios obtidos antes de optarem pelo regime celetista, curvo-me à jurisprudência do Pretório Excelso.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso do reclamado para julgar a ação improcedente.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO 7.230 — MG — (Reg. 5.568.811) — Rel.: o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Rectes.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, Alfeu Moreira da Silva e outros. Recdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Paulo Chaves Correa Filho, José Rogério de Barros e outros.

Decisão: A turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para julgar improcedente a reclamação (Terceira Turma — 25-4-86).

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.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.655 — RS
(Registro nº 5.472.156)

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Recorrente: Carlos Maria Ferreira

Recorrido: Banco Central do Brasil

Advogados: Drs. Sérgio Roberto de Brito Canarim, Derocy Giacomo Cirillo da Silva e outros

EMENTA: Trabalhista. Vantagens da aposentadoria.

Prescrição. Se alcançada pela prescrição bienal a ação para reclamar verbas devidas na atividade, ainda que repercutíveis estas nos proventos da aposentadoria, tal não se dá com o reparo dos equívocos cálculos dos proventos, então prescritíveis apenas as parcelas mensais sucessivas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 17 de junho de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O reclamante, servidor do Banco Central do Brasil, egresso dos quadros do Banco do Brasil, consignou na peça vestibular o seguinte pedido:

«Diante do exposto, pleiteia do reclamado as seguintes parcelas:

a) diferença de horas extras (com adicional de 25%) resultante do cômputo no salário da verba denominada de adicional de função e representação ou simplesmente de adicional de função, desde a admissão no reclamado;

b) reflexo dessa diferença no repouso do sábado, domingos, feriados, 13º salários, férias, gratificações semestrais e FGTS, desde a admissão no reclamado;

c) diferença de 5% relativa ao adicional de horas extras pagas pelo empregador no curso do contrato de trabalho, com reflexo no repouso do sába-

do, domingos, feriados, 13º salários, férias, gratificações semestrais e FGTS, desde a admissão no reclamado;

d) complementação vencida e vincenda dos proventos de aposentadoria decorrente do cômputo das diferenças de horas extras e reflexos ora postulados sob as letras *a*, *b* e *c*.

e) diferença de 2/30 avos de complementação de aposentadoria, vencida e vincenda, incluído no cálculo as parcelas ora postuladas.» — Fl. 6.

A sentença de fls. 106/107, atenta à preliminar levantada em contestação, decidiu a espécie nos seguintes termos:

«Os autos dão conta de que o reclamante se aposentou em 14 de outubro de 1980. A partir dessa data tinha dois anos para reclamar contra a inobservância de qualquer de seus direitos trabalhistas. Só veio, no entanto, a fazê-lo em 13 de outubro de 1983 (fl. 01), quando já se consumara a prescrição. Conseqüentemente, sua pretensão está prejudicada por isso.

Dispositivo. Ante o exposto, com base no art. 269, IV, do CPC, de aplicação subsidiária na espécie, declaro prescrita a ação e julgo extinto o processo. Registre-se. Intimem-se.» — Fl. 107.

Assim é que, inconformado, recorre o reclamante invocando em seu favor o disposto na Súmula nº 168 — TST, à consideração de que é periódica a prescrição incidente no caso, consoante o entendimento jurisprudencial firmado nos precedentes assinalados. Requer, por fim, a reforma da sentença, decretando-se a integral procedência da reclamatória.

Contra-arrazoado (fls. 151/153), o recurso desmerece acolhida, ao ver do Subprocurador-Geral da República Arthur de Castilho Neto, subscritor do parecer de fls. 156/159.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, as parcelas pleiteadas nos itens *a*, *b* e *c*, da inicial, por configurarem direitos emergentes da relação de trabalho, caracterizada esta pelo binômio prestação de serviços — pagamento de salários, só estão submetidos à prescrição periódica, enquanto vigente o pacto laboral. Daí que, cessado o mencionado liame pela aposentadoria do recorrente, desta começa a fluir o prazo prescricional atinente à ação contra os atos lesivos do empregador, ocorridos na vigência da relação empregatícia.

É bem o caso dos autos, no qual a prescrição atinge a ação relativa ao próprio fundo de direito (horas extras pagas a menor e reflexos), em prejuízo do direito ao recálculo das parcelas de complementação da aposentadoria, postulado como reflexo da procedência daquelas verbas (item *d*, da inicial), o que demonstra a sua acessoriedade em relação à pretensão prescrita.

Nesse sentido tem se pronunciado este egrégio Tribunal, a teor das seguintes ementas, verbis:

«Trabalhista. Diferenças salariais. Prescrição. Art. 11 da CLT.

1. Persistindo a relação de emprego, é lícito ao empregado postular, a qualquer tempo, as diferenças relativas aos dois últimos anos, a contar do ajuizamento da ação.

Se, entretanto, o empregado já se encontra aposentado há mais de dois anos, como é o caso dos autos, a prescrição atinge não somente as prestações periódicas que lhe são devidas, mas o direito do qual se originam.

2. Precedente do TFR.

3. Sentença que se confirma.» — RO nº 7.215 — DF, 3ª Turma, Relator Ministro Hélio Pinheiro, publicado no *DJ* de 24-4-86.

.....
 «Trabalhista. Prescrição. Interpretação do art. 11 da CLT.

Somente estão sujeitas à prescrição as prestações mensais, sendo lícito ao empregado, persistindo a relação de emprego, pleitear, a qualquer tempo, as diferenças relativas aos dois últimos anos, a partir da propositura da reclamação (STF, 1ª Turma, RE nº 54.976). Se, contudo, extinguir-se a relação de emprego pela aposentadoria do empregado e este, tomando conhecimento da lesão naquela oportunidade, deixar fluir o biênio legal, incidirá a prescrição do art. 11 da CLT sobre o próprio fundo do direito, do qual se originam as prestações periódicas. Sentença confirmada. Recurso desprovido.» — RO nº 6.475 — SP, 2ª Turma, Relator Ministro Gueiros Leite, publicado no *DJ* de 30-6-83.

.....
 «Trabalhista. Prescrição. Aposentadoria. Proventos. Diferença.

A aposentadoria, sendo forma de extinção do pacto laboral, enseja o alcance dos direitos decorrentes do instrumento.

Ajuizada a Reclamatória após o período de dois anos, contados da data das respectivas inativações, forçoso é reconhecer prescrito o próprio fundo de direito. Embargos recebidos.» — ERO nº 6.831 — DF, 1ª Seção, Relator Ministro William Patterson, publicado no *DJ* de 8-8-85.

No tocante ao FGTS, também improcede a pretensão do recorrente, fulcrada no entendimento da Súmula nº 95 — TST, tanto mais que a jurisprudência daquela Corte especializada, em casos que tais, já se orientou em sentido contrário ao pretendido, conforme o enunciado da sua Súmula nº 206, verbis:

«A prescrição bienal relativa às parcelas remuneratórias alcançam o respectivo recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.»

Por fim, no que se refere à diferença de 2/30 (dois trinta avos) na complementação da aposentadoria, creio que, no particular, procede a irrisignação do recorrente. Aqui, sim, cuida-se exclusivamente de pretensão a parcelas periódicas, cujo pagamento foi avençado para depois do término da prestação de serviços. Cuida-se de saber se os proventos do recorrente são integrais ou proporcionais ao tempo de serviço.

Se os proventos podem estar sendo pagos a menor, não em razão da já prescrita incorporação de parcelas reflexas, ou de qualquer ato patronal anterior à aposentadoria do recorrente, mas em função exclusiva do alegado equívoco no seu cálculo, a prescrição incidente, na verdade, é periódica, contada para cada prestação equivocadamente calculada, a teor do princípio inserto no artigo 178, § 1º, item VI, parte final, do Código Civil, e consagrado na Súmula nº 168 — TST.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso do reclamante, ordenando a baixa dos autos para que o MM. Juiz a quo, arredada a prescrição abrangente, se manifeste quanto ao mérito da postulação referente a 2/30 de complementação da aposentadoria do reclamante, excluídas as parcelas anteriores aos dois anos precedentes à propositura da reclamação.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 7.655 — RS — (Reg. nº 5.472.156) — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Recte.: Carlos Maria Ferreira. Recdo.: Banco Central do Brasil. Advs.: Drs. Sérgio Roberto de Brito Canarim, Derocy Giacomo Cirillo da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso. (Em 17-6-86 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministro Flaquer Scartezzini e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.813 — RJ
(Registro nº 5.900.255)

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Recorrente: Hugo Pinheiro da Rocha

Recorrido: BNDES

Advogados: Drs. Luiz Carlos Rodrigues Silva e outro, Ivan Sérgio Rey e outros

EMENTA: Trabalhista. Aposentadoria voluntária. Conta do FGTS. Tempo anterior à opção.

Levantamento. Descabe direito ao depósito e levantamento da conta relativamente ao tempo de serviço anterior à opção pelo FGTS, salvo as hipóteses do art. 16 da Lei nº 5.107/66, dentre as quais não se compreende a aposentadoria voluntária.

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, 4 de março de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Ao se aposentar por tempo de serviço, o ora recorrente reclamou a falta do levantamento do FGTS pelo tempo anterior à sua opção, estatutário que fora até dezembro de 1978. Desatendeu-lhe a sentença do Juiz Federal Costa Fontoura, em síntese, pela consideração de que, conquanto a Lei nº 6.000/73 tenha assegurado aos estatutários do BNDES, optantes pelo regime celetista, a computação do tempo anterior para gozo de direitos trabalhistas, dentre tais não se incluiria a paga do FGTS correspondente àquele período, salvo no caso de despedida injusta, como determinado pela Lei nº 5.107/66, art. 16; nesse sentido, colaciona o acórdão no RO 6.354, Rel. Ministro Flaquer Scarttezzini, in *DJ* de 9-12-83 — fl. 57.

No seu recurso, o reclamante insiste no direito a tal depósito, ao entendimento, em suma, de que é equivocada a interpretação isolada do art. 16 da Lei nº 5.107, sem atentar para a redação dada a seu art. 8º pelo Decreto-Lei nº 1.432/75, com a previsão de que a utilização da conta vinculada seria disposta em regulamento, da forma como o Dec.

59.820/66 afinal a regulamentou, com a hipótese do levantamento da conta no caso de aposentadoria previdenciária — art. 24, inciso IV; a propósito, viriam a doutrina e a jurisprudência citadas — fl. 56.

Contra-razões à fl. 67, sustentando, em princípio, a incompatibilidade da influência do tempo de serviço estatutário para efeitos indenizatórios trabalhistas, e, em segundo, o acerto da sentença quanto à examinada interpretação de que o depósito e levantamento do FGTS correspondente ao período anterior à opção somente se obrigam nos casos em que o empregado fizesse jus a indenização pela rescisão do contrato, o que não se daria na aposentadoria voluntária.

Nesta instância, a nobre Suprocuradoria-Geral da República, se manifestou pela confirmação da sentença — fl. 77.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, à primeira vista, pareceria clara a incompatibilidade do tempo de serviço estatutário com o caráter indenizatório do tempo de serviço celetista; é certo, porém, que no caso a examinada Lei nº 6.000 ressalvou plenamente o favorecimento trabalhista aos servidores estatutários que assim preferissem transferir-se de regime.

Logo, onde a lei não restringiu, ao intérprete não caberá fazê-lo tanto mais que as benesses de um e outro daqueles regimes são simples criações legais, atentas às ficções jurídicas e sem maior traço de incompatibilidade da realidade facta.

Todavia, essa compreensão, que aliás, foi esposada pela própria sentença, não se basta para deslinde da espécie.

Na verdade, se a opção manifestada pelo servidor estatutário o pôs nas graças do regime da CLT, e a contar daí com direito a nova opção, desta vez pelas vantagens do FGTS, certamente que aí se irão conferir os novos efeitos do antigo tempo de serviço estatutário, sem mais nem menos do que nos limites da regulamentação legal trabalhista a que ficou aderido.

Comece-se por verificar que a dita regulamentação — ao bifurcar-se, no particular do tempo de serviço, entre o sistema indenizatório direto e o fundo de garantia — não perdeu de vista a identidade comum, sucedâneos que ambos os sistemas são do mesmo fim compensatório. Desse modo, a indagar-se a valoração do tempo de serviço anterior à opção, para efeitos do FGTS, necessariamente terá que se partir da confrontação com os efeitos primitivos, pois tal tempo não poderá compensar situações que não compensaria no sistema anterior; noutras palavras, se pela aposentadoria voluntária o empregado não fazia jus à indenização direta, qualquer que fosse o tempo de serviço, esse mesmo tempo de serviço, ao remover-se para o sistema do FGTS, também aí não terá como gerar vantagem sucedânea da indenização.

Daí a sabedoria da consultada regência legal da matéria, ao admitir a movimentação da contemporânea conta do FGTS, em diversas hipóteses, inclusive na de aposentadoria, sem vinculá-la, porém, com o depósito relativo ao tempo de serviço anterior à opção, cuja obrigação de fazê-lo o empregador e de levantá-lo o empregado ficou adstrita aos casos correspondentes ao anterior direito à indenização direta, dentre os quais, obviamente, não se relaciona o de aposentadoria (art. 16 da Lei nº 5.107, c/c os arts. 24 e 30 do Decreto nº 59.820).

Na linha dessas considerações, tenho por bem lançada a sentença recorrida, posta, aliás, em fidelidade ao indicado acórdão desta Turma, proferido no RO 6.354, consoante ementa que, no pormenor, assim se expressou:

«— 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» — fl. 22.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RO Nº 7.813 — RJ — (Reg. nº 5.900.255) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Hugo Pinheiro da Rocha. Recdo.: BNDES. Advs.: Drs: Luiz Carlos Rodrigues Silva e Outro, Ivan Sérgio Rey e Outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 4-3-86 — Terceira Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.822 — DF
(Registro nº 6.112.544)

Relator: O Sr. Ministro Dias Trindade
Parte A: Marino Coelho Valentim e outros
Parte R: União Federal
Recorrente ex officio: Juiz Federal da 5ª Vara
Advogado: João Duarte Moreira

EMENTA: Trabalhista. Alçada. Pluralidade de autores. Incidente de uniformização da jurisprudência. Tribunal Pleno.

Suscita-se incidente de uniformização da jurisprudência, perante o Tribunal Pleno, em face de divergência existente entre Turmas das duas Seções, referente ao valor de alçada, em face de causa com pluralidade de autores.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, reconhecer a existência de divergência acerca do ponto objeto do voto do Relator, e suscitar o competente incidente de uniformização da jurisprudência para o egrégio plenário, 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, 2 de setembro de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO CARLOS THIBAU, Presidente. **MINISTRO DIAS TRINDADE**, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Subiram, por força do duplo grau de jurisdição, os autos da reclamação trabalhista movida por Marino Coelho Valentim e mais 243 litisconsortes contra a União Federal, por isso que o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Ilmar Nascimento Galvão, que hoje ilustra o nosso Tribunal, a julgou procedente, em parte, para condenar a União a conceder todas as promoções pelo segundo emprego que os reclamantes detêm, com os sectários correspondentes.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento da remessa, por isso que, tratando-se de cúmulo subjetivo de ações, o valor da demanda, em relação a cada um dos litisconsortes, é inferior à alçada.

É como relato.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Preliminarmente, suscito incidente de uniformização da jurisprudência, a propósito da questão de conhecimento, por envolver matéria sobre que não há uniformidade de pensamento entre as diversas Turmas que compõem as duas Seções desta Corte, incidente que, portanto, deverá ser apreciado pelo Tribunal Pleno.

Assim é que, a par de decisões reiteradas das Turmas que compõem a Primeira Seção, no sentido de se determinar o valor de alçada, quando ocorre litisconsórcio ativo, em função do quociente da divisão entre o valor global dado à causa e o número de litisconsortes, de que são exemplos os acórdãos nas AC nº 65.878 — PE — Relator Min. José Cândido; AC nº 95.985 — RJ — Relator Min. Carlos Madeira; RO nº 5.015 — RJ — Relator Min. Carlos Thibau; RO nº 7.235 — DF — Relator Min. William Paterson e, ainda que com ressalva, o AI nº 47.952 — MG, de que fui Relator, venho de colecionar acórdãos das Quarta e Sexta Turmas deste Tribunal, com soluções divergentes, assim ementados:

«Processual civil. Valor da causa. Alçada recursal. Art. 4º da Lei nº 6.825/80.

Incabível no caso a divisão do valor dado à causa pelo número de autores (art. 6º da Lei nº 6.825/80 c/c os arts. 258, 260 e com o parágrafo único do art. 261, todos do CPC).

Agravo provido, em ordem a determinar o processamento da apelação interposta». AI nº 48.274 — BA. Relator o Ministro Américo Luz. Data do julgamento 19-2-86.

«Processual civil. Valor da causa. Litisconsórcio. Cúmulo subjetivo. Lei nº 6.825/80.

I — No litisconsórcio ativo, também denominado cúmulo subjetivo, que não se confunde com o cúmulo objetivo, os vários autores pedem uma coisa só.

Destarte, o valor dado à causa é uno e indivisível, não sendo correto dividi-lo ou multiplicá-lo pelo número de litisconsortes ativos.

II — Agravo provido.» — AI nº 47.876 — MG. Rel.: Ministro Carlos Velloso — Data do julgamento 16-12-85.

Ante o exposto, proponho que se afete ao Tribunal Pleno o conhecimento do incidente de uniformização da jurisprudência sobre o tema, nos termos do art. 107 a do Regimento Interno.

EXTRATO DA MINUTA

RO Nº 7.822 — DF — (Reg. nº. 6.112.544) — Rel.: O Sr. Ministro Dias Trindade — Parte A — Marino Coelho Valentim e outros — Parte R — União Federal — Rec. Ex-0 — Juiz Federal da 5ª Vara — Adv. Dr. João Duarte Moreira.

Decisão: A Turma, à unanimidade, reconheceu a existência de divergência acerca do ponto objeto do voto do Relator, e suscitou o competente incidente de uniformização da jurisprudência para o egrégio plenário, nos termos do voto do Relator. (Em 2-9-86 — Primeira Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator.

O Exmo. Sr. Ministro Washington Bolívar, não compareceu por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. MINISTRO CARLOS THIBAU.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 8.037 — PR
(Registro nº 6.159.761)

Relator Originário: Ministro Costa Leite

Relator p/ Acórdão: Ministro Washington Bolívar

Recorrente: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Recorrida: Vera Lucia de Almeida Delfini

Advogados: Drs. Dêa Gomes Pereira e outro, e Marco Antônio Vieira

EMENTA: Trabalhista — Diferença Salarial — Agente Administrativo — Rebaixamento de Nível.

1. Contrato de trabalho deve pautar-se pelas regras da legislação especial consolidada (CLT) e não pelas normas de Direito Administrativo, pertinente a funcionários.

2. O Estado, quando contrata servidores, sob o regime da CLT, despe-se dos poderes estatutários, investindo-se na situação de empregador, com os privilégios inscritos no Decreto-lei nº 779/69, podendo impor outras limitações, como a proibição de greve e de sindicalização, também legalmente previstas. Não pode, entretanto, promover alteração do contrato de trabalho, salvo por mútuo consentimento (CLT, art. 468).

3. Recurso denegado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, 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, 15 de outubro de 1985 (data do julgamento).

MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Presidente e Relator p/Acórdão).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Vera Lúcia de Almeida Delfini promoveu reclamação trabalhista contra o Instituto Nacional de Previdência Social, alegando alteração unilateral no seu contrato de trabalho. Aduz às fls. 2/3:

«A reclamante foi admitida pela reclamada, conforme se vê de seu contrato laboral, constante de sua Carteira Profissional, fotocópias anexas em da-

ta de 26 de novembro de 1975, como agente administrativo nível 4, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Infere-se que nos precisos termos do Decreto-Lei nº 1.445 de 13-2-76, no seu anexo IV, deferiu-se aos Agentes Administrativos-SA-4 (Nível 4), correspondendo a classe «c», a retribuição mensal na faixa de referências que vai de 32 a 36.

3. Inobstante, injustificadamente, a reclamada, olvidando o nível em que foi admitida aos efeitos da Lei nº 5.645/70, estabeleceu à reclamante o salário pertinente a faixa de referências que vai de 24 a 27, em desrespeito ao Decreto Presidencial, com nítidos prejuízos financeiros para a reclamante, porque os valores salariais são inferiores ao devido.

4. Para simples constatação das diferenças salariais entre os níveis, eis que em março último previu-se o salário de Cr\$ 15.427,00 para a referência 32 e apenas Cr\$ 10.431,00 para a referência 24. Tais contrastes e diferenças foram aumentado progressivamente daí causando prejuízos à reclamante.»

A final, pleiteia a reclamante «diferença de salários no valor de Cr\$ 46.966,00 (quarenta e seis mil, novecentos e sessenta e seis cruzeiros), com reflexos nas férias e 13º salário, que deverão ser calculados em execução, almejando por último a diferença do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço de 8% (oito por cento), sobre o resultado da presente reclamatória que deverá ser calculado com juros e correção monetária devidos.»

O MM. Juiz a quo, julgou procedente a reclamação, aos seguintes fundamentos, fls. 32/33, verbis:

«Apesar de bem expostos os fatos na contestação do INPS, não me convenço do acerto da medida. Isto porque as relações entre as partes devem ser analisadas à luz da CLT e não sob os princípios do Direito Administrativo. E a CLT no art. 468, exige que haja mútuo consentimento para alterações das relações de trabalho. Ora, admitida a Reclamante em 1975 e imposta a nova classificação em 1976, inegavelmente, houve modificação. E esta, sem dúvida, veio a prejudicá-la, pois se achava na referência 32 e passou para a 24. Por outro lado, não pode vir a ser prejudicada pelo fato de que estaria na referência 32, ao fim da carreira. Ora, para isto não contribuiu de forma alguma. Portanto, não pode sofrer prejuízo.

Em suma, este caso, como os de tantos outros Agentes Administrativos, por ser pela CLT, é de ser tido como procedente, como bem julgou o Eg. Tribunal Federal de Recursos no RO 3751, PR, Rel. Ministro Armando Rollemberg. O mesmo não se daria se a Reclamante fosse estatutária, como já decidiu em Súmula de nº 135 do Eg. Tribunal Federal de Recursos.»

O INPS apresenta recurso ordinário às fls. 36/43.

Contra-razões às fls. 45/46.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou, às fls. 49/51, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (relator): Insta observar, por primeiro, que o enunciado sumular nº 135, deste Tribunal, contempla tão-só a situação dos Agentes Administrativos regidos pela Lei nº 1.711/52.

Com efeito, decidiu a Egrégia Primeira Seção, por maioria de votos, que também aos servidores celetistas não ensejam reparações funcionais ou pecuniárias as alterações

promovidas no grupo serviços auxiliares, com reflexos na estrutura da Categoria de Agente Administrativo. Confira-se, a propósito, os Embargos em Recurso Ordinário nº 6.150-PR, julgados na assentada de 27 de março transato.

Estou inteiramente de acordo com essa decisão, razão por que, verificando que a r. sentença recorrida com ela entrou em testilha, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a reclamatória, condenando a reclamante nas custas do processo.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Com a devida vênia do eminente Relator, tenho como correta a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal (fls. 32/33).

Assim também me tenho posicionado neste Tribunal.

Efetivamente, contrato de trabalho, sob regime da CLT, há de pautar-se pelas regras que a legislação consolidada estabelece e não por normas de Direito Administrativo.

Tenho muitas vezes afirmado que o Estado, quando contrata servidores, sob o regime da CLT, despe-se dos poderes estatutários, pelos quais as relações com os servidores se fazem de forma imperativa, podendo haver redução nos vencimentos e vantagens, porquanto, irredutíveis, somente os Magistrados. Os privilégios, no particular, de que dispõe a Administração encontram-se relacionados no Decreto-Lei nº 779/69. E, ainda assim, são normas de caráter meramente processual, nada tendo a ver com a substância dos contratos trabalhistas celebrados com os seus servidores. Outras limitações, como a proibição de greve e a de sindicalização, também vêm expressas, taxativamente, em lei.

Pela legislação consolidada, não pode haver alteração do contrato de trabalho, salvo por mútuo consentimento (CLT, art. 468).

A pretensão de estender o enunciado da Súmula nº 135, do TFR, aos regidos pela legislação trabalhista, embora tenha encontrado o apoio da douta maioria da 1ª Seção, não pôde corporificar-se, à falta do indispensável quorum, para o qual neguei o meu assentimento.

Ante o exposto e considerando que se fez alteração unilateral no contrato individual do trabalho de que dá conta este processo e bem analisado na sentença, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RO 8.037 — PR — (Registro nº 6.159.761) — Rel.: Originário: Ministro Costa Leite. Relator p/Acórdão: Ministro Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Moacir Antônio M. da Silva. Recte.: INPS. Recda.: Vera Lúcia de Almeida Delfini. Advs.: Drs. Déa Gomes Pereira e outro, e Marco Antônio Vieira.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a 1ª Turma do TFR, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Costa Leite. (Em 15-10-85).

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 8.153 — RJ
(Registro nº 6.257.283)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Recorrentes: João Bosco Costa Marques e outros

Recorrido: Banco Central do Brasil

Advogados: Dr. Mário Antonio Raimundo e Drs. Ivan Barboza Rezende e outros

EMENTA: Competência — Reclamação Trabalhista — Complementação de Aposentadoria.

Pleiteando os bancários aposentados benefícios advindos dos programas assistenciais oferecidos pelo Banco Central, vinculados aos próprios contratos de trabalho, idônea a via trabalhista por eles eleita.

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 ao recurso, 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, 22 de abril de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: João Bosco Costa Marques e outros bancários aposentados propuseram a presente reclamação trabalhista contra o Banco Central do Brasil, pleiteando diferença de proventos resultantes de alteração unilateral de contrato, a contar de março de 1980, data a partir da qual, segundo alegam, o Reclamado teria quebrado o princípio de hierarquia salarial estabelecido pela Portaria nº 62/75, que divulgou o Quadro de Pessoal do Reclamado e seu respectivo Regulamento, por ter deixado de aplicar uma fórmula matemática observada no cálculo da remuneração de seu pessoal, na qual um dos fatores, designado pela letra «K», é constante, invariável e fixo, sendo tal fórmula aplicável aos servidores ativos e inativos.

A inicial veio instruída pelos documentos de fls. 18/74.

Na audiência de conciliação e julgamento atermada à fl. 81, o Reclamado ofereceu a contestação de fls. 82/106 e juntou os documentos de fls. 107/361. Preliminarmente argüiu prescrição da ação e impropriedade do rito eleito; no mérito, pede a improcedência do pedido.

O MM. Dr. Juiz Federal a quo indeferiu a petição inicial, tanto pela impropriedade do procedimento escolhido, como por se tratar de pedido juridicamente impossível (fls. 364/369).

Inconformados os Reclamantes recorreram à fl. 372, com as razões de fls. 373/376, contra-arrazoadas às fls. 379/384.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria opinou pelo improvimento do recurso, em parecer emitido às fls. 389/391.

É o relatório

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): A matéria é muito conhecida não só da Turma, como do Tribunal.

Em verdade, quando ainda membro da Primeira Turma deste Tribunal, julguei matéria idêntica, qual seja o Recurso Ordinário nº 5.164, do Rio de Janeiro e cuja ementa do acórdão é a seguinte:

«Reclamação Trabalhista. Servidores Inativos do Banco Central — Complementação de Proventos.

O art. 56, da Portaria nº 62, que regulamenta o Plano de Previdência do Banco Central, estabeleceu o período de carência de 3 (três) anos a partir da inscrição ou de 1 (um) ano para os contribuintes com idade superior a 65 anos, para concessão de complementação de aposentadoria por tempo de serviço.

Os servidores que ingressaram na autarquia, por opção, na vigência desta norma, ficaram sujeitos aos seus efeitos e somente com o cumprimento do período de carência poderiam passar à inatividade com as vantagens da complementação que postulam.

Preliminar de impropriedade da via eleita repelida, por se tratar de direito integrante do próprio contrato de trabalho.

Precedente deste Tribunal.

Recurso provido para julgar improcedente a ação».

Aqui, enfrentou-se a preliminar e o mérito.

Do voto que proferi na ocasião, destaco:

«Em verdade, não se trata de questão ligada à Previdência Social oficial, hipótese em que seria própria a ação ordinária contra a autarquia previdenciária; mas, de reivindicação de direito inserto no próprio contrato de trabalho.»

É o que se lê no Estatuto dos Funcionários do Banco Central, seção VIII que cuida dos programas assistenciais:

«Art. 93. A assistência do Banco Central ao funcionário, à sua família e a seus dependentes, além da prestada pela Previdência Oficial, será atendida, basicamente, pelos seguintes Programas Gerais:

I — de Previdência;

II — de Benefícios-Saúde;

III — de Assistência Financeira».

E os seus arts. 94 e 95 que cuidam justamente do Programa Geral de Previdência, invocados na espécie *sub judice*, dispõem:

«Art. 94. O Programa Geral de Previdência terá por objetivo principal oferecer ao funcionário que dele participar os meios indispensáveis a:

I — preservação de seu padrão sócio-econômico, em caso de aposentadoria;

II — manutenção dos seus dependentes, em caso de morte.»

«Art. 95. O programa assegurará, entre outros, os seguintes benefícios, nas condições estabelecidas em regulamentação própria:

I — ao funcionário participante:

a) complementação da aposentadoria;

b) complementação do auxílio-reclusão;

II — aos dependentes econômicos...»

A controvérsia gira tão-somente em torno de complementação da aposentadoria. Este benefício, como se vê, faz parte dos programas assistenciais oferecidos pelo Banco Central do Brasil, constantes do contrato de trabalho de seus servidores, pois o Estatuto, neste particular, integra o contrato laboral. O direito vindicado prende-se, desta sorte, de direito advindo do mencionado programa assistencial que integra o próprio contrato de trabalho, não se tratando de questão ligada à previdência social oficial, como bem entendeu a sentença recorrida.

A propósito, decidiu recentemente o egrégio Supremo Tribunal Federal:

«Trabalhista. Competência — Complemento da pensão previdenciária da viúva de empregado, devido pelo empregador que o institua. — Competência da Justiça do Trabalho para as questões pertinentes.

O ato unilateral do empregador de instituir, como norma interna da empresa, um suplemento financeiro aos proventos da aposentadoria previdenciária aos seus empregados, exigível quando se aposentarem, e também à pensão previdenciária da viúva de empregado que venha a falecer, tem natureza de Regulamento de Empresa e com eficácia de norma estatutária, sendo exigível pelo sujeito ativo da obrigação patronal — aposentado ou viúva — quando presentes suas condições, e competente a Justiça do Trabalho para a causa.

Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento processar e decidir as controvérsias sobre o suplemento financeiro instituído pelo empregador, ao provento de aposentado ou à pensão de viuvez, não obstante extinta a relação de emprego originária, pela aposentadoria ou pela morte.

A Constituição da República, é certo que estabelece a competência da Justiça do Trabalho para dissídios entre Empregado e Empregador; mas estende-a também a outras controvérsias oriundas da relação de emprego, desde que a lei disponha sobre essa competência extraordinária; e esta norma de lei, exigida para o caso de complemento a aposentados e viúvas, encontra-se na regra de competência das J.C.J. no art. 652, a, n.º IV, que a estabelece para os «demais dissídios» concernentes ao Contrato Individual de Trabalho, como é o caso destes suprimentos financeiros pelo empregador, oriundos de norma estatutária da Empresa, com eficácia residual após extinta a relação de emprego.

Recurso não conhecido». (Recurso Extraordinário n.º 91.259. Relator para o acórdão o Sr. Ministro Clóvis Ramallete. Tribunal Pleno, em 10-9-81).

Com estas considerações, entendo apropriado o uso da ação trabalhista. Rejeito, assim, a preliminar suscitada pelo Reclamado de impropriedade da reclamação trabalhista.

Mais recente, e bem recentemente, pois o acórdão fora publicado no dia 27 de fevereiro do corrente ano, decidiu a Egrégia 3ª Turma, hipótese idêntica à presente, de que foi Relator o Sr. Ministro José Dantas, e cuja ementa do acórdão diz:

«Trabalhista. Complementação de Proventos da Aposentadoria.

Servidores inativos do Banco Central. Vinculada ao próprio contrato de trabalho, a complementação de proventos da aposentadoria cabe postulada por via da reclamação trabalhista. Precedentes do TFR.»

Vou transcrever o voto do Ministro José Dantas porque é muito sucinto:

«Srs. Ministros, convenha-se que neste Egrégio Tribunal é tranqüilo o conhecimento da espécie por via da reclamação trabalhista, da forma como o Supremo Tribunal Federal a tem tratado em relação à complementação de proventos de bancários situados noutra área que não a do Banco Central.

A propósito, a par do julgado específico arrolado no parecer, lembraria os acórdãos nos RO n.ºs 5.149, Rel. Ministro Gueiros Leite, 2ª Turma, 16-2-82, recentemente examinado na via rescisória (AR n.º 1.078, 1ª Seção, 4-12-85), em confronto, aliás, com outro padrão sobre a mesmíssima matéria ora examinada, ERO n.º 6.475, 1ª Seção, in *DJ* de 15-12-83.

Portanto, sirvo-me dos precedentes colacionados, para dar provimento ao recurso, em ordem a que se retomem os trâmites da reclamação, até sentença final.»

Com estas considerações, dou provimento ao recurso para que se retomem os trâmites da reclamação trabalhista, até a sentença final.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO n.º 8.153 — RJ — (Reg. n.º 6.257.283) — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Rectes.: João Bosco Costa Marques e outros. Recdo.: Banco Central do Brasil. Advs.: Drs. Mário Antonio Raimundo e Ivan Barboza Rezende e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (2ª Turma — 22-4-1986).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 8.358 — PB
(Registro nº 7.172.966)

Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo

Recorrentes: Germana Vidal Batista e outros

Recorrida: Universidade Federal da Paraíba

Advogados: Dr. Jaime Gomes de Barros e outros, Dr. Emerson Moreira de Oliveira

EMENTA: Trabalhista. Enquadramento. Desvio funcional.

1. O exercício do magistério é atribuição dos Professores Colaboradores e dos Auxiliares de Ensino e não caracteriza, por si só, desvio de função a ensejar o enquadramento como Professor Titular. A hierarquia do corpo docente não se fundamenta na diversidade de funções, mas nos níveis de titulação acadêmica e no valor intelectual do mestre.

2. Recurso improvido.

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, 7 de abril de 1987 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. MINISTRO ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de Reclamação Trabalhista proposta por professores da Universidade Federal da Paraíba, objetivando: a) reenquadramento como Titular, aos fundamentos de desvio funcional e de equiparação, ou b) reconhecimento do tempo de serviço para efeito de promoções horizontais e verticais a partir do enquadramento como Assistentes, em 1-1-81.

A sentença (fls. 1.331/1.344) julgou improcedente a reclamação.

Os reclamantes ajuizaram embargos de declaração (fls. 1.347/1.350), rejeitados pela sentença de fls. 1.352/1.354.

Inconformados, os reclamantes interpuseram o recurso ordinário de fls. 1.356/1.376.

Contra-razões às fls. 1.379/1.381.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 1.388/1.390, manifestou-se pelo não provimento do recurso.

Pelo acórdão de fl. 1.399, esta colenda Turma não conheceu do recurso, por falta de alçada.

Opostos Embargos de Declaração (fls. 1.401/1.404), a Turma os acolheu para cancelar o acórdão anterior e determinar o julgamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Trabalhista. Enquadramento. Desvio funcional.

1. O exercício do magistério é atribuição dos Professores Colaboradores e dos Auxiliares de Ensino e não caracteriza, por si só, desvio de função a ensejar o enquadramento como Professor Titular. A hierarquia do corpo docente não se fundamenta na diversidade de funções, mas nos níveis de titulação acadêmica e no valor intelectual do mestre.

2. Recurso improvido.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A pretensão de enquadramento como Professor Titular, com fundamento no princípio da identidade funcional, não procede; não só pela existência de quadro de carreira, a atrair a incidência da regra do § 2º do artigo 461 da CLT, como, também, pela falta de indicação de paradigmas e de prova quanto à identidade mesma e à igualdade do valor do trabalho prestado.

Também improcedem as alegações feitas no sentido de caracterizar o desvio funcional anterior ao enquadramento. Tanto ao Professor Titular quanto ao Colaborador ou Auxiliar de Ensino incumbe ministrar aulas. A hierarquia do cargo docente não se fundamenta na diversidade de funções, mas nos níveis de titulação acadêmica e no valor intelectual do mestre.

Por outro lado, compartilho do entendimento da sentença recorrida, quanto à exigência do artigo 176, inciso VI, da Constituição Federal, de que o provimento dos cargos finais das carreiras do magistério de grau médio e superior depende sempre de concurso público de provas e títulos.

Finalmente, a sentença recorrida aplicou corretamente os preceitos dos artigos 10 do Decreto-Lei nº 1.820/80 e 43 do Decreto nº 85.487/80, que disciplinam o aproveitamento dos Professores Colaboradores e Auxiliares de Ensino na classe inicial de Professores Assistentes.

Por estas razões, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 8.358 — PB — (Reg. nº 7.172.966) — Rel.: O Sr. Min. Assis Toledo. Recorrentes: Germana Vidal Batista e outros. Recorrida: Universidade Federal da Paraíba. Advs.: Drs. Jaime Gomes de Barros e outros, Dr. Emerson Moreira de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 7-4-87 — Terceira Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas e Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 8.537 — DF
(Registro nº 7.205.600)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Recorrente: INAMPS

Recorridos: Ana Maria Fiori e outros

Advogados: Patrícia Medeiros Viana, João Duarte Moreira

EMENTA: Trabalhista — Exceção de Incompetência.

As decisões proferidas em exceções de suspeição de incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, são irrecuráveis, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final, ex vi do disposto no § 2º do art. 799 da Carta Trabalhista.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer do recurso, 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 1986 (data do julgamento).

MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente (em exercício) e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de exceção de incompetência argüida pelo INAMPS, do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Reclamação Trabalhista que lhe move Ana Maria Fiori e outros.

Desacolhida a pretensão do Instituto (fl. 13), este recorre para esta Instância, com as razões de fls. 17/19, invocando em defesa do seu direito a Súmula nº 18 do TFR.

Contra-razões às fls. 21/26.

Remetido os autos a esta Corte, a douta Subprocuradoria oficiando no feito, às fls. 29/30, manifesta-se pelo não conhecimento do recurso, em face do disposto no art. 789, § 2º, da CLT.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, o INAMPS recorre da r. sentença de fls. 13/14, que rejeitou a exceção de incompetência por ele argüida.

Concordo com a douta Subprocuradoria quando opina pelo não conhecimento do recurso, em face do disposto no § 2º do art. 799, da CLT, que diz:

«Art. 799. Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição, ou incompetência.

.....
 § 2º Das decisões sobre exceções de suspeição e incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final.»

Como se observa, não é cabível o presente recurso, o Instituto Previdenciário poderá, entretanto, alegar a exceção de incompetência, no recurso que for oferecido da sentença de mérito, nos autos principais.

Tranqüila é a jurisprudência de nossos Tribunais nesse sentido, do que me permito destacar, a seguinte ementa, *verbis*:

«Exceção de incompetência *ratione loci* não é terminativa, não cabendo recurso ordinário, mas renovação quando da sentença de mérito. Recurso conhecido e acolhido. (Ac. TST Pleno — Proc. E RR 4.541/79, Rel. Min. Fernando Franco, publicado em audiência de 23-3-83 — Dicionário de Decisões Trabalhistas, 19ª edição, pág. 231).»

In *casu*, estamos diante de recurso ordinário oferecida de decisão terminativa do feito, nos autos da exceção de incompetência, e desta, evidentemente, não cabe recurso, podendo o Excipiente renovar suas alegações no recurso que oferecer nos autos principais, da r. sentença que julgar o mérito da Reclamação Trabalhista.

Com estas considerações, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO 8.537 — DF — (Reg. n.º 7.205.600) — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzi-
 ni. Recte.: INAMPS. Recda.: Ana Maria Fiori e outros. Advs.: Drs. Patrícia Medeiros
 Viana, João Duarte Moreira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (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.

REMESSA EX OFFICIO Nº 82.096 — SP
(Registro nº 3.467.732)

Relator: Sr. Ministro Miguel Ferrante

Remetente: Juízo de Direito de Mogi-Mirim

Partes: ADAP S/A — Comércio e Indústria — Massa Falida e União Federal

Advogado: Dr. Antônio Luiz Bueno de Macedo

EMENTA: Embargos à Execução — Falência — Penas Pecuniárias — Encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69.

Não podem ser reclamantes na falência as penas pecuniárias por infração às leis penais e administrativas (Decreto-Lei nº 7.661/45).

O encargo de 20%, do Decreto-Lei nº 1.025/69, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios. Súmula nº 168 do TFR.

Sentença em parte reformada.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer da remessa oficial para reformar em parte a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de novembro de 1985 (data do julgamento).

MINISTRO MIGUEL FERRANTE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A espécie vem assim resumida na sentença de fls. 10/12:

«Massa Falida de ADAP S.A. — Comércio e Indústria, intenta Embargos à Execução que lhe move a Fazenda Nacional, alegando, em síntese, que não deve a totalidade dos valores constantes do pedido inicial, notadamente no que se refere a multas, correção monetária, além do índice normal, honorários e acréscimos de cobrança judicial, eis que tais valores são inaplicáveis no estado falimentar. Requereu a procedência dos embargos, fundamentando o pedido com diversas Súmulas jurisprudenciais.

Recebidos os embargos, com suspensão da execução, manifestou-se a exequente, impugnando-os, entendendo que apenas deve ser excluída a multa fiscal de natureza moratória.

Como as partes não especificaram provas, consoante o disposto no artigo 740, parágrafo único, do CPC e artigo 17, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, posso conhecer diretamente do pedido.»

Os embargos foram julgados parcialmente procedentes «unicamente para excluir a multa de mora de 30%, prevista na Lei nº 4.154, de 1962, artigo 15 e Decreto-Lei nº 1.736, artigo 1º, bem como os acréscimos moratórios, após a decretação da quebra, devida a correção monetária ser calculada de acordo com o Decreto-Lei nº 858/69».

Submetida a decisão ao duplo grau de jurisdição, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina, às fls. 18/20, pela sua manutenção.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração às leis penais e administrativas (Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, item III, do parágrafo único do artigo 23). Sobre a matéria, rezam as Súmulas nºs 192 e 565 da Suprema Corte:

«Súmula nº 192 — Não se inclui no crédito em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa».

«Súmula nº 565 — A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.»

Contra a massa também não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal (artigo 26 da Lei de Falências).

Por fim, o Decreto-Lei nº 858, de 11 de setembro de 1969, dispõe:

«Art. 1º A correção monetária dos débitos fiscais do falido será feita até a data da sentença declaratória da falência, ficando suspensa, por um ano, a partir dessa data.

Parágrafo 1º Se esses débitos não foram liquidados até trinta dias após o término do prazo previsto neste artigo, a correção monetária será calculada até a data do pagamento, incluindo o período em que esteve suspensa.

Parágrafo 2º Nas falências decretadas há mais de 180 dias, o prazo para a liquidação de que trata este artigo será de 180 dias, a contar da data de publicação deste decreto-lei.

Parágrafo 3º O pedido de concordata suspensiva não interferirá na fluência dos prazos fixados neste artigo».

Assim, posta na linha desse entendimento não merece censura a sentença remetida, exceto no tópico em que condenou a executada no pagamento da verba de patrocínio, inobstante a exigência no título exequendo, do encargo do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969. No particular, impõe-se a ajustá-la à orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula nº 168 da Corte, posta nestes termos:

«O encargo de 20%, do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substituí, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.»

Destarte, conheço da remessa para reformar, em parte, a sentença monocrática, em ordem a excluir da condenação os honorários advocatícios arbitrados, mantendo-a, no mais, em todos os seus tópicos.

EXTRATO DA MINUTA

REO 82.096 — SP — (Registro nº 3.467.732) — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Remte.: Juízo de Direito de Mogi-Mirim. Partes.: ADAP S/A — Com. e Ind. — Massa Falida e União Federal. Adv.: Dr. Antônio Luiz Bueno de Macedo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu da remessa oficial para reformar em parte a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 27-11-85 — Sexta Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

REMESSA EX OFFICIO Nº 110.357 — SP
(Registro 7.861.699)

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Remetente: Juízo de Direito da 2ª Vara de Suzano
Partes: Tinturaria e Estamparia Industrial de Tecidos S/A; União Federal
Advogado: Dr. Joel Barbosa (1ª parte)

EMENTA: Tributário. IPI. Princípio da não cumulatividade. Creditamento. Produtos tributados à alíquota zero.

I — Não é admissível o creditamento do IPI pago na compra de matéria-prima destinada à fabricação de produtos sujeitos à alíquota zero. Inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade.

II — Constituição, art. 21, § 3º, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 49. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, com a redação do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.136, de 7 de dezembro de 1970, art. 25. Regulamento do IPI, baixado pelo Decreto nº 83.263, de 9-3-79, art. 97, I, a. Aplicação.

III — Sentença reformada.

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, reformar a sentença, 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 (data do julgamento).

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A sentença julgou procedentes os embargos, opostos por Tinturaria e Estamparia de Tecidos Suzano S.A. à execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, para cobrança de débito relativo a IPI, período de 1-80 a 5-81, com os acréscimos legais, e, em decorrência, condenou a embargada a pagar honorários advocatícios de 10% sobre o valor da dívida, mais as custas do processo. Nesse sentido, argumentou (fls. 34/35):

«O feito comporta julgamento no estado em que se encontra, pois a matéria discutida é apenas de direito.

A jurisprudência trazida à colação pela embargante demonstra assistir-lhe razão no presente caso.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de enfrentar a questão em exame, entendendo admissível o creditamento do Imposto sobre Produtos Industrializados pago na compra de matéria-prima utilizada na fabricação de produtos tributados à alíquota zero, conforme documentos juntados aos autos.

A embargada, em sua manifestação, apenas se limitou a dizer do não cabimento do crédito, sem fundamentar seu posicionamento ou enfrentar os argumentos da embargante.

Por se aplicar ao caso, vale a pena transcrever ementa de acórdão citado pela embargante:

«IPI. Ação de empresa fabricante de aço para creditar-se do imposto relativo aos materiais refratários que revestem os fornos elétricos, onde é fabricado o produto final. Interpretação que concilia o Dec.- Lei nº 1.136/70 e o seu Regulamento art. 32, aprovado pelo Decreto nº 70.162/72, com a Lei nº 4.502/64 e com o artigo 23, § 3º, da Constituição da República. Ação julgada procedente pelo conhecimento e provimento de recurso extraordinário.» RE 90.205 — RS — RTJ 92/856».

Os autos subiram tão-somente em razão do duplo grau obrigatório, e neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento da remessa oficial (fls. 39-40).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. IPI. Princípio da não cumulatividade. Creditamento. Produtos tributados à alíquota zero.

I — Não é admissível o creditamento do IPI pago na compra de matéria-prima destinada à fabricação de produtos sujeitos à alíquota zero. Incorrência de ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade.

II — Constituição, art. 21, § 3º, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 49. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, com a redação do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.136, de 7-12-70, art. 25. Regulamento do IPI, baixado pelo Decreto nº 83.263, de 9-3-79, art. 97, I, a. Aplicação.

III — Sentença reformada.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Consiste a questão em saber se é admissível o creditamento do IPI pago na compra de matéria-prima utilizada na fabricação de produtos tributados alíquota zero.

Sustenta a embargante que o creditamento referido, com apoio no Regulamento do citado imposto, tal como exigido pelo Fisco, vulnera o princípio constitucional da não cumulatividade.

A meu ver, não lhe assiste razão.

A respeito, dispôs o art. 21, § 3º, da Constituição:

«O Imposto sobre Produtos Industrializados será seletivo em função da essencialidade dos produtos, e não cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores».

Regulamentando o critério a ser adotado quanto aos abatimentos, de modo a viabilizar a aplicação do citado preceito constitucional, preceituou o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25-10-66):

«Art. 49. O imposto é não cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados».

À vista do citado dispositivo, foi editado o Decreto nº 1.136, de 7-12-70, cujo art. 1º deu nova redação ao art. 25 da Lei nº 4.502, de 30-11-64, alterado pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 34, de 18-12-66, e pelo art. 18 do Decreto-Lei nº 400, de 30 de dezembro de 1968, nestes termos:

«Art. 25. A importância a recolher será o montante do imposto relativo aos produtos saídos do estabelecimento, em cada mês, diminuído do montante do imposto relativo aos produtos nele entrados, no mesmo período, obedecidas as especificações e normas que o regulamento estabelecer.

§ 1º O direito de dedução só é aplicável aos casos em que os produtos entrados se destinem à comercialização, industrialização ou acondicionamento e desde que os mesmos produtos ou os que resultarem do processo industrial sejam tributados na saída do estabelecimento.

§ 2º O Ministro da Fazenda poderá atribuir aos estabelecimentos industriais o direito de crédito do Imposto sobre Produtos Industrializados relativo a máquinas, aparelhos e equipamentos de produção nacional, inclusive quando adquiridos de comerciantes não contribuintes do referido imposto, destinados à sua instalação, ampliação ou modernização e que integrem o seu ativo fixo, de acordo com as diretrizes gerais de política de desenvolvimento econômico do País.

§ 3º O regulamento disporá sobre a anulação do crédito ou o restabelecimento do débito, correspondente ao imposto deduzido, nos casos em que os produtos adquiridos saíam do estabelecimento com isenção do tributo ou os resultantes da industrialização gozem de isenção ou não estejam tributados».

Foi, em tal contexto, que o Regulamento do IPI, baixado pelo Decreto nº 83.263, de 9-3-79, dispôs:

«Art. 97. Será anulado, mediante estorno na escrita fiscal, o crédito do imposto:

I — Relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, que tenham sido:

a) empregado na industrialização ou acondicionamento de produtos isentos, não tributados ou que tenham as suas alíquotas reduzidas a zero, ressalvadas as hipóteses previstas nas alíneas *a* e *b* do inciso II do art. 99».

Conforme se depreende, o contribuinte tem direito a usar a diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados. Todavia, se a tarifa zero nada acrescenta, resulta óbvio que não há o que abater, não havendo identificar ofensa ao invocado princípio constitucional da não cumulatividade.

De assinalar que o acórdão invocado pela sentença versa sobre questão diversa da deduzida nestes autos. O citado precedente refere-se a crédito fiscal referente ao impos-

to pago na aquisição de produtos intermediários que se consomem na fabricação do aço.

Aplicável à espécie é o decidido pela egrégia 5ª Turma, que julgou a AMS nº 90.835 — SP, Relator o eminente Ministro Moacir Catunda, na consonância da seguinte ementa:

1º) Constitucional — Tributário. IPI. Princípio da não cumulatividade do tributo. (Constituição, — art. 21, § 3º; — CTN — art. 49; — Decreto-Lei nº 1.686/79 — artigo 4º e Decreto nº 70.435, de 10-4-72 — RIPI, — e art. 97 do atual RIPI — Decreto nº 83.263/79.

2º) Creditamento do IPI pago na compra de matéria utilizada na fabricação de produtos tributados à alíquota zero.

3º) Irrelevante a alegação de que a vedação do creditamento, pelo Decreto-Lei nº 1.686/79, art. 4º, atrita com a garantia constitucional da não cumulatividade, até porque a mecânica dos abatimentos exige critérios a serem fixados pelo legislador ordinário (CTN — art. 49).

Esclareço que o citado aresto mereceu o endosso da Suprema Corte, segundo se depreende da ementa do acórdão proferido no RE 99.825 — SP, Relator Ministro Néri da Silveira:

IPI. Constituição, art. 21, § 3º, e CTN, artigo 49. Princípio da não cumulatividade. Crédito de IPI, em importação de mercadoria. Alíquota zero. O Decreto-Lei nº 1.686/79 não ofende o princípio da não cumulatividade. Inexistência de ofensa, pelo acórdão, aos dispositivos acima referidos. Dissídio pretoriano não demonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido.

Isto posto, em conclusão, reformo a sentença, a fim de julgar os embargos improcedentes.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 110.357 — SP — (Reg. 7.861.699) — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo de Direito da 2ª Vara de Suzano. Partes: Tinturaria e Estamparia Industrial de Tecidos S/A e União Federal. Advogado: Dr. Joel Barbosa (1ª parte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 25-2-87 — Quarta Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 112.133 — CE
(Registro nº 7.907.486)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha
Remetente: Juízo Federal da 4ª Vara — CE
Parte A: Paulo Cesar de Lima
Parte R: Conselho Regional do Trabalho Marítimo — CE
Advogado: Dr. Alberto Gomes de Queiroz

EMENTA: Conselho Regional do Trabalho Marítimo — Sanção — Trabalhador sindicalizado.

Nula é a sanção imposta quando ocorre a violação a preceito legal e ofensa a direito individual.

Sentença confirmada.

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 remetida, 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).

MINISTRO OTTO ROCHA, Presidente/Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Paulo Cesar de Lima contra o Presidente do Conselho Regional do Trabalho Marítimo no Ceará, que o suspendeu do rodízio nos serviços de carga e descarga do Porto de Fortaleza e cassou a sua matrícula como trabalhador sindicalizado sem, contudo, ter-lhe assegurado o direito de ampla defesa.

Negou a prática de qualquer ato capaz de ensejar absurda apenação e requereu fosse tornada sem efeito a cassação de sua matrícula que o afastou do exercício de sua profissão, desde 1985.

Deferida a medida liminar e requisitadas as informações, a autoridade impetrada prestou-as, argüindo, em síntese, que a grave falta cometida pelo impetrante foi regularmente apurada em inquérito administrativo, cujo procedimento obedeceu às exigências legais (fls. 48/51).

Oficiando, o Ministério Público opinou pelo deferimento do writ (fls. 59/65).

O MM. Juiz a quo concedeu a segurança e ordenou a remessa de ofício (fls. 67/71).

Sem recurso voluntário, os autos subiram a esta E. Corte, tendo a douta Subprocuradoria opinado pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): A r. sentença remetida é de ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, dos quais ressalto o seguinte trecho:

«Destaque-se outro excerto do mencionado parecer, em que se patenteia de forma incensurável, a ilegalidade da medida imposta ao impetrante:

«Nas circunstâncias descritas nos presentes autos a ação corretiva estatal se apresenta por via do controle jurisdicional, desde que, está patente ostensiva violação a preceito legal, atingindo de cheio a direito individual, e acarretando a nulidade da sanção imposta.

E com essa violação à lei eclodiu uma imposição de sanção restritiva a direito pessoal, sem prazo certo de duração, praticamente inextinguível, deixando caracterizada, pois, como manifestação de feitiço absolutista.

Não pode o homem ser privado indefinidamente de trabalho, permanecendo definitivamente eliminado de suas atividades profissionais, mormente quando a cominação se cristaliza sem o devido processo legal.

Mencionou-se ter havido observância ao prévio direito de defesa, carreando-se aos autos documento comprobatório da abertura de inquérito administrativo.

Isso provo o propósito punitivo da autoridade, mas nada esclarece sobre a efetivação do direito de defesa, precedendo à sanção imposta.

Era necessário que se comprovasse a existência de processo administrativo, extraindo-se do seu contexto elementos indicadores de defesa exercida, para afastar o caráter tipicamente inquisitorial.

Pelo que foi possível examinar não houve apenas desrespeito a cláusulas legais, tendo a ofensa a direito adquirido mais projeção e resvalado para a inconstitucionalidade, ao atingir frontalmente a afirmação de princípio do art. 160, II, da Constituição Federal, referente à 'valorização do trabalho como condição da dignidade humana'.

Por todo o exposto, a situação dos autos conspira contra a autoridade impetrada que adotou uma senda ilegal, para acudir aos reclamos de um dos integrantes do próprio órgão deliberativo, o qual embora não figurasse na tomada de votos, não se afastou do recinto, para possibilitar a convocação do seu suplente, como de mister, nulificando o ato.»

Com estas breves considerações, nego provimento à remessa ex officio.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO 112.133 — CE — (Reg. 7.907.486) — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara — CE. Parte A.: Paulo Cesar de Lima. Parte R.: Conselho Regional do Trabalho Marítimo — CE. Adv.: Dr. Alberto Gomes de Queiroz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida. (Segunda Turma — 27-2-87).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro OTTO ROCHA.

REVISÃO CRIMINAL Nº 449 — RS
(Registro nº 6.132.030)

Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves

Requerente: Wilson Filomeno Rodrigues (em causa própria)

Requerida: Justiça Pública

EMENTA: Penal e Processo Penal. Entorpecentes (Lei nº 6.368/76, arts. 12, 14 e 18). 1º) Pune-se o crime de associação, previsto no art. 14, quando «configurar delito autônomo e único». Inexistência de concurso material. No caso de associação, praticado o crime de tráfico com o exterior, aplica-se também a causa de aumento prevista no art. 18, inciso III. Interpretação conforme precedentes do TFR: ACr's 6.620, 6.621 e 6.664. 2º) Revisão. Efeito extensivo. Na revisão, a decisão também aproveita aos outros réus, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal. 3º) Revisão julgada procedente, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, julgar parcialmente procedente a revisão criminal, para excluir as penas corporal e pecuniária, relativas ao art. 14, da Lei nº 6.368/76 e, via de consequência, estender a decisão aos co-réus, 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 agosto de 1986 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. MINISTRO NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Dizendo-se condenado como incurso nos arts. 12, 14 e 18 da Lei nº 6.368, de 21-10-76, sobre entorpecentes, na comarca de Sapucaia do Sul, e tendo iniciado o cumprimento da pena privativa de liberdade em 8-6-82, Wilson Filomeno Rodrigues pediu ordem de **habeas corpus**, e o Senhor Ministro Adhemar Raymundo, levando o feito a julgamento, assim votou, acompanhado pelos demais Ministros componentes da 3ª Turma:

«Sr. Presidente, Srs. Ministros, como vêem V. Exas., é um pobre homem que, condenado pela Justiça de Sapucaia do Sul, numa petição modesta, exora Justiça. Na impetração, o paciente, em seu próprio favor, ressalva que deve

ser expedida uma ordem de **habeas corpus**. Mas, do exame cuidadoso dessa peça inaugural, chega-se à conclusão, indiscutivelmente, que o impetrante deseja é promover uma ação de revisão criminal, tanto que se reporta a dois pressupostos contidos no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, isto é, que a sentença condenatória é contra evidência da pròva dos autos e contra a lei expressa do Código Penal.

Meu voto, Sr. Presidente, é no sentido de conhecer do pedido, não como **habeas corpus**, mas como uma ação de revisão criminal, a fim de que esse processo tome a sua tramitação regular, com a juntada, por linha, do processo criminal.

Devo esclarecer a V. Exas. que tudo fiz para conseguir este processo, mas sem resultado. O Juiz informa que o processo está na Vara de Execução, e a Vara de Execução responde negativamente.

O meu voto é conhecendo do pedido como revisão criminal, para que se processe na forma da lei, remetendo-se à seção competente, para os fins de direito. (Fl. 46).

Processado o pedido como revisão criminal, vieram-me os autos por distribuição.

2. Requisitei o processo originário e dele recebi, juntando a este pedido, traslado das suas peças principais.

Conforme a denúncia, em cópia, Wilson vira-se processado, em companhia de outras pessoas, em suma:

«Ligados por ânimo associativo, os denunciados, de modo exclusivo ou em concomitância com outras atividades, até o dia 2 de junho deste ano, pelo menos — data em que Elotar, Ênio, Eloá e Sônia foram presos, adquiriram, guardavam e vendiam maconha na Região Metropolitana de Porto Alegre e noutros municípios do Rio Grande do Sul.

Servindo-se do privilegiado domicílio — Foz do Iguaçu (PR) — Wilson adquiria maconha no Paraguai e entregava para Elotar e Lucide, que, acompanhados de suas respectivas concubinas — denunciadas Sônia e Jurema — iam àquela cidade abastecer-se da 'erva'. Várias vezes fizeram isso...» (fl. 63).

Da sentença, em cópia, retiro e transcrevo, em seu todo, a parte dispositiva:

«Assim, tudo bem visto e examinado julgo procedente em parte o r. pedido contido na denúncia e seus aditamentos, para: I — Absolver por não ser suficiente a prova para condenação, com fundamento no CPP, artigo 386, inc. VI, às acusadas — Eloá Terezinha Alves, qualificada à fl. 637 e Maria Jovelina Flor dos Santos ou Maria Juvelina dos Santos Closs ou ainda Maria Jovelina Closs dos Santos, qualificada à fl. 658; II — condenar os acusados Wilson Filomeno Rodrigues, qualificado à fl. 644, por incurso na LT art. 12, 18, inc. I e 14, c/c CP art. 51, à pena de 128 meses de reclusão e 300 DM a Cr\$ 100,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado na Penitenciária Estadual do Jacuí, declarado perigoso para os fins do CP art. 30, § 5º, perdendo o veículo já descrito em favor da União; II, digo, 2) Elotar Teixeira, qualificado à fl. 632, por incurso na LT arts. 12, 18, inc. I e 14, c/c CP art. 51, à pena de 112 meses de reclusão e 29, digo, 280 DM a Cr\$ 130,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado, exclusivamente no Presídio Regional de São Leopoldo. Perde o veículo e importâncias consigo apreendidas; 3) Sônia Emília de Souza, qualificada à fl. 635, por incurso na LT arts. 12, 18, inc. I e 14, c/c CP art. 51, à pena de 88 meses de reclusão e 140 DM a Cr\$ 80,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado, exclusivamente na Penitenciária Feminina Me. Pelletier, declarada perigosa para os fins do art. 30, § 5º do CP; 4) Jurema Closs, qualificada à fl. 639, por incurso na LT art. 14, à pena de 48 meses de reclusão e multa de 110 DM a Cr\$ 90,00 cada um, a ser cumprida em regime fe-

chado na Penitenciária Feminina Me. Pelletier sendo declarada perigosa para os fins do art. 30, § 5º do CP; 5) Ênio Batista de Oliveira, qualificado à fl. 630, por incurso nas sanções do art. 12, c/c 18, inc. I da LT, à pena de 55 meses de reclusão e 90 DM a Cr\$ 95,00 cada um, em regime fechado do Presídio Regional de São Leopoldo; 6) Paulo Roberto Matte, qualificado à fl. 626, por incurso na LT art. 16, à pena de 6 meses de detenção e 30 DM a Cr\$ 80,00 cada um, a ser cumprida em regime semi-aberto, exclusivamente no Presídio Regional de São Leopoldo, suspensa contudo por dois (2) anos nos termos supra enunciados; 7) Jorge Luiz Morais da Luz, qualificado à fl. 593, por incurso na LT arts. 12, 18, inc. I e 14, c/c CP art. 51, à pena de 120 meses de reclusão e 260 DM a Cr\$ 100,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado, exclusivamente na Penitenciária Estadual do Jacuí sendo declarado perigoso para os fins do CP art. 30, § 5º e perdendo o veículo e importâncias consigo apreendidas; 8) Tânia Maria Tolentino, qualificada à fl. 596, por incurso na LT arts. 12, 18, inc. I e 14, c/c CP art. 51, à pena de 92 meses de reclusão e 150 DM a Cr\$ 70,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado na Penitenciária Feminina Me. Pelletier, sendo declarada perigosa para os fins do CP art. 30, § 5º; 9) Lucide Andrade da Silva, qualificado à fl. 642, por incurso na LT arts. 12, 18, inc. I e 14, c/c CP art. 51, à pena de 124 meses de reclusão e 290 DM, a Cr\$ 140,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado, exclusivamente na Penitenciária Estadual do Jacuí, sendo declarado perigoso para os fins do art. 30, § 5º do CP. Perde o veículo, importâncias e bens consigo apreendidas em favor da União; 10) Giovanni Guerrieri, qualificado à fl. 628, por incurso no CP art. 348, à pena de 2 meses de detenção e multa de Cr\$ 600,00 a ser cumprida em regime semi-aberto no Presídio Regional de São Leopoldo, exclusivamente, suspensa contudo por dois (2) anos nos termos supra requeridos; 11) Cristina Miotto Lovatel, qualificada à fl. 598, por incurso na LT art. 12, c/c 18, inc. III, à pena de 48 meses de reclusão e multa de 200 DM a Cr\$ 200,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado, exclusivamente na Pen. Fem. Me. Pelletier; 12) Paulo Roberto Behrendos qualificado à fl. 601, por incurso na LT art. 12, c/c 18, inc. III, à pena de 50 meses de reclusão e 200 DM a Cr\$ 220,00 cada um, a ser cumprida em regime fechado, exclusivamente no Presídio Municipal de Novo Hamburgo; III) também para absolver, por não ser suficiente a prova para a condenação, com fundamento no art. 386, inc. VI, a Olício Eracício Pacheco, qualificado à fl. 660; IV) Absolver das demais imputações, relativamente às inaugurais todos os acusados, exceto, nos termos supra; Wilson, Elotar, Sônia, Jorge, Tânia, e Lucide.» (Fls. 113/114).

3. Com vista dos autos, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se, conclusivamente, em parecer da Procuradora Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre:

«Pela admissibilidade da Revisão.»

«Pela sua não procedência no entanto.»

«Pela aplicação do art. 40 do CPP.» (Fl. 145).

4. Ciente de que os réus apelaram da sentença condenatória, determinei à Secretaria que juntasse cópia do Acórdão respectivo, que se acha às fls. 138/150 (ACr. 5.854), da 3ª Turma, Relator Senhor Ministro Adhemar Raymundo, com a seguinte ementa:

«Criminal.

Na conceituação do delito capitulado no art. 14 da Lei nº 6.368/76, basta a vontade firme de duas ou mais pessoas se associarem, com o fim de, 'reiteradamente ou não, praticarem os delitos dos arts. 12 ou 13'. 'Em decorrência da Convenção Única sobre Entorpecentes' é considerado crime a simples confa-

bulação destinada à consumação de qualquer daqueles. Provado o 'animus associativo' existe a figura delituosa capitulada no art. 14 da lei específica. Necessidade de o réu provar 'a convergência ocasional de vontades'. Sentença que se confirma.» (Fl. 150).

A meu pedido, informou ainda a Secretaria o que consta de fls. 152/152v., inclusive o trânsito em julgado do Acórdão da 3ª Turma, acima.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): A despeito de opinião em sentido contrário, creio iniludível e legítimidade do próprio réu para pedir revisão de processo findo, como se extrai do art. 623 do Código de Processo Penal. No caso, Wilson Filomeno Rodrigues, em petição por ele assinada, tida inicialmente como de *habeas corpus* e agora como de revisão, reportou-se ao art. 621, I do Código de Processo Penal, acoiando a sentença de contrária ao texto expresso da lei penal e à evidência dos autos. Satisfeitos, pois, os pressupostos necessários, dou seqüência ao exame do pedido.

2. Bem disse a Subprocuradoria-Geral da República que o processo a que respondeu o requerente tramitou, em termos formais, regularmente, e findou, com o desfecho que teve, segundo a prova apurada. Eu também penso assim, uma vez lidas as peças do traslado em anexo. Porém, acrescentou a parecerista:

«A única questão que discutivelmente poderia se colocar é a da mudança da jurisprudência que considera ser aplicável a penalidade do art. 14 somente quando se trate de crime autônomo, cf. Ap. Cr. n.ºs 6.620, 6.621 e 6.664, Rel. Min. Washington Bolívar, julgados, respectivamente, em 10-5, 14-5 e 25-6-85, publicados no *DJ* de 3-10-85.

De observar-se que o requerente foi condenado por infringência aos arts. 12 e 14, sendo a agravante imposta relativa à figura do inciso I do art. 18, primeira parte, da Lei n.º 6.368/76.

Conforme doutrina Bento de Faria, citado por Eduardo Espinola, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. VI, 1944, págs. 29/30, Freitas Bastos:

'... não se ajusta a esse conceito a simples interpretação, salvo quando por absurdez e violência importe no efeito acima referido.'

O STF, julgando Revisões Criminais requeridas, tendo em vista a mudança de jurisprudência sobre crime continuado em crime de roubo, julgou-as improcedentes.

A questão foi amplamente debatida, especialmente, na Revisão Criminal n.º 4.609, Rel. para o Ac. o Min. Moreira Alves, RTJ 101/942, e Rv. n.º 4.618, Rel. para o Ac. o Min. Cordeiro Guerra, Em. n.º 1.201/1, pág. 203» (fls. 139/140).

De fato, pelo visto do relatório, o requerente foi dado, pela sentença, ao acolher, nesse ponto, a denúncia, como infringente, em concurso material, dos arts. 12 e 14, com o aumento de pena, quanto ao primeiro, previsto no art. 18, inciso I, todos da Lei n.º 6.368, de 21-10-76 (o art. 12 prevê, em tipo misto alternativo, várias vias para sua realização; o art. 14 cuida da associação para delinquir; e o inciso I do art. 18 cuida do aumento da pena, no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal). E assim permaneceu condenado, eis que não teve, bem como os demais co-réus, sucesso na apelação interposta. Por outro lado, também é certo, como se recolhe do parecer, o pensamento diverso, oriundo da 1ª Turma, em relação ao contido na ACr. 5.854, da 3ª Turma, que confirmou a sentença lá da comarca de Sapucaia do Sul. Leio, pelas ementas, o pensamento da 1ª Turma:

1. ACr. 6.620, de São Paulo, Relator Ministro Washington Bolívar:
«Penal — Entorpecentes — Lei nº 6.368/76 (Artigos 12 e 14) — Inocorrência de concurso material.
1. A associação somente é punível quando configurar delito autônomo e único; cometido o crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, é de aplicar-se a exasperadora do art. 18, III, da mesma lei, dispositivo que se justifica por si mesmo, pois sendo outra a interpretação, não haveria razão para o preceito e, muito menos, para sua aplicação.
2. Apelo parcialmente provido, para julgar o apelante incurso nas sanções do art. 12, em combinação com o art. 18, incisos I e III, da Lei nº 6.368/76, reduzindo-se-lhe a pena, além dessas razões, por ser menor de 21 anos, ao tempo do fato.»
2. ACr. 6.621, de São Paulo, Relator Ministro Washington Bolívar:
«Penal — Entorpecentes — Lei nº 6.368/76 (Artigos 12 e 14) — Inocorrência de concurso material.
1. O delito de associação somente é punível quando configurar delito único; cometido o crime do art. 12 da Lei nº 6.368/76, é de aplicar-se a exasperadora do art. 18, III, da mesma lei, dispositivo que se justifica por si mesmo, pois sendo outra a interpretação, não haveria razão para o preceito e, muito menos, para sua aplicação.
2. Apelo parcialmente provido, para excluir a incidência do art. 14, da Lei nº 6.368/76, dado que o delito do art. 12 foi praticado nas especiais circunstâncias previstas nos incisos I e III, do art. 18, da mesma lei, sujeitando o réu aos acréscimos ali previstos.»
3. ACr. 6.664, do Rio Grande do Sul, Relator Ministro Washington Bolívar:
Penal e processual penal — Entorpecentes — Tráfico internacional — Competência da Justiça Federal — Associação delitiva — Inocorrência de concurso material.
1. Comprovada a procedência estrangeira da substância entorpecente e a ocorrência de tráfico internacional, competente, para o processo e julgamento do delito é a Justiça Federal. Materialidade e autoria comprovadas.
2. A prática do delito, mediante associação, não tem a incidência do art. 14, da Lei nº 6.368/76, em concurso material, mas as majorantes do art. 18, incisos I e III, da referida lei.
3. Apelo desprovido.»

Nos votos, para adotar tal critério, o eminente Relator transcreveu trecho do voto prolatado pelo Senhor Ministro Costa Leite na ACr. 6.596, forte na lição de Menna Barreto, em seu «Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos».

De minha parte, estimo certa a orientação dos precedentes colacionados, com a vênia devida aos que raciocinam doutro modo. Por pensar desta forma e por compreender que não se fez justiça a contento ao requerente, sendo a revisão um meio certo a reparar injustiça, na expressão de Whitaker, que Espínola Filho cita em seus comentários ao Código de Processo Penal (vol. 6, pág. 360), e por entender, ainda, ser irrecusável à tarefa julgante um quid de criatividade, a que se referiu, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Leitão de Abreu (in RTJ 101/957 — 958), vou aplicar, aqui e agora, a orientação posta em evidência, acolhendo, conseqüentemente, malgrado a opinião contrária da Subprocuradoria-Geral da República, o pedido, em sintonia com o disposto no art. 626 do Código de Processo Penal.

3. Em situação análoga, porque condenados, pela mesma sentença, confirmada pelo mesmo Acórdão, como incursos nos arts. 12, 14 e 18, I da lei em causa, estão Elo-

tar Teixeira, Sônia Emilia de Souza, Jorge Luiz Moraes da Luz, Tânia Maria Tolentino e Lucide Andrade da Silva. Ora, como a decisão que estou proferindo não se funda em motivo de caráter exclusivamente pessoal, penso que há de se aplicar, em relação a eles, o art. 580 do Código de Processo Penal, que dispõe: «No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25) a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros».

Pode-se objetar a colocação feita, ao argumento de que a aludida norma fala em recurso, ao passo que revisão não é recurso. De fato, não o é tecnicamente, mas a nossa lei processual incluiu a revisão entre os recursos em geral. Se a incluiu, as disposições gerais, onde figura o art. 580, em sendo aplicáveis, têm de ser aplicadas seja, por exemplo, na apelação, seja na revisão. Aliás, enfrentando tema semelhante, o colendo Supremo Tribunal Federal deferiu, por duas vezes, segundo as minhas pesquisas, **habeas corpus** para determinar, em sede de revisão, a incidência do efeito extensivo em questão. Os acórdãos estão publicados nas RTJ's 71, págs. 42/44 e 114, págs. 119/127, relatados, respectivamente, pelos Ministros Bilac Pinto e Néri da Silveira. Leio o voto do Ministro Bilac Pinto, nesse trecho:

«Ademais, justifica-se a extensão pedida diante de uma interpretação de maior alcance do preceito legal trazido à colação. Como foi lembrado no relatório, a lei processual penal aceita esta interpretação, valendo-se até da analogia e dos princípios gerais do direito (C. Pr. Pen., art. 3º). Sustenta Frederico Marques que «Deve o intérprete trabalhar com a norma a ser aplicada, atendendo ao *logos del razonable*, como ensina Recasens Siches. Não há sistemas rígidos de interpretação. O entendimento da lei deve subordinar-se a método dúctil e flexível que permita ao Juiz, sem afastar-se da regra do *jus scriptum*, adotar, entre as várias interpretações possíveis, aquela que lhe pareça mais razoável» (Elementos de Direito Processual Penal, 1965, vol. I, pág. 41). Ora, procedendo «razoavelmente», percebe-se que a singular situação criada reclama, por um princípio de equidade, o mesmo tratamento conferido ao outro co-réu.» (Pág. 44 da RTJ. 71).

4. Como afirmei um pouco antes, estou atendendo em parte o pedido, nos moldes dos precedentes da 1ª Turma, cujas ementas fiz sobressair. Em sendo assim, arretratando, julgo parcialmente procedente a revisão, a fim de, obediente ao disposto no art. 626 do Código de Processo Penal, ao alterar a classificação da infração, dar Wilson Filomeno Rodrigues como incurso nas sanções do art. 12, c/c o art. 18, incisos I e III da Lei nº 6.368, de 21-10-76, daí resultando, em consequência, modificação da pena, como mostrarei logo abaixo. Estendo os efeitos desta decisão, à luz do aludido art. 580, a Elotar Teixeira, Sônia Emilia de Souza, Jorge Luiz Moraes da Luz, Tânia Maria Tolentino e Lucide Andrade da Silva.

5.a. Quanto às penas. Consignou a sentença, no atinente a Wilson Filomeno Rodrigues:

«Para o delito do art. 12 a pena-base vai em 60 meses, acrescidos de 20 meses pela majorante e tudo somado à pena de 49 meses pelo delito do art. 14, que fica definitiva em sendo em 128 meses de reclusão. O DM é de Cr\$ 100,00, sendo fixado em 150 para a infração do artigo 12 e outros 150 para o do 14, atingindo-se 300 DM. Perde a Kombi-VW chassi BH 508.937, que deve ser apreendida, em favor da União» (fls. 111v. e 112).

Primeiro, quanto à pena de reclusão, sem me afastar da terminologia da sentença, confirmo a pena-base em 60 meses, aumentando-a de 2/3 (dois terços), já que duas são as causas de aumento (art. 18, incisos I e III, isto é, tráfico com o exterior e associação). Reclusão definitiva: 100 (cem) meses. Segundo, quanto à pena de multa, mantendo, acompanhando o critério da sentença, somente a fixada em relação ao crime previsto no aludido art. 12; fica, pois, excluída a fixada no tocante ao citado art. 14. Terceiro, quanto à pena de perdimento, conservo a sentença, bem como em tudo o mais que dispôs.

5.b. Elotar Teixeira. De conseguinte, reclusão em 92 (noventa e dois) meses, e excluída somente a multa do art. 14. No mais, mantida a sentença.

5.c. Sônia Emília de Souza. De conseguinte, reclusão em 66 (sessenta e seis) meses, e excluída somente a multa do art. 14. No mais, mantida a sentença.

5.d. Jorge Luiz Moraes da Luz. De conseguinte, reclusão em 92 (noventa e dois) meses, e excluída somente a multa do art. 14. No mais, mantida a sentença.

5.e. Tânia Maria Tolentino. De conseguinte, reclusão em 68 (sessenta e oito) meses, e excluída somente a multa do art. 14. No mais, mantida a sentença.

5.f. Lucide Andrade da Silva. De Conseguinte, reclusão em 102 (cento e dois) meses, e excluída somente a multa do art. 14. No mais, mantida a sentença.

6. É o meu voto, Senhor Presidente.

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, no concernente à admissibilidade de Revisão Criminal, tratando-se de processo findo, com decisão transitada em julgado e tendo o réu, com base no artigo 623 do CPP, pedido a revisão sob a alegação de ser a sentença contrária a texto expresso da lei penal e a evidência dos autos, entendo satisfeito os pressupostos exigidos pelo disposto no art. 621, I, da nossa lei penal adjetiva, o que, no meu sentir, confere ao acusado o *legitimatio ad causam*, razão, porque acompanho o digno Ministro Relator admitindo a Revisão proposta.

No referente às alegações de ser a sentença contrária a texto expresso da lei penal e a evidência dos autos, ambas, no meu entender, são inaceitáveis.

A decisão, conforme se pode constatar pelo exame das peças de fls., obedeceu a todos trâmites legais, foi prolatada com amparo nas provas coligidas, nos termos da lei específica e concernente, desta forma não vejo como se possa acolher as pretensões do réu, substanciadas em assertivas despidas de qualquer amparo consistente, na prova produzida.

No particular, também, acompanho o eminente Ministro Relator.

Todavia, em seu brilhante voto, o digno Ministro Relator houve por bem admitir a revisão proposta para, com base no artigo 626 do CPP, alterar a classificação da infração, excluir da condenação a pena fixada no tocante ao disposto no artigo 14 da Lei nº 6.368, acompanhando, destarte, entendimento esposado por outros não menos ilustres membros desta Corte, no sentido de que a associação somente é punível quando configure delito autônomo e único, pois cometidos os crimes previstos nos artigos 12 e 13 da citada lei, há que se aplicar a exasperadora do artigo 18, III, do mesmo diploma legal, sem se falar em concurso material.

Data vênha, sem embargo do r. entendimento, no meu sentir, é possível o concurso material entre os crimes dos artigos 12 ou 13 e 14 da Lei 6.368, de 1976.

Em votos proferidos a respeito do assunto, ao manifestar meu ponto de vista, tenho, da mesma forma que o ilustre Min. Relator, entendido ser o delito de associação, previsto no artigo 14 da Lei de nº 6.368/76, um crime autônomo, por configurar, como bem dizia o saudoso Jurista Heleno Cláudio Fragoso, uma espécie *sui generis* de quadrilha, todavia, se uma vez constituída, esta venha atingir sua finalidade com a prática do delito de tráfico ocorre, inquestionavelmente, o concurso material.

Assim me expressei sobre assunto semelhante na Apelação Criminal nº 6.346 — RS:

«A meu ver, o delito de associação, previsto no art. 14, é crime autônomo, como disse o saudoso Jurista Heleno Cláudio Fragoso, este dispositivo (art. 14), configurou uma espécie *sui generis* de quadrilha.

A respeito da matéria, em manifestação anterior, assim externei meu ponto de vista: «o crime de associação obriga a existência de um acordo prévio para o estabelecimento de um núcleo associativo, que implica na idéia de estabilidade e permanência. A associação se faz para cometimento de determinada série de crimes e não com o intuito de praticar um só delito. O crime previsto no art. 14 da Lei em tela consuma-se com o simples fato da associação, esta de caráter estável e fixa, independentemente da prática de algum dos delitos pretendidos pelo grupo. Há que ser um acordo de duradoura atuação entre os associados, nunca (o referido acordo) ocasional, efêmero».

Não se confunde o delito em exame com a causa especial de aumento tratada no item III do artigo 18, que se aplica aos casos em que há um concurso voluntário entre os agentes, a existência de um vínculo psicológico, ligando-se a prática dos fatos delituosos com propósitos idênticos, circunstâncias que indicam a ocorrência de co-autoria e co-participação delituosa na prática de um crime, e não de associação criminosa que exige a existência do *animus* apropriado.

Inquestionavelmente, a lei de tóxicos, defeituosamente, usando a expressão «associação» em ambas disposições, arts. 14 e 18, III, tem provocado interpretações diversas a respeito, mas, contudo, no primeiro mencionado (art. 14) o que é tratado é *societas sceleris*, crime autônomo.

Portanto, se a associação criminosa concretizou-se, neste momento, consumou-se o crime, e se a esta infração se sucede outra consistente na prática de qualquer dos atos relacionados nos artigos 12 e 13 da mencionada norma legal, dá-se o concurso material e não a simples exasperação da pena, pois os delitos, incontestavelmente, resultaram de desígnios autônomos, todavia, sem dúvida, o aumento previsto no item III do artigo 18, não se pode aplicar ao crime previsto no artigo 14, bem como, outrossim, não se poderá aplicar aos delitos previstos nos artigos 12 e 13, quando houver a ocorrência de concurso material entre um deles e o crime de associação criminosa tratado no artigo 14.»

Em suma, o crime de associação, por sua natureza formal, não necessita da ocorrência efetiva do crime de tráfico para a integração da sua potencialidade danosa e perigosa.

Por outro lado, não prescinde de uma habitual exteriorização de seu fim específico.

Contudo, se a associação delituosa já formada, por si só penalmente relevante, como já disse, alcança seu objetivo consistente no tráfico de drogas, efetivamente lesa nova objetividade jurídica, tem-se então o concurso material das infrações previstas entre os artigos 12 e 13, (de conformidade com os fatos) e artigo 14, todos do mesmo estatuto legal (Lei 6.368).

O ilustre Ministro Adhemar Raymundo, Relator da Apelação Criminal nº 5.854-RN, em caso semelhante, assim votou:

«O apelante *Elotar*, nas suas razões, nega ter praticado o crime definido no artigo 14 da Lei 6.368. Fala em «agregação organizada». Nada mais desarrazoado, *data venia*. Na conceituação do crime, em tela, basta a vontade de os agentes se associarem. Nos termos da Convenção Única sobre Entorpecentes, da qual o Brasil é subscritor, o delito referido se configura, quando há essa convergência de vontades, para a prática dos crimes dos artigos 12 e 13. E isso ocorreu, na hipótese. O culto Julgador apontou os elementos de prova que legitimam a condenação de *Elotar* pelo crime do art. 14. Cumpria a ele, acusado, fazer a prova de que houve mera «convergência ocasional de vontades», para usar a expressão de *Grecco Filho* (Tóxicos — pág. 94 — São Paulo — 1977).

A sentença reconhece a responsabilidade de *Sônia*, um dos integrantes do chamado «sexteto», no dizer do Juiz. Pessoa que tem péssimos antecedentes. As suas ligações com Elotar, a apreensão de cigarros de maconha em sua residência, comprovam a sua participação, pois, visava a obter «ganhos fáceis». Nenhuma prova, nos autos, que elimine essa atuação, junto a elementos seriamente comprometidos com o grupo. Nem a afirmativa de que as suas viagens ao Paraguai foram excursões recreativas. Por isso, a assertiva do Ministério Público de que a referida acusada, de há muito entregue ao comércio ilícito, entregava maconha a Tânia.

Não me convenceram as razões de Paulo Roberto. A análise cuidadosa, feita pelo prolator da sentença, com base em seguros elementos de prova, testifica a sua participação, juntamente com outros, nos crimes capitulados nos artigos 14 e 18, da Lei 6.368. Dir-se-á que o *decisum* está embasado somente nas provas coligidas na Polícia. Mas, como adverte o Ministério Público, nas suas contra-razões, as declarações prestadas por Paulo, perante a autoridade policial, o foram na presença de seu advogado. A retratação posterior em juízo tivera, apenas, o condão de trazer, para os autos, uma prova a seu favor. Mas, advirta-se, a versão judicial se atrita com o conjunto probatório. Por último, que dizer-se da declaração de Jorge, quando este afirmara que vendeu maconha a Paulo? (V. fls. 593 v.).

Nem, no meu sentir, são procedentes as alegações de *Cristina*. Jorge, ouvido em Juízo, confirma ter vendido maconha a Cristina e a Paulo Roberto. Isso está dito, de modo claro, no interrogatório daquele. Afirmou *Jorge* que recebeu de *Cristina* a quantia de Cr\$ 20.000,00 e de Paulo Roberto Berhendes Cr\$ 10.000,00 (v. fls. n° 593 v.). Bastaria essa prova, de caráter eminentemente judicial, para incriminar Cristina e Paulo Roberto Berhendes ante a inexistência de contraprova, em grau dos acusados.

Caem por terra, pois, as afirmações da defesa de que a condenação imposta está alicerçada somente em provas do inquérito policial.

A sentença está seguramente fundamentada. Adoto as razões de decidir do douto e cuidadoso magistrado de primeiro grau, de modo que, meu voto é pelo improvimento das apelações.»

Como revisor, na referida Apelação Criminal 5.854-RN, na oportunidade, proferi voto no mesmo sentido, sob o entendimento de haver se constituído uma associação delitosa entre alguns acusados, destinada à prática do tráfico, dizendo:

«No que concerne o enquadramento de alguns na prática da figura delitosa, prevista no art. 14 (Lei n° 6.368) ou na hipótese prevista no item III do art. 18 do mesmo diploma legal, é demonstração de matéria cautelosa, como se houve o culto julgador monocrático, diferenciando o concurso (art. 18, III), ocorrido entre alguns dos acusados, da associação criminosa formada entre outros para a prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76.

Em suma, nenhum elemento foi trazido aos autos pelos apelantes que permitisse modificar a r. sentença que está concorde com as provas dos autos.

Nego provimento às apelações para manter a bem-lançada e fundamentada decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sapucaia do Sul.»

Acompanhou-nos o eminente Ministro Hélio Pinheiro da Silva (pág. 140).

In casu examinando os depoimentos cujas cópias foram trazidas aos autos e se encontram às fls. 81 v., 82 e 82 v., 83.

Verifiquei que a associação delituosa constituída para o tráfico restou, no meu sentir, perfeitamente demonstrada entre os acusados *Elotar — Sonia, Jorge, Tania, Lucide, Jurema e Wilson*.

Wilson era o adquirente da erva maldita, no Paraguai, e a repassava a Elotar e Lucide.

Sonia, companheira de Elotar, incumbia-se juntamente com ele (Elotar) da entrega da mercadoria entorpecente, e Jorge e Tania, os quais passaram a Paulo Roberto e Cristina (18, III) num verdadeiro entrosamento não casual ou esporádico, mas comum, com objetivo certo e dirigido para a prática do famigerado comércio de drogas.

Sem dúvida os acusados citados, Wilson, Elotar, Sonia, Jorge, Tania e Lucide constituíram uma sociedade criminosa para a prática do tráfico, que efetivamente desenvolveram, razões que levaram o I. Julgador monocrático a condená-los como incurso nas duas figuras delituosas, previstas na Lei 6.368, face à ocorrência de concurso material.

A respeito do concurso material dos crimes em análise, recentemente, o excelso Pretório, ao julgar o HC 63.611-0, tratou especificamente do assunto, conforme se constata pela redação dada à própria ementa, em caso semelhante ao dos presentes autos.

«EMENTA: Lei de Tóxicos, arts. 12 e 14. Crimes autônomos. Concurso material. Seria ilógico que, organizado o bando para praticar crimes, deixasse de ser punido exatamente porque realizou os objetivos para o qual foi constituído.»

Em que pese o brilho costumeiro expressado no voto proferido pelo eminente Ministro Relator, a quem tanto admiro e respeito pela sua cultura, ousou discordar de S. Exa. por entender não só possível, como até mesmo obrigatório a aplicação cumulativa das penas privativas de liberdade pela prática dos crimes previstos nos artigos 12 e 14, da Lei 6.368/76, conforme decidiu o digno magistrado de primeiro grau, de vez que, como restou provado, o réu, autor da presente revisão, com os co-réus já referidos, constituíram uma sociedade criminosa para prática dos tráfico do entorpecente e, a partir daí, concretizaram seus propósitos desenvolvendo o comércio nefasto de drogas e assim, indubitavelmente, feriram nova objetividade jurídica.

Com estas considerações e com a devida vênua do culto e ilustre Ministro Relator e dos demais que esposam o mesmo entendimento, voto pela improcedência do pedido.

É o meu voto.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sustenta o eminente Ministro Nilson Naves que a prática do delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976, em associação, exclui a incidência do art. 14, tendo cabimento a aplicação do art. 18, inciso III.

Já o eminente Ministro Flaquer Scartezzini entende possível a infringência, em concurso material, dos artigos 12 e 14 da mencionada lei.

Daí o meu pedido de vista.

Menna Barreto no seu «Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos», 3ª ed., pág. 79, afirma que a filosofia da lei «deixa claro não ter cabimento reconhecer-se concurso material entre os crimes de associação (art. 14) e de tráfico (art. 12), pois a exasperação da pena já leva em conta, exatamente, a anterior existência do primeiro ilícito penal». Adianta que o crime é autônomo, de perigo, «mas só há de ser reconhecido se esse for o único delito. Se dele porém originarem-se outros crimes tipificados na lei extravagante, não mais remanescerá essa autonomia, nem entrará em concurso com outras infrações a que der lugar.»

É a opinião, de Celso Delmanto, in *Tóxicos*, ed. de 1982, pág. 30.

Dispõe o art. 14:

«Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta lei:»

A norma incrimina a ação, no mínimo de duas pessoas, para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 e 13, de modo reiterado ou não. Associação pressupõe combinação, união, ligação, organização. A singularidade do crime de tóxico e a variedade que assume não dispensa uma certa idéia de estabilidade ou permanência, embora nem sempre os traficantes se encontrem, no mesmo local. Às vezes, a ligação se faz em países diversos, mas através de algum meio, de algum ajuste prévio, do *animus associativo*, separado da vontade de praticar o delito visado. Daí a autonomia caracterizadora desse delito, o qual se consuma através da mera associação, fixa e estável, independentemente da prática dos delitos previstos nos artigos 12 e 13.

Disse, acertadamente, a meu sentir, o Ministro Flaquer Scartezzi:

«Inquestionavelmente, a Lei de Tóxicos, defeitosamente, usando a expressão *associação* em ambas as disposições artigos 14 e 18, III, tem provocado interpretações diversas a respeito, mas, contudo, no primeiro mencionado (art. 14) o que é tratado é *societas sceleris*, crime autônomo. Não se confunde o delito em exame com a causa especial de aumento tratada no item III, do artigo 18, que se aplica aos casos em que há um concurso voluntário entre os agentes, à existência de um vínculo psicológico, ligando-os à prática dos fatos delituosos com propósitos idênticos, circunstâncias que indicam a ocorrência de co-autoria e co-participação delituosa na prática de um crime e não de associação criminosa que exige a existência do *animus* apropriado».

Estou de acordo com esse entendimento, porquanto pensar de outro modo, isto é, com a impossibilidade do cúmulo material, será como que negar a figura tipificada.

O Juiz Geraldo Gomes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, disse:

«Em termos de associação a nova lei estabeleceu o crime de associação (art. 14) e a agravante de associação (art. 18, III). Daí por que, um dos marcos diferenciadores entre o crime de associação e o crime de tráfico está, exatamente, em serem ambas as espécies perfeitamente separáveis, como entidades absolutamente autônomas, uma da outra. Por outro lado não se há confundir o fenômeno da simples co-autoria com o crime de associação. Nem o crime de bando ou quadrilha com o crime de associação. Associar-se para traficar (ainda que o tráfico não se exercite) não é o mesmo que co-participar de tráfico. Para a nova modalidade de associação é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este fim não se realize. Não será, pois, o rotineiro e casual encontro de dois ou mais partícipes enredados em tráfico que definirá uma situação de «sócios» ou «associados», nem mesmo a simples existência de um «ponto» de armazenamento do tóxico, mas, o fundamental, é a existência de vínculo associativo. E, em havendo esse vínculo, quer se trate de parceiros, ocasionais ou estáveis, avulsos ou permanentes, religados pela identidade de causa e de fim, assumindo os contornos de uma clandestina sociedade, para dar vazão às partidas de tóxico, então poderá entrever-se, na dinâmica dessa conduta, o crime autônomo de associação. Não há, pois, como erigir-se qualquer co-autoria como crime de associação. A figura criminosa é excepcional e reservada para casos absolutamente identificáveis como tal (JUTACRIM 49/313, ac. v.u. de 8-11-77). Assim, onde haja uma rede de traficantes, composta de elementos estáveis ou não (sócios), ligados pelo vínculo associativo, para destinação permanente ou mesmo avulsa da mercadoria clandestina, poderá incidir a infração. Do contrário tudo se resu-

mirá em simples co-autoria» (TACRIM-SP—Ap. Crim. — Relator Juiz Geraldo Gomes — JUTACRIM 56/212 e RT 527/369). («José Silva Júnior» — in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. IV, Tomo III, pág. 1231/2).

O mesmo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo reiterou:

«A caracterização do crime do art. 14 se satisfaz com o simples fato da associação, sem necessidade do começo de execução dos crimes visados, enquanto a agravante do art. 18, III, é aplicável somente em caso de crime de entorpecente cometido como escopo de atividade associativa.»

«Associação e co-autoria — Diferenciação — «A figura autônoma da associação não resulta unicamente de reconhecimento da co-participação criminosa, exigindo um **animus** associativo, que não se encontra na convergência ocasional de vontades para a prática de um ilícito, o que enseja mera co-participação» (TACRIN-SP — Ap. Crim. — Relator Juiz Camargo Aranha — JUTACRIN 54/351)».

«A associação de que trata o art. 14 da Lei n.º 6.368, de 1976, é a reunião mais ou menos estável ou permanente, para a prática dos crimes a que se refere o preceito legal. Insuficiente a tal desiderato é o simples concurso de agentes, pena de se erigir em delito autônomo a simples co-participação criminosa.

O simples concurso de agentes ou a menoridade do comparsa, não basta ao agravamento da pena nos termos do art. 18, n.º III, da Lei n.º 6.368, de 1976. Indispensável a tal desiderato a existência de associação, com o que não se confunde o mero concurso ocasional, ou que vise o delito a menores de 21 anos, porque não se tem em vista a qualidade do co-participante do delito, mas, sim, a das pessoas a quem o agente entrega a substância entorpecente para consumo» (TACRIM-SP — Ap. Crim. — Relator Juiz Adalberto Spagnuolo — JUTACRIM 49/312 e RT 509/410)».

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso decidiu:

«A associação criminosa, tratando-se de tráfico de entorpecente não é causa de aumento de pena, constituindo-se em delito autônomo dotado de sanção mais rigorosa» (TJMT — Rev. Crim. — Relator Des. Pompeu de Barros — RT 489/395).» (José Silva Júnior — Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. IV, Tomo III, pág. 1.232).

O eminente Ministro Cordeiro Guerra ao votar no HC n.º 63.611—RJ, a 4 de março deste ano (1986), e em que o Colendo Supremo Tribunal Federal tomou conhecimento do dissídio existente neste Colegiado, disse em seu voto:

«Houvesse, apenas, a associação e o fato seria punido somente pelo art. 14 da Lei dos Tóxicos, mas, além da associação, houve fato subsequente típico do art. 14 da Lei.

Assim, ao reconhecer o acórdão a existência de concurso material e a autonomia dos crimes, não violou a lei penal.

Como bem decidiu o ilustre Desembargador Pires e Albuquerque — «A associação de que cuida a Lei n.º 6.368, de 1976, não constitui circunstância agravante dos demais crimes, mas crime autônomo». (Ap. Crim. 7699, DO — RJ 5-11-81).

Seria ilógico que, organizado o bando para praticar crimes, deixasse de ser punido exatamente porque realizou os propósitos para que foi organizado.

A lei é rigorosa, intencionalmente, para reprimir os crimes que abalam os alicerces da civilização moderna.

O art. 18, III, revela bem essa intenção, pois agrava a pena, em qualquer caso, quando o crime for praticado por quadrilha ou bando, sem que isso anule a autonomia dos delitos efetivamente praticados.

Não se pode interpretar a lei de modo a frustrar os fins por ela visados.»

Os eminentes Ministros Francisco Rezek, Aldir Passarinho e Djaci Falcão preferiram os votos que transcrevo para fiel conhecimento dos ilustres colegas:

«O Sr. Ministro Francisco Rezek: Sr. Presidente, observe que no julgamento do pedido pelo Tribunal Federal de Recursos, travou-se uma discussão, em plano abstrato, a respeito da possibilidade, ou não, de se encontrarem reunidos, em concurso material, os delitos dos arts. 12 e 14 da Lei de Tóxicos. Jamais me pareceu que tivesse consistência a tese abstrata de que não são acumuláveis os dois delitos num concurso material; de que a efetivação do trato com tóxicos viria a absorver, a neutralizar, a fazer desaparecer o delito preexistente de organização do bando.

Quer parecer-me que não se tenha jamais ouvido, nesta Casa, sustentar a tese que no caso concreto quedou vencida, a de que inacumuláveis em concurso material esses dois delitos.

No caso do concurso material entre um crime contra o patrimônio e o delito de quadrilha ou bando (CP, art. 288), vários membros desta Corte — entre os quais eu próprio — sempre insistem em saber se se *caracterizou* o delito anterior de organização da quadrilha, ou se, simplesmente, o juiz criminal, dando-se maior liberdade do que deveria, está *presumindo* que houve organização de quadrilha ou bando, pelo só fato de que delito operacional — furto, roubo, ou o que mais seja — foi praticado por mais de três pessoas de passado sombrio. Em tal caso o juiz estaria submetendo o réu a um *bis in idem*, visto que já se dá o agravamento da pena pelo fato da co-autoria.

Neste caso concreto, o que se vê? A justiça criminal, em primeira instância, avaliou os fatos, entendendo que se organizara uma quadrilha de nível internacional, e referindo-se às conexões preexistentes entre as rés e figuras notórias do tráfico de tóxicos no exterior. Aqui não houve, por parte do juiz, um abuso da prerrogativa de severidade que o levasse a presumir a pré-ocorrência do delito de quadrilha, pela singular circunstância de que o tráfico de tóxicos foi levado a termo por diversas pessoas.

À luz do entendimento de que os delitos dos arts. 12 e 14 da Lei de Tóxicos são em tese acumuláveis em concurso material, e da circunstância de que, nesse caso, o juiz criminal de origem não fantasiou a respeito da pré-ocorrência de delito de quadrilha, mas constatou sua efetiva ocorrência, penso que o voto do eminente Ministro relator há de ser seguido, na sua integralidade.» (HC nº 63.611-RJ).

«O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: Sr. Presidente, já me manifestei, por mais de uma vez, no sentido de que quando há uma formação de bando ou quadrilha preexistente, com o fito de praticar crimes, e não uma mera reunião de indivíduos para a realização de determinado delito, configura-se o concurso material.

O Código Penal estabelece, no art. 288, expressamente, como crime, a formação de bando ou quadrilha para a prática de crimes.

O art. 14 da Lei Antitóxicos diz que se considera crime associarem-se duas ou mais pessoas para a prática, reiterada ou não, de qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 daquela mesma lei. Diz ele: «para o fim de praticar». Então, é necessário que haja o intuito da associação para a prática do

crime, não bastando uma união eventual, ocasional, para perpetrá-lo. Há, sem dúvida, uma diferença.

O art. 51 do Código Penal caracteriza bem o que se deve considerar como concurso material: «Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido».

Ora, se a lei penal considera a formação do bando ou quadrilha como crime autônomo, o mesmo ocorre na Lei Antitóxicos. Aí até de uma forma que se poderia dizer mais ampla, bastando associarem-se duas ou mais pessoas. E, ocorrendo tal associação, se houve o tráfico internacional, é iniludível o concurso material. No caso de roubo, por quadrilha, já se tem considerado como crimes autônomos a formação da quadrilha ou bando e o roubo efetuado pela quadrilha ou pelo bando, caracterizando-se o concurso material. Assim, acompanho o Relator.»

.....
 «O SR. MINISTRO DJACI FALCÃO (Presidente): Também acompanho o eminente Relator, porque na espécie houve dois crimes mediante mais de uma conduta. Portanto, caracteriza-se, aí, o concurso material hoje previsto no art. 69 do Código Penal, após a modificação.

De modo que também indefiro o pedido.»

LUIZ CARLOS ROCHA, Professor da PUC de São Paulo, após acentuar tratar-se de figura delitosa autônoma, modalidade diferente da co-autoria, acrescenta:

«Ela pressupõe pluralidade de agentes, dedicados à preparação ou ao tráfico ilícito de drogas psicotóxicas. Essas pessoas funcionam como a Máfia, formando geralmente uma verdadeira rede internacional e contando com meios modernos para a prática de suas ações criminosas.

Esse crime se consuma no momento associativo, não sendo necessário, para a sua configuração, o começo da execução dos fatos delituosos previstos nos arts. 12 e 13, isto é, consuma-se independentemente da atuação das pessoas do grupo na consecução dos fins ilícitos pretendidos.

A pena para o crime de associação, como se viu, é de reclusão de três a dez anos (art. 14). Se a associação chega a praticar os crimes previstos nos arts. 12 e 13, a pena aplicada a seus membros será a desses crimes, respectivamente, de três a quinze anos e de três a dez anos, aumentadas de 1/3 a 2/3 em razão do ajuste (art. 18, III), e não a do art. 14.

Alguns autores entendem que nesse caso, isto é, no concurso de crimes, as penas deveriam ser somadas; a pena do art. 14 com a do art. 12 ou com a do art. 13. E não aplicada apenas uma, com aumento.

Há, realmente, nesse caso, um concurso material de infrações, mas não se pode somar as penas em virtude da regra contida no art. 18, inc. III, que manda apenas aumentar a pena do crime praticado pela associação» (pág. 147/148).

Feitas estas considerações, peço vênias aos eminentes Ministros que pensam diversamente, para adotar esse entendimento, daí por que, no caso do autos, acompanho o ilustre Ministro Flaquer Scartezzini. Assim, voto pela improcedência do pedido.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, com a devida vênias dos eminentes Ministros Flaquer Scartezzini e Costa Lima, entendo que não há concurso material entre a infração capitulada no art. 14 e qualquer outra da lei de tóxicos. Haven-

do, como na hipótese vertente, o cometimento do ilícito previsto no art. 12, em associação, é de aplicar-se, então, a exasperadora do art. 18, inciso III.

Como essas considerações, acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RCr. nº 449 — RS — (Reg. 6.132.030) — Rel.: O Sr. Ministro Nilson Naves. Repte.: Wilson Filomeno Rodrigues (em causa própria). Reqda.: Justiça Pública.

Decisão: A Primeira Seção, por maioria, julgou parcialmente procedente a revisão criminal, para excluir as penas corporal e pecuniária, relativas ao art. 14, da Lei nº 6.368/76 e, via de consequência, estender a decisão aos co-réus. (Primeira Seção, em 6-8-86).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Washington Bolívar, Otto Rocha, William Patterson e Costa Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros José Cândido e Carlos Thibau. Ausentou-se, justificadamente, o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.