
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 959 — RJ
(Registro nº 3.436.918)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Autor: *IAPAS*

Ré: *Jandira Luiza Rocha*

Advogados: *Drs. J. A. Cardoso Monteiro e outros*

EMENTA: Previdência Social. Benefícios. Acumulação. É inadmissível a acumulação da pensão da Lei Complementar nº 11/71 com a aposentadoria por velhice da Previdência Social urbana. Ação Rescisória com fundamento no art. 485, III, V e VII. Procedência da rescisória, daí decorrendo a improcedência da ação ordinária.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção, por unanimidade, julgar procedente a Ação Rescisória, para desconstituir a decisão da Turma e, conseqüentemente, julgar improcedente a ação, com os consectários contidos no 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, 26 de fevereiro de 1986.

GUEIROS LEITE, Presidente. NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: Por sentença de 7-12-78, o Dr. Juiz da comarca de Laje do Muriaé (RJ) julgou procedente a ação ordinária, proposta em 29-9-77, para condenar o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, hoje Instituto Nacional de Previdência Social, a pagar a Jandira Luiza Rocha, viúva de trabalhador rural, a pensão previdenciária, e a 2ª Turma deste Tribunal, em julgamento de 10-10-80, confirmou a sentença (fls. 14 a 24).

Com apoio nos incisos III, V e VII do art. 485 do Código de Processo Civil, o Instituto Nacional de Previdência Social, em 2-12-82, propôs Ação Rescisória, na qual alegou, em resumo:

«5. Acontece que, depois de pagar, mediante depósito bancário, as pensões vencidas, em cumprimento da sentença, o autor, ao providenciar a emissão de carnê em nome da ré, constatou, em face de documentos só então obti-

dos, que ela se inscrevera como segurada da Previdência urbana, na condição de costureira autônoma, em 5-2-71, e que, inclusive, nessa mesma condição, já se encontrava aposentada desde 1-6-77, tendo o seu benefício o nº 10.367.877/8 (doc. nº 6) fatos que ela ocultou durante todo o curso daquela ação e da respectiva execução e de que o autor não se apercebeu, visto como os assuntos referentes aos beneficiários rurais e os relativos aos beneficiários urbanos são, pela própria especificidade, administrados por órgãos distintos do instituto.» (Fl. 3).

Pessoalmente citada pelo oficial de justiça (fl. 89 vº), Jandira Luiza Rocha não contestou a ação, nem indicou provas, nem apresentou razões finais.

Razões finais do instituto às fls. 96/99.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República no sentido de que «seja dado provimento à presente rescisória, conforme proposto pela autarquia previdenciária». (Fl. 104).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): De fato, quando propôs, no correr do mês de setembro do ano de 1977, a ação ordinária para obter a pensão da Lei Complementar nº 11/71, alterada pela Lei Complementar nº 16/73, Jandira já se achava aposentada por velhice, pela Previdência Social urbana, onde se inscrevera no curso do ano de 1971. A propósito, lê-se das informações do Serviço de Seguros Sociais:

«2. Em data de 4-11-81, foi recebido neste serviço o presente processo para verificação quanto à existência de benefício previdenciário, tendo sido constatado que a requerente, Sra. Jandira Luiza da Rocha, foi inscrita no Setor de Arrecadação e Fiscalização desta agência, como costureira autônoma desde 5-2-71, contribuindo sobre 1 SMR, passando para 2 SMRs a partir de 12-71.

Esteve em gozo do B/31-9.213.045 no período de 26-7-72 a 5-9-73, tendo recebido no período a importância de Cr\$ 3.630,98.

Posteriormente, requereu aposentadoria por velhice de nº 41/13.680.607 remunerada para 10.367.877/8, com DIB em 1-6-77 e em manutenção neste serviço, tendo comprovado no ato do requerimento, o pagamento das contribuições em todo o período, bem como o pagamento do ISS até o exercício de 1977. Baixa na atividade em 30-5-77.» (Fl. 25).

Assim, pertinentes me parecem as razões da Subprocuradoria-Geral da República, subscrita pela Procuradora Marilene da Costa Ferreira e aprovadas pelo Subprocurador-Geral Paulo A. F. Sollberger:

«4. Conforme o constante dos autos, a ré, quando do óbito de seu marido (21-5-72), era segurada da Previdência Social urbana, com período de carência já cumprido, vez que o seu ingresso no sistema geral da LOPS efetivou-se em 5-2-71 (fl. 25), fato este que, em razão dos regimes urbano e rural serem administrados por órgãos diferentes, só foi percebido pelo instituto após o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

5. Por outro lado, ao requerer a Ação Ordinária (29-9-77), objetivando o deferimento de pensão, como dependente de trabalhador rural e qualificando-se como «do lar», a ré não se escondeu a sua condição de segurada da Previdência Social urbana, como também, a de encontrar-se percebendo o benefício de aposentadoria regida pela LOPS, concedido que foi em 1-6-77, (fl. 25).

6. A legislação que disciplina os benefícios a serem concedidos ao trabalhador rural e seus dependentes nega àquele que for beneficiário de outro sistema de previdência social (como é o caso da ré) o direito à percepção de prestação assegurada pelo PRORURAL.

7. É o que dispõe o § 4º do artigo 10 do Regulamento do PRORURAL, aprovado pelo Decreto nº 73.617/74, verbis:

‘Art. 10.

§ 4º Aquele que for beneficiário de qualquer sistema de previdência social não faz jus aos benefícios previstos neste regulamento, ressalvado o disposto no artigo 59.

.....

Art. 59. O ingresso do trabalhador e dependentes abrangidos por este regulamento no regime de qualquer entidade da Previdência Social, não lhes acarretará perda de direito aos benefícios do PRORURAL, enquanto não decorrer o período de carência a que se condiciona a concessão das prestações pelo novo regime’ (grifamos).

8. Ora, no caso em exame, quando do óbito do segurado, a viúva do então rurícola já havia, como segurada da Previdência Social urbana, cumprido o período de carência exigido pela Lei nº 3.807/60 — LOPS, para a concessão dos benefícios cobertos por esse sistema previdenciário, não se encontrando, assim, sob o amparo do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural — PRORURAL.

9. A ré, ao ocultar a sua real qualificação (segurada do sistema da LOPS, em gozo de aposentadoria), levou a r. decisão rescindenda a conceder o benefício da pensão na qualidade de viúva de rurícola, fato este que, com certeza, não teria acontecido se fosse do conhecimento dos eméritos julgadores aquela vinculação previdenciária.» (Fls. 102/103).

Do exposto, acolho a inicial, tal como fundamentada: julgo, pois, procedente a Ação Rescisória, para rescindir a sentença em cópia às fls. 14/17, que Acórdão da 2ª Turma deste Tribunal confirmou (fls. 18/24); passando de um Juízo a outro, para rejulgar a causa, julgo improcedente a ação ordinária que Jandira Luiza Rocha ajuizou contra o FUNRURAL — Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural, lá na comarca de Lage do Muriaé, Estado do Rio de Janeiro, em 29-9-77. Por último, determino a restituição do depósito ao autor, e condeno a ré em honorários de advogado, estes arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor dado à causa (fl. 6).

EXTRATO DA MINUTA

AR — nº 959 — RJ — (Reg. nº 3.436.918) — Rel.: O Sr. Min. Nilson Naves. Autor: IAPAS. Ré: Jandira Luiza Rocha. Adv.: Drs. J. A. Cardoso Monteiro e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente a Ação Rescisória, para desconstituir a decisão da Turma e, conseqüentemente, julgar improcedente a ação, com os consectários contidos no voto do Sr. Ministro Relator. (Em 26-2-86 — Primeira Seção).

Os Senhores Ministros Dias Trindade, José Dantas, Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau e Costa Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.051 — SP
(Registro nº 4.417.445)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Agravante: *INPS*

Agravado: *José Vieira*

Advogados: *Drs. Leonil João de Lima e Luiz Antonio Beluzzi*

EMENTA: Processual Civil. Procedimento sumaríssimo. Prova pericial. Assistente técnico e quesitos. Prazo.

A prova pericial não é incompatível com o procedimento sumaríssimo. A indicação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos se farão no prazo do art. 421, § 1º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª 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, 8 de abril de 1986.

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O INPS agravou de instrumento do despacho do Dr. Juiz de Direito da comarca de Apiaí, São Paulo, que indeferiu a indicação do assistente técnico do instituto, por ter sido apresentada fora do quinquídio legal.

Em suas razões, alega o agravante que sua indicação de assistente técnico, apesar de apresentada fora do prazo, merece ser acolhida, tendo em vista que nem o perito judicial, nem o assistente técnico do autor haviam apresentado seus laudos ou assinado termo de compromisso.

Formado o instrumento, contraminutou o agravado com as razões de fl. 12.

Mantida a decisão, subiram os autos para este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A prova pericial não é incompatível com o procedimento sumaríssimo, embora a concentração probatória na audiência. Cabem ao Juiz instrutor as providências devidas para que se atenda ao preceito do art. 481 do Código de Processo Civil. E foi o que fez o MM. Juiz de Direito da comarca de Apiaí, no caso presente. Deferiu, de logo, a prova pericial, nomeou o perito e determinou a citação da autarquia ré, dando-lhe ciência, inclusive, do prazo de cinco dias que lhe assinara para a indicação de assistente técnico.

Dir-se-á que, citada para apresentar defesa em audiência, somente aí caberia a indicação do assistente, mas ocorre que não consta, das disposições contidas no capítulo da lei adjetiva que regula o procedimento sumaríssimo, qualquer regra sobre a prova pericial, nomeação de peritos e de seus assistentes técnicos, o que remete o aplicador aos princípios gerais relativos às provas periciais (arts. 420 e seguintes), subordinando-se as partes ao que se contém no art. 421, § 1º, I e II, do código de ritos. Ou, no máximo, segundo determinação judicial, seria de admitir que a louvação se fizesse até 48 horas antes da audiência, mediante extensão do disposto no § 2º do art. 278 do mesmo código, que diz respeito ao depósito do rol de testemunhas, pelo réu.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 44.051 — SP — (Reg. nº 4.417.445) — Rel.: O Sr. Min. Dias Trindade. Agrte.: INPS. Agrdo.: José Vieira. Advs.: Drs. Leonil João de Lima e Luiz Antônio Beluzzi.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 8-4-86 — 1ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.263 — BA
(Régistro nº 4.436.229)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Agravante: *IMBASA — Ind. de Mamona da Bahia S.A.*

Agravada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Sylvio Santos Faria e outros*

EMENTA: Agravo de Instrumento. Anulatória de débito fiscal. Restituição de quantia recolhida ao Tesouro Nacional.

Inviabilidade da restituição pretendida por clara inadequação da via utilizada.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de abril de 1985.

JARBAS NOBRE, Presidente. MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: IMBASA — Indústria de Mamona da Bahia S.A., nos autos da ação anulatória de débito fiscal movida contra a União Federal, perante o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, agrava de instrumento do despacho trasladado à fl. 33, do seguinte teor:

«IMBASA — Ind. de Mamona da Bahia S.A. requer a expedição de alvará de levantamento da importância de Cr\$ 175.041,00, existente a crédito da União, porque depositada em complementação de depósito inicial.

Ouvida, a douta Procuradoria da República argumentou que o depósito já foi levantado.

Conforme se depreende do requerimento de fl. 241, a autora, ao invés de efetuar o depósito judicial complementar, recolheu a quantia exigida na conta da União.

Inviabiliza-se, destarte, a movimentação dessa conta por ordem deste Juízo.

Assim, indefiro o pedido, ressalvada à requerente a utilização das vias ordinárias.»

Resposta da agravada às fls. 46/47.

Formado o instrumento, foram os autos conclusos ao MM. Juiz, que sustentou a decisão agravada, à fl. 48.

Nesta instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina, às fls. 53/55, pelo improvinimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A agravante ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra a agravada e, para garantir a instância, efetuou depósito da quantia devida.

Posteriormente, recolheu diretamente ao Tesouro Nacional diferença do valor do lançamento, correspondente à correção monetária e juros.

Decretada a nulidade do lançamento, procedeu ao levantamento da parte depositada em garantia de instância.

A par, pediu a restituição da quantia que recolhera diretamente ao Tesouro Nacional, o que lhe foi negado pelo despacho atacado.

Sem razão, contudo.

Deveras, não há como autorizar levantamento de importância que não se encontra à disposição do Juízo. Como bem pondera o MM. Juiz a quo na sustentação do despacho agravado «não se trata de execução de sentença, mas de restituição de indébito recolhido, independentemente do que fora depositado como preparatório da ação em que a agravante foi vitoriosa».

Nas circunstâncias, portanto, é inviável a restituição pretendida por clara inadequação da via utilizada.

Nego, pois, provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 44.263 — BA — (Reg. nº 4.436.229) — Rel.: O Sr. Min. Miguel Ferrante. Agrte.: IMBASA — Ind. de Mamona da Bahia S.A. Agrda.: União Federal. Advs.: Drs. Sylvio Santos Faria e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 8-4-85 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Américo Luz e Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.816 — AL
(Registro nº 5.585.252)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*
Agravante: *Djalma Tenório dos Santos*
Agravado: *INPS*
Advogado: *Dr. Ricardo Barros Mero*

EMENTA: Processual Civil. Representação judicial. Assistência judiciária.

Presume-se com mandado para a representação judicial do necessitado o advogado que integra órgão público incumbido por lei de prestar assistência judiciária, salvo para os atos referidos nos incisos *a* e *b* do parágrafo único do art. 16 da Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento 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, 25 de abril de 1986.

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Djalma Tenório dos Santos agravou de instrumento da decisão do MM. Juiz Federal da Seção Judiciária de Alagoas, proferida em autos de justificação judicial, que negou seguimento à apelação por ele interposta, ao fundamento de que o agravante não estava regularmente representado nos autos.

Irresignado, alega o agravante que é representado por advogado da Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão público integrante da Procuradoria-Geral do Estado e incumbido de prestar assistência judiciária aos necessitados, estando dispensado da apresentação de mandato, nos termos do art. 16 da Lei nº 1.060/50. Sustenta, ainda, que uma vez que juntou aos autos atestado de pobreza fornecido pela autoridade competente não haveria necessidade de que firmasse, de próprio punho, pedido de assistência judiciária, conforme exigiu o MM. Juiz a quo.

Formado o instrumento, a União Federal, intimada a contraminutar, manifestou-se dizendo carecer de razão jurídica para tanto, uma vez que o INPS não havia sido chamado a integrar a lide.

O MM. Juiz manteve a decisão agravada e determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Tenho que se houve com excessivo rigor o MM. Juiz prolator da decisão agravada, por isso que a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com a modificação introduzida pela Lei nº 6.248, de 8 de outubro de 1975, dispensa o instrumento formal de mandato para as causas de assistência judiciária, quando a parte for representada por advogado integrante de entidade de direito público incumbida, na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita.

É certo que a lei ressalvou a exigência de mandato expresso para certos atos — os do art. 38 do Código de Processo Civil e a iniciativa de abertura de inquérito e/ou a propositura de ação penal privada ou a representação, em caso de ação penal pública condicionada.

No mais, a lei atribuiu a representação judicial do necessitado pelo órgão encarregado da prestação de assistência judiciária.

O ilustre advogado fez prova de que integra serviço público dessa natureza, instituído por lei do Estado, militando, por conseguinte, a presunção de que tenha poderes, dados pelo justificante, para representá-lo judicialmente.

Nestes termos, dou provimento ao agravo, para que seja processada a apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 44.816 — AL — (Reg. nº 5.585.252) — Rel.: O Sr. Min. Dias Trindade. Agrte.: Djalma Tenório dos Santos. Agrdo.: INPS. Adv.: Dr. Ricardo Barros Mero.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 25-4-86 — 1ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.072 — SP
(Registro nº 5.606.659)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Agravante: *IAPAS*

Agravada: *Prefeitura Municipal de Santos*

Advogados: *Drs. Pascal Leite Flores e Cristina Lino Moreira*

EMENTA: Agravo de Instrumento. Execução contra a Fazenda Pública. Mudança de rito.

Adaptação do processo de execução movida contra a Fazenda Pública ao tipo de procedimento legal ordenado pelos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil. Nulidade dos atos praticados em desconformidade com o rito processual adequado à espécie.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de março de 1985.

JARBAS NOBRE, Presidente. MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, nos autos da execução fiscal que move contra a Prefeitura Municipal de Santos, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Santos, agrava de instrumento do despacho trasladado à fl. 39 e verso, que devolveu o prazo para oposição de embargos à executada.

Alega, em suma, que os embargos devem ser rejeitados posto que intempestivos; que a agravada não compareceu o Juízo para arguir a nulidade do processo consistente na falta de citação para embargos mas, sim, para questionar o prazo para oferecimento de bens à penhora, sua viabilidade e a possibilidade legal de embargos; que a citação não causou dificuldade para a defesa da agravada e tudo o que disse, intempestivamente, de forma processual inadequada, poderia ter sido dito, tempestivamente, por embargos;

que houve inequívoca arbitrariedade no despacho, que espera seja cassado, prosseguindo-se com a execução.

Formado o instrumento, o MM. Juiz a quo manteve a decisão agravada, à fl. 48.

Às fls. 51/53, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Este o teor do despacho agravado:

«A despeito de a inicial conter pedidos que não se adaptem ao procedimento que deve ser imprimido à execução contra a Fazenda Pública, nem por isso se lhe pode negar aproveitamento. Basta, apenas, que se indefiram os requerimentos estranhos aos artigos 73 e seguinte do Código de Processo Civil. E o que ora faço.

Contudo, a citação e intimação para embargos, nos termos em que realizadas, levou à dificuldade de defesa de parte da devedora. Por isso, o processo deve ser anulado em parte, para que seja colocado em seus devidos termos.

Não se pode transformar a citação em armadilha para o devedor. Se a ordem emanada do Juiz impunha, para oferecimento de embargos, que houvesse a penhora, foi expedida irregularmente. Assim, se o devedor comparece ao processo para apontar a irregularidade, cumpre ao julgador saná-la, sem que isso acarrete prejuízo para a parte, que não lhe deu causa.

Por isso, anulo o processo, de fl. 8 até esta decisão. Em decorrência devolve o prazo de embargos à Fazenda Municipal, nos termos e no prazo previsto no art. 730 do CPC. Posto que já ciente da ação, desnecessária nova citação, que não se repete. A fluência do prazo para embargos dar-se-á a partir da intimação deste despacho».

Vê-se da leitura do despacho transcrito que, corretamente, Juiz a quo tão-somente procedeu à adaptação da execução, dirigida contra pessoa de direito público privado, ao rito processual próprio, fixado nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, a fim de prosseguir validamente.

Anote-se que a agravada compareceu aos autos para requerer a extinção do processo sem julgamento do mérito, alegando ausência de pressupostos de sua constituição e desenvolvimento válido e regular, por entender, com justa razão, inviável a pretensão da agravante de contra ela instaurar procedimento executório no rito comum das execuções. Na conjuntura, o magistrado, diante da impropriedade da via processual escolhida, determinou a mudança do rito, valendo-se da recomendação do item V, in fine, do art. 295, da lei instrumental civil. Na realidade não podia prosperar, no caso, o processo de execução proposto no rito comum das execuções. E na emergência, se por um lado a providência da penhora de bens públicos, requerida pela agravante, era impraticável, por outro, de tal pedido resultou cerceamento da oportunidade dos embargos, porquanto, segundo o rito escolhido, o oferecimento destes depende da prévia constrição judicial. A decretação de nulidade dos atos que se afastavam do rito ordenado pelo artigo 730 da lei adjetiva civil impunha-se como consequência lógica dessa adaptação, para permitir o prosseguimento regular do processo.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n° 45.072 — SP — (Reg. n° 5.606.659) — Rel.: O Sr. Min. Miguel Ferrante. Agrte.: IAPAS. Agrda.: Prefeitura Municipal de Santos. Advs.: Drs. Pascal Leite Flores e Cristina Lino Moreira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 25-3-85' — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Américo Luz e Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JARBAS NOBRE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 47.212 — SP
(Registro nº 6.602.142)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Agravante: *IAPAS*

Agravados: *Agamenon Florentino Bezerra e outros*

Advogados: *Drs. Walter Chede Domingos e Eraldo Aurélio Franzese e outro*

EMENTA: Processual Civil. Apelação. Terceiro interessado. Juízo de admissibilidade. Relação processual. CPC, art. 499.

I — As condições ou pressupostos que legitimam o terceiro interessado a recorrer não se exaurem no Juízo de admissibilidade dos recursos, cuja observância se impõe na oportunidade do da interposição do mesmo — art. 499, do CPC.

II — À Turma julgadora da apelação caberá qualificá-lo como terceiro interessado, ou não, ou como própria parte.

III — Precedentes. Agravo provido para que se processe a apelação interposta.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao agravo, para que se processe a apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1985.

SEBASTIÃO REIS, Presidente. PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo IAPAS de despacho proferido no Mandado de Segurança impetrado por Agamenon Florentino Bezerra e outros que não recebeu apelação interposta, a qual se deu na pessoa da autoridade coatora.

O r. despacho agravado é do seguinte teor:

«Deixo de receber a apelação, à míngua da satisfação do pressuposto subjetivo atinente à legitimidade para recorrer.

Consoante a unânime doutrina, com respaldo na jurisprudência, sujeito passivo na ação de segurança é a pessoa jurídica de direito público, e não a autoridade que praticou o ato impugnado (cf. AMS nº 87.045 — RJ — Rel.: Min. Carlos Velloso, 3ª Turma, un.; in *DJ* de 26-3-80); ou, como lembra Hely Lopes Meirelles («Mandado de Segurança e Ação Popular», Ed. RT, 4ª ed., pág. 56), está legitimada para recorrer a «entidade a que pertencer o coator».

O egrégio Tribunal Federal de Recursos mantém iterativa jurisprudência a respeito, de que são exemplos, entre outros, os seguintes Acórdãos:

Recurso — Legitimação. Não se conhece da apelação interposta pela autoridade coatora, da sentença concessiva da segurança, por falta de legitimação. (AMS nº 75.272 — Rel.: Min. Jorge Lafayette Guimarães, 1ª Turma, v.u.; in *DJ* de 19-3-76, pág. 1754).

Recurso — Parte. A legitimação para recorrer cabe à pessoa jurídica de direito público interessada, cujo ato é atacado, e não a quem o praticou, e é notificado para prestar informações, como coator, representando-a. A legitimação para recorrer cabe à parte e não ao coator. (AI nº 38.492 — Rel.: Min. Jorge Lafayette Guimarães, 1ª Turma, 26-5-76, v.u.; *DJ* de 13-9-76, pág. 7885).

Assim, não sendo a autoridade coatora parte na relação processual questionada, não está legitimada para recorrer, à luz da disposição contida no art. 499 do CPC, cuja observância se impõe na oportunidade do juízo de admissibilidade do recurso.

Isto posto, deixo de receber a apelação interposta pela autoridade coatora, por reconhecer inexistente a legitimação recursal.» (Fls. 56/57).

Os agravados se limitaram a pedir a certidão nos autos dos poderes que conferiram aos advogados subscritores da inicial.

O agravo não foi contraminutado.

Vieram-me conclusos os autos independentemente de parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A impetração do Mandado de Segurança se deu contra ato do agente do INPS em Santos — SP, única autoridade indigitada coatora.

A r. sentença foi prolatada favoravelmente aos impetrantes e dela é que apela o agente do INPS, que é a autoridade coatora indicada no *mandamus*, e não a pessoa jurídica de direito público cujo ato é atacado.

A autoridade coatora não é parte na relação processual no «writ», cabendo-lhe apenas recorrer com fundamento no art. 499 do CPC, na qualidade de terceiro prejudicado, e o fez.

Ocorre que é no juízo de admissibilidade dos recursos que se saberá a figura do apelante, terceiro prejudicado ou não, ou parte, como já ocorreu no exame do Recurso Extraordinário interposto no MS nº 88.911—DF, in *DJ* de 16-10-80, despachado pelo eminente Ministro Jarbas Nobre. Ali o juízo de admissibilidade do recurso exauriu-se, ao passo que entendo que este não se exaure na sede em que são interpostos.

Nessa linha que adoto, tenho o precedente do eminente Ministro Bueno de Souza que se fixa no ponto de que «o juízo de admissibilidade dos recursos não se exaure na sede em que são interpostos. À Turma julgadora da apelação caberá qualificá-la como de terceiro interessado, ou da própria parte». (Ag. nº 46.209—RJ, in *DJ* de 28-3-85 e Ag. nº 46.208—RJ, in *DJ* de 14-3-85).

A observância do disposto no art. 499 do CPC se impõe na oportunidade do juízo de admissibilidade do recurso, entretanto, não se exaure ali o recurso interposto.

Por isto dou provimento ao agravo para que se processe a apelação, para que venha a Turma julgadora da apelação examinar a qualidade de terceiro interessado ou não, ou parte.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 47.212 — SP — (Reg. nº 6.602.142) — Rel.: O Sr. Min. Pedro Acioli. Agrte.: IAPAS. Agrdos.: Agamenon Florentino Bezerra e outros. Advs.: Drs. Walter Chede Domingos e Eraldo Aurélio Franzese e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, para que se processe a apelação. (Em 26-8-85 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Geraldo Sobral e Sebastião Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, por estar licenciado, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 47.475 — MG
(Registro nº 7.204.183)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Agravante: *União Federal*

Agravada: *Maria José Ribeiro*

Advogado: *Dr. Edison Rirno de Carvalho*

EMENTA: Processo Civil. Usucapião especial. Competência. No caso de usucapião especial em terras devolutas federais, compete ao Juiz local da situação do imóvel, que age por delegação, processar e julgar a ação (arts. 126 da Constituição e 4º, § 1º, da Lei nº 6.969, de 10-12-81). Agravo de Instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de novembro de 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente. NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: Na comarca de São João Del-Rei — MG, foi ajuizada ação de usucapião, na forma da Lei nº 6.969, de 10-12-81, que dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, e nela interveio a União para defender a competência da Justiça Federal, «uma vez que o imóvel objeto da ação se encontra registrado no Serviço de Patrimônio da União Federal, em nome desta» (fl. 52).

Ao sustentar a sua competência, asseverou o Juiz local:

«Quer dizer, em qualquer hipótese, não haverá competência da Justiça Federal, porque das duas uma: sendo a terra devoluta, a competência é da Justiça Estadual; não sendo devoluta, o Juiz Estadual, quando isto decidir, estará negando o próprio pedido e dando pela carência da ação.

Conseqüentemente, se este Juízo aceitasse a tese da incompetência, por tal motivo estaria alcançando o próprio mérito da ação e isto não pode ser permitido no momento processual, antes de atender à parte nos seus requerimentos de provas que necessariamente precisam ser produzidas. Portanto, a questão de ser ou não terra devoluta, é fundamental do mérito da questão» (fl. 95 vº).

Pela Subprocuradoria-Geral da República, pronunciou-se o Procurador Osmar Rodrigues de Carvalho, em parecer aprovado pelo Subprocurador-Geral Aristides Junqueira Alvarenga, verbis:

«2. A irresignação da União Federal, além de tempestiva, manifestada através de telegrama fonado e ratificada por meio de petição, se revela adequada ao ataque da interlocutória de fl. 49. Merece, destarte, conhecida pela colenda Turma julgadora.

3. Prospera, igualmente, o ponto de vista advogado pela recorrente.

4. Com efeito, na minuta de fl. 52, a agravante demonstrou que questionado imóvel não se assenta em terra devoluta. Daí estar a matéria submetida à regra compendiada no art. 125 da Lei Maior. Vale dizer, competente para conhecer da questão é mesmo a Justiça Federal, em todos os graus de jurisdição.

5. Foi o que reconheceu, com eloqüência, o Ministério Público, com atuação perante o Juiz a quo (fls. 90/95), silenciando, por sinal, a respeito, a contraparte, inobstante ter sido intimada para tanto (fl. 89, *in fine*).

Nestas condições, o parecer se inclina em prol do conhecimento e provimento da inconformidade em apreciação e por inteiro» (fls. 97/98).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O agravo é tempestivo e suscita de certo modo matéria de ordem constitucional; dele, pois, conheço.

Dispõe o art. 126 da Constituição:

«A lei poderá permitir que a ação fiscal e outras sejam promovidas, nas comarcas do interior, onde tiver domicílio a outra parte, perante a Justiça do Estado ou Território, e com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, bem como atribuir ao Ministério Público local a representação judicial da União.»

A Constituição confere, aqui, bem como nos §§ 3º e 4º do art. 125, jurisdição federal aos Magistrados locais. Nesses casos, a nossa Justiça de primeiro grau fala pela palavra dos Juizes Estaduais.

À sua vez, dispõe a Lei nº 6.969, de 10-12-81, invocada, na inicial, pela autora da ação:

«Art. 4º A ação de usucapião especial será processada e julgada na comarca da situação do imóvel.

§ 1º Observado o disposto no art. 126 da Constituição Federal, no caso de usucapião especial em terras devolutas federais, a ação será promovida na comarca da situação do imóvel, perante a Justiça do Estado, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, cabendo ao Ministério Público local, na primeira instância, a representação judicial da União...»

Como se trata, a ação proposta, de ação de usucapião especial, o Juiz da situação do imóvel é o competente para processá-la e julgá-la, em nome do Juiz Federal de igual porte. A União, ao intervir no feito, assim procede para se defender, e não para deslo-

car competência, pois inexistente competência a ser deslocada, à vista dos textos transcritos. No mais, ora no mais, a questão é de mérito, e dela não cuida no momento, porque impertinente.

Nego, pois, provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n° 47.475 — MG — (Reg. n° 7.204.183) — Rel.: O Sr. Min. Nilson Naves. Agrte.: União Federal. Agrda.: Maria José Ribeiro. Adv.: Dr. Edison Rirno de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 5-11-85 — 3ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 48.286 — SC
(Registro nº 7.250.363)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Agravante: *DNER*

Agravada: *Cassol S.A. Ind. Com.*

Advogado: *Dr. Geraldo Ferreira dos Santos*

EMENTA: *Apelação. Inadmissão em primeiro grau.*

Não pode o Magistrado de primeiro grau negar seguimento à apelação, a fundamento de que contraria entendimento consubstanciado em súmula. Trata-se de faculdade outorgada apenas ao Relator do recurso em segundo grau (Lei Complementar nº 35, art. 90, § 2º).

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 24 de fevereiro de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Em ação de desapropriação proposta pelo DNER contra Cassol S.A., apelou o expropriante de sentença que homologou liquidação complementar de atualização de cálculos.

Decidiu o Juiz, *verbis*: (fl. 30):

«1. Falta razão na fundamentação do recurso, posto que a correção do débito após o pagamento parcial é decorrência da Súmula nº 561 — STF.

2. No que diz com a conta são reiterações já repelidas os argumentos do apelante. Se as importâncias em cobrança são elevadas, deve-se apenas à economia nacional que é inflacionária e à má administração do recorrente que não as paga oportunamente.

3. Ademais, a liquidação e os cálculos há muito foram homologados e mantidos pelo v. Acórdão de fl. 223.

As atualizações não causam nenhuma sucumbência. Em face disso, não recebo a apelação.»

Agravou o DNER insurgindo-se contra os critérios de elaboração da conta, e pelo recebimento da apelação.

Não houve contraminuta.

Ê o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O eminente Magistrado deixou de receber a apelação, alegando que faltaria razão ao recorrente, já que a correção do débito, após pagamento parcial, é admitida pela Súmula n.º 561 do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, no que diz com o cálculo em si, o recorrente estaria apenas reiterando argumentos já repelidos. A simples atualização não causaria sucumbência.

Cabível, em princípio, a apelação para impugnar cálculo de liquidação. Pode-se admitir que a simples atualização do mesmo não ensejaria este recurso. Entretanto, a autarquia sustentou também o descabimento do levantamento da nova conta e ao Juiz de primeiro grau não é dado negar seguimento a recurso, ao fundamento de que contraria entendimento consubstanciado em súmula. Esta é prerrogativa apenas do Relator, em segundo grau (Lei Complementar n.º 35, art. 90, § 2.º).

Dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag n.º 48.286 — SC — (Reg. n.º 7.250.363) — Rel.: O Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Agrte.: DNER. Agrda.: Cassol S.A. Ind. Com. Adv.: Dr. Geraldo Ferreira dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 24-2-86 — 6.ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 48.905 — RJ
(Registro nº 7.289.936)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Agravantes: *Lacoste do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e outra*

Agravada: *Têxtil Lacoste Ltda.*

Advogados: *Drs. Presídio Carlos de Araújo Filho e outro, Silvio Costa Rodrigues Neto e outros*

EMENTA: Processual Civil. Sociedade comercial. Denominação alterada por decisão judicial. Dissolução requerida. Legitimidade processual para demandar outrem.

Mera alteração, determinada por decisão judicial, na denominação da sociedade comercial, não a despoja de capacidade jurídica e processual. O mesmo ocorre relativamente ao ajuizamento de ação que tem por objeto a sua dissolução. Enquanto não concluída a sua liquidação, com a partilha dos bens sociais, não pode ser impedida de demandar, em Juízo, por seus direitos.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de junho de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Lacoste do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Spoiloisirs S.A., na qualidade de litisconsorte passivos, na ação ordinária proposta por Têxtil Lacosté Ltda. contra o INPI, manifestaram Agravo de Instrumento em que se insurgem contra o despacho saneador, que deu pela legitimidade da autora, apesar de haver sido demonstrado que o registro de seu contrato social foi

judicialmente anulado, encontrando-se ela respondendo a ação de dissolução proposta no foro de São Paulo, por um de seus sócios.

Formado o instrumento, contraminutou a agravada, sustentando que o aresto invocado pelas agravantes não extinguiu a sociedade, limitando-se a anular o ato de arquivamento do seu contrato social, na parte referente à inclusão Lacoste em seu nome comercial. Por outra parte, da simples propositura de ação de dissolução de sociedade não decorre sua extinção, o que só ocorrerá, se for o caso, com a sentença declaratória trânsita em julgado, sendo certo, ainda, que a sociedade, mesmo dissolvida, continua com sua personalidade jurídica intangível, até o final da liquidação.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Sociedade comercial. Denominação alterada por decisão judicial. Dissolução requerida. Legitimidade processual para demandar outrem.

Mera alteração, determinada por decisão judicial, na denominação da sociedade comercial, não a despoja de capacidade jurídica e processual. O mesmo ocorre relativamente ao ajuizamento de ação que tem por objeto a sua dissolução. Enquanto não concluída a sua liquidação, com a partilha dos bens sociais, não pode ser impedida de demandar, em Juízo, por seus direitos.

Agravo desprovido.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A sem-razão dos agravantes é manifesta.

Com efeito, segundo se colhe da leitura da peça de fls. 27/66, a autora agravada não foi extinta, como deu a entender a inicial deste agravo, havendo apenas sido cancelado, de seu registro comercial, o termo Lacoste que integrava sua denominação. A pessoa jurídica permaneceu incólume quanto ao mais, no exercício pleno de seus direitos, entre os quais se inclui o de demandar judicialmente contra quem quer que seja.

Do mesmo modo, a sua capacidade jurídica e processual não foi afetada em razão de encontrar-se respondendo a ação de dissolução. Acaso vencida nessa, entrará em regime de liquidação, sobrevivendo até a partilha final do acervo social.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 48.905 — RJ — (Reg. nº 7.289.936) — Rel.: O Sr. Miu. Ilmar Galvão. Agrtes.: Lacoste do Brasil Indústria e Com. Ltda. e outra. Agrda.: Têxtil Lacoste Ltda. Adv.: Drs. Presídio Carlos de Araújo Filho e outro, Sílvio Costa Rodrigues Neto e outros.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao agravo. (Em 9-6-86 — 4ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 48.987 — SP
(Registro nº 6.373.941)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus*

Agravante: *Cia. Energética de São Paulo — CESP*

Agravados: *Alderico Artese e cônjuge*

Advogados: *Drs. Roberto de Paula Leite Marcondes e outros e Walny de Camargo Gomes*

EMENTA: Processual Civil. Ação de desapropriação. Agravo de Instrumento. Tempestividade.

I — Do despacho que recebe recurso de apelação como embargos infringentes (art. 4º da Lei nº 6.825/80), cabe Agravo de Instrumento. Na formação deste, devem as partes não só indicar as peças que devam ser trasladadas como acompanhar a extração, conferência e o concerto, evitando falhas que possam comprometer seu conhecimento.

II — A ausência do traslado da certidão, contendo a respectiva intimação, impede o exame de admissibilidade do recurso.

III — Precedentes do TFR.

IV — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª 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, 9 de junho de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. JOSÉ DE JESUS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Do despacho do MM. Juiz Federal da 6ª Vara — II, da Seção Judiciária de São Paulo, que recebeu, como embargos infringentes, a apelação interposta da sentença que julgou a ação expropriatória promovida pela Companhia Energética de São Paulo, em desfavor de Alderico Artese e outros,

agravou a expropriante, sob o fundamento de que a Lei nº 6.825/80 apenas modificou a lei das desapropriações no tocante à interposição de recurso ex officio, conforme está expresso no § 2º de seu art. 1º, e o fez com apoio no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Pede a procedência do agravo, à vista dos precedentes desta Corte, para, dando-lhe provimento, determinar o recebimento do recurso apelatório, como de direito.

Os agravados contraminutaram o recurso, argüindo, preliminarmente, o não recebimento do mesmo, haja vista que a apelação, recebida como embargos, foi dirigida contra outra sentença, que não a proferida neste processo.

No mérito, propugnaram pela manutenção do despacho agravado, porquanto consentâneo com o estabelecido no art. 4º da Lei nº 6.825/80.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Ao despachar a inicial do agravo, o MM. Juiz determinou que a agravante promovesse o traslado das peças indicadas, dentre elas o despacho agravado.

Na formação do instrumento, referida peça não foi trasladada. Como o despacho que recebeu a apelação como embargos infringentes data de 1-9-83 (fl. 47) e o recurso só foi protocolado no dia 13 de dezembro do mesmo ano, não tenho condições de examinar sua admissibilidade.

Na formação do instrumento, devem as partes não só indicar as peças a serem trasladadas como acompanhar sua extração, conferência e concerto, evitando falhas que possam comprometer seu conhecimento.

Como o presente agravo não está devidamente instruído, dele não conheço.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 48.987 — SP — (Reg. nº 6.373.941) — Rel.: O Sr. Min. José de Jesus. Agrte.: Cia. Energética de São Paulo — CESP. Agrdo.: Alderico Artese e cônjuge. Advs.: Drs. Roberto de Paula Leite Marcondes e outros e Walny de Camargo Gomes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo. (Em 9-6-86 — 4ª Turma).

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

AGRAVO DE PETIÇÃO TRABALHISTA Nº 8.224 — RJ
(Registro nº 1.569.970)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Agravante: *Félix Kohout Filho*

Agravada: *Comissão Nacional de Energia Nuclear*

Advogados: *Drs. Paulo César Costeira e outros, Ary Antônio Callegaro Pessutti e outros*

EMENTA: Processual Civil. Execução de sentença. Correção monetária. Descabimento.

A atualização do débito, oriundo de decisão judicial, há que ser plena e total, para que não haja perda do poder aquisitivo do vencedor, ante a desvalorização da moeda.

Entretanto, ocorrendo um período razoável entre a data do cálculo e a do seu pagamento, ou que, embora sobrevivendo um prazo mais dilatado, este não se deu por culpa do executado, é incabível a complementação.

Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1986.

JOSÉ DANTAS, Presidente. FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Félix Kohout Filho, com as razões de fls. 182/183, agrava da r. decisão de fl. 180, que indeferiu o seu requerimento no sentido de que a executada, Comissão Nacional de Energia Nuclear, complementasse o depósito de fl. 173, ao argumento de que, entre a data do mesmo (31-10-84) e a conta (junho do mesmo ano), há um lapso de tempo sobre o qual devem incidir juros e correção monetária.

Contramínuta às fls. 186/189, pela confirmação do d. decisório hostilizado, decretando-se a extinção do feito.

Vindo os autos a esta superior instância, a douta Subprocuradoria, às fls. 192/193, opina pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, com o presente agravo, o autor pretende a complementação da conta executada, ao argumento de que, entre os cálculos e depósito, existe um lapso de tempo, devendo incidir juros e correção monetária.

Tenho com relação à matéria sustentado três hipóteses, sempre, unanimemente, acolhidas nesta egrêgia Turma, a saber:

a) se existe realmente um lapso de tempo grande entre a notificação do exequendo e o efetivo pagamento, entendo que deve ser deferida a complementação;

b) embora existindo um prazo dilatado, mas sem culpa do executado, no meu sentir não é devida a diferença reclamada;

c) havendo um espaço razoável, entre a data da conta e do depósito também, a meu ver, é incabível a complementação da conta.

In casu, verifico estarmos diante da última hipótese, ou seja, ocorrência de um prazo razoável, existente entre o cálculo e o efetivo depósito, senão, vejamos:

A sentença homologatória dos cálculos foi publicada em 26-9-84 (fl. 171), a notificação foi expedida à executada em 11-10-84 (fl. 172) e o depósito efetivado em 31-10-84, portanto, decorreram apenas 20 dias entre a notificação e o depósito.

Em tão pequeno espaço de tempo, no meu sentir, não cabe qualquer complementação e como o r. decisório assim também entendeu, merece ser mantido.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgPt nº 8.224 — RJ — (Reg. nº 1.569.970) — Rel.: O Sr. Min. Flaquer Scartezzi-
ni. Agrte.: Félix Kohout Filho. Agrda.: Comissão Nacional de Energia Nuclear. Advs.:
Drs. Paulo César Costeira e outros Ary Antônio Callegaro Pessutti e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 2-4-86 —
3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros Hélio Pinheiro e Nilson
Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 57.069 — RJ
(Registro nº 3.018.091)

Relator: *O Sr. Ministro Lauro Leitão*

Apelantes: *Pandiá Baptista Pires e União Federal*

Apelados: *Os mesmos e Gerardo Elmer Barreto Goes*

Advogados: *Drs. Marcos Botelho e outro (1º apte. e 2º apdo.)*

EMENTA: Administrativo. Proventos. Revisão.

In casu, é inaplicável o Decreto-Lei nº 1.256/73, uma vez que os requisitos necessários à revisão só se completaram quando já revogado o citado diploma, passando, então, a situação a ser regida pelos Decretos-Leis nºs 1.325/74 e 1.445/76.

Assim, não assiste ao recorrente direito de ver alterada sua situação por decreto que já estava revogado, quando da implantação do Plano de Classificação de Cargos.

Por isso, dá-se provimento à apelação da União Federal, para julgar-se improcedente a ação, quanto a Gerardo Elmer Barreto Goes, e nega-se provimento à apelação interposta por Pandiá Baptista Pires.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação da União Federal, para julgar improcedente a ação, quanto a Gerardo Elmer Barreto Goes, e negar provimento à apelação interposta por Pandiá Baptista Pires, 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 dezembro de 1981.

O presente Acórdão deixa de ser assinado pelo Presidente, Sr. Ministro PEÇANHA MARTINS, em virtude de sua aposentadoria. LAURO LEITÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: Pandiá Baptista Pires e Gerardo Elmer Barreto Goes, qualificados na inicial, propuseram ação ordinária, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, contra a União Federal, pleiteando o reajustamento de seus proventos, de acordo com o art. 10, do Decreto-Lei nº 1.256/73.

Requereram, ainda, a distribuição por dependência, o que foi feito.

Citada, a União Federal ofereceu contestação, argüindo, em preliminar, não ter havido conexão que justificasse a distribuição por dependência. No mérito, sustentou a improcedência da ação.

Os autores apresentaram réplica.

As partes declararam não ter provas a produzir.

A MMA. Juíza Federal, finalmente, decidindo a espécie, preliminarmente, considerou que não caberia mais discutir a distribuição por dependência. No mérito, proferiu sentença que tem a seguinte conclusão:

«Julgo improcedente o pedido quanto a Pandiá Baptista Pires. Julgo procedente o pedido quanto a Gerardo Elmer Barreto Goes, para determinar que seus proventos sejam revistos nos moldes do art. 10, do Decreto-Lei nº 1.256/73, a partir de 1-10-75, com pagamento dos atrasados, como se apurar em liquidação.

Deixo de condenar em honorários advocatícios face ao artigo 21 do CPC.»

O autor, Pandiá Baptista Pires, todavia, não se conformando com a r. sentença de fls., dela apelou para este egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

A União Federal, à sua vez, irrisignada, em parte, da r. sentença, dela apelou para esta colenda Corte.

A União Federal e Gerardo Elmer Barreto Goes ofereceram contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, anexando parecer emitido em caso idêntico, opina pelo provimento do recurso.

Dispensei a revisão, de acordo com o art. 33, IX, do RI deste egrégio Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO (Relator): Pandiá Baptista Pires e Gerardo Elmer Barreto Goes, aposentados, postularam revisão de proventos, com arrimo no disposto no art. 10, do Decreto-Lei nº 1.256/73.

A r. sentença julgou improcedente o pleito do primeiro postulante e acolheu o de Gerardo Elmer Barreto Goes.

Houve recurso de apelação de Pandiá Baptista Pires e da União Federal.

O último apelo merece provimento, visto que a revisão, tratada no Decreto-Lei nº 1.256/73, ficou expressamente condicionada à implantação do novo Plano de Classificação de Cargos no órgão a que pertencia o aposentado; quando os requisitos necessários à revisão de proventos se completaram, já estava revogado o Decreto-Lei nº 1.256/73, passando a situação a ser regida pelos Decretos-Leis nºs 1.325/74 e 1.445/76.

De outra parte, e com firme apoio na doutrina, pode-se afirmar que é incompatível o regime estatutário com o instituto do direito adquirido, visto que, a qualquer tempo, pode o legislador alterar a norma constante do primeiro.

Não assiste, pois, ao recorrente direito de ter a sua situação alterada por decreto revogado, quando da implantação do plano, estabelecido pela Lei nº 5.645/70.

Isto posto, dou provimento à apelação da União Federal, para julgar improcedente a ação, quanto a Gerardo Elmer Barreto Goes e nego provimento à apelação interposta por Pandiá Baptista Pires. Condeno os vencidos ao pagamento da verba honorária de 10% sobre o valor da causa.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 57.069 — RJ — (Reg. nº 3018.091) — Rel.: O Sr. Min. Lauro Leitão. Ap-tes.: Pandiá Baptista Pires e União Federal. Apdos.: Os mesmos e Gerardo Elmer Barreto Goes. Adv.: Drs. Marcos Botelho e outro (1º apte. e 2º apdo.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação da União Federal, para julgar improcedente a ação, quanto a Gerardo Elmer Barreto Goes e negou provimento à apelação interposta por Pandiá Baptista Pires. (Em 1-12-81 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEÇANHA MARTINS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.610—RS
(Registro nº 3.134.377)

Relator: *O Sr. Ministro Lauro Leitão*

Remetente *Ex Officio*: *Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Santa Maria — RS*

Apelante: *IAPAS*

Apelado: *Aparício Lorenzoni*

Advogados: *Drs. Ana Célia Plein Bolzan (apte.) e Luiz Francisco Biacchi (apdo.)*

EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria.

In casu, resultou demonstrado o cumprimento por parte do autor de todos os requisitos legais necessários à concessão de sua aposentadoria por velhice, a saber: a relação de emprego, o desempenho de sua atividade, contar mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, à época de seu pedido de aposentadoria, e, ainda, ter contribuído com mais de 60 (sessenta) mensalidades para a entidade previdenciária.

Por isso, a apelação é desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª 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, 15 de dezembro de 1981.

O presente Acórdão deixa de ser assinado pelo Presidente, Sr. Ministro PEÇANHA MARTINS, em virtude de sua aposentadoria. LAURO LEITÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: Aparício Lorenzoni, qualificado na inicial, propôs ação ordinária de prestação de benefícios, perante o MM. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Santa Maria, no Estado do Rio Grande do Sul, contra o Instituto Nacional de Previdência Social, pleiteando o direito à percepção dos proventos decorrentes de sua aposentadoria, devidamente reajustados de acordo com o § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 5.890/73.

Alegou, pois, o autor, em resumo:

«Que o demandante, de 1º de março de 1968 a 30 de abril de 1974, foi empregado da firma Adelino Francisco Lorenzoni, como supervisor de vendas, exercendo essa atividade nos Municípios de Caçapava do Sul, Lavras do Sul e Santana da Boa Vista, e contribuindo regularmente para o INPS. Tendo atingido os sessenta e cinco anos de idade, à vista de sua condição de segurado e da realização de sessenta contribuições mensais para a Previdência Social, o autor, então, postulou sua aposentadoria por velhice, junto ao INPS. Este, porém, considerou indevidas as contribuições e negou-lhe o benefício pleiteado, opondo, de um lado, que a inscrição se dera depois de ultrapassada a idade-limite, e, de outro, que o autor, residindo a mais de cem quilômetros do local de trabalho, na verdade não exercia sua atividade como supervisor de vendas.»

Citado, o IAPAS ofereceu contestação, em que pediu a improcedência da ação.

O MM. Magistrado proferiu despacho saneador de fls.

Realizou-se a Audiência de Instrução e Julgamento, ocasião em que foram ouvidas as partes.

O MM. Dr. Juiz, decidindo a espécie, proferiu a r. sentença de fls., que tem a seguinte conclusão:

«Julgo procedente a ação e condeno o Instituto Nacional da Previdência Social a inscrever Aparício Lorenzoni entre seus beneficiários, na condição de aposentado por velhice, e pagando-lhe, doravante, mês a mês, a devida pensão, tomando-se por base a importância de Cr\$ 636,40 (seiscentos e trinta e seis cruzeiros e quarenta centavos), que era o quantum do benefício a partir de 15 de maio de 1974, e que deverá ser reajustada, consoante índices do Serviço Atuarial da Previdência Social. Condeno o Instituto, igualmente, a pagar as pensões em atraso, no valor de Cr\$ 33.092,80 (trinta e três mil, noventa e dois cruzeiros e oitenta centavos), acrescidos dos juros legais e da correção monetária, conforme índices das ORTNs. Finalmente, condeno o INPS a pagar as custas processuais e os honorários do patrono do autor, que fixo em 20% (vinte por cento) do total da condenação, à vista da qualidade da atividade profissional expendida e considerando que o referido advogado deslocou-se para outras comarcas, a fim de colher prova oral para estes autos.»

Intimem-se e, trânsita esta em julgado para as partes, remetam-se os autos ao egrégio Tribunal Federal de Recursos, eis, em virtude da sucumbência do Instituto Nacional da Previdência Social, o procedimento está sujeito ao duplo grau de jurisdição.»

O IAPAS, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela apelou para este egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O apelado ofereceu contra-razões.

O Ministério Público opinou pelo improvimento da apelação do IAPAS.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo prosseguimento do feito, sem prejuízo de manifestação posterior, se necessária.

Sem revisão, de acordo com o art. 33, IX, do RI desta colenda Corte.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO (Relator): Correta a r. sentença de 1º grau.

Com efeito, resultou demonstrado o cumprimento por parte do autor de todos os requisitos legais necessários à concessão de sua aposentadoria por velhice, a saber: a relação de emprego, o desempenho de sua atividade, contar mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, à época de seu pedido de aposentadoria, e, ainda, ter contribuído com mais de 60 (sessenta) mensalidades para a entidade previdenciária.

É que o ingresso do autor na Previdência Social se deu sob a égide da Lei nº 3.807/60, que, em seu artigo 30, estabelece o modo de calcular o benefício.

Ocorre, entretanto, que o autor ainda não havia abandonado a situação de atividade quando entrou em vigor a Lei nº 5.890/73, que previu nova forma, e mais favorável ao segurado, de calcular os proventos da aposentadoria.

Assim, o ilustre Magistrado agiu com inegável acerto ao aplicar a referida lei.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença de 1º grau, por seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 63.610 — RS — (Reg. nº 3.134.377) — Rel.: O Sr. Min. Lauro Leitão. Remte. Ex Officio: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Santa Maria — RS. Apte.: IAPAS. Apdo.: Aparício Lorenzoni. Advs.: Drs. Ana Celia Plein Bolzan (apte.) e Luiz Francisco Biacchi (apdo.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 15-12-81 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Pereira de Paiva e Peçanha Martins votaram de acordo com o Relator. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Otto Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEÇANHA MARTINS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.747 — MG
(Registro nº 3.042.723)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Apelantes: *Prefeitura Municipal de Pedro Leopoldo e outros*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Yor Queiroz Júnior*

EMENTA: Tributário. IUM. Retenção de parcelas a título de despesas de arrecadação de fiscalização.

I — O Plenário desta Corte, ao julgar a AC nº 65.794, na assentada de 16-5-85, decidiu ser inconstitucional a expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização» contida no art. 13, caput do Decreto-Lei nº 1.038/69, por se chocar com o art. 26, inc. III, da Constituição.

II — Provimento do apelo. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 9 de setembro de 1985.

TORREÃO BRAZ, Presidente. PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO DA ROCHA ACIOLI: Os Municípios de Pedro Leopoldo, Muriaé, Passos, Arcos, Matosinhos, Paraopeba e Pará de Minas, do Estado de Minas Gerais, ajuizaram ação ordinária contra a União Federal para declarar-se nula a retenção de 0,5% (meio por cento) feita pela suplicada da parte do Imposto Único sobre Minerais que cabe às entidades suplicantes.

A aludida retenção vem autorizada pelo Decreto-Lei nº 1.038, de 21 de outubro de 1969, que dispõe:

«Art. 13. A receita do Imposto Único sobre Minerais, deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização, será assim distribuída.»

No entender dos Municípios, a dedução de 0,5% (meio por cento) da receita do IUM prevista no mencionado art. 13, feita a título de despesas de arrecadação e fiscalização, é inconstitucional porque entra em conflito com a Constituição que determina no

«Art. 26. A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

III — noventa por cento do produto da arrecadação do Imposto Único sobre Minerais do País mencionado no item IX do art. 21.»

Aduzem os autores que:

«O § 1º e sua alínea b, do art. 26 da Constituição Federal determinou que o legislador federal ordinário dispusesse sobre a forma de distribuição do citado imposto aos Estados e municípios, sem, entretanto, que se deixasse de atender à percentagem constitucional de 90% (noventa por cento)...»

obviamente sobre o produto da arrecadação que deve ser entregue às entidades já mencionadas.

Menciona-se na inicial que a questão assemelha-se à da retenção do ITR feita pelo INCRA e invoca-se, analogicamente, em reforço à tese da inconstitucionalidade, o Verbetes nº 578 da súmula do Supremo Tribunal Federal, onde está inscrito que:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM atribuída aos municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal.»

A União contestou. Defendeu que a expressão «produto da arrecadação» não tem que ser necessariamente o total bruto; pode ser o líquido, deduzidos os encargos da arrecadação e da fiscalização. Assinalou ser velha a questão, lembrando decisão do Tribunal paulista, onde reputou-se constitucional, em 1976, «a Lei Estadual nº 440/74 (SP), que autoriza a retenção de 1% da parte do ICM, destinada aos municípios, para o custeio das despesas de arrecadação» (fl. 20). E finalmente concluiu «que a União Federal, que tem o direito de arrecadar e o dever de repartir o IUM, tem o poder de deduzir, na repartição, as despesas de arrecadação e fiscalização. Caso contrário, estaria frontalmente ferido o princípio constitucional, segundo o qual 10% da receita do IUM cabem à União Federal» (fl. 23).

Em apreço à defesa da Fazenda, decidiu o ilustre Juiz Federal, Dr. José Pereira de Paiva, hoje eminente Ministro desta Corte, pela improcedência da ação, resumindo assim as suas razões:

«No poder expresso da União Federal de instituir impostos sobre a extração, a circulação, distribuição ou consumo dos minerais (art. 21 da Carta Constitucional), com as ressalvas contidas no art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, está implícito o poder da retenção de 0,5%, decretada pela lei ordinária, que no caso é o Decreto-Lei nº 1.038. Logo, se não declarada, até hoje, a inconstitucionalidade do texto invocado pelos autores, impõe-se a sua executoriedade.» (Fl. 70).

Repetindo os argumentos da inicial, apelaram os municípios (fls. 73/79). Após sucinta resposta do Procurador da República, subiram os autos. Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 83, espera a confirmação da sentença recorrida.

É o relatório, sem revisão (RI, art. 33, IX).

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão trazida a julgamento é, de verdade, semelhante à que diz respeito à dedução de 20%, retida pelo INCRA a título de custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação, do produto do ITR atribuído aos municípios.

Primeiramente, vale uma consideração a respeito do fundamento da sentença, consistente em que:

«No poder expresso da União Federal de instituir impostos sobre a extração, a circulação, distribuição ou consumo dos minerais (art. 21 da Carta Constitucional), com as ressalvas contidas no art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, está implícito o poder da retenção de 0,5%, decretada pela lei ordinária, que no caso é o Decreto-Lei nº 1.038. Logo, se não declarada, até hoje, a inconstitucionalidade do texto invocado pelos autores, impõe-se a sua executoriedade». (Fl. 70).

A invocação dos poderes implícitos, no caso, não parece, *data venia*, adequada.

Os poderes implícitos, também chamados inerentes ou incidentes, decorrem do quadro dos poderes expressos. São (aqueles) poderes necessariamente compreendidos no âmbito da competência atribuída, embora não declarados.

A doutrina dos poderes implícitos, no direito americano, nasceu por construção judicial. No célebre caso *McCulloch v. Maryland*, teorizando sobre «os poderes implícitos do Congresso», afirmava Marshall (Juiz da Suprema Corte dos EUA) que «se o fim é legítimo e está de acordo com os objetivos da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptáveis a ele, não proibidos, mas dentro da lei e do espírito da Constituição, são constitucionais» («Let the end be legitimate, let it be withing the scope of the Constitution, and all means which are not prohibited, but consistente with the letter and spirit of the constitution, are constitutional») — citação de Lêda Boechat Rodrigues, *ob. cit.*, págs. 43/44.

Quando os poderes implícitos decorrem da combinação de duas ou mais atribuições explícitas, chamam-se poderes resultantes (*resultin powers*) no dizer dos constitucionalistas americanos.

Observe que o poder implícito é aquele necessário, ou até indispensável, à plena realização de um correlato poder expresso.

Ora, a não exigência do 0,5% (meio por cento) previsto no art. 13, *caput*, do Decreto-Lei nº 1.038/69 não afeta nem embaraça o exercício do poder expresso de a União lançar e arrecadar o Imposto Único sobre Minerais, atividade compreendida no âmbito da sua capacidade tributária.

II

Feitas essas considerações, revejo o voto que proferi num dos casos do ITR. Endossando as razões da decisão a quo, disse:

«.....
Creio ter a sentença de primeiro grau dado razoável interpretação aos dispositivos legais sob análise.

Busquei os precedentes da Súmula nº 578, do STF, analogicamente invocada. E no AI nº 55.989 — SP, entendeu a egrégia 1ª Turma do colendo STF que nenhuma lei, federal ou estadual, autorizava imposição de taxa para custeio de serviço de lançamento e arrecadação (RTJ 64/639), no caso do ICM.

Merece sobrelevar que, como ressaltou a sentença, as contribuições parafiscais e taxas de cadastro cobradas pelo INCRA já o remuneram pelos serviços de lançamento e arrecadação.

Pela redação do art. 24, § 1º, da Constituição Federal vigente, pertence ao município a totalidade da arrecadação do ITR.

Como dá conta João Barreto (em «Leituras de Administração Financeira» — IBAM, Rio, 1971), a confusa e contraditória destinação do ITR vem de pouco mais de uma década atrás.

O sistema tributário anterior autorizava a retenção de parcela para custeio de serviço de lançamento e cadastro e foi alvo de acirradas críticas. Até que a Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, visando à alteração do sistema primitivo, declarou no seu relatório:

‘Este foi, como era de se esperar, o terreno em que a crítica se mostrou mais acirrada. Mas (...) a maioria dos críticos reclamou maiores participações (...)

(...) restaurou-se a devolução integral do produto do Imposto Territorial Rural aos municípios, como hoje dispõe a Emenda Constitucional nº 10, e de que o texto original reservara 20% à União: o cálculo das participações sobre o produto líquido dos impostos prejudica o automatismo das redistribuições; a fixação a *forfait* do custo de arrecadação, como fizera o texto original, poderia revelar-se excessiva em alguns casos e insuficientes em outros’ (ob. cit. pág. 154).

A par das sugestões recebidas, o Congresso procedeu à reforma tributária nacional, resultando na redação do art. 23, § 1º, da Carta vigente.

Portanto, como se viu, o sistema anterior autorizava a retenção da parcela para os fins em apreço. Atualmente não é possível, pois quando o legislador constitucional autorizou, fê-lo expressamente.

Assim, não pode o INCRA, a título de ressarcimento de despesas, reduzir o produto da arrecadação do ITR atribuído aos municípios pelo art. 23, § 1º, da Constituição Federal.

Não se pode defender que à União é permitido, *sponte sua*, fazer retenção de qualquer parcela, sem legítima autorização.

Assente-se, ainda, que ao advento da Constituição Federal de 1967, o § 3º, do art. 85, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que autoriza retenção de parcela ‘destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação’, não tem mais aplicabilidade, por isso que perdeu a sua eficácia.

Todo esse raciocínio conduz ao meu entendimento de que o art. 85, § 3º, do CTN (Lei nº 5.172/66) e art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66 são incompatíveis com a Carta vigente, por isso estão revogados.

«No julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 65.537 — SP, a maioria naquela ocasião, dia 27 de agosto p. passado, não considerou os referidos dispositivos incompatíveis com a Constituição.

Aliás, se os dispositivos citados estão revogados — como entendo — nem há falar em inconstitucionalidade, *data venia*, do entendimento contrário.

Assim sendo, dou provimento ao recurso do INCRA, com ressalva do meu ponto de vista, para julgar improcedente a ação, invertendo a condenação em honorários, que arbitro à base de 5% sobre o valor da causa, levando em conta que se trata de condenação contra a Fazenda Pública Municipal (art. 20, § 4º, do CPC).

(AC nº 59.727 — MG — (Reg. nº 3.210.600), in DJ de 5-2-82).

É o meu voto.»

Em linhas gerais, maiores razões tenho, na espécie ora discutida, para manter a mesma linha do entendimento que tive naquele precedente, como exponho adiante.

III

No caso do ITR, as faladas despesas ou custeio dos serviços de lançamento e arrecadação ficam a cargo de uma autarquia — o INCRA — criatura com vida orçamentária relativamente autônoma, praticando, por delegação, aquelas atividades de lançamento e arrecadação.

No caso do Imposto Único sobre Minerais, a situação não é a mesma. A União, detentora do poder fiscal, é ela mesma quem executa os serviços de lançamento e arrecadação. Para a realização de tais serviços, já conta com um aparato material e humano devidamente organizado, que cuida dos assuntos fiscais de um modo geral. De forma que a administração do IUM não pesa nos dispêndios da União, acrescentando que os próprios agentes da Fazenda Federal, que fiscalizam o Imposto de Renda, o IPI, etc., são quem cuida também daquele tributo.

De mais a mais, é de ver que, à vista da atual distribuição de receita, à União, que fica com a maior parte do bolo, não faz falta o minguado 0,5% meio por cento da parte do Imposto Único sobre Minerais que cabe aos municípios.

Nessa linha de idéia, é de pronunciar-se a inconstitucionalidade da expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização» constante do art. 13, do Decreto-Lei nº 1.038, de 4 de outubro de 1969.

Entendendo assim, Senhor Presidente, proponho, na forma regimental (artigos 17, I, e 176), a remessa do feito ao eg. Plenário para apreciação da matéria constitucional.

É o voto.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: O Relatório que proferi na Turma é do seguinte teor:

«Os Municípios de Pedro Leopoldo, Muriaé, Passos, Arcos, Matosinhos, Paraopeba e Pará de Minas, do Estado de Minas Gerais, ajuizaram ação ordinária contra a União Federal, para declarar-se nula a retenção de 0,5% (meio por cento) feita pela suplicada na parte do Imposto Único sobre Minerais que cabe às entidades suplicantes.

A aludida retenção vem autorizada pelo Decreto-Lei nº 1.038, de 21 de outubro de 1969, que dispõe:

‘Art. 13. A receita do Imposto Único sobre Minerais, deduzido 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização, será assim distribuída:’

.....
no entender dos municípios, a dedução de 0,5% (meio por cento) da receita do IUM, prevista no mencionado art. 13, feita ‘a título de despesas de arrecadação e fiscalização’, é inconstitucional porque entra em conflito com a Constituição que determina no

‘Art. 2266. A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

.....
III — noventa por cento do produto da arrecadação do Imposto Único sobre Minerais do País mencionado no item IX, do art. 21.’

Aduzem os autores que:

‘O § 1º e sua alínea *b*, do art. 26 da Constituição Federal determinou que o legislador federal ordinário dispusesse sobre a forma de distribuição do citado imposto aos Estados e municípios, sem, entretanto, que se deixasse de atender à porcentagem constitucional de 90% (noventa por cento)...

obviamente sobre o produto da arrecadação que deve ser entregue às entidades já mencionadas.

Menciona-se na inicial que a questão assemelha-se à da retenção do ITR feita pelo INCRA e invoca-se, analogicamente, em reforço à tese da inconstitucionalidade, o Verbete nº 578 da súmula do Supremo Tribunal Federal, onde está inscrito que:

‘Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM, atribuída aos municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal.,

A União contestou. Defendeu que a expressão «produto da arrecadação» não tem que ser necessariamente o total bruto, pode ser o líquido, deduzidos os encargos da arrecadação e da fiscalização. Assinalou ser velha a questão, lembrando decisão do Tribunal paulista, onde reputou-se constitucional, em 1976, «a Lei Estadual nº 440/74 (SP), que autoriza a retenção de 1% da parte do ICM, destinada aos municípios, para o custeio das despesas de arrecadação» (fl. 20). E finalmente concluiu «que a União Federal, que tem o direito de arrecadar e o dever de repartir o IUM, tem o poder de deduzir, na repartição, as despesas de arrecadação e fiscalização. Caso contrário, estaria frontalmente ferido o princípio constitucional segundo o qual 10% da receita do IUM cabem à União Federal» (fl. 23).

Em apreço à defesa da Fazenda, decidiu o ilustre Juiz Federal, Dr. José Pereira de Paiva, hoje eminente Ministro desta Corte, pela improcedência da ação, resumindo assim as suas razões:

‘No poder expresso da União Federal de instituir impostos sobre a extração, a circulação, distribuição ou consumo dos minerais (art. 21 da Carta Constitucional), com as ressalvas contidas no art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, está implícito o poder da retenção de 0,5%, decretada pela Lei ordinária, que no caso é o Decreto-Lei nº 1.038. Logo, se não declarada, até hoje, a inconstitucionalidade do texto invocado pelos autores, ipõe-se a sua executoriedade.’ (Fl. 70).

Repetindo os argumentos da inicial, apelaram os municípios (fls. 73/79). Após sucinta resposta do Procurador da República, subiram os autos. Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 83, espera a confirmação da sentença recorrida.

É o relatório, sem revisão (RI, art. 33, IX). (Fls. 87 a 90).

A eg. 5ª Turma decidiu submeter ao Plenário a prejudicial de inconstitucionalidade da expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização» constante do art. 13, do Decreto-Lei nº 1.038, de 4 de outubro de 1969.

Na forma regimental, os autos foram com vista à douta Subprocuradoria-Geral da República, onde o incluído doutor José Arnaldo Gonçalves de Oliveira se pronunciou sumariando a matéria em cinco tópicos, a saber:

«1. A eg. 5ª Turma remete para o colendo Tribunal Pleno o conhecimento da questão de inconstitucionalidade do Decreto-Lei Federal nº 1.038, de 21 de outubro de 1969, face ao que se dispôs na Constituição, art. 26, IX, § 1º.

2. Posição cautelosa do Supremo Tribunal Federal que, presumindo ajustada a norma ao sistema jurídico, só a alija quando sua incompatibilidade com a Constituição é clara, manifesta, aberta, inequívoca. *Conciliare legis est optimum.*

3. Exame da controvérsia no sentido de harmonizar e coordenar as estruturas tributária e econômica que envolvem a causa.

4. A norma constitucional (art. 26, III, § 1º) contém matéria financeira, destituída de conteúdo tributário.

Por outro lado, a norma insculpida no art. 21, IX, é de essência, natureza e finalidade tributária, poder da União, que não sofre ingerência do município.

5. Análise histórica dos textos. Precedentes do ITR inadequado. Comparação dos textos: art. 15, § 2º, da Constituição de 1946 com o art. 26, IX, § 1º. Expressão «no mínimo» suprimida no texto atual.

6. Peculiaridade do IUM. Previsão de lei federal ordinária para regular a forma de distribuição.

7. Inadequação da Súmula nº 578 que cogita de outra espécie, sujeita a outros pressupostos.

8. Conclusão: compatibilidade da norma legal com a Constituição.» (Fls. 98/99).

O Plenário do Tribunal já examinou a inconstitucionalidade de que se trata na AC nº 65.794 — MG.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Na Turma proferi o seguinte voto:

«A questão trazida a julgamento é, de verdade, semelhante a que diz respeito à dedução de 20%, retida pelo INCRA a título de custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação, do produto do ITR atribuído aos municípios.

Primeiramente, vale uma consideração a respeito do fundamento da sentença, consistente em que:

‘No poder expresso da União Federal de instituir impostos sobre a extração, a circulação, distribuição ou consumo dos minerais (art. 21 da Carta Constitucional), com as ressalvas contidas no art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, está implícito o poder da retenção de 0,5%, decretada pela lei ordinária, que no caso é do Decreto-Lei nº 1.038. Logo, se não declarada, até hoje, a inconstitucionalidade, impõe-se a sua executoriedade.’ (Fl. 70).

A invocação dos poderes implícitos, no caso, não me parece, *data venia*, adequada.

Os poderes implícitos, também chamados inerentes ou incidentes, decorrem do quadro dos poderes expressos. São (aqueles) poderes necessariamente «compreendidos no âmbito da competência atribuída, embora não declarados.

A doutrina dos poderes implícitos, no direito americano, nasceu por construção judicial. No célebre caso *McCulloch v. Maryland*, teorizando sobre «os poderes implícitos do Congresso», afirmava Marshall (Juiz da Suprema Corte

do EUA) que «se o fim é legítimo e está de acordo com os objetivos da Constituição, todos os meios apropriados e plenamente adaptáveis a ele, não proibidos, mas dentro da lei e do espírito da Constituição, são constitucionais» («Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are not prohibited, but consistent with the letter and spirit of the constitution, are constitutional») — citação de Lêda Boechat Rodrigues, ob. cit., págs. 43/44.

Quando os poderes implícitos decorrem da combinação de duas ou mais atribuições explícitas, chamam-se poderes resultantes («resulting powers»), no dizer dos constitucionalistas americanos.

Observo que o poder implícito é aquele necessário, ou até indispensável, à plena realização de um correlato poder expresso.

Ora, a não exigência do 0,5 (meio por cento) previsto no art. 13 caput, do Decreto-Lei nº 1.038/69 não afeta nem embaraça o exercício do poder expresso de a União lançar e arrecadar o Imposto Único sobre Minerais, atividade compreendida no âmbito da sua capacidade tributária.

II

Feitas essas considerações, rejeito o voto que proferi num dos casos do ITR. Endossando as razões da decisão a quo, disse:

1
 Creio ter a sentença de primeiro grau dado razoável interpretação aos dispositivos legais sob análise.

Busquei os precedentes da Súmula nº 578 do STF, analogicamente invocada. E no AI nº 55.989 — SP, entendeu a egrégia 1ª Turma do colendo STF que nenhuma lei, federal ou estadual, autorizava imposição de taxa para custeio de serviço de lançamento e arrecadação (RTJ 64/639), no caso do ICM.

Merece sobrelevar que, como ressaltou a sentença, as contribuições para-fiscais e taxas de cadastro cobradas pelo INCRA já o remuneram pelos serviços de lançamento e arrecadação.

Pela redação do art. 24, § 1º, da Constituição Federal vigente, pertence ao município a totalidade da arrecadação do ITR.

Como dá conta João Barreto (em «Leituras de Administração Financeira» — IBAM, Rio, 1971), a confusa e contraditória destinação do ITR vem de pouco mais de uma década atrás.

O sistema tributário anterior autorizava a retenção de parcela para custeio de serviço de lançamento e cadastro e foi alvo de acirradas críticas. Até que a Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, visando à alteração do sistema primitivo, declarou no seu relatório:

‘Este foi, como era de se esperar, o terreno em que a crítica se mostrou mais acirrada. Mas (...) a maioria dos críticos reclamam maiores participações (...)

(...) restaurou-se a devolução integral do produto do Imposto Territorial aos municípios, como hoje dispõe a Emenda Constitucional nº 10, e de que o texto original reservara 20% à União: o cálculo das participações sobre o produto líquido dos impostos prejudica o automatismo das redistribuições; a fixação «a forfait» do custo de arrecadação, como fizera o texto original, poderia revelar-se excessiva em alguns casos e insuficientes em outros.’ (Ob. cit., pág. 154).

A par das sugestões recebidas, o Congresso procedeu à reforma tributária nacional, resultando na redação do art. 23, § 1º, da Carta vigente. Portanto, como se viu, o sistema anterior autorizava a retenção da parcela para os fins em apreço. Atualmente não é possível, pois quando o legislador constitucional autorizou, fê-lo expressamente.

Assim, não pode o INCRA, a título de ressarcimento de despesas, reduzir o produto da arrecadação do ITR atribuído aos municípios pelo art. 23, § 1º, da Constituição Federal.

Não se pode defender que à União é permitido, *sponte sua*, fazer retenção de qualquer parcela, sem legítima autorização.

Assente-se, ainda, que o advento da Constituição Federal de 1967, o § 3º do art. 85, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que autoriza retenção de parcela 'destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação', não tem mais aplicabilidade, por isso que perdeu a sua eficácia.

Todo esse raciocínio conduz ao meu entendimento de que o art. 85, § 3º, do CTN (Lei nº 5.172/66) e art. 4º, do Decreto-Lei nº 57/66 são incompatíveis com a Carta vigente, por isso estão revogados.

No julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 65.537 — SP, a maioria naquela ocasião, dia 27 de agosto p. passado, não considerou os referidos dispositivos incompatíveis com a Constituição.

Áliás, se os dispositivos citados estão revogados — como entendo — nem há falar em inconstitucionalidade, *data venia*, do entendimento contrário.

Assim sendo, dou provimento ao recurso do INCRA, com ressalva do meu ponto de vista, para julgar improcedente a ação, invertendo a condenação em honorários, que arbitro à base de 5% sobre o valor da causa, levando em conta de que se trata de condenação contra Fazenda Pública Municipal (art. 20, § 4º, do CPC).

É o meu voto'. (AC nº 59.727 — MB — (Reg. nº 3.210.600), in *DJ* 5-2-82).

Em linhas gerais, maiores razões tenho, na espécie ora discutida, para manter a mesma linha do entendimento que tive naquele precedente, como expunho adiante.

III

No caso do ITR, as faladas despesas ou custeio dos serviços de lançamento e arrecadação ficam a cargo de uma autarquia — o INCRA — criatura com vida orçamentária relativamente autônoma, praticando, por delegação, aquelas atividades de lançamento e arrecadação.

No caso do Imposto Único sobre Minerais, a situação não é a mesma. A União, detentora do poder fiscal, é ela mesma quem executa os serviços de lançamento e arrecadação. Para a realização de tais serviços, já conta com um aparato material e humano devidamente organizado, que cuida dos assuntos fiscais de um modo geral. De forma que a administração do IUM não pesa nos dispêndios da União, acrescentando que os próprios agentes da Fazenda Federal, que fiscalizam o Imposto de Renda, o IPI, etc., são quem cuidam também daquele tributo.

«De mais a mais, é de ver que, à vista da atual distribuição de receita, à União, que fica com a maior parte do bolo, não faz falta ao minguado 0,5% (meio por cento) da parte do Imposto Único sobre Minerais que cabe aos municípios.

Nessa linha de idéia, é de pronunciar-se a inconstitucionalidade da expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização» constante do art. 13, do Decreto-Lei nº 1.038, de 4 de outubro de 1969.» (Fls. 91 a 96).

Foi assim que me pronunciei e a Turma decidiu encaminhar a questão ao exame do Plenário do Tribunal, o qual já decidiu a matéria da AC nº 65.794 — MG para julgar inconstitucional a expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização» constante do art. 13, do Decreto-Lei nº 1.038, de 4 de outubro de 1969.

Portanto, fica prejudicada a remessa do presente feito ao Plenário e pelos fundamentos dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente a ação.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

AC nº 63.747 — MG — (Reg. nº 3.042.723) — Rel.: O Sr. Min. Pedro Acioli. Aptes.: Prefeitura Municipal de Pedro Leopoldo e outros. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Yor Queiroz Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo. (Em 9-9-85 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.132 — PE
(Registro nº 3.181.863)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara/PE*

Apelantes: *A. Palmeira S/A e União Federal*

Apelados: *Os mesmos e SOCIC Comercial S/A*

Advogados: *Drs. Sílvio Pessoa de Carvalho e Cêlio Avelino de Andrade*

EMENTA: Processual Civil. Embargos à execução. Litisconsórcio. Honorários e custas. Sucessão.

I — Sem estar comprovado, por parte da embargante, a alegada sucessão, é justa a condenação em custas e honorários. À parte considerada como litisconsorte, chamada ao processo sem, na realidade, estar responsável solidariamente ao objeto em demanda, reverterem-se tais benefícios.

II — Tais ônus, custas e honorários são devidos pela parte que der causa à instauração do litisconsórcio sem a devida precaução. Não se afigurando legítima a distribuição equitativa entre exequente e executado, posto que o primeiro promove execução apenas e tão-só contra aquele que alega sucessão (o executado).

III — Reforma parcial da sentença na parte em que distribui o ônus processual, recaindo unicamente sobre o executado; isento o exequente.

IV — Improvimento do recurso do embargante. Provimento do recurso do embargado.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento ao recurso da embargante e dar provimento ao da União Federal, bem como à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1985.

SEBASTIÃO REIS, Presidente. PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: A r. sentença relatou a espécie, assim:

«A Fazenda Nacional, em Pernambuco, em 16-1-75, promoveu nesta Vara execução por quantia certa contra A. Palmeira Comércio S/A, para haver seu crédito fiscal, no valor de Cr\$ 27.279,70, que, contados, atingiu o valor acrescido de Cr\$ 125.093,57 em fevereiro de 1975.

Disso, decorreu a penhora de imóvel situado nesta Capital, de propriedade da executada. Isso em 19-2-75.

Em 28-2-75, seguro o juízo, opôs a executada embargos que correm em apenso aos autos da execução, alegando que celebrara, em fevereiro/71 — data posterior ao fato gerador dos tributos que originaram a execução — contrato particular com a sociedade S/A Costa Targino Indústria e Comércio, sucedida sem solução de continuidade por SOCIC Comercial S/A, instrumento esse através do qual esta última incorporou parte do ativo da embargante A. Palmeira Comércio S/A e assumia a responsabilidade de parte do passivo exigível, constante de relação, na qual se incluíam tributos em atraso, sem perfeita individuação de que seriam os de que tratava a execução fiscal em foco.

4. Pedia a procedência dos embargos em face do que se contém no art. 133 do CTN (Lei nº 5.172/66), pelo qual quem devia responder pelo débito junto à Fazenda Federal seria a SOCIC, adquirente de acervo da executada. Junta documentos.

5. Sem custas pagas pelo embargante, veio a impugnação da Fazenda Nacional, na palavra de sua Procuradora, alegando que o contrato entre as duas sociedades era simples cessão de crédito, com assunção de débito de parte do patrimônio (cláusula 2ª, fl. 10 dos autos); que o art. 133 do CTN só pode ser entendido em consonância com o art. 123 do mesmo CTN; que o art. 133 do CTN não pode servir ao caso; que a responsabilidade da SOCIC é subsidiária, em caso de insolvência de A. Palmeira. Pede que a execução prossiga contra a embargante unicamente. Junta parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional. Isso em 3-4-75.

6. Em 4-7-78, o MM. Juiz da 1ª Vara, no exercício cumulativo desta 3ª Vara, chamou o feito à ordem para intimar o exequente para promover a citação da SOCIC, na qualidade de litisconsorte necessária passiva, sob a cominação de extinção do feito (art. 47, parágrafo único, CPC). Ai o exequente, pelo Dr. Procurador da República, requereu a citação da SOCIC, como litisconsorte necessária passiva na execução e ativa nos presentes embargos. O MM. Juiz só mandou citar na qualidade de litisconsorte necessária passiva, para pagar, sob pena de penhora (ou seja, só na execução fiscal).

Nos autos da execução, foi feita a citação, tendo decorrido, pela SOCIC, nomeação de imóvel para penhora, cujo termo foi lavrado em 25-8-78.

8. Face a isso, a SOCIC, com juízo seguro, opôs embargos, alegando que, contra ela, não existia título; que a dívida era de Imposto de Renda, sobre lucro real, que só beneficiou a sociedade A. Palmeira; que o dispositivo aplicável à espécie é o art. 123 do CTN, segundo o qual o contrato particular firmado entre os dois não pode ser oposto à Fazenda Nacional; que a firma A. Palmeira poderia, quando muito, fazer a denunciação da lide, chamando a SOCIC, embora esta, se isso ocorresse, negasse, como afirma nos embargos; que a execução se faz em benefício do credor; que a inclusão da SOCIC no feito extrapolou os limites da lide; que a SOCIC não é sucessora de A. Palmeira, tanto que esta não transferiu à SOCIC todo o acervo de bens do patrimônio daquela, mas apenas parte; que o art. 133 deve ser interpretado

com o art. 123, ambos do CTN. Por fim, diz ser A. Palmeira litigante de má-fé. Ao pedir sua exclusão da relação processual e liberação do bem penhorado, pede também indenização pelos prejuízos que sofreu por parte de A. Palmeira.

9. Sem pagamento de custas pelo embargante, veio a impugnação da Fazenda Nacional à SOCIC, em que dá razão a esta segunda embargante, porque A. Palmeira não encerrou as portas, explora imóveis, inclusive aluga um deles à própria SOCIC; mas, a Fazenda Nacional, achando ser aplicável o art. 133, II, do CTN, diz ter a SOCIC responsabilidade subsidiária; que a SOCIC só deverá responder pelo débito se os bens de A. Palmeira forem insuficientes para a liquidação. Mas, no final não pede a procedência ou improcedência destes embargos nem se devem permanecer ou não as duas penhoras» (fls. 68/70).

A seguir, veio a sentença julgando improcedentes os embargos opostos por A. Palmeira Comércio S/A; procedentes os embargos apresentados por SOCIC Comercial S/A, improcedente o pedido da SOCIC quanto à indenização contra A. Palmeira.

Apelou A. Palmeira Comércio S/A, sustentando que «a questão objeto da causa situa-se, por inteiro, dentro dos limites do art. 133 do CTN. A prova não permite o enquadramento da controvérsia em espaço de outra norma»; que o negócio operado entre a recorrente e a SOCIC é alcançado pelo comando do art. 133, do CTN, para afinal pedir que sejam julgados procedentes os seus embargos e, dada a conexão, reportados aos opostos por SOCIC Comercial S/A.

Contra-razões da União Federal, assegurando que, na realidade, não conseguiu o ora apelante comprovar que tivesse feito a transferência do seu estabelecimento ou fundo de comércio para a empresa SOCIC Comercial S/A, insurge-se contra a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Contra-razões de A. Palmeira Comércio S/A, defendendo a justeza da condenação em honorários advocatícios da União Federal (fl. 93).

Subindo os autos ao colendo Tribunal Federal de Recursos, opinou a douta SGR, pelo improvimento do recurso de A. Palmeira Comércio S/A e provimento do recurso da União Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A matéria in examen foi bem apreciada na sentença, que, de início, fez um histórico da controvérsia; em seguida, posicionou-se sobre o mérito da demanda, assim:

«A questão jurídica está sobre qual dos dois artigos do CTN — 123 ou 133 — deve se reger a espécie, ou se os dois combinados. Acho o art. 123 preeminente; note-se que soa mais alto a defesa do fisco, que não pode ficar à mercê das convenções particulares para receber seus créditos, líquidos e certos.

18. O artigo 133 é o soldado de reserva, é convocado quando o art. 123 não foi suficiente para proteger os interesses da Fazenda Nacional. Quando isso ocorre, a Procuradoria da Fazenda Nacional já deve inscrever o débito em nome da pessoa adquirente do fundo ou estabelecimento da empresa alienante (devedora do fisco). Isso não foi feito no caso dos autos e a Procuradoria da Fazenda sabia o que se passava, como vê à fl. 64, no fim do item 10 do parecer. A Procuradoria deixou de lado a SOCIC.

19. Mesmo que se quisesse admitir imperar só o art. 133 (excluindo-se o art. 123 do CTN), a atenta leitura do seu inciso I deixa claro que, nos casos destes autos, a responsabilidade da SOCIC não pode ser integral, porque a fir-

ma A. Palmeira não cessou a exploração do comércio; é pessoa jurídica, explora, pelo menos, locação de seus imóveis; tem sede e no contrato que firmou só transferiu parte tanto do ativo como do passivo.

20. Indo-se ao inciso II do mesmo artigo 133 do CTN, se se quisesse atribuir responsabilidade à SOCIC, seria subsidiária. Se é subsidiária, não é integral nem principal. Primeiro tem que ser exaurida a responsabilidade da devedora principal — A. Palmeira — para só depois, numa segunda fase, ir-se à constrição contra a SOCIC. Então, criou-se uma condição para que a SOCIC seja chamada à responsabilidade (esgotar a possibilidade de receber o crédito de A. Palmeira); sem isso, a execução contra a SOCIC é nula, a teor do art. 618, III, do CPC. Deve-se apurar judicialmente que a SOCIC é a responsável, já que contribuinte não o era.

21. Há um pacto entre particulares, em que a A. Palmeira transfere para a SOCIC encargos; mas, além de não se poder opô-lo à Fazenda Nacional (art. 123, CTN), nem se sabe se houve adimplemento de parte a parte, resolúveis que são os contratos.

22. A SOCIC não é solidária na dívida, já que não ocorre nenhuma das duas hipóteses do art. 124 do CTN (nem teve interesse no fato gerador do tributo, que foi o lucro de A. Palmeira; nem há lei designando expressamente). Repito: no máximo, haveria responsabilidade subsidiária (art. 133, II, CTN), mas como dissemos: não há título formado, não se esgotou a responsabilidade originária do devedor principal.

23. Não se queira trazer aqui o caso de sucessão trabalhista, em que se condenou a SOCIC a pagar indenização a empregado transferido de A. Palmeira. A sucessão aí protege o contrato de trabalho, para que o empregado — hipossuficiente — não fique a descoberto na alteração da estrutura da empresa, de cuja direção não participa. A teleologia diz que a CLT se tem em vista o empregado; no CTN, o fisco com respeito aos direitos do contribuinte.

24. Não desconheço o Acórdão da 3ª Turma (Relator Ministro Carlos Mário Velloso), na AC nº 40.990-SP, Ementário da Jurisprudência do TFR, nº 1, pag. 107, quando diz que «na hipótese de transferência de empresa, fundo de comércio ou estabelecimento, a execução deve prosseguir contra o adquirente independentemente de retificação do aditamento da inicial». Mas cabem dois reparos: 1º — a veneranda decisão fala em transferência, e, no caso destes autos, só se deu parte dela, tanto que a firma alienante permanece «em ser»; 2º — a ementa do v. Acórdão diz: «CPC — art. 568, V, c/c o art. 133 do CTN», o que leva a crer que houve execução contra o responsável tributário; no CTN, responsável é o que vem definido no art. 121, II, do parágrafo único. CTN; depois tem que se enquadrar nas hipóteses dos arts. 128 (a SOCIC não tem vínculo com fato gerador — lucro de outra firma), 130 e seguintes (sucessores; não houve sucessão, o alienante continuou o negócio) e 134/135 (só nesses casos expressos).

25. Assim, tenho como aplicável ao caso destes autos o art. 123. Se insolúvel o devedor originário, aí se poderia recorrer ao art. 133, II, CTN, mas subsidiariamente, em segunda etapa, como prosseguimento da execução, se inviável o recebimento do devedor principal.

26. A empresa A. Palmeira, pagando o débito fiscal de que se cuida, e tendo um contrato particular com a SOCIC, em que a esta caberia pagar tais débitos, pode opô-lo à SOCIC (não pode opor à Fazenda Nacional) e se resarcir do que pagou, se a SOCIC não tiver impugnação a fazer sobre isto. Mas, nessa contenda, fica a Fazenda Federal distante. Também, não correria o feito na Justiça Federal nem no bojo dos autos da execução, como alvitrou o parecer do Sr. Procurador da Fazenda Nacional, sugerindo a utilização, pela

empresa A. Palmeira recorrer ao art. 70, III, do CPC (denúnciação da lide). Acho inaplicável essa figura à execução, porque a finalidade do art. 70, III, CPC, é que se forme um título (artigo 76; *in fine*, CPC) e no processo de execução não cabe sentença. Logo, não tem sentido esse caminho, que exige processo de conhecimento e isso é impossível, em processo de execução (neste, não há cognição).

27. Nos dois embargos, não se cobraram custas dos embargantes, em que pese o AC nº 39.258 — SP, 3ª Turma, Rel.: Min. Armando Rollemberg, Ementário TFR, nº 1, pág. 104, que diz: «Os embargos à execução caracterizam-se como ação incidental ou contra-ação. Por isto, de acordo com a norma do art. 10 da Lei nº 6.032/74, as custas terão que ser pagas pelo embargante,..., na categoria de causas em geral (Tabela I). «No dispositivo da sentença, a omissão será suprida». (Fls. 71/75):

Em consonância com a tese da r. sentença tem-se o parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República, que transcreve parte da decisão de primeiro grau, e sustenta que a questão cinge-se à responsabilidade tributária, nos termos do art. 133 combinado com o artigo 123, ambos do CTN, e, por fim, insurge-se contra a sentença, a estabelecer honorários para a União Federal, a serem pagos à SOCIC, por entender que o ilustre Juiz sentenciante laborou em equívoco, razão pela qual opina procedência do apelo de fls. 88/89, com esses argumentos:

«Ora, a Fazenda Federal não promoveu qualquer execução contra a SOCIC Comercial S/A, na realidade foi compelida, pelo Juiz do feito, como observa do despacho de fl. 66, a requerer a citação da mencionada empresa, sob pena de se declarar extinto o processo.

Na verdade, o pedido em tela foi feito, tão-somente, para atender à determinação do Juízo, embora, a rigor, o autor dos embargos era quem deveria ter requerido a citação da SOCIC Comercial S/A para integrar a lide, como litisconsorte necessário e não a credora, que não era autora dos embargos. (Parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil).

Diante do exposto, espera-se que a egrégia Turma julgadora reforme a respeitável sentença do ilustrado Juiz Federal, na parte em que condenou a ora recorrente ao pagamento de honorários (fls. 88/89)». (Fl. 98).

Correta a sentença. Aplica-se ao caso em questão o art. 123 do CTN, que tem prevalência sobre o art. 133 do mesmo Código, que trata de responsabilidade dos sucessores.

Realmente, o apelante Palmeira S/A não conseguiu comprovar que tivesse feito a transferência para a SOCIC S/A, de todo o acervo de seus bens, que integram seu patrimônio, e sim, parte dele, como claramente se vê, na cláusula I do contrato junto aos Embargos sob nº 01, e na própria inicial dos embargos, no começo do histórico (fl. 2).

No pertinente à condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios à SOCIC, tenho para mim que o d. Juiz sentenciante realmente laborou em equívoco, conforme demonstra o insigne Procurador da República, em suas razões de recurso às fls. 88/99, já acima transcritas.

Nessa linha de idéias, nego provimento ao recurso de Palmeira Comércio S/A e dou provimento ao recurso voluntário da União Federal, bem assim à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 65.132 — PE — (Reg. nº 3.181.863) — Rel.: O Sr. Min. Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — PE. Apte.: A. Palmeira Comércio S/A e União Federal. Apdos.: Os mesmos e SOCIC Comercial S/A. Advs.: Drs. Sílvio Pessoa de Carvalho e Célio Avelino de Andrade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da embargante e deu provimento ao recurso voluntário da União Federal, bem como à remessa oficial. (Em 26-8-85 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Geraldo Sobral e Sebastião Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, por estar licenciado, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.481 — SP
(Registro nº 1.114.727)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelante: *Caixa Econômica Federal*

Apelados: *André Deak e cônjuge*

Advogados: *Drs. Aida de Oliveira Martins Domingues, Sérgio Marques da Cruz, outros e Niló Arêa Leão*

EMENTA: Processual Civil. Contrato de financiamento da casa própria. Execução. Embargos dos executados fundados na alegação de que cabe ao FIEL (Fundo para Pagamento de Prestações em Caso de Perda de Renda por Desemprego e Invalidez Temporária), instituído pelo BNH, responder, no caso, pelas prestações em atraso.

Caso em que se torna necessária a citação do BNH, para integrar a relação processual, como litisconsorte necessário, sob pena de ineficácia da sentença. Nulidade do processo que se declara, a partir do despacho designatório da audiência.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e, de ofício, anular 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, 18 de junho de 1986.

PÁDUA RIBEIRO, Presidente. ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): André Deak e sua mulher embargaram a execução que lhes propôs a Caixa Econômica Federal, por saldo devedor de contrato de mútuo, destinado à aquisição de casa própria, ao argumento de que o primeiro autor tornou-se temporariamente inválido, a partir de agosto de 1976, estado em que ainda se encontra, passando a receber auxílio do INPS, que é insuficiente para o atendimento das prestações previstas no aludido contrato, incidindo, portanto, a regra da cláusula vigésima-sexta da avença-padrão, que lhe faculta recorrer ao Fundo pa-

ra Pagamento de Prestações em Caso de Perda de Renda por Desemprego e Invalidez Temporária (FIEL), o que fez, providência que inibe a exigibilidade das prestações em atraso e demais cominações aludidas na inicial.

Respondendo, sustentou a CEF, preliminarmente, que os embargos não têm efeito suspensivo, já que os embargantes não depositaram a importância reclamada na inicial, nem provaram o pagamento do débito, a teor das regras dos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 5.741/71, alegando, quanto ao mérito, que os benefícios da cláusula nº 26 deveriam ter sido invocados pela segunda embargante tão logo recebeu o aviso de débito, o que só foi feito quase dois anos depois, quando já ajuizada a execução pela CEF, que não tinha conhecimento da invalidez do primeiro embargante.

O MM. Juiz Federal da Nona Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca, julgou procedentes os embargos.

Recorreu a CEF, argüindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ter sido proferida por Juiz diverso do que presidiu a audiência, e colheu a prova oral nela produzida. Alegou, ainda, ser inaplicável à espécie sob exame, a cláusula 26ª do contrato, já que não decorrido, quando da invalidez do primeiro autor, o prazo de carência de 6 meses previsto no item 2, do RD/55/71, que regulamentou o Fundo FIEL. Aduziu que a invalidez não foi comprovada por documento emitido pela instituição de previdência a que estava filiado o inválido, conforme previsto na cláusula 11ª, b, do mencionado documento.

Contra-arrazoaram os apelados, alegando não ser absoluto o princípio da identidade física do Juiz e aduzindo que já haviam pago seis prestações contratuais quando adveio a invalidez do primeiro embargante. Alegaram, ainda, que houve inovação de matéria fática por parte da apelante, em seu recurso, de vez que não alegou, na fase de conhecimento, o não cumprimento da carência.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Contrato de financiamento da casa própria. Execução. Embargos dos executados fundados na alegação de que cabe ao FIEL (Fundo para Pagamento de Prestações em Caso de Perda de Renda por Desemprego e Invalidez Temporária), instituído pelo BNH, responder, no caso, pelas prestações em atraso.

Caso em que se torna necessária a citação do BNH, para integrar a relação processual, como litisconsorte necessário, sob pena de ineficácia da sentença. Nulidade do processo que se declara, a partir do despacho designatório da audiência.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Pretendem os embargantes forrarem-se aos efeitos da mora verificada no pagamento das prestações de seu contrato de financiamento, para fins de aquisição de casa própria, sustentando o entendimento de que incumbia à CEF aplicar, no caso, as normas que regem o Fundo para Pagamento de Prestações do BNH — FIEL, face à invalidez temporária que sobreveio ao primeiro deles, a partir de agosto de 1976, conforme previsto na cláusula 26ª da aludida avença.

Com efeito, o Fundo em questão foi instituído pelo BNH, por meio da Resolução nº 11/71, de seu Conselho de Administração, com o objetivo de garantir ao adquirente de unidade residencial, dentro do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), o pagamento, mediante empréstimo, do total ou de parte das prestações por ele devidas e não pagas, durante certo lapso de tempo, por efeito de desemprego ou invalidez temporária (fls. 84/86).

A CEF, ao que se deduz de suas manifestações nos autos, tem entendimento firmado no sentido de descabimento, no caso, do citado benefício, seja por não ter sido invocado no momento oportuno, seja à falta de cumprimento, por parte dos embargantes, do prazo de carência previsto na mencionada Resolução nº 11/71.

Como se pode ver acima, consiste o benefício em tela em empréstimo, que é concedido pelo BNH ao mutuário, para que possa cumprir com as suas obrigações contratuais, enquanto subsistente a causa que determinou a redução de rendimentos.

Se o empréstimo em tela há de ser feito pelo mencionado Banco, e não pela CEF, torna-se imperiosa a participação daquele na relação processual, a fim de que possa manifestar-se sobre o cabimento ou não do mencionado benefício, no caso em tela.

Vale dizer que a sentença decisória dos embargos, para ter eficácia contra o mencionado Fundo, que será por ela afetado, depende de citação do seu gestor, o BNH.

Assim sendo, nego provimento ao recurso e, de ofício, anulo o processo a partir do despacho de fl. 50, designatório da audiência, a fim de que se processe, na forma da lei, a integração da relação processual por parte do BNH, antes do julgamento dos embargos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 65.481 — SP. — (Reg. nº 1.114.727) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Apte.: Caixa Econômica Federal. Apdos.: André Deak e cônjuge. Advs.: Drs. Aida de Oliveira Martins Domingues, Sérgio Marques da Cruz, outros e Nilo Arêa Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso e, de ofício, anulou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 18-6-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros José de Jesus e Pádua Ribeiro. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO.

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.794 — MG
(Registro nº 3.191.087)**

Relator: *O Sr. Ministro Pádua Ribeiro*

Remetente: *Juiz Federal da 5ª Vara — MG*

Apelante: *União Federal*

Apelados: *Municípios de Formiga, Barroso e Pimenta*

Advogados: *Dr. Yor Queiroz Júnior e outros (apdos.)*

EMENTA: Tributário. Imposto Único sobre Minerais. Retenção de parcela a título de despesas de arrecadação e fiscalização. Inconstitucionalidade.

I — A expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização» constante do art. 13, caput, do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, é inconstitucional, vez que se choca com o art. 26, inciso III, da Lei Maior.

II — Argüição de Inconstitucionalidade acolhida pelo Plenário.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, declarar inconstitucional o artigo 13 do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, relativamente à seguinte expressão: «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização», na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 16 de maio de 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente. PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Ao julgar a AC nº 65.794 — MG, a egrégia 4ª Turam acolheu o voto que então proferi, na qualidade de Relator, em que argüi a inconstitucionalidade do art. 13, caput, do Decreto-Lei nº 1.038, de 21 de outu-

bro de 1969, na parte em que permite à União Federal deduzir 0,5% do produto da arrecadação do Imposto Único sobre Minerais, a título de despesas de arrecadação e fiscalização. Daí ter remetido o feito ao julgamento deste Plenário, em observância à Constituição (art. 116) e ao Regimento Interno desta Corte (fl. 176).

Este o teor do voto que, naquela oportunidade, proferi (fls. 45/50):

«Consiste a controvérsia em saber se é constitucional, ou não, o artigo 13, **caput**, do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, na parte em que permite à União Federal deduzir 0,5% do produto da arrecadação do Imposto Único sobre Minerais, a título de despesas de arrecadação e fiscalização.

II

A propósito, argumentam os autores na petição inicial (fls. 2/4):

«1. De acordo com o seu art. 21, IX, a nossa Carta Magna outorga à União Federal o poder de instituir imposto sobre extração, circulação, distribuição ou consumo dos minerais do País, o chamado Imposto Único sobre Minerais do País.

E o art. 26, III, da mesma Constituição Federal, deixa claro, a respeito do citado tributo, que:

«Art. 26. A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
 III — noventa por cento do produto da arrecadação do imposto sobre minerais do País mencionado no item IX do artigo 21.»

2. Outrossim, o § 1º e sua alínea *b*, do art. 26 da Constituição Federal, determinou que o legislador federal ordinário dispusesse sobre a forma de distribuição do citado imposto aos Estados e Municípios, sem, entretanto, que se deixasse de atender à porcentagem constitucional de 90% (noventa por cento), que há de ser entregue aos Estados e Municípios.

Assim diz o citado § 1º, alínea *b*, da Carta Magna:

«
 § 1º A distribuição será feita nos termos da lei federal, que poderá dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, conforme os seguintes critérios:

.....
 b) no caso do item III, proporcional à produção.»

3. Nestas condições, cumprindo a norma constitucional, o legislador ordinário, por meio de Decreto-Lei federal nº 1.038, de 21 de outubro de 1969, determinou, em seu art. 13, o seguinte:

«Art. 13. A receita do Imposto Único sobre Minerais, deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização, será assim distribuída:

I — 10% (dez por cento) à União;

II — 70% (setenta por cento) diretamente ao Estado e ao Distrito Federal em cujo território houver sido extraído o mineral produtor da receita;

III — 20% (vinte por cento) diretamente ao município em cujo território houver sido extraído o mineral produtor da receita.»

4. Por conseguinte, é fora de dúvida que, embora deixando à lei ordinária a fixação das parcelas do imposto que cabem, respectivamente, ao Estado-membro (70%) e ao município (20%), a Constituição determina claramente que 90% (noventa por cento) do Imposto Único sobre Minerais sejam entregues ao Estado e ao Município que extraíram o mineral produtor da receita.

5. Todavia, pela simples leitura do texto do art. 13 do Decreto-Lei Federal nº 1.038/69, vê-se que esse artigo é absolutamente inconstitucional, pois está claro que o depósito das parcelas que cabem ao Estado e aos suplicantes não é integral, já que, antes de ser feita a respectiva distribuição, a suplicada desconta 0,5% (meio por cento) do total a ser depositado, isso significa que não é feita a distribuição dos 90% (noventa por cento) do imposto determinados pela Constituição e sim de apenas 89,5% (oitenta e nove e meio por cento), o que viola a norma constitucional.

6. Ora, em que pese a clareza meridiana do dispositivo constitucional, a suplicada vem descontando dos suplicantes importâncias de 0,5% (meio por cento) da parcela do imposto sobre minerais que cabe ao município, o que viola a Constituição, como se disse, pois 90% (noventa por cento) do tributo hão de ser entregues aos Estados e Municípios na base de 70% (setenta por cento) e a estes na base de 20% (vinte por cento).

Mas a verdade é que a distribuição vem sendo feita de apenas 89,5% (oitenta e nove e meio por cento), dada a aplicação do art. 13 do Decreto-Lei Federal nº 1.038/69, artigo de lei que, na parte que autoriza a cobrança dessa importância de 0,5% (meio por cento) é inconstitucional, e como tal há de ser declarado.»

A sentença, ao julgar a ação procedente, acolheu essa argumentação, nestes termos (fls. 23/25):

«Versa a hipótese dos autos sobre a chamada «cobrança unificada»: A União arrecada impostos inseridos em sua competência tributária, com o dever de distribuir percentagem do produto cobrado a outros poderes tributários, consoante ensinamento do Prof. Marcelo Caetano, in Direito Constitucional Brasileiro.

Competindo à União por disposição constitucional a instituição do imposto sobre a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo dos minerais, classifica-se ele como um tributo privativo federal, inadmitida, em qualquer das fases com vista à arrecadação, a interferência das duas entidades tributantes, sob pena de invasão de competência.

Desta forma, cabe à União selecionar os minerais que pretende tributar, isentando os demais, estabelecer a respectiva base de cálculo e a alíquota, a forma de lançamento e a fase que deseja tributar; ou a extração ou a distribuição ou o consumo, etc.

Até aí, toda-poderosa se mostra a União, agindo livremente, sem quaisquer mecanismos de frenagens, salvo os impostos pela Lei Fundamental. Uma vez arrecadado o gravame, impõe a Constituição — art. 26, III, que 90% (noventa por cento) do produto seja distribuído, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à produção.

Permite a Carta Magna, é bem verdade, que o legislador ordinário fixe a forma e a finalidade da aplicação do recurso proveniente do imposto. Mas nunca o quantitativo que deverá ser de 90% (noventa por cento).

E realmente não pode a União proceder ao desconto de 0,5% (meio por cento), a título de indenização de despesas, porque, sendo o imposto cobrado de sua exclusiva competência, o ônus da cobrança é todo seu e não dos demais beneficiários.

Neste sentido, decidiu o eg. STF, através da Súmula nº 578, impedindo os Estados de reduzirem a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM, atribuída aos municípios. É que o ICM, inserindo-se na área de competência tributária dos Estados, deve por eles ser instituído e arrecadado, em nada lhes aumentando a despesa o destaque de 20% dos municípios.

Na espécie sub *judice* o mesmo ocorre. O IUMP é da competência tributária da União, e o destaque das parcelas atribuídas às demais entidades políticas em nada concorre para aumentar as despesas havidas com a arrecadação: *ubi eadem causa ibi idem jus statuendum.*»

IV

A meu ver, correto está o decisório singular. Na verdade, a expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização», constante do *caput* do art. 13 do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, choca-se com o inciso III do artigo 26 da Constituição, que determina à União que distribua aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios «noventa por cento do produto da arrecadação do imposto sobre minerais do País mencionado no item IX do artigo 21».

Cabe acrescentar que o § 1º do citado preceito constitucional, ao dispor acerca da distribuição do produto da arrecadação daquele imposto não autoriza a lei federal, a que se refere, a deduzir qualquer percentagem a título de despesas de arrecadação e de fiscalização.

Penso que não é preciso alongar muito sobre a matéria, vez que a inconstitucionalidade da questionada retenção já foi amplamente debatida e proclamada pelo Judiciário, em casos análogos, ou seja, no tocante ao ICM e ao ITR.

Quanto ao ICM, o excelso Pretório editou a Súmula nº 578, nestes termos:

«Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do ICM, atribuída aos municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal.»

No que se refere ao ITR, decidiu o Plenário daquela colenda Suprema Corte, ao julgar o RE nº 97.316-8 — MG, na consonância da seguinte ementa:

«Imposto sobre Propriedade Territorial Rural. Parcela, em favor da União Federal, destinada ao custeio do respectivo serviço de lançamento e arrecadação desse tributo.

I — Pelo menos a partir da Emenda Constitucional nº 18, de 1965, é inequívoco que a União Federal não pode arrogar-se competência para estabelecer qualquer quota de retenção do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural destinada ao custeio do serviço de lançamento e arrecadação desse tributo.

II — Recurso Extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 4º do Decreto-Lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, e do § 3º do artigo 85 do CTN.»

Reportando-me aos fundamentos dos citados precedentes, argúo, na espécie, a inconstitucionalidade da expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização», constante do art. 13, caput, do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69. Isto posto, proponho a remessa do feito ao julgamento do Plenário, dispensada a lavratura de Acórdão, tudo nos termos do art. 176 do Regimento Interno desta Corte.»

Ouvida, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido de que seja acolhida a arguição de inconstitucionalidade, através do seguinte parecer (fls. 54/59):

«Os Municípios de Formiga, Barroso e Pimenta, todos do Estado de Minas Gerais, propuseram ação ordinária contra a União Federal argumentando ser ilegal a retenção feita pela mesma de parcela do Imposto Único sobre Minerais devido às municipalidades, consoante dispõem os artigos 21, inciso IX, e 26, inciso III, e § 1º, alínea B, da Constituição Federal. Argüiram os autores ser inconstitucional o artigo 13, do Decreto-Lei nº 1.038/69, que autorizou a cobrança do percentual de 0,5% da receita do IUM a título de custeio das despesas de arrecadação e fiscalização realizadas pela entidade federal competente.

2. Neste sentido, aduziram os autores, o desconto de 0,5% do produto arrecadado para as finalidades aludidas violaria o preceito constitucional que impõe a distribuição aos Estados e municípios de 90% do referido quantum e não de 89,5%, como vem sucedendo com amparo nas disposições do Decreto-Lei suso impugnado. Daí, mister se fazer a declaração de nulidade dos atos de retenção, sendo determinada a devolução das parcelas retidas após a edição do mencionado diploma legislativo.

3. Apresentou a sua contestação a União Federal (fls. 15/17), sustentando a legalidade dos ditames previstos no Decreto-Lei nº 1.038/69, posto que o texto constitucional reservou ao legislador ordinário o poder de dispor sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos (artigo 26, § 1º), não se configurando destarte infração ao enunciado da Lei Maior máxime quando o percentual de 90% ali fixado se refere ao produto líquido do imposto, apurado após o pagamento das despesas de arrecadação.

4. Decidiu o MM. Juiz julgar procedente a ação (fls. 22/25) «para declarar nulas as retenções efetuadas pela União e incidentes sobre a parte que cabe aos autores do Imposto Único sobre Minerais, condenada aquela na devolução das parcelas já retidas, observada a prescrição quinquenal».

5. Apelou a União Federal (fls. 27/30), reiterando em suma, os termos da contestação de fls. 15/17. Contra-razões apresentadas (fls. 32/37).

6. Pronunciou-se, em segunda instância, o Ministério Público Federal (fl. 40) pelo provimento do recurso, adotando as razões alinhadas na peça de apelação.

7. Decidiu a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos acolher a Arguição de Inconstitucionalidade, feita pelo Ministro Relator, do artigo 13, do Decreto-Lei nº 1.038/69, diante do artigo 26, III, no ponto em que autoriza a dedução de 0,5% a título de despesas de arrecadação e fiscalização. Na forma do artigo 176 do Regimento do Tribunal, foi determinada a remessa do feito ao Plenário (fls. 42/50).

II

A matéria submetida à nossa apreciação não mais enseja hodiernamente dubitações maiores quanto à exata exegese que deflui dos ditames normativos pautadores da espécie. O alcance dos preceptivos constitucionais parece haver sido delimitado na atividade interpretativa desenvolvida pelos tribunais superiores fixando, destarte, precedentes em hipóteses similares que podem ser trazidos a lume como norteadores do sentido que o constituinte imprimiu à letra da Carta Magna, no que pertine ao *modus faciendi* da distribuição de receitas tributárias.

2. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 97.316—MG, em 1 de dezembro de 1982, considerando inconstitucional a retenção pela União de qualquer parcela da quota do ITR destinada aos Estados e Municípios, sob a justificativa de custeio do serviço de lançamento e arrecadação desse tributo, bem como o entendimento análogo condensado na Súmula nº 578, daquele Pretório, no tocante ao Imposto de Circulação de Mercadorias, configuram precedentes cuja valia inquestionável impõe a sua utilização como paradigmas na tarefa de dilucidar a inteligência emanada dos comandos constitucionais referentes à distribuição do produto do imposto sobre minerais, entre as entidades discriminadas pelo ordenamento jurídico.

3. A identidade do princípio, que inspirou o decisório acima relacionado, à questão que se controverte nos presentes autos rejeita, por desnecessária, a reiteração das premissas doutrinárias consagradas na oportunidade em que a Suprema Corte, conhecendo do litígio, traçou as diretrizes basilares reclamadas pelo tratamento legal da hipótese em apreço. Não se afigura, na linha de raciocínio acolhida, admissível, que por uma interpretação restritiva da expressão «produto de arrecadação do imposto», habilite-se a União ao arbitramento pela via legislativa ordinária de percentuais considerados como razoáveis ao atendimento do dispêndio adveniente do recolhimento do tributo, sem que se afira na fórmula constitucional qualquer indicação autorizadora desta conduta.

4. Expressivo Juízo, aliás, aquele construído pelo eminente Baleeiro que, em escólios ao artigo 85 do Código Tributário Nacional, se pronunciou sobre a inconstitucionalidade da reserva de uma parcela para as despesas de arrecadação do produto do ITR, rematando com lógica irretorquível: «Se o legislador federal pode deduzir discricionariamente 1/5 da arrecadação, sem cláusula constitucional permissiva poderá também deduzir 1/4, 1/3, 1/2 e 2/3, anulando o que estabelece o artigo 24, § 1º, da CF de 1967» («Direito Tributário Brasileiro», 10ª edição, pág. 382, Rio de Janeiro, 1983).

5. Em veras, a concepção daqueles que entrevêm no parágrafo primeiro do artigo 26 da CF o esteio jurídico a legitimar a exigência consubstanciada no artigo 13 do Decreto-Lei nº 1.038/69, não logra prosperar na medida em que o constituinte, após estatuir categoricamente os percentuais da distribuição, reservou à lei federal tão-somente a capacidade de normatizar sobre a forma e os fins de aplicação dos recursos distribuídos, em consonância, por obséquio à lógica que preside a técnica constitucional, com os índices já regulados pela mesma regra. Assim, qualquer alteração do legislador ordinário que importe, mediata ou imediatamente, no oblivio dos cânones declinados pela Carta Fundamental, constituirá transgressão de efeitos irritos, inapta a obter o beneplácito da ordem jurídica em vigor.

6. O intuito de inferir do texto constitucional a orientação de que, in casu, a importância destinada às municipalidades seria calculada sobre a receita líquida do tributo arrecadado, emerge como colidente à máxima latina segundo a qual *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, não prevale-

cendo por conseguinte à míngua de aval que as embase, as conclusões daqueles que entendem haver, na hipótese, o constituinte deferido ao legislador comum tal competência que, por via de decreto, poderá, se levada a extremos (vide Baleeiro), proceder à integral modificação do preceito de maior hierarquia.

7. Lícito salientar que, ao prescrever o texto da Lei Maior, o montante a ser entregue às comunas e aos Estados-membros não fixou o constituinte regra de alcance flexível, dentro de parâmetros que estabelecessem um máximo e um mínimo, ao contrário, a percentagem ali referida é estática não comportando mitigações. Neste passo, a observação de Pontes de Miranda de que, em virtude do princípio cardeal de tal distribuição, de alta relevância financeira para as entidades internas, não se há de permitir à União (por quaisquer motivos) «inserir no seu ativo, respectivamente, mais de sessenta ou de quarenta ou de dez por cento do imposto único» (*in species* combustíveis, energia elétrica e minerais), asseverando, outrossim, o douto jurista, terem os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios «direito, pretensão e ação contra a União para haver o que toca a cada um...» («Com. à Constituição de 1967, c/Emenda nº 1/69» — vol. II, 2ª edição, Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 526).

8. Assim, o encargo administrativo declinado à União de efetuar o lançamento e o recolhimento do gravame fiscal não favorece o exercício de uma presuntiva faculdade para dispor ordinariamente sobre restrições no quantitativo a ser auferido pelas demais pessoas de direito público. O argumento da inadmissibilidade da prestação de serviços, sem o correspondente ressarcimento, pelo qual se intenta postular a licitude da retenção, investe contra a sistemática da Carta Política, máxime quando, consoante o judicioso pronunciamento do Min. Moreira Alves sobre questão análoga (do ICM), por ocasião do julgamento do RE nº 82.102 — SP (RTJ 82/204), «o valor considerado por esse dispositivo (artigo 23, § 8º) é o valor total do crédito tributário (imposto e acessórios), ou seja, todo o valor que é recebido pelo Estado com o imposto e em virtude dele. Nada pode ser retirado, a título de ressarcimento de despesas com a atividade arrecadadora, que inclui, na sua complexidade, a fiscalização». Diverso o *nomen juris* do ônus financeiro, perdura todavia a extensão do princípio, então invocado, à hipótese dos autos.

9. Afigura-se-nos ainda razoável anotar a remissão à doutrina, nos dias correntes, unívoca, na orientação de considerar discrepante dos mandamentos constitucionais a dedução, seja a que título for, das quotas privativas das municipalidades e das unidades federadas do produto arrecadado pela União, nos termos do artigo 26 da Lei Maior (Hely Lopes Meirelles, Revista de Direito Público nº 69 jan./mar., 1984, págs. 73/78).

III

Haurindo do diploma constitucional vigorante, a disciplina que a matéria, ora *sub judice*, reclama, o Ministério Público Federal opina favoravelmente à declaração de inconstitucionalidade do artigo 13 do Decreto-Lei nº 1.038, de 21 de outubro de 1969.»

É o relatório, que deverá ser distribuído aos Senhores Ministros deste Tribunal (Regimento Interno, artigos 176, § 2º, e 175, § 1º).

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto Único sobre Minerais. Retenção de parcela a título de despesas de arrecadação e fiscalização. Inconstitucionalidade.

I — A expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização», constante do art. 13, *caput*, do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, é inconstitucional, vez que se choca com o art. 26, inciso III, da Lei Maior.

II — Arguição de Inconstitucionalidade acolhida pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): Acolho a Arguição de Inconstitucionalidade. Para isso, reporto-me aos fundamentos do voto que proferi na Turma, agora corroborado pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que concluiu pela inconstitucionalidade da expressão «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização», constantes do art. 13, *caput*, do Decreto-Lei nº 1.038, de 21-10-69, vez que contraria o art. 26, inciso III, da Lei Maior.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, com razão o eminente Ministro Relator.

O exame da norma constitucional descrita no artigo 26, em confronto com a disposição contida no art. 13, do Decreto-Lei nº 1.038/69, de chofre, aponta a contrariedade existente entre ambos.

O preceito da Lei Maior determina expressa e claramente que 90% (noventa por cento) do imposto sobre minerais do país arrecadados, a União distribuirá aos Estados, Distrito Federal e municípios.

Ora, o artigo 13 do Decreto-Lei nº 1.038/69, ao determinar o desconto de 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização, alterou, diminuindo o percentual fixado na norma constitucional, contrariando-a frontalmente, o que mostra, perfeitamente, a inconstitucionalidade desta disposição legal autorizadora da referida cobrança.

Sem dúvida, a Carta Magna outorga à lei ordinária fixação das parcelas correspondentes aos Estados e municípios, porém, não autoriza, que seja alterado o quantitativo, fixado no item III do mencionado art. 26, em 90%.

Com estas considerações, acompanho o voto proferido pelo Sr. Min. Relator, para acolher a Arguição de Inconstitucionalidade.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Há *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade, que também acolho, como Presidente, com direito a voto, na esteira dos precedentes bem lembrados pelo Sr. Ministro Relator.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Sr. Presidente, ressaltando o meu voto proferido na Arguição de Inconstitucionalidade do ITR, em que votei vencido, acompanho o eminente Ministro Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AI/AC n.º 65.794 — MG — (Reg. n.º 3.191.087) — Rel.: O Sr. Min. Pádua Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara — MG. Apte.: União Federal. Apdos.: Municípios de Formiga, Barroso e Pimenta. Advs.: Dr. Yor Queiroz Júnior e outros (apdos.).

Decisão: O Pleno, por unanimidade, declarou inconstitucional o artigo 13 do Decreto-Lei n.º 1.038, de 21-10-69, relativamente à seguinte expressão: «deduzidos 0,5% (meio por cento) a título de despesas de arrecadação e fiscalização» (Em 16-5-85 — Pleno).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Nilson Naves, Armando Rollemberg, Jarbas Nobre, Lauro Leitão, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli e Américo Luz. Não participaram do julgamento os Senhores Ministros Miguel Ferrante, Carlos Thibau e Costa Leite. Licenciado o Sr. Ministro Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.686 — DF
(Registro nº 3.205.614)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Luiz Machado de Lima*

Advogados: *Dra. Ivone da Silva Santos e outro*

EMENTA: Civil. Processual Civil. Prescrição alegada somente na apelação.

Aplicação do disposto nos arts. 162 do CC e 303, III, do CPC, como exceção à regra geral de que toda a matéria de defesa do réu deve concentrar-se na contestação (CPC, art. 300).

Incidência da prescrição na parte do pedido que foi objeto da apelação.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação para julgar parcialmente 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, 25 de fevereiro de 1985.

CARLOS THIBAU, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: A r. sentença recorrida, da lavra do então ilustre Juiz Federal, Dr. Ilmar Nascimento Galvão, hoje Ministro desta Corte, assim expôs a controvérsia:

«Luiz Machado de Lima, qualificado na inicial, ajuizou a presente ação contra a União Federal, objetivando a revisão dos proventos de sua aposentadoria e a sustação de descontos, a título de indenização, que vem sofrendo mensalmente na folha de seus proventos.

Alega que ingressou no serviço público em 25 de fevereiro de 1942, como Fotógrafo, ref. XI, servindo no Ministério da Agricultura, havendo, em 1 de setembro de 1953, sido posto à disposição do Conselho Nacional de Pesquisas, onde assumiu, na mesma data, a função de Chefe do Laboratório Fotográfico do Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas.

Em 1 de julho de 1954, passou a exercer, cumulativamente, a função de Chefe de Laboratório de Reproduções Fotográficas do Instituto Brasileiro de Bibliografia e Documentação, cargo em comissão, símbolo C-2, o qual foi transformado, em 18 de fevereiro de 1957, em cargo isolado, em comissão. Em 25 de julho de 1961, o aludido cargo foi extinto, criando-se a função gratificada 9-F, que o A. imediatamente assumiu, nela permanecendo até o dia 1 de fevereiro de 1967.

Assim sendo, exerceu ininterruptamente cargo de chefia, de 1 de setembro de 1953 a 1 de fevereiro de 1967, durante 13 anos e 4 meses.

Em 7 de março de 1969, foi aposentado como incapaz, com 27 anos e 15 dias de serviço, na forma do item III do art. 178 da Lei nº 1.711/52.

Tem direito, portanto, à agregação obrigatória no cargo de confiança que exercia no Conselho Nacional de Pesquisas e à aposentadoria, com as vantagens do cargo em comissão que desempenhou, de Diretor, símbolo OC, nos termos da Lei nº 1.741/52 e Decreto nº 41.666/57, o que, entretanto, não lhe foi reconhecido no ato de sua inativação.

Ademais, vem-lhe sendo descontada dos proventos a quantia de Cr\$ 400,00, por mês a título de indenização, o que é incabível, porquanto a responsabilidade civil do servidor só ocorre mediante ato doloso ou culposo, que importe em prejuízo para a Fazenda Nacional, o que, no caso, não foi comprovado pela administração.

Pediu fosse a União condenada «a proceder à revisão do ato de aposentadoria do postulante, para atribuir-lhe as vantagens como agregado; dos proventos correspondentes ao cargo de Diretor, símbolo OC, contagem de 5 quinquênios nos termos do artigo 1º da Lei nº 1.050/50, como pagamento das diferenças de proventos que deixou de receber, inclusive o quinquênio que lhe vem sendo negado, calculados estas dentro de 5 anos anteriores à data da propositura da ação»; e «a suspender os descontos indevidos, que vem procedendo na folha de pagamento do postulante e devolver-lhe com juros e correção monetária o que foi descontado»; «mais ao pagamento das custas, honorários de advogado, juros e correção monetária, sobre a diferença de proventos que deixou de receber como agregado».

Inicial instruída (fls. 7/22).

Contestou a União (fl. 32), pedindo a improcedência da ação, tendo adotado como fundamento as informações prestadas pelo DASP, segundo as quais, por exercer o cargo de fotógrafo, que não é considerado técnico-científico, não poderia o A. ter exercido, como exerceu, cargo isolado no Conselho Nacional de Pesquisas; e que, ainda que assim não fosse, considerando que o aludido cargo fora extinto, como reconhece o próprio autor, em 25 de julho de 1961, quando não contava ele ainda, com 10 anos ininterruptos no seu exercício, exigidos pelo art. 1º da Lei nº 1.741, de 22-11-52, não poderia ter sido agregado, não podendo adicionar ao tempo do aludido cargo, para os efeitos da mencionada lei, o tempo de exercício da função gratificada 9-F, em vista da interrupção de exercício, de um dia, ocorrida entre um cargo e outro.

Por esse motivo, o A. teve indeferido o seu pedido de agregação, na esfera administrativa.

Quanto aos descontos que o A. alega serem indevidos, foram efetuados de novembro de 1976 a março de 1978, num total de Cr\$ 4.748,40, e decorreram de salário-família irregularmente recebido pelo A., porquanto se referia a sua filha Ana, que contraiu matrimônio, e a seu filho José, que atingiu a maioria, sem que o A. tenha feito a devida comunicação dessas ocorrências ao órgão de pessoal, continuando a recebê-lo até que o aludido órgão tomou conhecimento da irregularidade.» (Fls. 52/54).

Como a prescrição não fora levantada pela União na contestação, o MM. Juiz Federal deu pela procedência da ação, em parte, para condenar a ré a proceder:

1º) à revisão do ato de aposentadoria do postulante, para atribuir-lhe, como agregado, as vantagens dos proventos correspondentes ao cargo de Diretor, símbolo OC;

2º) à contagem de 5 (cinco) quinquênios, nos termos do disposto no art. 1º da Lei nº 1.050/50, com o pagamento das diferenças de proventos que deixou de receber, inclusive o quinquênio que lhe vem sendo negado, calculadas tais diferenças, dentro dos 5 (cinco) anos anteriores à data da propositura da ação, bem assim juros de mora sobre o quantum da condenação, a ser apurado em liquidação, custas processuais e honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (fls. 52/56).

Irresignada, apelou a União Federal, às fls. 58/60, esperando o provimento do recurso para que a r. decisão seja reformada, quanto a esses aspectos da sentença, com o reconhecimento da inexistência do pretendido direito de agregação do apelado ou, em caso contrário, com a decretação da prescrição, alegada nessa oportunidade.

O autor não apresentou contra-razões (cfr. certidão de fl. 61).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 63/64, manifestou-se pelo provimento do apelo.

Sem revisão.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Civil. Processual. Prescrição alegada somente na apelação.

Aplicação do disposto nos arts. 162 do CC e 303, III, do CPC, como exceção à regra geral de que toda a matéria de defesa do réu deve concentrar-se na contestação (CPC, art. 300).

Incidência da prescrição na parte do pedido que foi objeto da apelação.

Apelação provida.

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O ato de aposentadoria do apelado foi publicado em 13-3-69, segundo ele mesmo alegou em sua petição inicial.

E a ação foi proposta em 13-4-78.

Embora não tivesse a União levantado a prejudicial de prescrição em sua contestação, fê-lo na apelação.

Também a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, arguiu o decurso do prazo extintivo.

Estabelece o art. 162 do Código Civil que:

«Art. 162. A prescrição pode ser alegada em qualquer instância, pela parte a quem aproveita.»

Ao analisar esse dispositivo, J. M. Carvalho Santos, em seu «Código Civil Brasileiro Interpretado» (vol. III, págs. 380/381), ensina que:

«A frase — em qualquer instância — equivale àquela outra, em todo o qualquer estado da causa, empregada em outras legislações.

Em outras palavras: a prescrição pode ser alegada não só perante o Juiz da demanda, como perante o Juiz da apelação, como também perante o Juiz da execução.

Não exige a lei que a prescrição seja alegada na primeira vez em que a parte a quem aproveita a prescrição fale no feito.

Até nas razões finais, é direito seu alegar a prescrição.

Perante a instância superior, da apelação, a alegação pode ser feita nas respectivas razões, embora não tenha sido alegada a prescrição em primeira instância, pouco importando que o réu seja apelante ou apelado.

Até mesmo no momento do debate oral, quer em primeira instância, quer perante segunda instância, no ato do julgamento, em seguida ao relatório do Juiz relator, como é admitido em prescrição (cfr. Carpenter, Man. cit., pág. 143).

Na fase da execução, a prescrição pode ainda ser alegada, quer seja a prescrição já consumada antes da citação inicial da demanda, quer se trate, como exceção, da prescrição que se veio a consumir depois da sentença ou da penhora, como, v.g., se a demanda for julgada nula, por nulidade da sua citação inicial (Cód. Civil, art. 175).

A regra é esta: não se presume renunciar a prescrição quem, sem a alegar, desde logo apresenta defesa sobre o mérito (cfr. Laurent, obr. cit., n° 117; Giorgi, obr. cit., n° 358), razão pela qual é admissível a alegação em qualquer fase do processo.)»

Embora a norma refira-se à prescrição e esteja no Código Civil, entendo que ela tenha cunho nitidamente processual, pois nela se estabelece, apenas, em que momentos do processo a prejudicial pode ser alegada.

Por isso, poderia haver nas leis adjetivas posteriores alguma outra norma que a revogasse ou derrogasse.

É bem verdade que o art. 300 do CPC estabelece que o réu, na contestação, deverá alegar toda a matéria de defesa.

Contudo, o art. 303, III, da lei adjetiva, estabelece que, depois da contestação, somente será lícito deduzir novas alegações quando, por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

É aplicável ao caso ora em exame essa exceção à regra geral da concentração de toda a matéria de defesa na contestação.

Portanto, incidiu a prescrição do fundo do direito no tocante à parte do pedido que se refere à retificação da aposentadoria do apelado.

No que tange à parte que diz respeito à indenização a que foi obrigado a suportar, mediante descontos mensais em seus proventos, não houve prescrição, pois a prática começou em 1976, assim explicada pela União:

«Quanto aos descontos, que o autor alega serem indevidos, foram efetuados de novembro de 1976 a março de 1978, num total de Cr\$ 4.748,40, decorrentes de salário-família irregularmente percebido, pois sua filha Ana contraiu matrimônio e o autor não deu ciência do fato ao órgão de pessoal, além de, chamado a esclarecer o assunto, recusar-se a apresentar a respectiva certidão de casamento; seu filho José atingiu a maioridade em 1-2-71 e, por igual, o autor não solicitou a suspensão do pagamento, continuando a recebê-lo até que o órgão de pessoal tomou conhecimento da irregularidade.» (Fl. 36).

No entanto, tal assertiva não foi acompanhada de qualquer comprovação.

O MM. Juiz a repeliu e a União dessa parte não apelou.

De modo que, face à prejudicial de prescrição quinquenal, que acolho, dou provimento à apelação para julgar parcialmente improcedente a ação.

Condeneo o apelado ao pagamento da metade das custas do processo e aos honorários da parte contrária, que fixo em 5% sobre o valor dado à causa.

Como já disse, permanece indene a parte da sentença que diz respeito aos descontos procedidos nos proventos mensais do apelado e que o MM. Juiz cancelou.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 66.686 — DF — (Reg. nº 3.205.614) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Thibau. Apte.: União Federal. Apdo.: Luiz Machado de Lima. Advs.: Dra. Ivone da Silva Santos e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 25-2-86 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Carlos Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Washington Bolívar, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.078 — SP
(Registro nº 1.309.439)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*
Apelante: *Pirelli S/A Cia. Indl. Brasileira*
Apelada: *União Federal*
Advogados: *Drs. Leo Krakowiak e outros*

EMENTA: Coisa julgada. Não modifica a causa de pedir a mudança no dispositivo legal em que se fundamenta a pretensão. Nos termos do art. 474 do Código de Processo Civil, com o trânsito em julgado da sentença, de improcedência, consideram-se deduzidas e repelidas todas as alegações que poderiam ter sido apresentadas pelo autor.

Entretanto, se a primeira causa foi Mandado de Segurança, não se comportava em seu âmbito matéria que exigisse produção de provas. A coisa julgada não abrangerá aquilo que não foi e não poderia ter sido objeto de apreciação na anterior demanda.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 30 de abril de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Adoto o relatório da sentença (fl. 129).

Acrescento que o processo foi julgado extinto, sem julgamento do mérito, na conformidade do disposto no inciso V do art. 267 do CPC.

Apelou a vencedora. Sustentou que a discussão do mandamus se cingira à legalidade ou não da guia nº 18-77/100.548, restando sem julgamento as de nºs 18-77/100.547, 18-77/57.314 e 18-77/57.315, não podendo se falar, quanto a estas, em coisa julgada. Ademais, no que diz com o julgamento do Mandado de Segurança, aduz que o MM. Juiz não poderia ter adentrado o mérito da questão ora submetida à exame, à mingua

da prova do fato. Finalmente, sustenta haver nos presentes autos matéria não deduzida por ocasião do *mandamus*, qual seja, a de que o preço de referência estabelecido pelas supracitadas resoluções não corresponderia ao preço normal dos produtos importados.

Em contra-razões, requer-se a manutenção da sentença apelada.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, opinando pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Coisa julgada. Não modifica a causa de pedir a mudança do dispositivo legal em que se fundamenta a pretensão. Nos termos do artigo 474 do Código de Processo Civil, com o trânsito em julgado da sentença, de improcedência, consideram-se deduzidas e repelidas todas as alegações que poderiam ter sido apresentadas pelo autor.

Entretanto, se a primeira causa foi mandado de segurança, não se comportava em seu âmbito matéria que exigisse produção de provas. A coisa julgada não abrangerá aquilo que não foi e não poderia ter sido objeto de apreciação na anterior demanda.

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não há dúvida alguma de que no julgamento do Mandado de Segurança houve apreciação do mérito. Basta que se leia a parte conclusiva da sentença:

«Tudo isso consta dos documentos trazidos à colação, a evidenciar que o órgão regulador da política aduaneira não procedeu arbitrariamente, mas dentro de sua competência e de conformidade com os critérios que a lei estabelece.»

Não se trata, à evidência, de decisão de carência, à mingua de esclarecimentos bastantes quanto à matéria de fato, mas de julgamento que apreciou a lide e proclamou a juridicidade do procedimento administrativo.

Sustenta a apelante que a sentença proferida no Mandado de Segurança examinou apenas parte do pedido, deixando de referir-se a determinadas guias de importação. Não tem razão alguma. Não cuidou o decisório de fracionar a demanda e o simples fato de o relatório mencionar «guia de importação», no singular, não autoriza a conclusão de julgamento *citra petita*. Aliás, se houvesse, seria nula a sentença.

Pretende, por fim, a recorrente, que deduziu fundamento novo que não constara da causa de pedir do julgado anterior. O aumento está a merecer exame mais detido.

Para que exista coisa julgada, impeditiva de renovação da demanda, necessário indiscutivelmente exista a triplíce indentidade. Se distinta a causa *petendi*, isto não se verifica. Daí não se segue, entretanto, baste apresentar-se alegação deferente para que se modifique a causa de pedir. Formulando-se um pedido com base em que a ação fiscal é injurídica, não é lícito voltar a juízo indicando dispositivo legal diverso para sustentar o mesmo entendimento. O fundamento jurídico, em verdade, não se modificou. O tema encontra-se normado pelo artigo 474 do Código de Processo Civil. Com o trânsito em julgado da sentença de mérito, todas as alegações que poderiam ter sido apresentadas é como se o tivessem sido. Não se pode renovar indefinidamente o acesso à jurisdição, alterando-se, de cada vez, o dispositivo legal invocado como base da pretensão.

A hipótese concreta, entretanto, apresenta peculiaridade. O fundamento novo, que veio a ser deduzido, foi o de que as resoluções impugnadas seriam ilegais porque o preço de referência nelas estabelecido não corresponderia ao preço normal dos produtos importados. E a apuração desse preço normal seria matéria a demandar dilação probatória, impossível em Mandado de Segurança.

Vê-se que, em verdade, o fundamento novo não poderia ter sido apresentado no Mandado de Segurança. E se assim é, não há como presumir que o tenha sido, como resultaria da invocação do artigo 474 do CPC. A coisa julgada não pode abranger aquilo que não foi e não poderia ter sido objeto de apreciação na anterior demanda. Admissível, em consequência, ajuizamento de ação que tenha essa causa de pedir.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, para cassar a sentença, devendo o processo prosseguir tão-só para apreciar-se o fundamento novo apontado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.078 — SP — (Reg. nº 1.309.439) — Rel.: O Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Apte.: Pirelli S/A Cia. Indl. Brasileira. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Leo Krakowiak e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo (6ª Turma — 30-4-86).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.696 — RS
(Registro nº 3.244.384)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*
Remetente: *Juízo Federal da 5ª Vara — RS*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *Prope — Comércio e Representações Ltda.*
Advogado: *Dr. Arno Uhlein*

EMENTA: Se o representante comercial exerce a sua atividade de forma autônoma, praticando habitualmente atos de comércio, é ele comerciante, e, assim, pode proceder à sua declaração de rendimentos de acordo com a Lei nº 6.448/77.

Negada tal condição, de sua vez, tem ele legitimidade para vê-la reconhecida por via do processamento de ação declaratória.

Confirmação de sentença que assim considerou e desprovemento da apelação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, negar provimento à apelação, unanimemente, 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 abril de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Leio o relatório da sentença:

«Prope — Comércio e Representações Ltda., devidamente qualificada na inicial, ingressa com ação declaratória contra a União Federal, alegando que a partir da Lei nº 6.468/77, entendeu estar abrangida pela sistemática de tributação simplificada e confeccionou declaração de rendimentos pessoa jurídica, relativa ao ano-base de 1977, exercício 1978, no formulário III — tributação

simplificada, quando, por um telefonema procedente da repartição fiscal, foi informado que a sua declaração seria rejeitada por não se tratar de empresa dedicada a atividades comerciais; como não houve nenhuma comunicação por escrito, face à situação criada pelas informações verbais, solicita seja declarado o seu enquadramento no parágrafo único do art. 1º da referida lei, uma vez que, conforme decisões do Conselho de Contribuintes e do colendo Tribunal Federal de Recursos, a representação comercial, principal atividade da autora, é de natureza comercial e não civil.

A inicial vem acompanhada de documentos de fls. 7 a 8. Citada a União, vem contestar o feito às fls. 34/38, com os documentos de fls. 39/45, alegando, em resumo, que é de se julgar improcedente a ação, uma vez que a natureza jurídica de uma sociedade não é dada pelo seu registro, mas pelo seu objeto e a doutrina é assente (Walter T. Alvares, João Eunápio Borges, Plácido e Silva e Gastão A. Macedo) ao afirmar que só é comercial a atividade exercida em nome próprio; assim, conclui que a representação, não se exercendo em nome próprio, mas por intermediação, não é comercial e como tal não se enquadra no regime de tributação simplificada; cita, finalmente, Acórdão da lavra do eminente Ministro Márcio Ribeiro.

Réplica às fls. 48/49 e memorial da autora à fl. 59. Ambas as partes pedem a condenação da outra nos consectários da sucumbência.»

O Dr. Juiz julgou a ação procedente apoiado em Acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes e de Turmas deste Tribunal, e, inconformada, a União apelou reiterando a alegação de que o representante comercial «não passa de mero «agente auxiliar do comércio»», não podendo, assim, ser enquadrado na Lei nº 6.468/77. Nesta instância, a Subprocuradoria reiterou tal alegação, suscitando, antes, a preliminar de carência de ação da autora ao ajuizar a inicial por já existir, então, uma atuação positiva do fisco, não tendo «a declaratória o condão de desconstituir ação fiscal».

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Como narrado na inicial, a ação declaratória foi ajuizada por ter sido a autora comunicada, por telefone, pelo Posto da Receita Federal em Taquara — RS, que a sua declaração de renda fora rejeitada pela Delegacia da Receita Federal em Porto Alegre, por não enquadrar-se a sua atividade como comércio, e que deveria preencher nova declaração com base nos lucros apurados em balanço anual.

O que houve, portanto, foi apenas a negativa de que exercia atividade comercial, para cujo afastamento a ação declaratória poderia ser utilizada, como ocorreu.

Rejeito, assim, a preliminar.

Examino o mérito, e, fazendo-o, confirmo a sentença.

Apoiou-se o Dr. Juiz em decisão do Conselho de Contribuintes, na qual o relator fez detido exame da questão, concluindo que se a representação comercial é exercida de forma autônoma, leva à prática de atos de comércio de forma habitual, sendo, por isso, comerciante aquele que se dedica a tal atividade, e, para chegar a essa conclusão, indica autoridades várias, além de Acórdãos deste Tribunal.

Realmente não há como aceitar a alegação básica da União de que a autora não poderia ser considerada comerciante, por exercer, na realidade, atividade de agente auxiliar de comércio.

Acentuou Carvalho de Mendonça («Tratado de Direito Comercial Brasileiro», ed. 1937, vol. II, pág. 284):

«Os auxiliares dos comerciantes dividem-se em duas categorias: auxiliares independentes e auxiliares dependentes.

Os primeiros são agentes autônomos. Prestam serviços na qualidade de intermediários, trabalhando por conta própria para diversos comerciantes ao mesmo tempo, e são também comerciantes.»

De forma semelhante manifestou-se Rubens Requião:

«Não podemos fugir de considerar dois tipos do exercício da representação comercial: um tipo mais rudimentar, no qual a atividade se apresenta através do vendedor autônomo, sem uma organização a sustentar-lhe o desenvolvimento; outro, no qual a atividade é realizada sob a forma empresarial, que se assenta numa organização, complexo de bens, destinada à produção de serviços e circulação de mercadorias.

Num e noutro caso vislumbramos no representante comercial, seja agindo rudimentarmente ou com uma organização em seu prol, um comerciante. Pouco importa que na sua atividade individual de trabalho, pois, malgrado essa atividade seja também pessoal, não desclassifica, como vimos, a comercialidade da mediação. Com muito mais forte razão, todavia, a comercialidade se acentua na hipótese da representação comercial ser exercida através de uma empresa, seja individual ou coletiva, esta sob forma de sociedade que, assim, assumirá a feição indeclinável de sociedade mercantil.» (In Revista dos Tribunais, vol. 394, pág. 22).

Ora, de acordo com o contrato pelo qual foi instituída, o objeto social da apelada «é o de representação comercial de terceiros e conta própria e comércio de calçados», não havendo, portanto, como tê-la, mesmo que abandonada, como foi afirmado nos autos, a atividade de comércio de calçados, como simples preposta dos comerciantes.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.696 — RS — (Reg. nº 3.224.348) — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Prope — Comércio e Representações Ltda. Adv.: Dr. Arno Uhlein.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 28-4-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.929 — MT
(Registro nº 3.241.637)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Apelantes: *Mário de Moura Corrêa e outro*

Apelada: *Caixa Econômica Federal*

Advogados: *Drs. Mário de Moura Corrêa e outro, Augusto Frederico Muller e Nilo Arêa Leão*

EMENTA: Processual Civil. Embargos à execução. Petição inicial.

Incabível, diante do nosso sistema jurídico-processual, o indeferimento da inicial antes que se possibilite aos interessados promover as emendas e esclarecimentos julgados necessários (art. 284 do CPC).

Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de junho de 1986.

PÁDUA RIBEIRO, Presidente. ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator). O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso indeferiu a inicial dos embargos opostos por Mário de Moura Corrêa e sua mulher à execução que lhes move a Caixa Econômica Federal, pelo saldo devedor de financiamento imobiliário que lhes concedeu, ao entendimento de não terem sido nela deduzidos nem o pedido nem seus fundamentos.

Apelaram os embargantes, reproduzindo, de modo geral, os termos da inicial, para concluírem pedindo a reforma da sentença, inclusive na parte que os condenou à verba honorária de 20%.

Contra-arrazoou a apelada.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Embargos à execução. Petição inicial.

Incabível, diante do nosso sistema jurídico-processual, o indeferimento da inicial antes que se possibilite aos interessados promover as emendas e esclarecimentos julgados necessários (art. 284 do CPC).

Apelação provida em parte.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A petição inicial, inegavelmente, é de péssima redação, refletindo o despreparo de seus subscritores, que são os próprios embargantes.

Uma leitura, paciente e atenta, de seus termos revela, todavia, que sustentam eles não apenas a inoccorrência de mora, mas também a ausência de obrigação de pagar, ante os defeitos apresentados pelo imóvel, os quais foram obrigados a reparar com as parcas economias que tinham para solver as prestações.

Argüem, ainda a nulidade da citação e invocam a exceção — que julgam socorrer-lhes — de não estarem obrigados ao cumprimento do contrato antes que a Caixa lhes assegure a posse de imóvel residencial que apresente condições de habitabilidade.

Foram expostos, portanto, fundamentos para o pedido, que está posto de forma suficientemente inteligível: a improcedência da ação, seja, da execução, o que corresponde, sem dúvida, à procedência dos embargos.

Tenho, portanto, que, no caso em tela, o MM. Juiz agiu com excesso de rigor, ao indeferir, de plano, a inicial, sem conceder aos embargantes, como de direito, a oportunidade de procederem às emendas e aos esclarecimentos julgados necessários, e sem ter em conta, ainda, que a aludida peça é de redação dos próprios embargantes, humildes mutuários do SFH, que certamente foram a isso compelidos pela falta de recursos para contratação de advogado, para defesa de seus pretensos direitos.

Dou provimento, portanto, à apelação, para anular a sentença e determinar que se processem os embargos, na forma da lei.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 68.929 — MT — (Reg. nº 3.241.637) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Aptes.: Mário de Moura Corrêa e outro. Apda.: Caixa Econômica Federal. Advs.: Drs. Mário de Moura Corrêa e outro, Augusto Frederico Muller e Nilo Arêa Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 30-6-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros José de Jesus e Pádua Ribeiro. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 71.100 — RS
(Registro nº 3.276.368)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Apelante: *Mini Mondo Confecções Infantis Ltda. — Massa falida*

Apelado: *IAPAS*

Advogados: *Drs. Odilon Carlos Martini da Silva e outro e Paulo de Tarso Weber*

EMENTA: Execução. Crédito previdenciário. Falência. Juros. A fluência de juros cessa com a decretação da falência, só sendo atendidos, a partir daí, caso o ativo baste ao pagamento do principal. Os juros devidos pelo comerciante, antes da quebra, são suportados pela massa.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 2 de abril de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Assim a sentença relatou e decidiu a questão (fls. 68/70):

«Mini Mondo Confecções Infantis Ltda. propõe embargos de devedor em relação à execução que lhe move o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

Expõe que está sendo executada por débito encontrado em sua escrita pela fiscalização previdenciária e relativo ao período de novembro de 1974 a abril de 1978 relativamente a recolhimentos de quotas de previdência incidentes sobre a remuneração de bordadeiras que lhe prestavam serviços como trabalho eventual em suas próprias casas. Tais bordadeiras ajustavam-se à figura de trabalhador autônomo, ut art. 4º, c, da Lei nº 5.890/73, não acobertadas pelo art. 3º, CLT. Aliás, em Manual de Instrução do embargado, vêm classificadas como seguradas autônomas. Lembra a embargante os conceitos do art. 7º, CLPS, e art. 69, Lei nº 3.807/60. E, forte em jurisprudência e doutri-

na, assegura a caracterização das bordadeiras que lhe dedicam atividades como autônomas, sem relação de emprego e, por isto, incidente a contribuição prevista a esta categoria. Anexa documentação (fls. 10 a 37).

Impugna o embargado. Afiança que após inspeção, constatado que as bordadeiras prestavam serviços como empregadas, tanto que não estavam estabelecidas profissionalmente, remuneradas por tarefa e pelo preço determinado pela embargante, que definia as especificações do trabalho, corria o ônus deste e desfrutava de exclusividade na prestação do serviço, tendo as bordadeiras em sua total dependência. Aliás, não só bordadeiras trabalhavam assim para a empresa. Também riscadeiras, costureiras e contabilista (que percebia honorários). Perfeitamente deduzida a relação de emprego e, em consequência, o acerto da fiscalização previdenciária em atuar a embargante. Ao menos, os embargos não logram comprovar a argumentação da embargante. Ao inverso, demonstrada prestação de serviço continuada, trazem indício veemente de que não se tratava de trabalhadoras autônomas.

Intervém o MP que se manifesta pelo desacolhimento dos embargos (fls. 63/64).

Os documentos carreados com a impugnação foram com vistas à embargante, que tornou a se pronunciar nos autos.

Conclusos, relatados, passo à decisão.

Questão nuclear no processo é definir qual a situação laboral das bordadeiras que prestavam serviços à embargante. Para isto, cumpre recolher dos elementos carreados ao processo indícios significativos. A começar, que tal prestação de trabalho não aparece como esporádica. Mas, continuada. Isto se vê até pelas guias de recolhimento trazidas pela empresa. Mas, tal atividade era e é ligada ao cerne operacional da embargada. Não se apresenta como atividade secundária, de caráter complementar. Ao oposto, é essência do negócio da Mini Mondo. Chama à atenção o detalhe de que o risco do trabalho é da devedora. Perdas de materiais são por esta suportadas. É ela também quem define, quem dimensiona, quem orienta, a atividade das bordadeiras, riscadeiras e costureiras. Mas, a mostrar a não-autonomia, o pagamento, por tarefa, é pago mensalmente. Por aí, o que se tem é a caracterização de tais pessoas como empregadas e não como trabalhadores avulsos. De outra forma, a legislação previdenciária e a trabalhista seriam alvo de fáceis violações indiretas.

Não tem a maior repercussão o fato de, em manual de instruções, referir-se a instituição como «trabalhadores autônomos» às bordadeiras. Também ali constam outras atividades (cozinheira, contabilista, corretor, costureiro) que podem ser prestadas com autonomia, mas que também podem ser prestadas sem tal caráter. Exemplo marcante é o advogado, hoje tão comum o advogado de partido. Então este simples enquadramento, que veio para quando verdadeira a autonomia, não pode levar a que ipso facto todas as bordadeiras sejam autônomas.

A lei merece respeito. E, no caso a chave da questão ainda está no conceito emitido no art. 3º, CLT. Não se faz necessário que justiça especializada destrinche o caso concreto e afirme previamente a natureza de relação de emprego entre a empresa e as bordadeiras, costureiras e riscadeiras. Vez que a legislação previdenciária se socorreu de tal conceito, cabe no âmbito da questão previdenciária examinar o caso concreto e ver se está presente a relação de emprego. E, no caso concreto, o que mais se pode ver é que tal é o que ocorre.

De resto, ao embargante cumpria desmanchar a presunção de veracidade emanada do título executivo que goza em seu prol das presunções de certeza e liquidez. No caso, o título tem como supedâneo procedimento administrativo, não se podendo atribuí-lo a arbitrária vontade.

O fato é que, em última palavra, a prova de que tais bordadeiras, riscadeiras e costureiras eram trabalhadoras autônomas e não empregadas, ficou por ser feita. Os indícios supra-apontados conspiram contra a assertiva da embargante. E a ela cabia desmanchar a presunção de certeza e liquidez que o título executivo conta como atributo básico.

Ainda, haveria a questão de que parte da dívida refere-se a honorários pagos a contabilista (relação de fl. 48), aspecto totalmente omitido pelos embargos que, assim não poderiam pretender atingir a tal parcela.

Do exposto, julgo improcedentes os presentes embargos de devedor aforados por Mini Mondo Confeções Infantis Ltda. contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social.

Custas pela embargante, que pagará honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, que é o do processo de execução.

A execução prosseguirá.»

Apelou a embargante para que os embargos sejam tidos como procedentes, na forma da inicial, ou, se não, para serem pagas tão-só as parcelas confessadas, com exclusão de multas, juros e correção monetária somente a partir de um ano, e para que sejam arbitrados honorários advocatícios, condenada a embargada nas custas, caso procedente total ou parcialmente o recurso (fls. 72/76).

Contra-razões às fls. 84/90.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Execução. Crédito previdenciário. Falência.

Juros. A fluência de juros cessa com a decretação da falência só sendo atendidos, a partir daí, caso o ativo baste ao pagamento do principal. Os juros devidos pelo comerciante, antes da quebra, são suportados pela massa.

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: No que diz com a questão principal, adoto os fundamentos da bem lançada sentença que demonstrou à saciedade haver relação de emprego entre a empresa e as bordadeiras, em virtude do que devidas as contribuições. Ademais, como também salientado em primeiro grau, o ônus de provar o contrário seria da embargante, dada a presunção de liquidez e certeza de que goza o título em que se fundou a autarquia exequente.

A correção monetária só poderia deixar de ser computada caso o pagamento do principal se desse prazo de um ano da data da decretação da falência. Não há notícia de que isso tenha ocorrido.

Quanto à multa, tem razão a apelante. Nos termos da Lei de Falência, não podem ser reclamadas da massa importâncias a isso correspondentes, havendo-se firmado o entendimento de que aí se compreendem tanto as moratórias quanto as punitivas. E não há cogitar de incidência do disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 1.893/81, posto que entrou em vigor após a quebra.

Relativamente a juros, cumpre seja dada correta interpretação ao disposto no artigo 26 da Lei de Falências. Aí se estabelece que «contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para pagamento do principal». Necessário ter-se em conta que a lei não dispõe que a massa não é responsável por pagamento de juros. O que se diz é que contra ela os mesmos não correm. Isso significa que a fluência dos juros cessa uma vez decretada a falência, momento a partir do

qual há falar em massa falida. Os juros devidos pelos comerciantes, relativos a período anterior à quebra, são suportados normalmente pela massa. Os juros que correriam após a decretação da falência só serão atendidos se o ativo bastar para pagamento do principal.

Em vista do exposto, dou provimento parcial para excluir a importância correspondente à multa e determinar que os juros, posteriores à decretação da quebra, só serão pagos se o ativo bastar ao pagamento do principal.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 71.100 — RS — (Reg. nº 3.276.368) — Rel.: O Sr. Min. Edurado Ribeiro. Apte.: Mini Mondo Confeções Infantis Ltda. — Massa Falida. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Odilon Carlos Martini da Silva e outro e Paulo de Tarso Weber.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo. (Em 2-4-86 — 6ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.921 — SP
(Registro nº 3.324.532)

Relator: *O Sr. Ministro Pádua Ribeiro*

Apelante: *Modelação Maasan Ltda.*

Apelado: *Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS*

Advogados: *Drs. José Roberto Caldari (apte.) e Regina Maria Romano Moreira (apda.)*

EMENTA: Processual Civil. Venda por proposta. CPC, art. 700. Interpretação. Avaliação. Repetição. Quando tem cabimento.

I — A venda por proposta, segundo se depreende do artigo 700 do CPC na sua redação originária, bem como na que lhe foi dada pela Lei nº 6.851, de 17-11-80, não dispensa a regular publicação dos editais de praça, o que no caso, não ocorreu. Daí a sua nulidade.

II — Se, entre as datas da sua estimativa e a da praça ou leilão, o valor dos bens penhorados se modifica para mais, em decorrência do longo período de tempo decorrido, impõe-se que se repita a sua avaliação. Precedente do TFR.

III — **Apelação provida.**

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, dar provimento ao apelo, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de maio de 1985.

CARLOS VELLOSO, Presidente. PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Leio na sentença (fls. 46/47):

«Modelação Maasan Ltda. opôs os presentes embargos à arrematação de seus bens nos autos da execução que lhe move o IAPAS, alegando, em resumo, que existe, pendente de julgamento, Agravo de Instrumento contra a deci-

são que homologou a avaliação do imóvel que lhe fora penhorado, que não houve intimação pessoal do devedor por ocasião da 2ª praça, não se publicou o edital no jornal local, no dia da 2ª praça, houve irregularidade na publicação do edital da 1ª praça, onde consta 1º leilão, não distinguindo o sr. escrivão o que seja praça e o que seja leilão, a arrematação de bem imóvel por proposta não se deu através de corretor oficial, ouvindo-se as partes, e a avaliação estava desatualizada.

Os embargos foram instruídos com os docs. de fls. 15 a 27.

Impugnados os embargos, o embargado (fls. 29/34) disse que eles não são cabíveis, eis que não se lavrou o auto de arrematação e que a matéria ora em foco está, conforme a própria embargante, pendente de julgamento em Agravo de Instrumento. Acrescentou, no mérito, que não houve nulidade na avaliação, que na arrematação quem vende não é o executado, nem o exequente, e, sim, o Estado, que não se provou erro ou dolo do avaliador, que o representante legal da devedora fora intimado da penhora do imóvel, que a intermediação de corretor é facultativa, que não há imposição legal para que o depositário seja o representante da devedora e, finalmente, que é incabível a invocação do art. 398 do CPC, eis que o laudo avaliatório não constitui documento carreado aos autos pelas partes.

Em resposta à impugnação (fls 36 e 38) a embargante disse que a referência ao Agravo de Instrumento foi feita «apenas a guisa de denúncia da existência do mesmo» (sic) e que os embargos à arrematação foram propostos antes do respectivo auto, ad cautelam e para resguardar seus direitos.

Reitera o embargado a inadmissibilidade dos embargos em face da existência do Agravo de Instrumento (fls. 40 a 42), a embargante pediu a produção de prova pericial (fls. 43 e 44) para se verificar que não se publicou edital no dia certo e para nova avaliação e requereu prova testemunhal em audiência, o que foi impugnado pelo ex adverso (fl. 45).»

O Dr. Juiz a quo rejeitou os embargos e determinou o prosseguimento da execução, aduzindo (fl. 47):

«Rejeito os embargos, sendo desnecessárias as provas, ao final, requeriadas pela embargante.

A questão da avaliação está pendente de decisão superior a despeito da informação de que o agravo foi julgado improcedente, e, por essa razão, não podendo ser apreciada nestes autos.

O edital de 2ª praça deixou de ser publicado no dia certo por incúria de funcionário do jornal, mas isso não acertou consequências jurídicas, eis que a venda deu-se por proposta.

Quanto a ter constado no primeiro edital a expressão 1º leilão e não 1ª praça, não foi impugnada no tempo certo.

A intermediação de corretor é facultativa e a arrematação se deu por valor superior ao da avaliação, não havendo, por isso, motivo de reclamação.»

Apelou a embargante (fls. 48/72). Alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, por lhe ter sido denegada oportunidade de produção das provas requeridas, com realização da audiência de instrução e julgamento. No mérito, procura atacar, um a um, os fundamentos da sentença. Diz que, conforme reconhece o decisório, não houve publicação do edital de 2ª praça; que não concordou com as propostas de venda e, ademais, a venda por proposta não afasta a necessidade de publicação dos editais de praça pela segunda vez. Insiste na ocorrência de irregularidade nos textos dos editais, na sua publicação e, ainda, quanto à intimação do seu representante legal. Assinala que as partes não convieram nem sobre propostas nem sobre intermediário oficial ou habilitado; de

qualquer forma, em tal caso, sempre o Juiz deve ouvir as partes e tudo sem prejuízo da expedição de editais. Aduz que o valor real do imóvel é muito superior ao da proposta de fl. 134. Refere-se a vício decorrente de inobservância do art. 693 do Código de Processo Civil. Volta a insistir na necessidade de nova avaliação em decorrência do longo tempo decorrido. Argúi, com invocação do art. 687, § 3º, do Código de Processo Civil, vício decorrente da falta de intimação da penhora e, a final, sustenta que a alienação dos bens penhorados deveria ocorrer em leilão público, à vista do art. 23 da Lei nº 6.830, de 1980, que, na ocasião, já estava em vigor. Pede, por último, seja declarada nula a arrematação por meio de proposta, bem como a execução, nos pontos atacados supervenientes à penhora.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 74/78), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Venda por proposta. CPC, art. 700. Interpretação. Avaliação. Repetição. Quando tem cabimento.

I — A venda por proposta, segundo se depreende do art. 700 do CPC, na sua redação originária, bem como na que lhe foi dada pela Lei nº 6.851, de 17-11-80, não dispensa a regular publicação dos editais de praça, o que no caso, não ocorreu. Daí a sua nulidade.

II — Se, entre as datas da sua estimativa e a da praça ou leilão, o valor dos bens penhorados se modifica para mais, em decorrência do longo período de tempo decorrido, impõe-se que se repita a sua avaliação. Precedente do TFR.

III — Apelação provida.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): Afasto a preliminar consistente na alegação de cerceamento de defesa. Com efeito, não há divisar necessidade de perícia para provar irregularidade na publicação de editais; da mesma maneira, para novamente avaliar os bens penhorados, se a questão foi objeto de Agravo de Instrumento denegado por esta Turma (fls. 79/81). De outra parte, a embargante não apresentou qualquer justificativa razoável para ensejar a produção de provas orais.

Examino o mérito da controvérsia. A venda por proposta, segundo se depreende do art. 700 do Código de Processo Civil, na sua redação originária, bem como na que lhe foi dada pela Lei nº 6.851, de 17-11-80, não dispensa a regular publicação dos editais de praça. No caso, isso não ocorreu, segundo reconheceu expressamente a sentença, ao dizer (fl. 47):

«O edital de 2ª praça deixou de ser publicado no dia certo por incúria de funcionário do jornal, mas isso não acarretou conseqüências jurídicas, eis que a venda deu-se por proposta.»

Só tal circunstância afigura-se-me suficiente para decretar a nulidade da venda impugnada, o que ora faço, acolhendo o recurso, no particular.

Ao assim proceder, impõe-se a realização de nova arrematação que deverá ocorrer em leilão único, com observância dos preceitos da Lei nº 6.830, de 22-9-80, especialmente dos seus artigos 22 e 23.

Acrescento, porém, que, a esta altura, em razão desta decisão anulatória ser proferida quase cinco anos após a estimativa dos bens penhorados, cabe determinar que se efetive nova avaliação dos mesmos, pois a regra é que a avaliação deve ser contemporânea da arrematação. No caso, o valor dos bens penhorados estão muito defasados, à

vista do tempo decorrido e da acentuada inflação, que já há muito supera a casa dos três dígitos. A propósito, reporto-me aos fundamentos do voto anexo, que proferi no Agravo de Instrumento nº 45.873 — SE, em que examino a questão.

Esclareço que esta Turma, em 16-2-81, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 41.636 — SP, de que fui Relator, negou-lhe provimento, afastando, em decorrência, a nova avaliação pretendida pela embargante.

Todavia, o julgamento ora proferido, através do qual anulo a alienação dos bens penhorados, está se efetivando cerca de quatro anos após aquela decisão. Só tal circunstância superveniente justifica, a meu ver, que se renove a avaliação daqueles bens.

Nos termos assinalados, dou provimento à apelação.

ANEXO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.873 — SE

(Registro nº 6.122.469)

EMENTA: Processual Civil. CPC, art. 683. Repetição da avaliação. Quando tem cabimento.

I — Em tese, é cabível a repetição da avaliação quando o valor dos bens penhorados se modifica para mais, entre as datas da sua estimativa e a da praça ou leilão. Todavia, não pode o Juiz determinar que tal atualização se proceda automaticamente, porque, ao procedê-la, é necessário considerar não apenas a variação do valor da moeda, mas também a variação do estado da coisa. Por isso, é indispensável que, em cada caso concreto, se justifique a necessidade de nova avaliação que há de realizar-se com observância das normas legais.

II — Agravo provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): A questão sobre ser ou não cabível a repetição da avaliação quando o valor dos bens penhorados se modifica para mais, entre as datas da sua estimativa e a da praça ou leilão, é de suma relevância e merece ser examinada e decidida, com acuidade, pelo Poder Judiciário, tendo em conta, especialmente, a situação de fato, decorrente da perniciosa inflação, que, a esta altura, se encontra na casa dos três dígitos, reduzindo a quase nada o poder aquisitivo da moeda oficial, que, aliás, tem cedido lugar a outras «moedas consentidas», como a ORTN.

Acerca da repetição da avaliação, preceitua o art. 683 do Código de Processo Civil:

«Não se repetirá a avaliação, salvo quando:

I — se provar erro ou dolo do avaliador;

II — se verificar, posteriormente à avaliação, que houve diminuição do valor dos bens.»

A jurisprudência predominante concluiu, inicialmente, pela prevalência do sentido literal do transcrito dispositivo.

É o que se depreende das ementas abaixo transcritas:

«Execução. Avaliação-CPC-683. Pedido de nova avaliação. A agravante não demonstrou diminuição do valor dos bens, em data posterior à avaliação ou que a mesma estivesse convencida de erro, ou dolo, que constituem os casos legais autorizativos de sua repetição.» (Ag. nº 42.721 — Julg. 24-11-82 — 5ª Turma — Relator: o eminente Min. Moacir Catunda);

«Face a inexistência de qualquer prova de erro ou dolo do avaliador ou de que os bens tenham sofrido diminuição em seu valor, confirma-se o despacho que indeferiu pedido de nova avaliação.» (Ag. nº 43.535 — Julg. 23-2-83 — 5ª Turma — Relator: Min. Moacir Catunda);

«O pedido de nova avaliação de bem com praça designada, a par de não encontrar apoio na lei processual, no caso, à evidência, é de todo injustificável. Agravo improvido.» (Ag. nº 41.848 — Julg. 30-9-81 — 6ª Turma — Relator: Min. Miguel Ferrante);

«Não procede a pretensão de repetir a avaliação quando indemonstrado erro ou dolo do avaliador. Aplicação do art. 683 do CPC. Agravo de Instrumento improvido.» (Ag. nº 43.532 — Julg. 14-3-83 — 6ª Turma — Relator: Min. Miguel Ferrante);

«Execução fiscal. Alegação de falta de intimação, com pedido de realização de nova avaliação. Descabimento, no caso.

I — Se o executado comparece a Juízo para alegar, sem nada provar, que as avaliações, inclusive a relativa ao último reforço de penhora, de que não foi intimado, se deram por valor inferior ao real, não há como proclamar a sua nulidade. Acresce que a realização de nova avaliação só tem lugar no caso de se verificar, posteriormente à penhora, que houve diminuição — e não aumento — do valor dos bens.

II — Agravo desprovido.» (Ag. nº 43.100 — Julg. 13-9-82 — 4ª Turma — Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro);

«Processo civil. Execução por título extrajudicial. Suspensão da execução. Nova avaliação.

A execução de título extrajudicial, na pendência de recurso, da embarcante sem efeito suspensivo, é definitiva, na forma do CPC vigente.

A nova avaliação pretendida não encontra amparo nas hipóteses *numerus clausus* — definidas no art. 683 do CPC.

Segurança indeferida *in totum*. (MS nº 89.347 — SP (Reg. nº 3.189.465) — Rel.: Sr. Min. Bueno de Souza — Julg. 16-12-80 — publ. *DJ* 21-5-81).

«Todavia, penso que, tendo em conta a inflação galopante, a orientação pretoriana há de caminhar em direção a horizonte mais amplo, compatibilizando-se com a realidade das coisas.

Em certos casos concretos, a aplicação literal do citado preceito processual causa perplexidade. É o que se dá no caso das execuções fiscais em que o crédito cobrado é automaticamente corrigido. Deixar, em tal hipótese, de atualizar o valor dos bens penhorados afigura-se gritante injustiça. Aduza-se que, no dia-a-dia da aplicação do direito, os julgadores se deparam, freqüentemente, com casos semelhantes, em que a diferença entre o valor da avaliação dos bens penhorados e o valor real destes é tão grande que, na prática, afasta a própria razão de existir a avaliação.

Observa-se que há casos em que os bens penhorados, embora praceados ou leiloados pelo preço defasado da avaliação, não encontram compradores, podendo, por isso, ser adjudicados ao credor por preço vil. Acrescente-se que, na grande maioria dos casos, os bens não encontram licitantes em decorrência da deficiente divulgação dos editais e até mesmo em razão do fato de, apesar de serem valiosos, poucos terem condições de arrematá-los, considerando-se a sua natureza especial (conjuntos fabris, por exemplo).

Sobre o tema disse o ilustre Professor José Olympio de Castro Filho («Comentários», Forense, 1976, vol. 10/97):

«Como todos sabem, os leilões judiciais, pela limitação da publicidade efetuada, em que muitas vezes os interessados buscam os piores meios de divulgação (o jornal oficial, que quase ninguém lê e, ao invés do jornal de maior circulação, o jornal que menos cobra pela publicidade...), assim como pela exigência do comparecimento do interessado, ao edifício do Foro ou em certo local, acabam, via de regra, despertando interesse tão-somente de uma meia dúzia de expertos indivíduos, à procura de enriquecimento fácil. Acabam, por isso mesmo, perdendo os devedores, os menores, e os incapazes... e por vezes até os credores...»

A propósito, em inspirado parecer, publicado na Revista de Processo nº 17, págs. 195 e seguintes, ressaltou o saudoso Ministro Amaral Santos, um dos mais insignes processualistas que o Brasil já conheceu:

«Seria desprezar o Direito Processual Civil como ciência e como arte equipararem-se às duas situações: *valor contemporâneo à praça e valor distanciado da praça*, quando um se diversificasse do outro. Se a avaliação, no processo de execução, conforme a exímia inteligência que lhe dá Celso Neves («Comentários» cit., vol. 7, pág. 99), «dirige-se, especialmente, à determinação de um valor que *bitole o procedimento da conversão de bens em dinheiro*», as alterações do valor dos bens após a avaliação exigem uma medida corretiva.

E essa seria, inevitavelmente, uma nova avaliação, fora da qual a avaliação não terá atingido a sua finalidade e se transforma em ato *pernicioso* não somente aos interessados como ao próprio Estado que preside a desapropriação dos bens penhorados. E não se concebe que o Processo Civil acolha como ato válido aquele que não atingir a sua finalidade e, além disso, seja pernicioso aos próprios princípios que adota.»

E mais adiante:

«E a essa conclusão se chega não apenas por analogia ou por equidade mas sim, indubitavelmente, com fundamento no princípio de paridade de tratamento das partes, que ao Juiz se impõe observar no desenvolvimento da relação processual (Cód. cit., art. 125, I. Ver nº 2). Se ao credor se permite solicitar nova avaliação, quando tenha havido diminuição do valor dos bens (Cód. cit., art. 683, II), seria tratar desigualmente o devedor não se lhe admitindo nova avaliação quando tenha havido considerável valorização do mesmo bem. Aliás, o art. 685, I e II, que atendeu ao princípio da paridade de tratamento das partes, determina, pela sua sincronia com o art. 683, II, se imponha a este a aplicação desse princípio, que, no dizer de Couture, como já salientamos, domina o direito processual civil.»

Daí que, diante da realidade dos fatos e da aludida orientação doutrinária, inclino-me a admitir que se repita a avaliação dos bens penhorados no caso de se verificar que, posteriormente à sua avaliação, houve significativo aumento de seu valor, tendo em conta o decurso do tempo decorrido até a data do seu praxeamento.

Todavia, ao assim entender, afigura-se-me que o deferimento de nova avaliação há de ser examinado em cada caso concreto, tendo, a respeito, salientado, com inteira procedência, o parecer da douda Subprocuradoria-Geral da República (fls. 18/19):

«9. O preço, porque expresso em padrão monetário, exige, em princípio, atualização, num sistema inflacionário, a fim de preservar-se a sua identidade.

10. É de ver, porém, que uma atualização de preço, para ser precisa, não pode ter em conta somente a variação do valor da moeda, mas há de considerar também a variação do estado da coisa.

11. O Dr. Juiz, ao determinar seja atualizada a avaliação, dá tratamento igual a bens de diferentes comportamentos de mercado, além de sujeitos, uns,

à depreciação e, outros, à valorização provocando, o procedimento, resultados irreais, fictícios, ainda porque os preços dos vários objetos não acompanham, em igual medida, a variação dos percentuais de inflação.

12. É compreensível que não repugna ao direito positivo a atualização, de ofício, do preço da avaliação. Tal prática, porém, somente se justifica em circunstâncias excepcionais, em cada caso examinadas (AI nº 45.748, Reg. nº 5.666.821, Rel.: Min. Torreão Braz, in *DJ* de 7-3-85, pág. 2519), assim afastando o locupletamento do arrematante ou adjudicante, sempre deixando a salvo o normal desenvolvimento do processo.

13. No caso sob exame, a exceção foi convertida em regra, praticando o diretor do Foro, da Seção de Sergipe, um poder normativo que lhe não é conferido pelo direito positivo.»

Conforme se depreende, não se pode admitir nova avaliação automática. É preciso que o Juiz, concretamente, demonstre a necessidade de sua realização, que há de ocorrer de acordo com as normas pertinentes.

Isto posto, à vista do caso concreto, dou provimento ao agravo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, faço ressalva apenas porque o Sr. Ministro Relator está recomendando que se faça leilão único e, a meu ver, fica anulado. De fato provido o recurso, mas quanto ao leilão único o Juiz que veja como é que procede.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 73.921 — SP — (Reg. nº 3.324.532) — Rel.: O Sr. Min. Pádua Ribeiro. Apte.: Modelação Maasan Ltda. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advogados: Drs. José Roberto Caldari (apte.) e Regina Maria Romano Moreira (apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo. (Em 22-5-85 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Carlos Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.921 — SP
(Registro nº 3.324.532)

Relator: *O Sr. Ministro Pádua Ribeiro*

Embargante: *Modelação Maasan Ltda.*

Embargado: *Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS*

Advogados: *Drs. José Roberto Caldari (embte.) e Regina Maria Romano Moreira (embo.)*

EMENTA: Processual Civil. Recurso. Interposição por telegrama ou telex. Possibilidade.

I — Admissível, em princípio, a interposição de recurso via telegrama ou telex, é indispensável, porém, a declaração, pela agência expedidora, de estar reconhecida a assinatura do advogado do recorrente, o que, no caso, não ocorreu. Aplicação analógica do art. 206 do CPC.

II — Embargos declaratórios não conhecidos.

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, não conhecer dos embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de maio de 1986.

PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Publicado o Acórdão proferido nesta Apelação Cível, em que figura como parte contrária o IAPAS, Modelação Maasan Ltda. opôs os presentes embargos, através de telegrama (fl. 104), alegando, em suma, que a decisão foi omissa quanto à condenação nos honorários advocatícios e pleiteando seja aquela verba fixada no máximo permitido em lei.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Recurso. Interposição por telegrama ou telex. Possibilidade.

I — Admissível, em princípio, a interposição de recurso via telegrama ou telex, é indispensável porém, a declaração, pela agência expedidora, de estar reconhecida a assinatura do advogado do recorrente, o que, no caso, não ocorreu. Aplicação analógica do art. 206 do CPC.

II — Embargos declaratórios não conhecidos.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): Admito, em princípio, interposição de recurso via telegrama ou telex, desde que observados os requisitos legais para isso, dentre eles a declaração, pela agência expedidora, de estar reconhecida a assinatura do advogado do recorrente. Penso que, a propósito, é aplicável por analogia o art. 206 do CPC, *in verbis*:

«A carta de ordem e a carta precatória, por telegrama ou radiograma, conterão, em resumo substancial, os requisitos mencionados no art. 202, bem como a declaração, pela agência expedida, de estar reconhecida a assinatura do Juiz».

A respeito, decidi a Colenda Suprema Corte, ao julgar os embargos declaratórios opostos no RE nº 95.535, Relator Ministro Alfredo Buzaid, que «interposto o recurso por telex, é necessário que seja devidamente autenticado» (RTJ nº 101/1311).

Na espécie, o telegrama de fl. 104 carece de reclamação da autenticação.

Isto posto, não conheço dos embargos.

EXTRATO DA MINUTA

Emb Decl na AC nº 73.921 — SP — (Reg. nº 3.324.532) — Rel.: O Sr. Min. Pádua Ribeiro. Embte.: Modelação Maasan Ltda. Embdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Advs.: Drs. José Roberto Caldari (embte) e Regina Maria Romano Moreira (embdo).

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu dos embargos. (Em 28-5-86 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.948 — SP
(Registro nº 4.240.006)

Relator: *O Sr. Ministro José Cândido*

Relator P/ Acórdão: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Remetente: *Juízo Federal da 8ª Vara — SP*

Apelante: *União Federal*

Apelados: *Ana Maria Goff Flaquer Scartezzini e outros*

Advogados: *Drs. Geraldo Ataliba e outros e Luiz Carlos Bettiol*

EMENTA. Administrativo. Magistratura. Irredutibilidade de vencimentos. Garantia real e não nominal.

I — A garantia de irredutibilidade de vencimentos aos Magistrados é real. Tem de acompanhar a desvalorização do dinheiro sob pena de transformar-se em mera ficção. Aqui não se trata de aumento de vencimentos, mas de exclusivo respeito a uma garantia constitucional indisponível.

II — Nenhuma eficácia teria a vitalicidade se os vencimentos dos Juízes pudessem de qualquer modo ser diminuídos.»

III — A disposição constante do art. 113, III, da CF em plena exeqüidade, independentemente de complementação legislativa.

IV — Prova da infrigência comissiva do princípio através de atos legislativos lesivos em solene manifestação de vontade do Estado que, ao pretender corrigir o valor nominal da moeda, estabelecendo mecanismos de indexação para uma série de casos, confessou formalmente, que o valor da moeda não corresponderia a efetiva substância. Devido aos reajustes de vencimentos em níveis reconhecidamente inferiores aos índices fornecidos pela própria União, há diferenças desfavoráveis e caracterizadoras de dano, sendo a Fazenda responsável como excutora das leis anuais de reajustes. Essas leis não estão sendo atacadas frontalmente, muito embora a sua elaboração se constitua no evento gerador do dano, nexu causal típico.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, desacolhida a preliminar de nulidade da sentença, que dando vencido o Sr. Ministro Relator, prosseguimento no jul-

gamento do mérito, onde, por votos, ainda vencido o Sr. Ministro Relator, dar parcial provimento ao apelo da União Federal, 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 novembro de 1985.

OTTO ROCHA, Presidente. COSTA LIMA, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de ação ordinária movida por 16 (dezesseis) Juízes Federais da Seção Judiciária de São Paulo, dos quais 5 (cinco) aposentados, contra a União Federal, para dela haverem indenização, pelas perdas decorrentes dos aumentos anuais de vencimentos (proventos, no caso dos aposentados), concedidos em níveis inferiores aos oficiais de correção monetária do poder aquisitivo da moeda, que foram flagrantemente mais elevados, no mesmo período, tudo como se apurasse em execução de sentença.

Dizem os autores que essa diferença desfavorável, sobre ferir a garantia insculpida no art. 113 do Texto Constitucional Federal (entre elas, a de irredutibilidade de vencimentos), caracteriza dano, em que as vítimas são eles e a responsável, a ré.

Esclarecem que o vulto do dano está na própria medida da diferença; que têm eles o direito a perceber, mês a mês, vencimentos integrais, substancialmente irredutíveis (art. 113, III CF); que a ré tem se omitido no providenciar medidas assecuratórias de mecanismo que dê eficácia a esse direito; que essa omissão é a causa direta do dano.

Aduzem que há processo indireto de esvaziamento da substância do direito à irredutibilidade de que gozam os Juizes, em seus vencimentos, frustrando a eficácia da prescrição constitucional; que a norma da Lei Maior visa à independência do Judiciário, como instrumental da operatividade do princípio da tipificação do poder. Visa essa garantia dar imparcialidade à Magistratura, requisito do estado de direito.

Enfatizam que os predicamentos da Magistratura não são privilégios, mas prerrogativas dos jurisdicionados, que têm direito a ver seus Juizes protegidos contra ações e omissões dos demais poderes, como ocorre com a imunidade dos parlamentares, para o livre desempenho do seu *munus*, são elas prerrogativas dos cidadãos. Outrossim, ocorre com o Sr. Presidente da República, que só pode ser constrangido nos casos do art. 82 e na forma do art. 83, ambos da Carta Magna.

E discorrem mais sobre o tema, à exaustão, daí porque tenho como parte integrante deste relatório o contido desde o item 10 até o 14 da inicial.

Pedem a condenação ao pagamento das diferenças de vencimentos, mês a mês, vencidas e vincendas, entre o que os autores perceberam e o que deveriam ter percebido, se as leis de aumento os houvessem atualizado na medida dos índices oficiais de correção monetária, contada a importância a ser paga, nos cinco anos anteriores à citação, com custas, juros de mora, correção monetária e honorários de advogado sobre o valor da condenação, tudo como se apurar em execução de sentença.

A ré contestou a ação, às fls. 41/48, arguindo que a tese jurídica dos autores é a da irredutibilidade de vencimentos; que o conceito esposado é mais econômico do que jurídico; que esse não tem sido o entendimento do egrégio STF (cita jurisprudência); que o que a irredutibilidade veda é a diminuição por lei posterior dos vencimentos que o Juiz estivesse percebendo, antes de sua vigência; que a pretensão fere a igualdade de todos perante a lei, conforme citação que faz; que essa garantia da Magistratura não é departamentalizada ou estanque na conjuntura econômica do País (cita parecer); que a imposição de contribuição para fins previdenciários e assistenciais, de caráter geral e

não discriminatório, não ofende a garantia da irredutibilidade; que se teria de remontar a passado longínquo para proceder a todos os reajustamentos, a vingar a tese dos autores; que o princípio em tela não tem o alcance que os autores lhe emprestam.

Réplica dos autores às fls. 50/52.

Com o julgamento antecipado da lide, vem a sentença de fls. 55/60, do MM. Juiz Federal da 8ª Vara no Estado de São Paulo, Dr. Paulo Pimentel Portugal, o qual não está entre os autores. Referido Magistrado acolheu integralmente o pedido, sob a seguinte fundamentação, verbis:

«Este julgador, Juiz Federal de 1ª instância, é par dos autores. Entretanto, é pacífico que as lides judiciais em que são partes Magistrados, na sua qualidade de membros do poder Judiciário, têm de ser julgadas por outro, não parte, pois só aos Magistrados a Constituição confere o poder de julgar. É o chamado «estado de necessidade» de julgar e assim obterem as partes, Magistrados, a manifestação judicial sobre o ponto controverso.

Nestas condições, este julgador não se pode furtar ou eximir do cumprimento do dever legal.

Muito embora, data venia do ilustre mestre que assina a inicial, a presente ação não tem aspecto unicamente, indenizatório e, sim, como reconhece a contestante, o exame de se, para os autores, tem sido atendido pela ré o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, ressarcindo-lhes a omissão e pretendendo corrigi-la para o futuro, quanto aos vencimentos vindendos. «Dai-me os fatos e eu te darei o direito », inclusive no aspecto processual em consequência do direito material pretendido.

As nossas Constituições Republicanas sempre resguardaram os chamados predicamentos da Magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), com as restrições nelas insertas, para que se resguardasse o princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado fixado por Montesquieu.

Os Magistrados, para que tenham a independência de julgar, quando interessado diretamente os outros poderes, para garantia dos jurisdicionados, delas necessitam para a exata, dentro de suas convicções, aplicação da lei, seja quem for a parte atingida.

No presente feito discute-se unicamente os alcances e a extensão do princípio da irredutibilidade à vista da inflação e dos meios legais para minorá-la ou corrigi-la. Muito embora o princípio seja restrito a uma classe especial de servidores no sentido mais amplo, os Magistrados, nem por isso, formam uma classe privilegiada — é garantia do exercício da judicatura, não em benefício individual dos mesmos, mas sim dos jurisdicionados, como os demais predicamentos dos membros da Magistratura, princípios constitucionais cujas restrições devem estar expressas no texto constitucional, não se admitindo interpretações ampliativas ou restritivas das mesmas.

No caso da irredutibilidade a Constituição unicamente, fixa uma restrição aos vencimentos dos Juizes, e sua sujeição aos impostos gerais, inclusive o sobre a renda e a eventualidade dos tributos instituídos na forma do artigo 22. Nenhuma outra restrição, não fugindo os Magistrados, no que aplicável, como servidores no sentido amplo, as disposições da seção VIII, do Capítulo VII («dos funcionários públicos»). Assim se explica a contribuição à previdência, pelo princípio da mutualidade e a sujeição expressa ao Imposto de Renda que, a certa altura, admitiu-se ferir a irredutibilidade.

A inflação, não se negue, como bem foi dito pelo saudoso e ilustre Ministro Themístocles Cavalcanti, citado pela contestante, é um fenômeno mais econômico do que jurídico. Entretanto, ela, no nosso sistema legal, acarreta

conseqüências jurídicas — a instituição da correção monetária em suas múltiplas aplicações legais, para diminuir ou corrigir as suas conseqüências nos negócios jurídicos, trazendo a solução jurídica para o aviltamento eventual da moeda expressa em números frios. Assim o aviltamento do poder aquisitivo da moeda em que são pagos os Magistrados, não reconhecido pela lei que lhe fixa vencimentos ou os aumenta, redundará em lesão ao princípio constitucional de irredutibilidade.

Data venia das opiniões ponderosas trazidas à colação pela contestante, não se inclui no princípio constitucional que a redução proibida seja a conseqüente de lei expressa: admitamos que o Executivo fazendo aumentos aos servidores exclua dos aumentos os Magistrados — a omissão redundaria em redução indireta. O mesmo se diga quanto a não aplicação integral da correção monetária, para obviar o aviltamento da moeda em que são pagos os Magistrados — não acompanhando ela o índice legal da inflação, reconhecido em lei, por uma correção atrasada ou não efetiva, estão os vencimentos da Magistratura sendo reduzidos, ao arrepio do dispositivo constitucional.

Pacífico, na doutrina e na origem do instituto do predicamento, que sua outorga tem por finalidade dar ao Magistrado, e em benefício dos seus jurisdicionados, a independência das pressões e das coações indiretas que poderão ser exercidas pelos Poderes do Estado na sua função de atribuir o direito de acordo como seu entendimento da lei. Temos fato recente, em nosso País, que quando foram suspensos os predicamentos da vitaliciedade e da inamovibilidade foi mantido o da irredutibilidade — poderá tirar-se a conseqüência, *prima facie* de ser ele o menos importante mas, poderá também daí inferir-se a sua importância para o próprio poder forte que suspendeu os demais: aos Magistrados que não foram afastados de suas funções, o Estado quis garantir a independência econômica, para que julgassem como lhes parecer melhor, sem interferências diretas ou indiretas.

Afinal, sendo os Magistrados servidores públicos em sentido amplo, não se diga que a situação é de privilégio em comparação com os demais que gozam de garantias, mas não em aspecto tão amplo: os predicamentos são dados aos membros do Poder Judiciário como corolário de sua missão de dizer o direito mesmo contra os interesses dos outros Poderes e, também, dele próprio». (Fls. 57/60).

Inconformada, a ré manifesta apelação, com razões de fls. 63/70, levantando, em preliminar, que a sentença foi *extra petita*, porque condenou a preceito cominatório em ação indenizatória, quando determinou à ré providenciar um sistema que atenta, no pagamento dos Magistrados, a inflação por ela reconhecida, mensalmente fruto de desvalorização da moeda, aplicando-lhes, mês a mês, a correção monetária legalmente fixada. Diz que isso não constava do pedido nem se coaduna com a natureza da ação de indenização, que visa à reparação de um dano pretérito, não futuro. Com isso, foi cerceado o direito de defesa da apelante. Impõe-se a decretação de nulidade. No mérito, a apelante repete, em termos, a tese da contestação.

Contra-razões de fls. 74/79, pelos apelados (autores da ação). Quanto à preliminar levantada pela apelante, concordam e pedem que este Tribunal desconsidere a condenação nessa parte, excluindo o item 3º do dispositivo da sentença (fl. 60). No mérito pede a confirmação da sentença, pelos argumentos de fls. 76/79, que tenho como parte integrante deste relatório.

Parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República, de fls. 87/88, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Acolho a preliminar da União Federal para declarar nula a sentença. Devo esclarecer aos meus ilustres pares que me vejo na obrigação de trazer ao conhecimento da Turma a orientação jurisprudencial desta egrégia Corte. No caso dos autos, se se tratasse apenas de uma decisão *ultra petita* eu concordaria em podar, em simplificar a sentença, porque o Juiz a teria dado mais do que fora solicitado. Mas, se consultarmos o significado da expressão *extra petita* vamos ver nos nossos dicionários que ela significa «estar por fora», e aqui está por fora; o Juiz deu o que os autores pediram e o que não foi pedido.

Em consequência disso, Sr. Presidente, o meu voto preliminar é no sentido de declarar nula a sentença».

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Ministro José Cândido para discordar de S. Exa. porque entendo que não há decisão *extra petita*, mas *ultra petita*. O juiz foi além do pedido. Esse item 3º é perfeitamente possível de ser excluído, sem causar prejuízos aos autores ou à ré, porque além do requerido nos itens 1º e 2º. O 3º, sim, ultrapassou o que foi pedido.

Assim, discordo do eminente Relator e fico com a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos segundo a qual, no caso de decisão *ultra petita*, extirpa-se aquilo que foi além do pedido.

Aliás, em harmonia com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal — pelo que vejo aqui em nota de Teotônio Negrão, no CPC, 12ª edição, pág. 161, e que consta da RTJ n.º 89, pág. 533. Decisão *ultra petita*, «isto é, que decide além do pedido (que condena o réu em quantidade superior à pleiteada pelo autor). Ao invés de ser anulada pelo Tribunal, deverá ser reduzida aos limites do pedido.»

Com essas breves considerações, desacolho a preliminar.

VOTO DESEMPATE PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: O art. 460 do CPC reza que é defeso ao Juiz proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Esse artigo entende-se combinadamente com os art. 128 e § 2º, do mesmo diploma legal.

Como se vê, o legislador foi extremamente cuidadoso no evitar o que é dado a mais e que não foi pedido e o que foi dado fora da causa, sob pena de sanções que vão desde o corte do excesso à anulação do decisório, respectivamente, nas decisões *ultra petita* e *extra petita*, como é sabido.

Aqui, todavia, o Juiz não decidiu causa diversa da que foi posta em Juízo. Ele se valeu dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido e concedeu uma indenização, não havendo sentença de natureza diversa do pedido, a não ser quanto à cominação que no caso, acho, seria redundante, pois a multa já é um adiantamento das perdas e danos.

Sendo assim, lamentando divergir do eminente Relator, desacolho a preliminar de nulidade da sentença.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Os apelados pretendem sustentar a decisão recorrida, respondendo os pontos feridos pela União Federal, em três itens: «que a interpretação dada à irredutibilidade foi econômica e não jurídica; o que a irredutibilidade veda é a diminuição de vencimentos por leis posteriores; ... que a inflação é flagelo que atinge a todos, não podendo os Juizes serem privilegiados (voto do presidente do TJ do DF)» (fl. 75).

Para melhor compreensão da garantia da irredutibilidade de vencimento da Magistratura, é necessário que se faça uma breve retrospectiva sobre a sua existência constitucional entre nós. O primeiro estatuto político a tratar do assunto foi o republicano de 1891, em seu art. 57, § 1º, ao contrário da Constituição americana, de 1787, que cuidara do privilégio no art. 3º, seção 4 in fine. Reafirmando a iniciativa da 1ª República, a Carta Política de 1934 manteve essa garantia, na letra c do art. 64. De igual modo, dispõe o Estatuto de 1937, no seu art. 91, letra c. Em 1946, com a redemocratização do País, surgiu nova Carta Magna guardando os mesmos princípios de proteção aos Juizes, com a permanência da garantia de irredutibilidade dos seus vencimentos. Aqui ressalta-se a contribuição de natureza política emprestada pela Lei Maior ao Poder Judiciário, com o objetivo de impedir a pressão dos outros poderes, notadamente do Executivo, para que pudesse o Magistrado, soberanamente, e livre de qualquer ameaça de redução dos seus vencimentos exercer as suas funções judicantes. Observe-se que a Constituição de 1891, a irredutibilidade era absoluta, sendo que as outras passaram a admitir a cobrança de impostos gerais. A proteção constitucional, ao livre exercício do poder de julgar tem argumentos tão profundos, que Hamilton (The Federalist nº 79) chegou a a firmar: «O poder sobre a subsistência de um homem transforma-se em poder sobre a sua vontade» (apud Com. à Constituição Brasileira», Liv. Freitas Bastos, 1948, vol. II, pág. 295, Carlos Maximiliano). É ainda de Hamilton, citado por Carlos Maximiliano, sobre os vencimentos da Magistratura nos EUA, verbis:

«entretanto, o código supremo privou o Executivo da possibilidade de seduzir os Magistrados com a promessa de melhorar os vencimentos: são estes fixados pelo Congresso, e rigorosamente só em lei ordinária» (pág. 295). E, mais adiante, acrescenta: «Os salários dos funcionários judiciais podem ser alterados tempos a tempos conforme as circunstâncias exigirem, porém de modo que os vencimentos de um Magistrado teve ao entrar em exercício não sejam diminuídos jamais, em relação a ele» (pág. 295).

Por essas transcrições, apura-se o sentido político da garantia constitucional da irredutibilidade. Por isso que ela não tem sentido econômico, e não pode ser atingida também por lei posterior que objetive a redução dos vencimentos. A admissão de critério violador dessa garantia constitucional seria afrontoso e destruiria toda uma tradição do Direito Constitucional. Por isso, os autores não têm razão, quando procuram cobrar da União Federal, a diferença que alegam existir entre o preço real do custo de vida e o valor dos vencimentos do Magistrado. Consideram que os reajustamentos ficam sempre a dever ao valor da moeda, sempre depreciado e não devidamente corrigido.

A tese da apelação é, portanto, válida. O problema não há de ser resolvido em termos de economia ou de valor do salário. Não está a garantia constitucional ferida, se a União Federal, por motivo de ordem superior, não tem reajustado os vencimentos dos Magistrados, no valor correspondente à desvalorização do cruzeiro. Considerado o problema do ponto de vista constitucional, nenhuma ofensa há ao princípio da irredutibilidade, que não se afeiçoa aos temas de natureza puramente econômica. A proteção política é a fundamental e não está atingida como pretendem demonstrar os autores. Dessa forma, entendo que só haverá agravo quando a redução se operar sobre os vencimentos reconhecidos em lei, por força de lei posterior ou deliberação arbitrária do Poder Executivo.

No particular, estou de pleno acordo com o pensamento do Diretor-Geral do DASP, ao fornecer subsídios ao Gabinete Civil da Presidência da República, com o objetivo de informações no Mandado de Segurança nº 20.286-6, impetrado perante o Pretório excelso, pelos Juizes do Trabalho da 5ª Região (Bahia e Sergipe), verbis:

«A garantia constitucional de vencimentos irredutível de que gozam os Juizes não tem o significado e o alcance que os impetrantes lhe pretendem dar. Dela não resulta a obrigatoriedade de que os reajustamentos de vencimentos concedidos aos membros da Magistratura sejam feitos no mesmo percentual de aumento da inflação ou de quaisquer outros indicadores econômicos da elevação do custo de vida.

Importa, isto sim, a aludida garantia em que não pode o vencimento do Magistrado sofrer redução uma vez fixado. Vale dizer, após estabelecido pela lei ordinária, torna-se irredutível no que concerne a esse quantitativo absoluto e nunca relativamente a valores abstratos que sequer chegam a ser auferidos, pois não se pode reduzir o que jamais foi percebido.»

De acordo com essa linha de entendimento, não será possível, como pretendem os autores, possa a União ser condenada a pagar um valor para os quais as suas possibilidades econômico-financeiras não se fizeram possíveis.

Disso resulta, por último, a procedência do voto do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Dr. Jorge Fernandes de Andrade, no Processo MJ nº 22.594, transcrito em parte nas razões de apelação da União Federal, ao qual fizeram restrição os apelados. (Lê fls. 69/70).

Ao demais, há de considerar-se que o tema da inicial está superado, em face da posição assumida pelo Pretório excelso, conforme se vê das decisões transcritas, às fls. 87/8, pelo ilustrado órgão da Subprocuradoria-Geral da República (lê).

Com essas considerações, dou provimento à apelação da União Federal para reformar a sentença e julgar improcedente a ação. Condeno os autores ao pagamento dos honorários advocatícios, à base de 10% sobre o valor atribuído à inicial. Custas ex lege.

É o meu voto.

VOTO VISTA

EMENTA: Administrativo. Magistratura. Irredutibilidade de vencimentos. Garantia real e não nominal.

A garantia de irredutibilidade de vencimentos aos Magistrados é real. Tem de acompanhar a desvalorização do dinheiro sob pena de transformar-se em mera ficção. Aqui não se trata de aumento de vencimentos, mas de exclusivo respeito a uma garantia constitucional indisponível.

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: A independência dos órgãos judiciários constitui essência do Poder Judiciário, porquanto não se pode admitir que, no exercício da administração da justiça, estejam subordinados a injunções de qualquer outro poder.

Pedro Lessa («Do Poder Judiciário», ed. de 1915, pág. 4) acentuava com muito acerto:

«Ninguém ainda enunciou com tanta exactidão o conceito norte-americano acerca das atribuições e da preeminência do Poder Judiciário, como Story, quando, pedindo emprestada uma phrase de Burke, escreveu que o Estado deve organizar a sua Magistratura, como se esta fosse uma instituição creada e existente fóra do mesmo Estado» ...

A independência do Juiz, comenta José Frederico Marques, «é de ordem política e de ordem jurídica: aquela, que é a base e alicerce da última, consiste nas garantias que cercam os membros da Magistratura tais como, v. gratia, a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e vitaliciedade; a independência jurídica, por sua vez, é a não subordinação do Juiz, quando no exercício de suas funções, a não ser à lei» ... («A reforma do Poder Judiciário», 1º vol., pág. 85, ed. Saraiva de 1979);

O art. 57 da Constituição de 1891 dispunha:

«Art. 57. Os Juizes Federais são vitalícios, e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º Os seus vencimentos serão determinados por lei, e não poderão ser diminuídos.»

Comentando este dispositivo, Pedro Lessa, na obra mencionada, com propriedade verberava, inclusive, a incidência de impostos sobre os vencimentos dos Magistrados.

Eis a sua lição:

«Nenhuma efficacia teria a vitaliciedade, se os vencimentos dos Juizes pudessem de qualquer modo ser diminuídos. Eis a razão pela qual o nosso legislador constituinte imitando o norte-americano (artigo 3º, secção 1ª) e o argentino (artigo 96), estatuiu a irredutibilidade dos vencimentos, que, expressa para os Magistrados Federaes, está implicitamente garantida pelo artigo 63 da Constituição as judicaturas dos Estados, como invariavelmente tem julgado o Supremo Tribunal por inúmeras sentenças. Está subtendido que a irredutibilidade dos vencimentos dos Juizes obsta à criação de quaesquer impostos sobre esses vencimentos. Ao contrário, muito fácil fôra violar o preceito constitucional, reduzindo successivamente, ou de uma só vez, a proporções insignificantes, a retribuição que a lei declara intangível» (fls. 30/31).

Marcelo Caetano — «Direito Constitucional Brasileiro», Forense, 1978, pág. 400 — acentua:

«Os vencimentos dos Juizes não podem ser reduzidos»

«Importante é que os Juizes tenham os vencimentos suficientes para viver, com suas famílias, sem necessidade que os coloquem em dependência alheia»

«E reveste-se da maior importância a garantia de residência em apartamento oficial para os Juizes, de modo a não os colocar na dependência de senhorios pouco escrupulosos.»

Nessa mesma linha de pensamento rememoro as advertências de Pinto Ferreira («Curso de Direito Constitucional», 2º vol., 3ª ed., pág. 371):

«Outra garantia básica da Magistratura é a irredutibilidade dos vencimentos. É preciso dar aos Magistrados uma situação econômica compensadora. Os ingleses, aliás, têm a fama de compensar altamente os seus Juizes com uma elevada remuneração. No Brasil somente estão os vencimentos dos Magistrados sujeitos aos impostos gerais. Os seus vencimentos não podem ser descontados compulsoriamente em contribuições para institutos, conforme decidiu Acórdão do Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível nº 1.424, nem tampouco podem ser descontados para empréstimo compulsório, conforme Acórdão do mesmo Tribunal Federal de Recursos no Agravo nº 2.559.»

Contreiras de Carvalho — «Lei Orgânica da Magistratura Nacional» — edição da Freitas Bastos de 1983 — tem oportunidade de insistir na importância dessa garantia assegurada aos Magistrados:

«Finalmente, pelas regras consignadas em sua secção III, que encerram o capítulo primeiro do seu título segundo, protege a Lei Orgânica os Magistrados, impedindo que sejam diminuídas as vantagens do seu cargo, ao assegurar a irredutibilidade de seus vencimentos, que apenas ficam sujeitos aos impostos gerais, inclusive o de renda, e aos extraordinários. Estes são os instituídos temporariamente, na iminência ou em caso de guerra externa. A irredutibilidade dos vencimentos completa, assim, o sistema de garantias que asseguram a independência da função judicante. Vê-se, pois, que dois princípios presidem à outorga dos vencimentos atribuídos aos Magistrados: o de que deve ser fixado de modo compatível com a dignidade do cargo e o de que não podem ser reduzidos. A redução pode assumir a forma, evidentemente, de um critério de fixação que não corresponda às responsabilidades e, como já dissemos, à dignidade do cargo, havendo, nesse caso, atentado à Carta Magna.» (Fl. 68).

«Nenhuma questão, no que concerne ao exercício da judicatura, afigura-se mais preocupante aos seus titulares do que a relacionada com o sistema de retribuição dos cargos de Juiz. Quando a Lei Maior outorga a garantia da irredutibilidade dos vencimentos dos Magistrados, tem em vista a proteção da dignidade salarial do titular do cargo. Mas não basta a essa proteção garantir a Carta Magna tal irredutibilidade, sem, por outro lado, assegurar aos titulares da função judicante a independência econômica, elemento de relevo, que muitos, segundo Pontes de Miranda, reputam a maior independência funcional.

É evidente que a dignidade salarial exige a fixação de vencimentos compatíveis com a relevância da função do Magistrado e com as suas necessidades econômicas, não sendo bastante ao seu resguardo a sentença legal que declara desatender às garantias do Poder Judiciário o atraso do pagamento dos vencimentos dos Magistrados que ultrapasse o décimo dia útil do mês seguinte ao vencido.» (Fls. 107/108).

O Dr. Henry Bianor Chalu Barbosa, Juiz Federal no Rio de Janeiro, em sentença proferida no procedimento instaurado por Juizes do Trabalho contra a União Federal, assinalou, com propriedade:

«Constitucional. Magistrados. Irredutibilidade dos vencimentos.

Constitucional. Irredutibilidade dos vencimentos da Magistratura. Violação frontal ou oblíqua do art. 113, III, da Constituição. Restabelecimento de suas garantias pelo próprio Poder Judiciário. Freios e contrapesos entre os três Poderes.

I — A Lei Orgânica da Magistratura distingue, no seu Título II, entre *Garantias* da Magistratura e *Prerrogativas* do Magistrado. As primeiras, entre as quais a irredutibilidade dos vencimentos, visam a proteção da própria função jurisdicional, como um suporte da independência da Magistratura. Mais do que um direito dos Juizes, trata-se, pois, de garantia constitucional dos jurisdicionados a um Judiciário competente e independente.

II — Não se pode inserir, para efeitos de reajustes de vencimentos, os Magistrados no contexto geral dos funcionários públicos, do qual foram excluídos pelo art. 113, III, da Constituição, em benefício da serenidade de seus julgados. São, de fato, os Juizes, os únicos agentes públicos cuja irredutibilidade de vencimentos foi alçada ao nível de proteção constitucional. Obrigá-los a integrar coro geral dos pedidos de aumento, com suas conseqüentes gestões e pressões, é pôr em perigo a função jurisdicional.

III — O conceito jurídico de irredutibilidade, no caso da Magistratura, abrange o poder aquisitivo e não apenas o valor nominal da remuneração. Atribuir-se ao Constituinte de 1967, em plena crise inflacionária, a intenção de

contemplar apenas o valor nominal dos vencimentos, no art. 113, III, equivale a taxar de hipócrita o preceito. Tornar-se-iam, em decorrência, apenas «nominais» a dignidade, a competência e a independência dos Magistrados.

IV — A austeridade dos Juizes não pode ir até a renúncia das garantias constitucionais, indisponíveis por serem de interesse público. Deixá-las amesquinhar-se seria perigoso sinal de enfraquecimento da força moral que se espera do Judiciário, pois se este não for capaz de restabelecer o direito violado em relação aos seus próprios Membros, como poderá a sociedade confiar na sua capacidade de convalescer lesões a direitos alheios?

V — O «Princípio da Necessidade», invocado pela Corte Suprema dos Estados Unidos, para superar a preliminar de suspeição no julgamento em que reajustou seus próprios vencimentos e os dos Juizes Federais defasados em relação ao custo de vida em virtude de bloqueio legislativo, veio integrar, na verdade, o sistema de «freios e contrapesos», que torna harmônico o funcionamento dos três poderes, impedindo conflitos entre os mesmos. Tem, pois, o Judiciário o poder e o dever de manter a integridade de suas garantias.

VI — São de interesse público a independência, a eficiência e a integridade moral e intelectual do Poder Judiciário, única proteção de todos contra as áleas de sorte e as reviravoltas do Poder com as injustiças que as acompanha.

VII — Em conclusão, a violação do art. 113, III, pode ser frontal ou oblíqua, ocorrendo esta última hipótese quando o Executivo se omite em efetuar os reajustes necessários à manutenção do poder aquisitivo dos vencimentos da Magistratura. Em qualquer caso, configura-se a redução, vedada pela nossa Carta Política.

VIII — Procedência da ação.»

O Dr. Ilmar Galvão, Juiz Federal em Brasília, julgando ação ordinária intentada por diversos Magistrados federais contra a União Federal observou:

«Posto, assim, como incontroverso, que a irredutibilidade de vencimentos é essencial à independência dos Juizes, resulta, por força da lógica, que a garantia de que fala a Constituição é aquela que assegura ao Juiz manter inalteradas, durante o exercício de suas funções, as condições de vida que os vencimentos lhe permitiam desfrutar, quando assumiu o cargo. Com efeito, só dessa forma a independência poderá ser assegurada pela irredutibilidade de estímulos.» (Autos nº 321 — G/81).

Está evidente, portanto, que não se cuida de uma garantia meramente nominal mas real, concreta, supondo revisão que corrija o que a inflação corroe. Do contrário, garantia não era, pois ao sabor do Executivo reajustar o real no nominal quando e como lhe interessasse, penalizando ou humilhando os Magistrados. Não é este, a meu ver, o que pensa e deseja o Executivo pelo menos na atual conjuntura.

Assevera Michel Temer — «Elementos de Direito Constitucional» — RT 1982, pág. 132:

«No caso da irredutibilidade. Quer-ser, com tal garantia, impedir que o Executivo e Legislativo, em possível conluio, reduzam vencimentos da Magistratura com objetivo de amesquinhar o Judiciário.»

E nem se queira argumentar que a garantia da irredutibilidade foi instituída quando não existia a inflação. Ora, esta é nossa e velha conhecida, pois em 1958 girava em torno de 11% e 1959 era de 29% ao ano, enquanto que no ano passado ascendeu a 211%.

Donde, em 1967, quando foi elaborada a Constituição, já se conhecera um período de elevada inflação.

A constatação é mais grave quando se compara o que ocorre com um funcionário público que faz curso de pós-graduação nos Estados Unidos. Há dois anos atrás os vencimentos dele correspondiam a uma remessa mensal de 1.300 dólares e, em dezembro p. findo, apesar das melhorias e reajustamentos obtidos pela categoria, a remessa desceu para apenas 450 dólares.

Demais disso, o princípio nominalista está afastado, hoje, de todos os contratos.

A revista *Veja*, edição de 22-2-84, pág. 94, publica notícia sobre a evasão coletiva de burocratas, porque nos últimos três anos tiveram a renda (salário) reduzida à metade: leio.

O problema torna-se muito mais grave respeitante aos Magistrados, visto que os empregados possuem a garantia de não redução salarial, enquanto a daqueles é de irreutibilidade.

Fácil de demonstrar, por exemplo, apenas comparando-se o «reajustamento» de 65% decorrente do Decreto-Lei nº 2.079, de 20-12-83 com a inflação do ano de 1983 = 211% e a correção monetária nos últimos doze meses de 168,52%, segundo consta da página 14 da edição de hoje (28-2-84) do *Jornal do Brasil*.

Apenas por esses dados verifica-se que os vencimentos dos Magistrados perderam 146% de seu valor real somente no ano passado.

Resulta de tudo isso que os vencimentos dos Magistrados não podem permanecer os mesmos ou serem ficticiamente reajustados, se as flutuações do valor do dinheiro, no Brasil, acontecem diariamente.

O Dr. Luiz Alberto Americano, Procurador da Fazenda Nacional, escreveu na «*Revista de Direito Público*» nº 62, de 1982, comentário sobre decisão da Suprema Corte dos EUA e conclui com essas palavras:

«X — Denegação aos Magistrados de vencimentos compatíveis com a dignidade exigida para o exercício de suas funções. Aplicação analógica do § 1º do art. 102 da Constituição vigente». É um truísmo afirmar que o Estado tem o dever elementar de prestar e o cidadão tem o direito de obter justiça. Através da distribuição da justiça é que se obtém a paz social. Definem os filósofos o que seja a justiça, mas não se neguem os meios para distribuí-la decentemente. A negação desses meios é a negação do próprio Estado. Nos EUA, a Suprema Corte, em nome desses princípios (inclusive o da dignidade de comportamento dos Magistrados, estabelecido no art. III, seção 1, da Constituição) e mais dos princípios da independência e harmonia dos poderes, aumentou seus próprios vencimentos e os dos demais Juizes Federais. Para tanto, levou em consideração dois fatores: 1º) denegação, pelos demais poderes, de reajustes estipulados dos vencimentos da Magistratura Federal decorrentes da diferença entre o valor nominal e o poder aquisitivo da moeda e, como consequência, ter ocorrido uma; 2º) redução efetiva nos vencimentos da Magistratura Federal, contrária à Constituição. No Brasil, onde vigoram os mesmos princípios, o Acórdão da Suprema Corte Americana calha com a justiça de uma luva, porque é sabido e notório que os reajustes dos vencimentos da Magistratura não acompanham, no mesmo ritmo, a perda do poder aquisitivo da moeda. E, analogicamente, tem cabimento na hipótese o § 1º do art. 102 da Constituição vigente, que dispõe: «Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade» (grifos nossos) (fl. 120).»

Por tais motivos, **data venia** do eminente Ministro Relator, dou parcial provimento ao apelo da ré apenas para restringir a procedência ao que foi pedido no item 15 (fl. 12) da inicial e números 1º, 2º e 4º do decísum de fl. 60.

É o voto.

VOTO VISTA DO PEDIDO

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Os autores, Magistrados Federais, pretendem valer-se da garantia da irredutibilidade de vencimentos, prevista no art. 113, III, da Constituição Federal, para exigir da União lhes sejam pagos, mês a mês, vencimentos integrais substancialmente irredutíveis, bem como as diferenças vencidas e vincendas, entre o que lhes deveria ter sido pago e o que efetivamente perceberam, muito embora as leis de reajustes salariais.

As diferenças para menos caracterizariam o dano, de que foram e continuam sendo vítimas, e pelo que é responsável a Fazenda Nacional, ex vi do disposto no art. 107, da Constituição. O vulto dos desfalques estaria na própria medida da diferença de vencimentos inadequados. Os periódicos reajustes concedidos teriam ficado aquém dos índices oficiais da correção monetária, fato que é público e notório. A União seria, pois, omissa no assegurar a efetiva garantia constitucional através de fórmulas de aplicação periódica, porque a moeda não vale o que nominalmente indica. A legislação que lhe atribui curso forçado não tem a virtude de assegurar a estabilidade do seu poder liberatório.

Isso resultaria patente dos fatos econômicos, que o homem comum percebe na sua vida diária, como decorre da farta legislação editada para corrigir dívidas, valores, títulos e a própria expressão econômica da moeda. Tal verificação levaria a ver que, se de um lado a legislação atribui determinado valor à moeda, por outro reconhece não ser possível mantê-lo, razão pela qual determina a indexação das obrigações expressas em dinheiro. Absurdamente, o único direito garantido na Constituição, ou seja, o real manutenção de sua expressão monetária quanto aos Magistrados, vem sendo postergado pelos órgãos do Executivo e do Legislativo.

Da Sentença e da Importância da Causa

O sentenciante, ilustre colega dos ilustres autores, houve por bem julgar a causa e assegurar-lhes o direito à tutela jurisdicional, que o Estado monopoliza e por isso é obrigado a outorgar (CPC, art. 126). Fê-lo, é bem verdade, em matéria do seu próprio interesse, mas valendo-se da chamada «lei da necessidade», princípio da tradição constitucional norte-americana, capaz de superar o eventual impedimento do julgador. Se não há Juiz sem interesse — enuncia a norma — capaz de dar solução ao caso, o declinar de decidir implicaria em negar aos demandantes o deslinde de questão essencial, pois até mesmo de interesse do povo (cf. «The United States Law Week, Supreme Court Opinions», vol. 49, nº 24, pág. 4049).

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou situação semelhante, ao decidir sobre a incidência do Imposto de Renda nos vencimentos da Magistratura, a partir do princípio da sua irredutibilidade. Foi quando conheceu e examinou a matéria, nos RE nºs 69.678—GB (RTJ 55/205), 69.606—DF (RTJ 60/452), 67.588—MG (RTJ 57/557) e 69.927—SP (RTJ 60/173).

Aliás a pendência é histórica. As emendas à Constituição de 1891, votadas em 1925/1926, já encontraram a controvérsia solucionada pelo Supremo Tribunal, no sentido de isentar de impostos não só os vencimentos correspondentes à função judicial, como, de um modo geral, os da função inamovível. A disposição genérica foi inserida no art. 72, § 32, do texto então consolidado, verbis:

«Art. 72, § 32. As disposições constitucionais assecuratórias da irredutibilidade dos vencimentos civis ou militares não eximem da obrigação de pagar os impostos gerais criados em lei.»

O sentido desse novo preceito, no tocante aos Magistrados, foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, na causa movida pelo Ministro Geminiano da Franca, ainda como membro com assento na Corte, para o fim de ser declarada inconstitucional a incidência do Imposto de Renda sobre os seus vencimentos.

O Acórdão, da lavra do Ministro Bento de Faria, assentava no princípio da intangibilidade do estipêndio judiciário, por inacessível até mesmo aos impostos gerais (Ac. de 4-1-29, Arq. Jud. XII/341, apud Castro Nunes, Teoria e Prática do Poder Judiciário, Forense, 1943, pág. 103).

A garantia da irredutibilidade não seria apanágio apenas dos Magistrados, mas também garantia dos jurisdicionados como uma verdadeira prerrogativa do povo, que tem direito a um Poder Judiciário absolutamente livre da ação ou até mesmo da omissão dos dois outros Poderes. Tal conceito não estaria apenas no ideário da tripartição de poderes e do estado de direito, mas constituiu-se no próprio fundamento da inovadora disposição original da Constituição de Filadélfia (Geraldo Ataliba, «Da Irredutibilidade de Vencimentos», AMAGIS, I, 1983, pág. 90; Bento de Faria e Edmundo Lins, Arq. Jud., XIII/388).

Pontes de Miranda disse, a propósito, que as garantias são direitos constitucionais oriundos de regras jurídicas diretas e imediatas e não simples garantias institucionais, por isso que os outros poderes não têm a faculdade de interpretar e conceituar vitaliciedade, inamobibilidade e irredutibilidade de vencimentos. São conceitos da Constituição, que impedem ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, de mãos dadas, alterá-los como entenderem («Comentários», t. III, RT, 1967, págs. 550/551).

Como vem sendo tratada a matéria na Justiça

I

A amostragem das recentes decisões judiciais sobre a matéria revela um maior número de soluções favoráveis aos Magistrados na primeira instância, em sentenças valiosas, muito embora reformadas em alguns tribunais locais e com recursos sequer conhecidos pelo colendo Supremo Tribunal Federal.

Senão, vejamos.

Os Juizes do Trabalho, da 5ª Região, impetraram o MS nº 20.286—DF contra atos do Presidente da República e do Ministro da Justiça consubstanciados no Decreto-Lei nº 1.821/80.

A impetração foi ajuizada originariamente perante o STF. Sendo Relator o Ministro Néri da Silveira, dela não conheceu, por inadmitir Mandado de Segurança como sucedâneo da ação declaratória e utilizado como autêntica representação de inconstitucionalidade de ato normativo, que fixa valores de vencimentos aplicáveis genericamente. Também considerou, pela Súmula nº 339, que os valores de vencimentos são fixados em lei, não sendo possível estabelecer-se o quantum dos estipêndios pela via do «writ».

O voto condutor do Acórdão é absolutamente técnico, no pertinente à matéria de conhecimento. Os demais Ministros, no entanto, examinaram o mérito da controvérsia, e, por isso que extrapolantes do Juízo de admissibilidade dispensam análise (CPC, art. 469, I).

O STF, no rigor da técnica formal, já decidiu, para escarmento do vezo, assim:

«... A decisão recorrida não ofendeu a coisa julgada, já que não a integram os motivos; a única parte do Acórdão proferido no Mandado de Segurança anterior que transitou em julgado foi a dispositiva, que atribuiu ao autor o bem pretendido (art. 469 do Código de Processo Civil). (Omissis).» (RT 513/283, 1ª Turma, Ministro Cunha Peixoto).

II

Os Juizes de Direito do Rio de Janeiro ajuizaram ação ordinária contra o Estado, na pessoa do seu Governador, por haver ele editado os Decretos-Leis nºs 347/77 e 378/78, reajustando os vencimentos da Magistratura em percentuais inferiores àqueles fixados pela União, na atualização do poder aquisitivo da moeda em 1977 e 1978. Violada a garantia constitucional da irredutibilidade dos seus vencimentos, pediram as diferenças, para alcançarem os índices oficiais.

A ação foi julgada procedente, em parte, e o pedido acolhido, não pelos índices pretendidos, mas pelos fatores de correção salarial constantes dos Decretos (Federais) n.ºs 74.411/77 e 81.446/78. Diante da multiplicidade de índices oficiais, achou a sentença que, em tema salarial, a sua recomposição operaria através do fator de reajustamento, adequado e insuspeito, aplicado nas convenções, nos acordos coletivos e nas decisões da Justiça do Trabalho.

Reapreciando a causa em grau de apelação, o Tribunal de Justiça julgou improcedente a ação, porque, embora tendo ocorrido, indiretamente, u'a redução de vencimentos, tal não constituiria ameaça à independência do Poder Judiciário, a exigir a incidência da garantia constitucional.

Aí também o STF deixou de conhecer do RE n.º 94.011-1 — RJ, porque «a garantia da irredutibilidade não tem como corolário a revisão automática dos vencimentos dos Magistrados, em razão dos índices de desvalorização da moeda, Somente lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo pode operar esse reajustamento» (1.ª Turma, 26-10-82, Ministro Soares Muñoz).

Adotou-se o critério do precedente, apontando-se como «leading case» a decisão no MS n.º 20.286 citado, que se restringiu, todavia, ao indeferimento do «writ» por descabível contra a lei em tese.

III

Os Juizes de Direito de São Paulo ajuizaram ação ordinária indenizatória contra a Fazenda do Estado, por se considerarem atingidos na garantia de irredutibilidade dos seus vencimentos, dada a negligência ocorrida na recomposição da perda do poder aquisitivo da moeda, ao serem reajustados em níveis inferiores ao certo.

Fundaram a pretensão no art. 107 da Constituição Federal e alegaram que nos últimos anos os reajustamentos de vencimentos da Magistratura se deram em níveis inferiores aos índices oficiais de correção do poder aquisitivo da moeda, dissociação causada, por omissão do Estado no tocante à preservação do princípio constitucional.

A demanda foi acolhida em 1.ª instância, mas a sentença acabou reformada em Acórdão da 3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça. Embora considerando de grande relevância a matéria, pela interpretação dos dispositivos constitucionais ventilados de forma ampla, profunda e inusitada, acharam os ilustres Membros daquela alta Corte de Justiça Estadual, aliás com sérios argumentos, que a pretensão não poderia prosperar.

Os autores interpuseram o RE n.º 101.183—SP (RTJ 110/1217), mas o STF dele não conheceu, também devido aos precedentes, indicando-se, dessa vez, a decisão no RE n.º 100.007. O eminente Relator, Ministro Djaci Falcão, disse, no seu ilustre voto, que a jurisprudência da Corte estaria pacificada no sentido de que a irredutibilidade não tem como corolário a revisão automática dos vencimentos dos Magistrados, em razão dos índices de desvalorização da moeda (RE n.º 94.011, MS n.º 20.286 e RE n.º 96.458, relatados pelos Ministros Soares Muñoz, Néri da Silveira e Rafael Mayer — pág. 1221).

IV

O Desembargador Francisco May Filho, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, moveu ação contra o Estado, para obter o reconhecimento de direitos e a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento das diferenças de vencimentos e o direito de percebê-las no futuro, correspondentes ao descompasso entre os aumentos de vencimentos da Magistratura, que resultaram afetados pela realidade descrita.

A sentença de 1.ª instância julgou procedente a ação e condenou o Estado a corrigir os vencimentos do autor de acordo com os índices oficiais do custo de vida. A decisão foi confirmada em grau de recurso, ao argumento de que a garantia constante do

art. 113, III, da Constituição Federal, visa à independência da função, não se configurando aumento de vencimentos a recomposição ou a reposição do valor nominal da moeda ao seu valor real. O art. 113, III, teria sido violado de forma direta, por lei, e de forma indireta, por omissão do Estado.

O Estado recorreu extraordinariamente (RE nº 96.458-4 — SC). A egrégia 1ª Turma do STF dessa vez conheceu do recurso, mas para provê-lo e reformar a decisão recorrida. O Acórdão foi da lavra do eminente Ministro Rafael Mayer, que igualmente apegou-se aos precedentes, nos quais — repita-se — a nossa Suprema Corte limitara-se a não conhecer dos remédios judiciais utilizados.

Da necessidade de reexame da matéria

Encerrado o ciclo dos precedentes, cabe-nos persistir, sem recalcar, todavia, na necessidade de um melhor exame desses casos já julgados, tanto mais em face das razoáveis arguições de ofensa direta à Constituição (RISTF, arts. 325 e 326, caput).

Ressalte-se que o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar o caso dos Magistrados Antonio Carlos Braga e outros, considerou-o de «grande relevância, por envolver, no âmbito da Justiça local, pela primeira vez, a interpretação dos dispositivos constitucionais ventilados de forma ampla, profunda e inusitada, sob o enfoque peculiar da responsabilidade do Estado, que não assegurou o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos da Magistratura, em face da perda do poder aquisitivo da moeda, acarretando dano pelo qual se sustenta deva responder» (RTJ 110/1218, item 2).

Vale repetir, com Pontes de Miranda, que o princípio constitucional da irredutibilidade dos vencimentos da Magistratura tem tal importância que sobrepair o Poder Legislativo e os outros Poderes, os quais não têm a faculdade de interpretar e conceituar vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, porque são conceitos da Constituição (obr. cit., pág. 551).

Tais princípios, de tão importantes, seriam causa suficiente, se violados, de intervenção nas unidades federativas, porque outros há que têm de ser assegurados à Justiça. A vitaliciedade, continua Pontes, sem a irredutibilidade de vencimentos, seria garantia falha. Aqui se tiraria parte do que ali se assegurou: a independência econômica, elemento de relevo, que muitos reputam o maior, da independência funcional.

Lamento discordar, por primeiro, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ter julgado improcedente a ação dos seus Juizes, embora reconhecida, a redução de vencimentos, ao argumento de que tal não constituiria ameaça à independência do Poder Judiciário, a exigir a incidência da garantia constitucional.

Ora, o exemplo nos vem da Constituição norte-americana (art. 3º, Seção Primeira).

No Brasil, depois da Constituição de 1934, que inspirou a de 1937, não só se estendeu à Justiça dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Territórios a garantia constitucional, como também foi a mesma cercada de cuidados especiais.

Posto que a Constituição de 1891 não houvesse falado nas Justicas locais, o STF considerou, ao tempo, o princípio constitucional da União como sistema de garantias da Magistratura. A revisão de 1925/1926 definiu esses princípios constitucionais ao tratar da intervenção nos Estados membros (art. 6º, II). E explicitou, além da independência e harmonia dos Poderes, a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade dos vencimentos da Magistratura (obr. cit., pag. 548).

Da palavra dos doutos

Sydney Sanches, quando ainda Juiz em São Paulo e presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, em entrevista publicada no Informativo nº 27, da referida as-

sociação, advertiu que seria bom não esquecer da existência, na Constituição, da garantia de irredutibilidade dos vencimentos da Magistratura, garantia por ele considerada como letra morta, «pois a inflação corrói os vencimentos dos Magistrados, com sua conseqüente redução. E os reajustes nunca se fazem ao nível da inflação».

Esse eminente julgador e atual Ministro da nossa Suprema Corte ressaltou a abrangência da garantia da irredutibilidade como de interesse individual e coletivo. Disse ele, quanto ao interesse individual, que os Juízes sofriam na pela u'a defasagem de 82% desde 1976, apesar dos reajustes anuais.

Quanto ao interesse coletivo, discerniu:

«Aliás, essa garantia da irredutibilidade protege o jurisdicionado (o povo) e não apenas o Juiz, pois sem traqüillidade deste, inclusive econômica, não pode haver prestação jurisdicional serena e equilibrada. (Omissis)

Sem um Poder Judiciário independente, respeitado, atuante e eficiente, não se pode falar seriamente em democracia». (Cf. Informativo n° 27, Associação dos Magistrados Brasileiros).

Castro Nunes, falando na sessão de abertura do STF, em 1944, proclamou que um dos principais deveres de todos os governos democráticos e, acentuadamente, dos governos fortes, instituídos por contingências anormais, é o de prestigiar a Justiça. É do seu próprio interesse fazê-lo, para que se mantenha no juízo do povo, para que lhe seja lícito proclamar-se baseados nos princípios fundamentais da democracia (cf. Castro Nunes, «Teoria e Prática do Poder Judiciário», 1943, Forense, preâmbulo).

Henry Sidwick, citado por Harold Lasky, escreveu no seu livro «El Estado Moderno» (Tomo II, págs. 312/313), que as garantias da Magistratura inserem entre as próprias garantias do povo e do Estado, eis que, sempre que se trata de determinar a perfeição política de qualquer povo no seio da civilização, é preciso apelar, preferentemente, como padrão indiscutível de sua elevação, para o grau em que reverencia a Justiça, através das normas legais, nas práticas quotidianas da administração judicial, seja no que diz respeito aos litígios que surjam entre os particulares, seja no que diz respeito às contendas que se originem entre estes particulares e o governo (cf. Renato Mellillo Filho, Sentenças, Divulgação Ajuris, pág. 33).

O Ministro Aliomar Baleeiro, após lamentar a péssima situação econômica dos nossos Juízes, em condições injustas e desanimadoras, enfatizou:

«Creio que nenhum Magistrado sonha ganhar o que percebem Juizes norte-americanos da mesma categoria. Contentar-se-iam com os salários dos Magistrados de países ainda atrasados no caminho do desenvolvimento, como a Jamaica e Filipinas, segundo depoimento destes, por mim ouvido quando visitaram esta Casa. (Omissis)». (RTJ 55/209, RE n° 69.678 — GB).

Cláudio Pacheco também disse que o Brasil e em outros países, que adotam o mesmo tipo de organização judiciária, pode-se apontar ainda mais como fator dessa tendência a tanto arraigar os Magistrados na sua investidura, o de que a sua função primordial, a de apreciar a constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente a das leis, constitui um último e bem vasto direito de veto, que perigosamente pode limitar, em larga margem, a ação dos outros poderes. Por isto, sentiu-se necessidade e logo se estendeu a vantagem de dar as mais completas garantias de investidura e assegurar um clima de larga independência aos Juízes (cf. Cláudio Pacheco, pág. 93).

Alcino Salazar conceituou a garantia da irredutibilidade de vencimentos do Magistrado como remédio conveniente, preventivo e imunizante, levando em conta que a vitalidade e a inamovibilidade já se encontram sob o controle do próprio Poder Judiciário, mas não a outra, pois ao Executivo, como ao Legislativo, restaria a arma da redução dos vencimentos, permanente ameaça à independência dos Juizes ou instrumento de violação dela, pelo menos na medida em que pudesse ser contornado ou posto à margem o obstáculo constitucional.

Cogita ele, ainda, de uma remuneração bastante, como verdadeira garantia de independência («Poder Judiciário. Bases para Reorganização», Forense n^os 115/121).

Rottschaefer, na sua obra «Constitutional Law» (pág. 419, apud Paulino Jacques, «Curso de Direito Constitucional, Forense, 1958»), também prelecionava que a única garantia absoluta era a da irredutibilidade de vencimento do Magistrado, que não admitia exceção, pois a incidência de impostos gerais não podia ser tida, evidentemente, como redução de vencimentos, embora nos Estados Unidos assim o tenham entendido: Evans x Gore e Miles x Graham.

É certo, quanto ao Imposto de Renda, que a situação modificou-se nos Estados Unidos, mas ainda ressoa na história da sua Suprema Corte o incidente entre o «Chief Justice» Taney (aliás proveniente dos quadros do Executivo e nem por isso menos notável do que Marshal e Chase) e o Secretário do Tesouro, obrigado a devolver à Corte o que havia indevidamente arrecadado (Paschal, «Anotaciones à la Constitución de Estados Unidos y Concordancias con la Constitución Argentina», Trad. de N. Calvo, III/291/292, 1890).

Carlos Maximiliano ensinou que o Magistrado precisa, não só estar a coberto de qualquer pressão ou represália por parte do Executivo ou do Congresso, como também não alimentar esperança de recompensa pelos serviços prestados à política. Não sofre remoções acintosas, nem a perda de parte dos honorários, mas também não lhe galar-doam a subserviência com honrosas e pingues posições. Antes de gozá-las, abandona obrigatoriamente a judicatura (cf. «Comentários à Constituição Brasileira», 1918).

Disso é exemplo o que aconteceu com o substitutivo que a Associação dos Magistrados Brasileiros encaminhou ao Congresso, ao tempo da recente reforma do Poder Judiciário. Tratava da inclusão de dispositivo que autorizava a correção, ao menos uma vez por ano, dos vencimentos da Magistratura. Foi rejeitado na Câmara dos Deputados. Tencionava-se disciplinar a recomposição dos vencimentos, como depois constou de projeto enviado ao Senado Federal por Nelson Carneiro, determinando o reajuste do salário mínimo a cada período de seis meses, na mesma proporção do índice inflacionário. Argumentava o Senador que, pela legislação vigente, o assalariado financia a inflação com o aviltamento do seu salário, cada vez que é reajustado, doze meses após a presença do custo (Correio do Povo, 21-10-78, apud Renato Melillo Filho, Juiz, obra citada, pág. 33).

Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por volta de 1938, impetraram Mandado de Segurança ao Supremo Tribunal Federal contra a cobrança do Imposto de Renda sobre os vencimentos. O «writ» foi concedido, pois essa era a orientação da Corte desde 1915. Contudo, o chefe do governo ditatorial, com a faculdade de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, cassou o decisório do Supremo Tribunal por ato imediato à deliberação.

Já houve tempo, na Grécia, quando a Magistratura era meramente ocasional, mediante a eleição ou o sorteio de Juizes na hora de julgar, que a função era gratuita. Em consequência, os opulentos, como Cimon, filho de Milcíades, em Athenas, fazendo apresentar-se a turba dos apaniguados, dominavam nos Tribunais, de que desertavam os pobres e laboriosos. Aconselhado por Damonides d'Oié, Péricles, destituído de fortuna, combateu o mal, instituindo o salário dos Juizes. Passou a dar ao povo o dinheiro do povo, na frase do autor intelectual da medida. Anytos abusou, depois, daquela faculdade de distribuir dinheiro: acusado de haver perdido Pylos em consequência de uma estratégia errada, corrompeu o Tribunal e foi absolvido. Fixou-se, então, o salário. Cada Juiz recebia três ôbulos por audiência, assim passando o vencimento ao terreno do direito como garantia de integridade (cf. Aristóteles, «Constituição de Athenas», trad. de Haussoulrier, 1891, págs. 42 e 94, apud C. Maximiliano, obra citada).

Xavier de Albuquerque, quando Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao falar sobre «O Poder Judiciário na Conjuntura Política Nacional», afirmou o que o primeiro obstáculo ao recrutamento dos Juizes era a insuficiente remuneração, incapaz de tor-

nar competitiva a carreira no amplo leque das atividades pelas quais enveredam os profissionais do Direito. Parece ilícito concluir — dizia ele — que o grave empecilho à melhoria da insuficiente remuneração dos Magistrados continua a desafiar solução. A Lei Orgânica, por exemplo, teria pormenorizado direitos e vantagens, mas não logrou estabelecer regra ou instituir mecanismo inibidor do aviltamento da carreira judiciária, fruto da inferiorização dos estípidios que ainda lhe são atribuídos (cf. «Revista da Associação dos Magistrados Mineiros», vol. I, 1983, págs. 31/49).

Acrescentou o eminente Ministro não ser admissível que o Poder Judiciário, ao qual a Constituição atribui destaque especial, quando lhe confere a função incomparável de julgar os atos dos demais poderes igualmente independentes, deva ser submetido ao constrangimento de situações embaraçosas. Referia-se à organização de sua economia interna, inerente ao seu autogoverno, mas nunca esteve tão distante do tema que não pudesse estendê-lo à autonomia econômica, que permitisse aos Magistrados fixarem a sua própria remuneração, com alto sentido de responsabilidade, inerente à carreira judiciária. Não achava aconselhável que os Magistrados, por causa mesmo das disparidades, fossem obrigados a constrangedoras demandas judiciais, como tantas que se feriram no passado. Já visualizava ele o panorama atual, resultante de situações a que teria levado um suspeitado desapareço pelo Poder Judiciário e adequado posicionamento na estrutura do Estado. Como a história se repete — dizemos nós — vale a advertência contra a dormência suicida desse Poder, pela lembrança das vicissitudes por que passou, quando do restabelecimento da equiparação constitucional dos vencimentos de desembargadores ao que percebessem, a qualquer título, os Secretários de Estado. A Emenda Constitucional nº 7, que perfilhou a idéia, excluiu, contudo, a cláusula «a qualquer título», propiciando, ao contrário do que pretendia evitar, que engenhosas e chechidas ou insuspeitadas formas de se melhorarem os Secretários, jamais viessem a repercutir sobre o estípidio dos Magistrados.

Geraldo Ataliba, escrevendo sobre a «Autonomia do Poder Judiciário no Plano Estadual» (AMAGIS, págs. 88/89), pareceu descrente da existência de uma verdadeira igualdade entre os Poderes da República, se um deles ficar subordinado à proposta do outro e à aprovação de um terceiro. Se o Poder sobre as finanças é poder sobre a vontade, disse ele citando Hamilton, não será válido afirmar-se a independência de um poder que não dispõe de controle sobre os próprios instrumentos.

Essa — que deveria ser u'a tomada de posição irredenta da Magistratura nacional — esboroa-se, **data venia**, em manifestações desalentadoras, como a que consta do Diagnóstico sobre a Reforma do Poder Judiciário, onde se lê que «a garantia da irredutibilidade de vencimentos, diante da inflação, é meramente teórica» (AMAGIS, I/1983, pág. 71, item IV, subitem 27).

Queremos crer que essa apreciação, feita pelo próprio Supremo Tribunal — pois, além da Comissão de Ministros, encaminhou-a o seu Presidente, à época, depois de aprovada pela unanimidade dos demais Ministros, em sessão administrativa da Corte — não deixou de ser uma velada crítica à detrimetosa conduta do Poder Executivo, em relação à garantia constitucional de irredutibilidade dos vencimentos da Magistratura. A crítica, porque velada e não frontal e peremptória, não chegou, por isso mesmo, a sensibilizar os seus destinatários. O que se viu, e resultou da tentativa, foi, na realidade, a promulgação de uma suspeitosa e draconiana lei, que estarreceu o mundo jurídico e, a alguns Magistrados, fê-los abandonar a Toga. Destaca-se, num universo de críticas, a autorizada veemência de Calmon de Passos, quando disse:

«O homem é a medida de todas as coisas. E o Juiz é a medida de toda Justiça.

E que estamos fazendo pelos Juizes? Onde os estamos preparando? Como os estamos protegendo das pressões e das tentações? Como os estamos estimulando para que perseverem no sacrifício a que se propuseram? Que apoio e que aplausos lhes temos dado para que não se fatiguem antes da hora do revezamento?

Minha resposta é uma só: nada. Nem nós, nem o Estado, nem as leis de ontem nem a famigerada lei de hoje. E ousar dizer que sem Juizes é inútil preterir justiça e é mero exercício verbal falar-se em reforma do Poder Judiciário.» (cf. AMAGIS, pág. 60).

O mesmo autor, glosando até com rigorismo inusitado essa reforma do Poder Judiciário, chegou a dizer que «pouco importa, afinal, vestirmos bem a nossa Justiça da cintura para cima, se da cintura para baixo, justamente onde se localizam as partes pudendas, ela permanecer esmulambada ou nua». «Até mesmo o STF, aparentemente grande beneficiário da reforma, com o acréscimo de poderes que obteve, em verdade apenas os conseguiu na dependência da iniciativa do Procurador-Geral da República, mero delegado da Presidência da República, demissível ad nutum, o que significa, em última análise, a subordinação do órgão da mais alta hierarquia de um dos Poderes, que é proclamado independente, ao todo-poderoso Executivo, transformado, em nosso País, no absoluto político, pairando acima do bem e do mal.» (Subsídios para uma efetiva reforma do Poder Judiciário, palestra proferida na FD-UFMG, 1979).

O Ministro Aliomar Baleeiro, conforme já vimos, exproba essa situação. «Tudo isso deve ser corrigido quanto antes» disse ele. Mas recuou em seguida, acrescentando: «Mas o problema é do Congresso e do Presidente da República. Ao Juiz não cabe o papel de postulante na Peça dos Três Poderes». (RTJ 55/209).

Não acho que assim seja, pois se existe também um chefe do Poder Judiciário, é-lhe dado postular, no sentido de exigir e não de pedir, de cobrar e não de esperar, porque até agora pouco ou quase nada foi obtido, senão com as migalhas que caem das mesas dos potentados. A insensibilidade ou mesmo a recusa sistemática tampouco poderiam abater o ânimo daqueles que dispõem do poder de julgar.

Essas observações bem que poderiam deixar de ser feitas e até parecerão pouco ortodoxas em u'a decisão judicial, mas não poderia jamais refreá-las, a qualquer risco:

«Ora, alguns dos fariseus lhe disseram em meio à multidão: Mestres, repreende os teus discípulos.

Mas ele lhes respondeu: asseguro-vos que, se eles se calarem, as próprias pedras clamarão.» (Luc. 19:40).

Geraldo Ataliba, ao voltar sobre o assunto, em parecer que lhe foi solicitado pela Associação dos Magistrados Mineiros, sustentou, em face do art. 113, III, da Constituição Federal, que para não ser «uma lição vazia e meramente retórica, significa que não se pode reduzir esses vencimentos, quer direta, quer indiretamente, nem por ação, nem por omissão».

Humberto Theodoro Júnior confirma essa posição, à qual empresta o seu confiável aval (AMAGIS, págs. 93/94).

A Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou e decidiu a questão, em dezembro de 1980, no caso «US vs. Hubert. L. Will e outros», constituindo-se, também para os seus Juizes, matéria inédita. Por Acórdão unânime, sendo Relator o «Chief Justice» Warren Burger, foi declarada inconstitucional decisão do Congresso que bloqueou a correção anual — de acordo com a ascensão do custo de vida — dos vencimentos daqueles Magistrados. Eles se apoiaram no preceito constitucional proibitivo da redução dos vencimentos da Magistratura, os quais «shall not be diminished during their continuance in officie». A ação fora proposta contra o Estado, para a cobrança das diferenças entre o valor real e o nominal dos seus vencimentos, pois nos últimos onze anos o custo de vida elevava-se em 131%, enquanto os reajustes somente chegavam a 35%, exatamente devido àquele bloqueio legislativo, que se traduziu na falta de correção equivalente a três anos. Essa defasagem enfrentava a chamada «Compensation Clause», art. III, § 3º.

Aqui não foi nem o Congresso.

Com apoio nessa oportuna decisão, Geraldo Ataliba passou a patrocinar a causa dos Magistrados brasileiros, em mais de uma centena (cf. AMAGIS, págs. 90/94), pois era preciso proclamar, a exemplo de Hamilton, que o mais fraco dos três Poderes, o que não dispõe de mando na espada, nem na bolsa pública, merece que se lhe dê forças («The Federalist»).

Quando se anunciou, no plano histórico, a regra da irredutibilidade, inexistiam certos descontos que viriam a incidir depois. O Supremo Tribunal Federal, em brilhante Acórdão da lavra do Ministro Eloy da Rocha (RE nº 70.009 — RS, RTJ 83/79), cedeu à imposição. Citou-se Woodrow Wilson, para dizer-se que «the Constitution was not meant to hold the Government back to the time of horses and wagons» (Saul Padover, «The Living US Constitution», NY, 1953, pág. 58). Também Oliver Wendell Holmes, quando apregou que a Constituição de um país «is an experiment, as all life is on experiment» (ops. et locs. cit. 1919).

Acho que tal decisão esteve perfeita, como razoáveis, para o caso, as citações de Wilson e Holmes. Questionava-se ali, todavia, a obrigatoriedade dos descontos previdenciários, os quais, segundo o eminente Relator, pela sua própria natureza, universal e compulsória, não teria por finalidade reduzir vencimentos, mas assegurar-lhes, tanto quanto possível e segundo planos atuariais, a inteireza, quando da incapacitação ou do decesso, em proveito dos beneficiários segurados.

Ora, não será com apoio em tal precedente, como pretende a ré, que se possam equiparar os benefícios previdenciários aos prejuízos decorrentes da inflação, que embora contemporânea na sua exacerbação, sempre existiu e é cíclica, não devendo, pois, ser apontada apenas como fruto de acidentalidades conjunturais e imprevisíveis.

De fato, é dado aos estudiosos do assunto saber e citar, como exemplo, episódios sobre esse velho tema que remoja. No século XVII, na Europa, a inflação começou com a exportação de ouro do Terceiro Mundo colonial para o continente europeu, que deslanchava na era industrial. A liquidez excessiva do padrão-ouro fez baixar o preço do metal e a Europa enfrentou a primeira inflação de sua história. De lá para cá, o ciclo instalou-se.

Stuart Mill fez previsões que se concretizaram em 1929, quando a economia de mercado entrou em colapso. Foi o «crack» americano, que deu lugar ao «Estado Keynesiano». Keines achava que o principal problema da economia capitalista, ao contrário do que sempre haviam imaginando os economistas, não era a inflação, mas a deflação. A inflação — ensinava ele, aumenta os lucros, reduz salários e perdoa a dívida dos empresários.

Antes preso ao padrão-ouro, o Estado não podia gastar além de sua receita, para não provocar a inflação através das emissões. Surgiu, então, a saída plausível, ou seja, a criação do padrão monetário baseado numa moeda inconvertível, podendo o Estado emitir sem lastro. A inflação foi encoberta pela dívida pública, pois era conveniente ao setor privado a expansão dos gastos estatais. Nos Estados Unidos, por exemplo, e segundo anotações de Lauro Campos, da Universidade de Brasília, se em 1929 havia pouco menos de quinhentos mil funcionários públicos, dez anos depois esse número já subira para doze milhões. Em 1946 o deficit operacional do setor público alcançara 119% do PIB norte-americano.

As soluções de lá não são, porém, as soluções de cá. Roosevelt, Mussolini e Hitler, entre outros, conseguiram dinamizar a economia dos seus países. Mas aqui no Brasil, não, porque a nossa dívida pública está alcançando os seus limites na capacidade do setor produtivo, voltado para o consumidor assalariado, que, contudo, não poderá suportá-la. Diz o Ministro Dilson Funaro, a exemplo do que pratica Reagan nos Estados Unidos, que a solução será combater o deficit com exportações, forçando a abertura do mercado, como preconiza o Plano Baker (cf. Jô Abreu, Brasília)

Consultem-se os nossos constitucionalistas, tradicionais e modernos, quando ensinam que a 3ª garantia constitucional provém da Constituição dos Estados Unidos da América (1787, art. 3º, Seção 4, *in fine*), pois ter ação sobre a subsistência de um homem é tê-la sobre a sua vontade (cf. Paulo M. de Lacerda, «Princípios de Direito Constitucional», Azevedo Editora, nº 664, Pontes de Miranda, «Comentários à Constituição de 1967», com a EC nº 1/69, RT; E. Epinola, «A Nova Constituição do Brasil», Freitas Bastos, 1946; Alcino Salazar, «Poder Judiciário. Bases para a Reorganização», Forense; Paulino Jacquer, «Curso de Direito Constitucional», Forense, 1958; Araújo Castro «A Constituição de 1937», Freitas Bastos, 1938; Claudio Pacheco, «Tratado das Constituições Brasileiras», Freitas Bastos; Salud Maluf, «Direito Constitucional, Sugestões Literárias S/A», 1977; Carlos Maximiliano, «Comentários, Jacynto Ribeiro», 1918; Ivan Nogueira, «O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira», 1948; Castro Nunes, «Teoria e Prática do Poder Judiciário» 1943, págs. 91 e seguintes; Ajuris «Trabalhos Jurídicos sobre Irredutibilidade de Vencimentos», págs. 35/85, *apud*. Renato Melillo Filho).

Da necessidade de decidir

Nos Estados Unidos — repita-se — a Suprema Corte, em nome desses princípios, reajustou os seus próprios vencimentos e os da Magistratura Federal, devido à denegação dos reajustes pelos demais Poderes e em virtude da diferença entre o valor nominal e o poder aquisitivo da moeda, com efetiva redução de vencimentos, contrária à Constituição.

O fato ajusta-se à situação da Magistratura brasileira, porque aqui vigoram os mesmos princípios jurídicos e a situação de fato é realmente a mesma, embora sensivelmente pior, para não dizer alarmante.

Marshall, no caso «Cohen vs. Virginia» (6 Wheat 246 — 1821), decidiu que o Judiciário não poderia negar a medida, porque se acercava dos limites da Constituição. Nem seria possível evitá-la por ser duvidosa. Com quaisquer dúvidas, com quaisquer dificuldades, uma causa pode ser apresentada e tem que ser decidida. Não temos — dizia ele — nem o direito de declinar do exercício da jurisdição, que nos é atribuído, nem o de usurpar aquele que não nos é atribuído. De um ou outro modo, seria trair a Constituição. Questões poderiam ocorrer que seriam prazenteiramente evitadas. Mas não podemos evitá-las (cf. Luiz Alberto Americano — Do aumento pela Suprema Corte Americana de seus próprios vencimentos e dos vencimentos dos Juizes Federais. Estudo comparativo com o Direito Brasileiro).

No julgamento do RE nº 96.458-4 — SC, o único a ser conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o seu eminente Relator, Ministro Rafael Mayer decidiu. E ao fazê-lo alinhou argumentos contrários ao provimento do recurso e, portanto, à procedência da causa.

É o que passaremos a examinar.

Argumentação e contra-argumentação

«A garantia constitucional da irredutibilidade não implica em que se proceda à revisão automática dos vencimentos dos Magistrados, em razão dos índices de desvalorização da moeda» (1ª Turma, Ac. un. 3-2-83).

Não é o que postulam os autores. Eles pretendem a correção dos reajustes de vencimentos, porque feitos em níveis reconhecidamente inferiores aos índices fornecidos pela própria União.

Há diferenças desfavoráveis que caracterizam dano, pelo qual é responsável a Fazenda como executora das leis dos reajustes. Essas leis não são, pois, atacadas em tese, muito embora a sua elaboração seja o evento gerador do dano, havendo, portanto, nexa causal. E os danos, aqui, correspondem a um restrito número de prejudicados e não a todos (J. Cretella Júnior, «Responsabilidade do Estado por ato Legislativo», RDP, nº 71, 1984, págs. 60 a 75).

Os autores alegam que a União se tem omitido em providenciar medidas assecuratórias de mecanismos que dêem eficácia ao seu direito de perceber, mês a mês, vencimentos integrais, substancialmente irredutíveis, ex vi do art. 113, III, da Constituição.

Não aceito o argumento da omissão, mas sim o deliberado propósito de nivelar por baixo, de negar parcialmente.

A defesa da União tem sustentado, sistematicamente, que os aumentos (diga-se reajustes anuais de vencimentos do funcionalismo público não podem ser considerados como ofensa à norma constitucional. A ofensa à irredutibilidade ocorreria — sustenta — se na lei, que dispõe sobre o aumento anual de vencimentos, resultassem estabelecidos percentuais mais elevados para os servidores em geral do que para os Magistrados. Ademais, os vencimentos dos Magistrados, que por irredutíveis deveriam ser fixos, foram aumentados pelo Poder Executivo na mesma proporção dos demais funcionários dos três Poderes.

Cita em defesa da União Rosah Russomano, quando comenta que «os vencimentos dos Magistrados são irredutíveis, isto é, uma vez fixados, ou aumentados pela lei ordinária, não mais podem descer» («Lições de Direito Constitucional», 2ª ed., 1970, pág. 306).

O argumento da defesa da União, ainda que razoável num país de economia estável, seria indiscutivelmente ingênuo entre nós, quase raiando à má-fé.

Se o Congresso norte-americano aprovou um complexo de projetos de leis interligadas, para fixar os vencimentos dos Juizes Federais, dispondo sobre uma revisão quadrienal dos níveis gerais de vencimentos e sobre reajustes anuais em função do custo de vida (Burger, «The United States Law Week», vol. 49, nº 24), não seria razoável que os fixássemos no Brasil em valor certo.

É verdade que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional dispõe, no art. 61, que os vencimentos dos Magistrados são fixados em lei, em valor certo. mas a remissão feita ao art. 32, parágrafo único, demonstra a finalidade do legislador, de resguardar a irredutibilidade dos vencimentos, como projeção do art. 113, III, da Constituição Federal, dadas as únicas exceções que indica, a saber:

«Art. 32. Os vencimentos dos Magistrados são irredutíveis, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais, inclusive o de renda, e aos impostos extraordinários.

Parágrafo único. A irredutibilidade dos vencimentos dos Magistrados não impede os descontos fixados em lei, em base igual à estabelecida para os servidores públicos, para fins previdenciários.»

Anote-se que a equiparação feita no texto é apenas para efeito de contribuição previdenciária, muito embora para alguns menos avisados ocorra mesmo a nível de vencimentos, ex vi do disposto no art. 98 da Constituição Federal, que fala em cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário, de atribuições iguais ou assemelhadas. Todavia, a palavra cargos ali se emprega, globalmente, no sentido de remuneração do pessoal do serviço público (art. 98, parágrafo único), ressalvadas as equiparações individualizadas e, por isso mesmo, excepcionais, como no caso do art. 128, § 2º, da Constituição Federal, entre Ministros do TFR e do STM (cf. Pontes de Miranda, «Comentários», III, pág. 461).

O regime funcional e de carreira dos Magistrados está lançado, em suas bases, na própria Constituição, de tal modo que o Supremo Tribunal Federal reagiu às cogitações de sua inclusão no «Estatuto dos Funcionários Públicos» (cf. Claudio Pacheco, obr. cit. nº 15).

Em sentido etimológico toda pessoa que desempenhe função pública é funcionário público. O presidente da República, os Deputados, Senadores, Governadores de Estado e Juizes. Biscaretti Di Rupa, ao tempo da monarquia italiana, apontava os descendentes

da Coroa como funcionários públicos (Mario Guimarães, Forense, Rio, 1ª ed., pág. 36; «Lo Stato Democratico», pág. 81).

Contudo, a jurisprudência dos tribunais, estratificando princípios de Direito Constitucional, tem assentado que, em sentido próprio, os Magistrados não são funcionários públicos. Assim o STF, conforme já se viu. E pelo voto do Ministro Carlos Maximiliano, Acórdão publicado em várias revistas autorizadas (Arq. Jud. 52/12; RF 92/77; Arq. Jud. 83/13). Nos debates por ocasião do julgamento do RE nº 13.843, Relator o Ministro Barros Barreto, resultou que «os Juizes não são considerados funcionários públicos no sentido próprio ou restrito da expressão» (RF 157/162). São órgãos do Poder Judiciário e não prepostos de outro poder (págs. 38/39).

O grande defeito do sistema americano, para alguns e entre eles Hauriou, foi ter feito do Juiz poder político e submetido os Estados Unidos ao Governo dos Juizes. «Le Gouvernement des Juges» — epígrafe que também Lambert encontrou adequada para o seu livro sobre a organização constitucional dos Estados Unidos. Mas, embora negue seja o Judiciário um dos três Poderes do Estado, o mesmo Hauriou apresenta-o como Poder soberano (Hauriou, «Principios de Derecho Publico y Constitucional», trad. esp., pág. 336; Mario Guimarães, obr. cit. págs. 41/43).

Realmente, nos Estados Unidos, Story, reproduzindo Burke, aconselhou o Estado a organizar a sua Magistratura como se fora alguma coisa exterior: «It ought to make its judicature as it were something exterior to the State». («Commentaries», vol. 2, pág. 157, apud Mario Guimarães, obr. cit. pág. 48).

Entre nós, contudo, Pedro Lessa achava tratar-se o sistema americano de uma «soberba criação política, nesse ponto invejada pela própria Europa». «Aqui — dizia ele, votando contra a declaração do estado de sítio e a prisão de vários jornalistas em abril de 1914 — chegam a vislumbrar sinais de ditadura judicial (ditadura sem tesouro e sem força material), na opinião dos que almejam que se faça muito menos do que o augusto Tribunal norte-americano» (cf, Roberto Rosas, Pedro Lessa, «O Marshall Brasileiro», 1ª ed., 1985, pág. 90).

Enquanto a noção de funcionário pertence ao Direito Administrativo, no Direito Constitucional (e agora também na Lei Orgânica) estão todas as bases da noção de Juiz, onde o Judiciário assoma como um Poder do Estado. Embora não se negue que os Juizes são também servidores do Estado, mas em sentido lato ou impróprio, esse conceito comporta diferenciações, das quais a primeira é a que deriva da divisão dos Poderes.

Os funcionários propriamente ditos são agentes do Poder Executivo e não se confundem com os órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, os quais, coletivamente considerados, são as câmaras e os Tribunais e, individualmente, os seus integrantes (Castro Nunes, «Teoria e Prática do Poder Judiciário», págs. 120/121).

Detendo os Juizes vencimentos irredutíveis, a nivelção, embora decorrente de lei, mas executada pela União, atinge um direito constitucional que repetindo Pontes, os demais Poderes não têm a faculdade de interpretar e conceituar (obr. cit., nº 9).

Além disso, os vencimentos irredutíveis dos Magistrados não são apenas aqueles que mais correntemente se consideram como sendo a soma do ordenado e da gratificação ordinários, mas tudo quanto o Estado paga ao Juiz em caráter normal e no nível comum a todos os Juizes da mesma categoria e da mesma área orçamentária, tudo que se possa considerar como constituindo remuneração da sua atividade permanente, do seu tempo de serviço e da sua posição funcional (cf. Claudio Pacheco, obr. cit., nº 22).

nalidade de ato normativo, que fixa valores de vencimentos, aplicáveis genericamente. Súmula nº 339. Fixação dos valores dos vencimentos dos Magistrados em lei, na conformidade do art. 61, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, não sendo possível estabelecer o quantum dos estipêndios por via de Mandado de Segurança, em substituição ao ato legislativo. Mandado de Segurança não conhecido.» (MS nº 20.286, Min. José Néri).

O Ministro Rafael Mayer utilizou esse voto também como fundamento da decisão no RE nº 96.458-4 — SC, mas do seu enunciado se verifica tratar-se de Mandado de Segurança impetrado contra a lei em tese e no qual os impetrantes pretendiam o reconhecimento de que o percentual de aumento de estipêndios, estabelecido para os Juizes no Decreto-Lei nº 1.821/80, ofenderia o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Pretendiam, ainda, a determinação judicial do reajustamento de vencimentos em percentual não inferior ao da inflação, com providências imediatas à execução do julgado.

O Ministro José Néri decidiu com inegável acerto. O Mandado de Segurança não poderia ser conhecido, por inadequado ao ataque direto à lei ou como substituto da ação de cobrança (Súmula nº 269).

3

«... A garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos proíbe que a remuneração dos Juizes seja reduzida. Não os coloca, porém, a salvo das contingências resultantes da inflação, que atinge a todos os cidadãos. Nem ela afasta a incidência de outras normas constitucionais, de conformidade com as quais os vencimentos de todos os servidores públicos, inclusive dos Magistrados, são fixados em lei da iniciativa do Chefe do Poder Executivo. (Omissis).

«... sendo certo que a pretensão dos recorrentes implicaria, em última análise, subtrair do Chefe do Poder Executivo a iniciativa das leis de aumento de vencimentos, prevista no art. 57, II, e que se estende aos Estados, por força do art. 113, III, ambos da Constituição Federal». (Trecho de voto do Ministro Soares Muñoz, no julgamento do RE nº 94.011, também não conhecido).

O conceito usual de inflação é do aumento grande e constante dos índices de preços ao consumidor (Berstein, Edward, pág. 77). A fixação da estabilidade da moeda, em seu curso forçado, não mais pode desmentir fatos públicos e notórios (Arnoldo Wald, «Correção Monetária do Direito Privado», RT 364/23-32). Para corrigir as distorções provocadas pelo fenômeno, o Governo instituiu a correção monetária, reiteradamente consagrada em várias leis e regulamentos, que vêm atenuando os malefícios da inflação em setores diversos de nossa economia (Oswaldo Trigueiro, RTJ 66/326; Renato Melillo Filho, citado, págs. 28/29).

Se tais fatos são reais e incontestáveis, isto é, se existem índices inflacionários oficiais e leis para a sua correção, tem-se que a não-aplicação de uns e de outras corretamente, nos reajustes do valor nominal dos vencimentos do funcionalismo, levou essa classe ao empobrecimento gradual. Aos funcionários públicos, como é sabido, o Governo não está obrigado, por legislação coercitiva, à concessão de aumentos ou reajustes periódicos. Hely Lopes Meirelles ensina que o aumento de vencimentos — padrão e vantagens — do funcionalismo depende de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (CF, art. 57, II). Trata-se de restrição fundada na harmonia dos Poderes e no reconhecimento de que só o Executivo está em condições de saber quando e em que limites poderá majorar a retribuição dos seus servidores (cf. Direito Administrativo Brasileiro, 3ª ed., pág. 429). Quanto aos Magistrados, diversamente do que afirma, *data venia*, o venerando voto, embora incluídos no rol de servidores do Estado, mas em sentido lato, o comportamento do Governo não pode ser o mesmo, pois esse conceito ge-

nérico — repita-se comporta diferenciações, das quais a primeira é a que deriva da divisão dos Poderes.

O regime funcional e de carreira dos Magistrados lança suas bases na Constituição, onde o Judiciário assoma como um Poder do Estado. Detendo os Juizes vencimentos irredutíveis, qualquer nivelção equiparatória e deficitária, embora determinada por lei, mas executada pela União, atinge o seu direito constitucional, que os demais Poderes não têm a faculdade de interpretar nem conceituar.

Alcino Salazar toca no mesmo ponto.

Diz ele, ainda quanto a essa garantia constitucional, há considerar que, peremptoriamente firmada, leva à conclusão inversa, da redutibilidade dos vencimentos de todos os demais servidores públicos. Será justa e equitativa, pergunta ele, essa discriminação? O curial — responde em seguida — seria que o privilégio se estendesse a todos os servidores, a todos os titulares de funções e empregos públicos. E que a redução fosse admitida, com o mesmo sentido de generalidade, quando ocorressem causas ou motivações igualmente de ordem geral, respeitado o assinalado princípio da igualdade (Poder Judiciário. Bases para Reorganização, n.º 120).

Mas ele próprio admite haver, como sustentação da garantia constitucional, um argumento fundamental, que lhe dá receptividade e teor de persuasão. É o que tem base na eventualidade ou no risco de pressões provenientes de outro dos Poderes da soberania política ou de ambos simultaneamente. A fixação dos vencimentos dos servidores públicos de todas as categorias depende de deliberação do Poder Legislativo, conjugada com a iniciativa ou a participação do Executivo, a cuja vontade freqüentemente cede e serve e como o Judiciário tem a faculdade de obstar e corrigir atos, tanto de um como de outro daqueles dois condôminos do Poder, apresenta-se a eventualidade da sua compressão. Daí o cabimento e a conveniência do remédio, preventivo e imunizante, da irredutibilidade (aut. e obr. cit., n.º 117).

Não se há dizer que nas atuais circunstâncias a compressão tenha tido causa nesses fatores, mas o caso é que a mesma ocorreu, efetivamente, enquanto de mãos dadas os dois outros Poderes, risco sobre o qual advertiu Pontes de Miranda («Comentários», T. I, pág. 614). Se a inflação não é um fenômeno recente, por certo que a interpretação dos fatos históricos levou os constituintes norte-americanos a formular um princípio que garantisse a independência dos seus Juizes, através de remuneração em forma estável. Para eles, sob a influência de Hamilton, não será possível esperar que ocorra na prática a completa separação do Poder Judiciário e dos demais Poderes, em nenhum sistema onde o primeiro dependa, para as suas necessidades pecuniárias, das assinações ocasionais dos demais («O Federalista,» versão de Gustavo R. Velasco, cap. LXXIX, pág. 936).

Dos Tribunais Estaduais

Nos Tribunais de Justiça dos Estados grande parte das sentenças favoráveis aos Juizes foi reformada. Os feitos semelhantes no âmbito federal ainda não tiveram deslinde, a não ser esta demanda, cuja solução favorável já se encontra encaminhada, embora por decisão não-unânime da Turma.

As objeções de maior fêmeça, feitas à pretensão dos Juizes, encontram-se, porém, no Acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Des. Nereu César de Moraes, a que se somou voto do Des. Milton Evaristo dos Santos. Os seus pronunciamentos encontram-se compilados no despacho de admissão do recurso extraordinário, quando o seu ilustre Presidente afirmou tratar-se, no caso, de matéria relevante, envolvendo, no âmbito da Justiça do Estado, pela primeira vez, a interpretação dos dispositivos constitucionais ventilados no recurso, de forma ampla, profunda e inusitada (RTJ 110/1218).

Está dito no respeitável Acórdão que o paralogismo em que haviam incorrido os autores (e, por via de consequência, a brilhante sentença do Dr. José Márcio de Ávila) derivaria, precipuamente, do caráter que emprestaram à norma constitucional, querendo-a preceptiva, quando é ela proibitiva, porque impõe uma omissão ou uma proibição, vedando aos outros Poderes diminuir, por qualquer forma, os vencimentos integrantes do Poder Judiciário.

Daí a conclusão, nessa parte, verbis:

«Para os efeitos inflacionários, a norma do art. 113, inciso III, da Constituição apresenta normatividade insuficiente; não é «self-enforcing,» «self-executing» ou «self-acting provision», nas distinções feitas pelo eminente patrono dos autores, lembrando as teorias nascidas na jurisprudência e nos doutrinadores norte-americanos (cf. Geraldo Ataliba, op. cit., pág. 6); aliás, os casos de disposições constitucionais por si mesmas executórias são excepcionais, como ressaltou o «Chief Justice Sherwood», que acrescenta, secundado por Cooley, «all negative or prohibitive in a constitutionare sel-executing», isso porque «no proibir que se faça alguma coisa, não há nada que exija ulterior ação da lei» (Geraldo Ataliba, cit., págs. 9 e 10). Se um dispositivo constitucional contém uma complementação integrativa, a proibição tem executoriedade imediata; a complementação integrativa depende de lei, complementar ou ordinária, tal seja sua natureza.» (RTJ 110, STF de dezembro/84, págs. 1218/1219)

Lamento discordar.

Acho, *data venia*, que tais conclusões resultam de meras diferenças conceituais e terminológicas, primeiro quanto ao que venha a ser uma Constituição em sentido formal, e segundo sobre a significação das normas preceptivas.

Hermann Heller ensina que a Constituição em sentido formal significa u'a totalidade de preceitos jurídicos fixados por escrito no texto («Teoria del Estado», pág. 295). Para Pinto Ferreira, o mestre do Recife, «é a totalidade de preceitos jurídicos fundamentais delimitados por escrito pelo poder constituinte («Da Constituição», pág. 31). Essas normas legisladas, escritas e rígidas, embora coexistindo com outras normas constitucionais materiais, não deixariam de ser preceptivas, podendo ser, todavia, de eficácia plena ou de eficácia contida.

Embora não seja tarefa fácil determinarem-se as características básicas dessas normas, José Afonso da Silva aconselha adotarem-se, ainda hoje, as conclusões da clássica doutrina norte-americana segundo a qual uma norma constitucional é auto-aplicável, ou de eficácia plena, quando, completa no que determina, sendo-lhe supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime («Aplicabilidade das Normas Constitucionais», cit. pág. 87; Ruy Barbosa, «Comentários à Constituição Federal Brasileira», pág. 492, vol. 2).

Em suma, são de eficácia plena as normas constitucionais que contenham vedações ou proibições e confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; ou que não designem órgãos ou autoridades especiais, a que incumbam especificamente sua execução; não indiquem processos especiais de sua execução; não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam explícitas na definição dos interesses nelas regulados (aut. e obr. cit., pág. 89, nº 13).

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. São — repita-se — auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se pelo só fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.

Cirsapulli, citado e criticado por José Afonso da Silva («La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio», pág. 54), sustentou que as normas constitucionais são preceptivas, imediatamente preceptivas, diferenciando-as, porém, com base no critério dos destinatários, o que para mim não deixa de ser válido, de certo modo. Trata-se de uma classe ou grupo de pessoas — esses destinatários — cujo comportamento e relações certas normas regulam de modo mais direto e específico, estabelecendo-lhes direitos e obrigações. Essas pessoas, dada a sua particular ou peculiar situação social ou jurídico-constitucional prevista, estarão mais diretamente sujeitas à incidência de tais normas.

Nesses casos, porque pertinente exclusivamente aos Magistrados, o art. 113, III, da Constituição, seria em relação a eles norma de eficácia plena protetiva, mas não restrita, por isso que constitucional e destinada a estruturar o Estado e seus Poderes, não podendo deixar de submeter também ao seu império os Poderes Legislativo e Executivo, por vinculação direta e obrigatória e destinação proibitiva.

Do lado oposto, se a norma vai depender, para a sua implementação, de regulamentação legislativa, será então, de eficácia contida, não sendo auto-exequível. São, pois, normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, que agirá como regulamentador dos direitos subjetivos decorrentes, para os cidadãos, indivíduos ou grupos. Na Constituição os exemplos por excelência encontram-se em alguns dos parágrafos do art. 153. Condiicionados à regulamentação legislativa, tais normas não deixam de ser, contudo, imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público e também dos próprios interesses privados, regras e conceitos limitativos de certas situações subjetivas de vantagens. É bom lembrar, ainda, que a garantia da irredutibilidade dos vencimentos da Magistratura não é apenas um direito da classe, mas da própria segurança do Estado, na tripartição dos Poderes, e do próprio povo, ao qual o Estado, porque monopoliza a Justiça, deve a tutela jurisdicional.

Vale repetir Pontes de Miranda:

«A independência do Juiz constitui o conteúdo do art. 113. As garantias são direitos constitucionais, oriundos de regras jurídicas diretas e imediatas, e não simples garantias institucionais. O Poder Legislativo e os outros Poderes não têm a faculdade de interpretar e conceituar vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. São conceitos da Constituição». (Obr. cit., n.º 9)

Hamilton, dirigindo-se ao povo de Nova Iorque em defesa da Constituição, falou sobre os diversos departamentos do Poder e disse que o Judiciário era, sem comparação, o mais débil de todos, porque não possui força nem vontade, senão e unicamente discernimento («O Federalista», ed. Nacional de Direito, 1959, «Comentário à Constituição Americana», págs. 312 e seguintes — apud José Marcio de Ávila, Juiz de Direito no Rio de Janeiro).

No Brasil, apesar da tendência predominante na nossa melhor doutrina, no sentido de preservarem-se as garantias do Poder Judiciário, como importantíssima reserva de discernimento em face dos demais departamentos do Poder estatal, o próprio Poder está cedendo e recuando até ser impedido de julgar.

Recentemente o Tribunal Federal de Recursos reagiu à instauração, por lei complementar, do chamado «contencioso administrativo», criado pela EC n.º 7/77, art. 205, da seguinte maneira:

«O Tribunal Federal de Recursos decidiu manifestar-se a respeito da Proposta de Emenda Constitucional encaminhada ao Congresso Nacional pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em 16-4-84, no ponto em que a mesma, rompendo com a tradição republicana brasileira, propõe a criação de contencioso administrativo no âmbito do Poder Executivo, um poder jurisdicional. Dois motivos principais levaram o Tribunal Federal de Recursos a posicionar-se contrariamente ao contencioso administrativo proposto pelo Poder Executivo: a) porque o contencioso, do modo como é proposto, liquida

com a garantia da proteção judiciária, quando o Poder Público for o violador de direito individual, garantia que deflui da cláusula «due process of law» do direito anglo-americano e que tem sua primeira expressão na Magna Carta de 1215, artigo 39; b) porque esse contencioso, nos seus três ramos — servidores públicos, tributário e previdenciário inclusive para as questões de acidente do trabalho — esvazia a Justiça Federal de 1º grau e o próprio Tribunal Federal de Recursos. Ao tempo em que pretende justificar a sua posição contrária ao contencioso administrativo como poder jurisdicional, a Corte, ciosa de sua responsabilidade na reforma judicial que lhe diz respeito, propõe, também, medidas que, se adotadas, ao ver do Tribunal, afastariam as causas de emperramento da máquina judiciária, no campo específico das relações administrado e Administração Pública Federal, onde justamente incidiria o contencioso administrativo cuja implantação é proposta pelo Poder Executivo. É o que, a seguir, será feito. I — Contencioso Administrativo: Inconveniência de sua criação. O estado de direito compreende a sujeição deste à ordem jurídica (legalidade), com a possibilidade, ademais, dos indivíduos requererem a tribunais independentes e imparciais a tutela jurisdicional no caso de o Estado desviar-se da legalidade, assim violando direitos individuais, ou direitos coletivos ou interesses difusos (controle). Legalidade e controle, pois, caracterizam o estado de direito. O constitucionalismo ocidental consagrou a separação dos poderes como garantia do respeito aos direitos individuais, reservando ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, ressalvada a exceção da interpenetração de atividades dos três Poderes, que, no Direito Constitucional anglo-americano, constitui o sistema de freios e contrapesos, que limita, reciprocamente, os poderes enquanto órgãos do Estado. Cabendo a função jurisdicional, de modo quase que exclusivo, ao Poder Judiciário, a matéria contenciosa entre o Estado e o indivíduo é dirimida por tribunais judiciários. É certo que, em França, o pensamento de Mostesquieu foi distorcido, pois ali o contencioso administrativo compete a tribunais não integrantes do Judiciário, posto que não de forma integral, pois inúmeras questões administrativas são reservadas pela lei ou pela tradição aos tribunais judiciários (G. Peiser, «Contentieux Administratif», 3ª ed., 1979, Dalloz, págs. 52 e segs.). O contencioso administrativo francês, todavia, encontra justificativa em certas circunstâncias históricas não ocorrentes no Brasil. Segundo Roger Bonnard, a não-identificação dos magistrados, que vinham do «ancien régime», com as causas da revolução, fez com que o revolucionário burguês não confiasse na independência e na imparcialidade dos tribunais judiciários diante da Administração Pública (Roger Bonnard, «Le controle juridictionnel de l'administration», 1934, pág. 152). Por isso, a matéria contenciosa entre o Estado e o indivíduo foi confiada, ali, predominantemente, a tribunais administrativos, que nasceram, entretanto, com a marca da independência e da imparcialidade, tradição consolidada pelos quase duzentos anos de sua existência, Bonnard, aliás, informa que, sob o ponto de vista orgânico, o controle da Administração, em Direito Comparado, dá-se por um desses três modos: a) por órgãos da própria Administração, em que ocorre o autocontrole, embrião do contencioso administrativo; b) pelos sistemas do controle judicial, em que pode haver a especialização, com a criação de tribunais judiciários especializados na matéria administrativa; c) pelo sistema de contencioso administrativo, com a existência de tribunais administrativos não integrantes do Poder Judiciário, que, entretanto, ficariam melhor no âmbito do Judiciário, porque exercem poder jurisdicional (ob. cit., pág. 111). A tendência, em verdade, no Direito Público Comparado, é para a adoção de tribunais especializados na matéria administrativa, vinculados tais tribunais, todavia, ao Poder Judiciário. No Brasil, posto que a especialização é mais ou menos recente (Varas de Fazenda Pública), o controle judicial da Administração está arraigado na tradição republicana. Após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, e anteriormente à Consti-

tuição de 1891, deu-se a criação da Justiça Federal, pelo Decreto nº 848, de 11-10-1890, incumbida de julgar as ações em que a União fosse autora ou ré. E o Poder Judiciário, de modo geral, inobstante suas precárias condições de funcionamento, o que não lhe pode ser debitado, porque não dispõe ele de verbas que pudessem viabilizar reformas, tem cumprido satisfatoriamente a sua missão, tanto que tentativas de criação de contencioso administrativos têm merecido a repulsa da consciências jurídica nacional. A propósito, escreveu o eminente Otto Gil, em parecer apresentado ao Conselho da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro e por esta aprovado, que seria inconveniente a «instauração, ou reimplantação, no Brasil, do sistema de contencioso administrativo, seja ele qual for. A história desses contenciosos muitas vezes precede e muitas vezes se confunde com a história dos regimes absolutistas, sempre viabilizados à força do amesquinamento do Poder Judiciário e da transferência ainda que suavizada, ou restrita, de uma parcela de suas atividades jurisdicionais (cf. Alçalá Zamora, «Lo Contecioso Administrativo», Buenos Aires, 1943, págs. 77 e segs. em relação à Espanha, e Duez e Debeyre, ob. cit. págs. 235 e seguintes, em relação à França)». (Otto Gil, «Contencioso Administrativo Fiscal», Rev. da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio, 1977). O que é necessário fazer é dar ao Poder Judiciário meios de exercer o controle em toda a sua plenitude, não sendo em verdade, conveniente a criação de contencioso administrativo, por isso que, conforme acentuam eminentes juristas que têm se manifestado a respeito do tema, ou os Tribunais do contencioso se organizam nos moldes e com as garantias dos Tribunais Judiciários, caso em que não haveria razão para a sua criação, porque bastaria aparelhar melhor os Tribunais já existentes, ou, criados sem tais garantias, ficaria o cidadão sujeito a decisões de funcionários dependentes do Executivo, sem possibilidade de pedir ao Judiciário a tutela jurisdicional. De outro lado, a criação de tribunais administrativos, no âmbito do Executivo, importará em grandes despesas. Como prova, disso, vale invocar o anteprojeto de lei sobre contencioso administrativo fiscal da União, elaborado pela comissão designada pela Portaria nº 254, de 25-5-77, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda, que propôs, para um contencioso sem poder jurisdicional e apenas tributário, a criação numa primeira fase, de oitenta cargos de conselheiros titulares e igual número de conselheiros suplentes, nomeados em caráter efetivo. Tem-se, só aí, a criação de cento e sessenta cargos. O contencioso dos servidores públicos e o contencioso previdenciário exigiram, cada um deles, igual número de cargos. Ora, se a metade dos recursos que seriam gastos na implantação dos contenciosos fosse destinada à Justiça Federal, com a criação de novas Varas e Tribunais Regionais Federais, certamente que as causas do congestionamento da Justiça Federal, justamente a Justiça que tem por missão decidir as questões entre o indivíduo e o Poder Público Federal, seriam afastadas. Entende o Tribunal Federal de Recursos, pois, que devem ser excluídos os contenciosos administrativos com poder jurisdicional constantes da proposta de Emenda Constitucional do Chefe do Poder Executivo (art. 153, §.4º, e artigos 203 e 204)». (Anexo à Ata da Sessão do Tribunal Pleno, 10-5-84, Ofício nº 153/GP, dirigido ao Senador Moacyr Dalla).

Anteriormente já nos haviam retirado a competência para o julgamento das execuções de cédulas hipotecárias relativas aos contratos de empréstimos em operações de compra e venda de imóveis compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, através do Decreto-Lei nº 70/66 e com realce para os seus arts. 32 e 37, verbis:

«Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos quinze dias imediatos, o primeiro leilão de imóvel hipotecado».

«Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o art. 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro,

pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis».

Esse absurdo foi, infelizmente, absorvido pelo Tribunal Federal de Recursos, através de reiteradas decisões, das quais constitui «leading case» o Acórdão no AMS nº 69.710 — SP, Relator Ministro Jorge Lafayette, com a seguinte ementa:

«Hipoteca. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66, arts. 29 e 30. Não há inconstitucionalidade nas disposições dos arts. 29 e 30 do Decreto-Lei nº 70/66, que facultam a execução extrajudicial de hipoteca; somente infringiria o art. 153, § 4º, da Constituição, a norma que proibisse ao devedor, lesado em seu direito, levar a questão ao Judiciário, o que não ocorre. A venda particular do bem dado em garantia, por iniciativa do credor, já era admitida pelo Código Comercial (art. 279), pelo Código Civil (art. 774, III) e pela Lei da Falências (art. 120, § 2º), não havendo qualquer exigência constitucional de ser precedida a alienação de processo judicial».

As decisões trabalhistas nos dissídios coletivos dificilmente eram acolhidas se ultrapassassem os limites da indexação oficial. Invocando esse passado recente, qualquer grevista de hoje pode reservar-se ao direito de reagir às decisões da Justiça do Trabalho, de insultar e agredir os seus Juizes, certo de que nada mais fez do que aplicar corretivo a um tribunal burguês, como aconteceu, realmente, em lamentável episódio, quando atingida, nas palavras textuais do editorialista de O Estado de S. Paulo, a instituição que mais do que qualquer outra simboliza o estado de direito, ou seja, o Poder Judiciário (cf. «Atentado Fascista, Notas e Informações», edição de 6-9-85).

O Dr. Henry Bianor Chalu Barbosa, Juiz Federal no Rio de Janeiro, decidindo caso idêntico ao destes autos, advertiu:

«A austeridade dos Juizes não pode ir até a renúncia das garantias constitucionais, indisponíveis por serem de interesse público. Deixá-las amesquinham-se seria perigoso sinal de enfraquecimento da força moral que se espera do Judiciário, pois se esta não for capaz de restabelecer o direito violado em relação aos seus próprios ombros, como poderá a sociedade confiar na sua capacidade de convalescer lesões a direitos alheios?»

Conclusões

1. Este voto não repousa na omissão da ré (inicial, fl. 2, item 5), nem na revisão automática de vencimentos dos Magistrados em razão dos índices de desvalorização da moeda (STF — RE nº 94.011 e RE nº 96.458), mas na ocorrência de prejuízo, sendo responsável a Fazenda Nacional (CF, art 107; Código Civil, arts. 15 e 159).

A responsabilidade jurídica é situação originada pela ação ou omissão do agente, privado ou público, que responde com sua pessoa, bem ou cargo, em razão de haver contrariado norma editada e respeitada pelo grupo em que vive.

Desdobrada em modalidades jurídicas diversas, filiadas ao protótipo comum categorial, a responsabilidade é una, típica, reunindo sempre, em essência, a entidade personativa, direta ou indireta, que se projetou ou se omitiu no mundo das normas jurídicas, quebrando-as e provocando o dano, convulsão maior ou menor no sistema, desequilibrando-o e determinando a imediata recomposição do equilíbrio violado.

Quando a responsabilidade é publica, analisada pelo Direito Administrativo e, pois, informada por princípios publicísticos, exorbitantes e derogatórios do direito comum, acaba por ultrapassar a responsabilidade paralela do Direito Privado e coloca sempre o Estado em posição de devedor, irremediavelmente, desde que haja dano e nexo causal (Cretella Júnior, «Responsabilidade do Estado por ato Legislativo», RDP nº 71, 1984, págs. 60/75).

Sobre essa matéria a orientação é conhecida. O risco administrativo está condicionado ao mau ou deficiente funcionamento dos entes públicos, em qualquer dos três Poderes. O art. 107 da Constituição Federal, abandonando a teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade objetiva dos poderes públicos, sob a modalidade do risco que, todavia, não é integral (cf. Hely Lopes Meirelles, «Direito Administrativo Brasileiro», 3ª edição, pág. 593).

Não pretendo controlar «inconstitucionalidade por omissão», devido à falta de iniciativa do legislador quanto a medidas tendentes a conferir exequidade a certas normas constitucionais, como é o caso do art. 113, III. Pelo contrário, até aceito as ponderações de Marcelo Rebelo de Souza, José Joaquim Gomes Carrotilho e Jorge Miranda, mestres de Lisboa citados pelo Des. Nelson Pinheiro Franco, sobre a redução prática da inconstitucionalidade por omissão nas Constituições modernas e contemporâneas, devido à ausência de medidas legislativas indispensáveis para conferir exequidade plena a normas constitucionais («Direito Constitucional e Introdução da Teoria da Constituição», Livraria Cruz, Braga, 1979, apud RTJ 110/1219).

Estou firmemente convencido de que a disposição constitucional em causa (art. 113, III) tem plena exequidade, independentemente de complementação legislativa. É o que tenho sustentado. Por isso trago aqui a prova de que a ré infringiu, comissivamente, o princípio da irredutibilidade, através de atos legislativos lesivos. E essa é a mais solene manifestação de vontade do Estado que, ao pretender corrigir o valor nominal da moeda, estabelecendo mecanismos de indexação para uma série de casos, confessou, formalmente, que o valor da moeda não corresponderia à sua efetiva substância.

Assim, devido aos reajustes de vencimentos em níveis reconhecidamente inferiores aos índices fornecidos pela própria União, há diferenças desfavoráveis e caracterizadoras do dano, sendo a Fazenda responsável como executora das leis anuais de reajustes. Essas leis não estão sendo atacadas frontalmente, muito embora a sua elaboração se constitua no evento gerador do dano, nexó causal típico.

Cretela Júnior, na obra citada, escrevendo sobre a responsabilidade do Estado por ato legislativo (págs. 60/75), sustenta que o Estado pode ser responsabilizado por prejuízos causados aos particulares até mesmo em decorrência de ato legislativo, possibilitando o surgimento de ações indenizatórias. Agentes públicos existem nos três Poderes. Sendo a lei, em regra, comando genérico e abstrato, texto impessoal de generalidade máxima, o dano aos particulares emergirá de atos concretos praticados em decorrência dela, tanto mais se reconhecidamente inconstitucional (obr. cit., pág. 71).

A teoria da «irresponsabilidade do Estado legislador» («The King can do no wrong»), que prevaleceu durante muito tempo, cedeu lugar, devido a u'a evolução sucessiva e gradual, por períodos, à responsabilidade pública, no âmbito do Executivo e depois nas esferas Judiciária e Legislativa.

Leia-se, a respeito, o histórico feito pelo autor, a saber:

«O caso «Blanco», de 1873, na França, que marcou nova era para o Direito Administrativo, referia-se tão-somente ao Poder Executivo, à responsabilidade do Estado, em decorrência de falha da máquina administrativa. A decisão anterior, de 1855, do Conselho de Estado francês, julgando o caso «Rotschild», também denominado de «O Estado Devedor...», responsabilizou o Poder Executivo, o que sucessivamente foi ocorrendo com as decisões «Anguet» (dano pessoal no Departamento do Correio), «Pelletier» (apreensão ilegal de edição de jornal), «Cames» (acidente em arsenal), «Lémonnier» (projétil em exercício de tiro que fere transeunte), «Melinette» (atropelamento por veículo do serviço público), «Verbanck» (caminhão do serviço de pontes e calçadas que abalroa e mata ciclista), «Balsa de Eloka» (que soçobra e causa danos pessoais e materiais), «Feutry» (caso do demente que foge de asilo e incendia pilhas de feno, fazendo com que o fogo atinja casa comercial vizi-

nha). Toda a Jurisprudência aqui citada é referente ao serviço público, à falha da máquina administrativa ou, em outras palavras, ao Poder Executivo. Mesmo o caso «Coutéas», que principiou, no Poder Judiciário, quando o proprietário, tendo tido ganho de causa, ia proceder à execução da sentença acabou envolvendo o Poder Executivo que, aliás, por prudência, deixou de dar cumprimento ao mandado judicial, empenhando assim a responsabilidade do Estado, tendo o Juiz sentenciado com base na «teoria do risco social». No segundo momento, a responsabilidade civil do Estado refere-se ao Poder Judiciário, que Waline, com sua grande autoridade, mas sem a menor razão, neste particular, entende ser questão estranha ao Direito Administrativo, visto tratar-se de atividade não administrativa (cf. «Droit Administratif», 9ª ed., 1963, pág. 909), o que, aliás, não o impediu de desenvolver a matéria, precisamente em obra concernente à nossa disciplina (cf. Waline, «Droit Administratif», 9ª ed. 1963, pág. 909; Vedel, «Droit Administratif», 5ª ed., 1973, pág. 421; Rivero, «Droit Administratif», 9ª ed., 1980, pág. 302). Na França, os exemplos, embora de certo modo raros, existem, como o famoso caso do Capitão Dreyfus e, mais recentemente, da senhora francesa acusada de colaboracionista, durante a ocupação da França pelos alemães, condenada em 1945 a trabalhos forçados perpétuos, degradação nacional, confisco de bens e, a final, em pedido de revisão, em 1956, considerada inocente (cf. Waline, «Droit Administratif», 9ª ed., 1963, pág. 910 e nosso «O Estado e a Obrigação de Indenizar», 1980, pág. 153). No Direito francês, além do erro judiciário, vamos encontrar ações ajuizadas contra Magistrados, em virtude de dolo, concussão, morosidade nos trabalhos (Laubadère, «Traité de Droit Administratif», 3ª ed., 1963, vol. II, págs. 631 e 650; Rivero, «Droit Administratif», 9ª ed., 1980, pág. 302; Waline, «Droit Administratif», 9ª ed., 1963, págs. 910/911; e Zanobini, «Corso di Diritto Amministrativo», 6ª ed., 1950, vol. I, pág. 277), configurando responsabilidade do Estado, gerada por falhas nos serviços judiciários, em decorrência de motivos pessoais dos Juizes e agentes desse mesmo Poder. É a «prise à partie», denominação dada pelos franceses (cf. Laubadère, «Traité», 3ª ed., 1963, vol. II, pág. 650, e Vedel, «Droit Administratif», 5ª ed., 1973, pág. 423) («Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo» — J. Cretella Júnior — fls. 64/65).

O terceiro momento refere-se ao Poder Legislativo, somente levado aos Tribunais franceses em 1938, no caso «La Fleurette» e, em 1963, no caso «Bovero».

É ler-se:

«O Conselho de Estado Francês, em 14 de janeiro de 1938, decidiu dar maior relevância, o «leading case», da responsabilidade do Estado por ato legislativo, e, a partir desse momento, houve radical mudança de colocação, no tocante ao pagamento de indenização ao prejudicado por ato legislativo formal danoso. Foi a decisão «La Fleurette» que, em resumo, é calçada no seguinte caso concreto: «A lei, entre um conjunto de medidas destinadas a proteger a indústria produtora de leite, ameaçada de colapso total, proibia a fabricação de produtos suscetíveis de substituírem o leite, em certas circunstâncias, o que, na realidade, incidiu sobre número reduzidíssimo de empresas e, entre elas, a Companhia La Fleurette» (cf. Rivero, «Droit Administratif», 9ª ed., 1980, pág. 301). A Companhia La Fleurette, fabricava produtos alimentares, derivados do leite, inofensivos à saúde, mas contendo certo teor láctico, o que parecia perturbar o escoamento do produto principal, o leite. A companhia, sentindo-se prejudicada pela lei, propôs ação contra o Estado, perante o Conselho de Estado, o qual lhe deu ganho de causa porque: a) a atividade proibida pela lei não era prejudicial; b) o prejuízo sofrido incidiria quase que totalmente sobre a empresa requerente; c) o legislador visara a proteção de ou-

tros interesses profissionais, ou seja, os dos produtores de Leite; e *d*) nada, nem o próprio texto da lei, nem nos projetos e trabalhos preparatórios, nem no conjunto das circunstâncias do caso permitiria pensar que o legislador tivesse pretendido que o interessado suportasse encargo que, normalmente, não lhe seria possível suportar» (cf. Vedel, «Droit Administratif», 5^a ed., 1973 pág. 413). Seis anos mais tarde, o Conselho de Estado também reconhecia o direito de indenização de sua empresa que estava tendo prejuízos especiais caracterizados pela proibição do emprego de glicose na fabricação de cerveja, proibição feita no interesse dos produtores de cereais (caso «Caucheteux» e «Desmont», 21-1-44). Uma terceira decisão, no caso «Lacombe», em 1-12-61, mostra que o Conselho de Estado aceitou o princípio do direito à indenização pelo administrado particular, em decorrência de lei danosa. A análise destas decisões, que aceitam, e daquelas, muito mais numerosas, que negam a responsabilidade do Estado, em matéria legislativa por motivos diversos, permite equacionar o regime da responsabilidade, admitida pelo Conselho de Estado, até a decisão Bovero, prolatada em 23-1-63. Tratava-se de locatário de um filho fora mobilizado e servira o exército francês, na Argélia, no combate aos «rebeldes», antes da Independência. O locador propõe ação de despejo, obtém ganho de causa, mas, na fase de execução, é promulgada lei que suspende os despejos contra inquilinos combatentes ou que tivessem parentes mobilizados, o que protegeu o inquilino despejando e prejudicou o proprietário que teve ganho de causa. O proprietário recorre ao Conselho de Estado, que, aceitando o princípio da igualdade de todos diante dos encargos públicos, já firmado no caso «La Fleurette», responsabiliza o Estado pelo ato legislativo danoso, obrigando-o a indenizar o proprietário prejudicado (cf. Rivero, «Droit Administratif», 9^a ed., 1980, pág. 301 e Vedel, «Droit Administratif», 5^a ed., 1973 pág. 415). Vedel assinala que a unificação das teorias sobre a responsabilidade do Estado por ato legislativo está em fase de construção, podendo-se formular o princípio para o qual se orienta o Direito francês, do seguinte modo: «Em todas as hipóteses em que a regularidade de comportamento do poder público não pode ser contestada diante do Juiz da constitucionalidade ou da legalidade *stricto sensu*, lei, ato de governo, decisão jurisdicional definitiva — o princípio da igualdade diante dos encargos públicos deve permitir a reparação dos prejuízos especiais que ultrapassam certo grau de gravidade, sempre que o ato prejudicial não proíbe essa reparação» (Vedel, «Droit Administratif», 5^a ed., 1973, pág. 416).» («Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo» — J. Cretella Júnior — fls. 67/68).

Os danos aqui correspondem a um restrito número de prejudicados e não a todos. Interpreta-se a Constituição pelos princípios em que ela assenta e pela boa-fé que terá presidido a preceituação. Se ela estabelece a irredutibilidade como uma garantia da fixidez dos vencimentos da Magistratura, será esse o princípio dominante que há de guiar o intérprete. Assim, qualquer redução fraudulenta de vencimentos estará excluída de um razoável entendimento do texto.

Castro Nunes, ao tratar do tributo particularizado aos vencimentos dos Magistrados ensina que o mesmo teria realizado o que a garantia quis evitar, a hostilidade que estaria facultado ao legislador (ou ao Executivo), na escala dessas particularizações, inutilizando a garantia («Teoria e Prática do Poder Judiciário», Forense, RJ, 1943, pág. 107). O saudoso Ministro abner de Vasconcelos também versou o tema, em trabalho jurídico publicado na RF 128/24. E o Ministro Mario Guimarães («O Juiz e a Função Jurisdicional», Forense, Rio, 1^a ed., 1958, pág. 150; RF 148/269). O Supremo Tribunal Federal nunca permitiu a inutilização da garantia constitucional. Atualmente, muito embora se tenha limitado, por motivos técnicos, a deixar de manifestar-se, *full opinion*, sobre alguns Recursos Extraordinários versando a matéria, isso em face da eficiente frenagem dos vetos regimentais ou mesmo da deficiente apresentação de tais recursos, contudo não negou o seu apoio à defesa da prerrogativa, ao dizer que, quanto

à remuneração, a garantia de irredutibilidade de vencimentos, diante da inflação, seria meramente teórica, impondo-se solução de ordem geral, que todavia, não chegou a ser dada.

Se não sobreveio uma solução de ordem geral, sendo, portanto, ignorada a recriminação da nossa Suprema Corte, poderá esta dar solução parcial ao grave problema, através de cada caso que lhe for endereçado e pela forma que reputar indicada. Uma delas seria o reexame da constitucionalidade de certas leis. Marshall, vale repetir, decidiu, no caso «Cohen Virginia» (6 Wheat 246 — 1821), que o Judiciário não poderia negar a medida, porque se acercava dos limites da Constituição (Luiz Alberto Americano, obr. cit.). Countryman também prelecionou que, ferida ou violada a Constituição e suscitada a questão entre partes, em forma regular, autoriza-se a jurisdição, com fundamento na cláusula constitucional que reservou ao Judiciário todas as questões nascidas da Constituição. No exercício dessa prerrogativa, o Juiz desempenha função estritamente judicial, que não se confunde com as do Poder Legislativo ou Executivo (cf. Edwin Countryman, «The Supreme Court of the United States», ed. 1913, págs. 67/68, apud Castro Nunes, obr. cit., págs. 156/157).

Alheando-se dessa problemática, os Pretórios, por mais altos que sejam, podem deixar exposto o seu «ponto fraco» a que se referia Countryman, e ceder às possibilidades da compressão exercida pelos poderes políticos, de tal sorte que estaria nos poderes do Congresso e do Executivo «amarrar a Corte» («to pack the Court») (obr. cit., págs. 60/61; também, Woodburn, «The American Republic», pág. 330).

Esse risco, que a nosa Suprema Corte já experimentou na própria pele, quando teve o número de seus Juizes alterado algumas vezes sob o regime revolucionário de 1964, reflete-se no Judiciário em geral, por ser aquela Alta Corte o seu órgão de cúpula.

Assim vem ocorrendo, também, quanto à irredutibilidade de vencimentos, pouco a pouco, passando pela incidência do Imposto de Renda como imposto geral, e das contribuições previdenciárias, até chegar à cobrança atual, antecipada, mediante retenção na fonte, mês a mês, sob o ilusório aceno de restituição incompleta, modalidade de «redução fraudulenta», ainda que sob a forma do imposto, a que se referiu o honorável Abner de Vasconcelos.

Surge agora nova ameaça de inutilização da garantia constitucional, pelo que oficialmente se sabe do novo pacote tributário, em face das seguintes e exemplificativas razões:

a) Pretendida igualdade de todos perante a lei, que não se pode aferir em relação aos Juizes, pois, na tarifação dos seus vencimentos, tem-se de levar em conta as restrições e as incompatibilidades que lhes cerceiam a atividade e a capacidade, limitando-lhes a possibilidade deixada livre aos funcionários em geral, de aceitarem comissões remuneradas; é-lhes vedado, sob pena de perda do cargo, o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função ou atividade partidária (Constituição Federal, art. 114), pois até mesmo o Magistério superior, anteriormente livre, lhe foi restringido pela Lei Complementar nº 35/79, art. 26, § 1º.

O juiz, dizem Garsonet et Bru, insula-se na sua função, a que se deve por inteiro. A delicadeza do seu ministério gera outras incompatibilidades ou inibições para qualquer gênero de atividade privada, nas indústrias e no comércio, mesmo fora das proibições legais (cf. Castro Nunes, obr. cit., pág. 145).

Tal situação foge à «regra da generalidade tributária», que integra o estatuto do cidadão e contribuinte, ao qual também pertence o Juiz. Essa a tese a que se apegou o STF, no julgamento do RE nº 69.678 — GB, quando o Ministro Aliomar Baleeiro sustentou que o princípio da Constitucionalidade da imposição fiscal rege também a situação dos Magistrados, quanto ao cânon da irredutibilidade, desde que não seja discriminatória. A vedação do imposto discriminatório, segundo ele, esta sim, toca ao estatuto do Magistrado e viola a Constituição (RTJ 55/209).

Sem dúvida, comentava, os Magistrados de quase todos os Estados e os federais ganham salários ridículos, inferiores a subalternos em regime de serventia. Tudo isso é injusto e desanimador e deve ser corrigido quanto antes, evitando-se causas constrangedoras ou agonias silenciosas de cidadãos que dedicaram quase toda a vida útil ao serviço da Nação (RTJ 55/209):

«... Mas o problema é do Congresso e do Presidente da República. Ao Juiz não cabe o papel de postulante na Praça dos Três Poderes.» (RTJ 55/209)

Desfecho de efeito, bem ao modo do ilustrado Ministro, mas perigoso, pelo caráter de renúncia às prerrogativas do próprio Poder, porque ele bem sabia, e citou no seu voto, que o governo ditatorial havia anulado, drasticamente, por simples decreto-lei, várias decisões da Suprema Corte, fundadas no princípio da imunidade recíproca, sustentada por Rui Barbosa (Homero Pires, «comentários à Constituição Federal», I, 346, apud, RTJ 55/206). E, depois, quando alguns Magistrados recalitrantes haviam-se recusado a pagar certo empréstimo compulsório, fazendo-se preciso que o STF, em novas decisões, evitasse o desconto em folha.

O Ministro Orozimbo Nonato decidira então:

«... o Imposto de Renda sobre vencimentos de Magistrados é constitucional, embora haja exceções para outras classes; mas o desconto em folha para os recalitrantes é ilegal». (STF — Pleno, RE nº 29.193, 23-9-55)

b) Incidência do Imposto de Renda sobre aqueles que a lei fiscal considera com capacidade tributária, a partir de determinada quantia, sem dúvida um critério justo, desde que à mesma incidência correspondessem, em igual proporção, os descontos para encargos de família e outros, que são atualmente irrisórios e pouco aproveitam aos que, tendo uma renda fictícia, sofrem, desde logo, o peso das alíquotas; considera-se, ainda, que a função judicial é eminentemente técnica, havendo que presumir a aquisição de livros e o aparelhamento sempre a renovar do escritório de trabalho.

Na Constituição, os vencimentos da Magistratura apresentam-se sob dois aspectos: o da sua fixidez, que constitui a garantia da irredutibilidade, significando que, uma vez tabelados, não poderão ser reduzidos, ressalvado os impostos; e o da sua fixação em base mínima, mediante certo critério, visando assegurar aos Juizes um nível econômico compatível com a dignidade da função. Vale como diretiva geral a questão do estipêndio judicial a nível de princípio inerente ao relevo e à independência da Magistratura como poder (Castro Nunes, obr. cit., pág. 145).

c) Os reajustes anuais, que não se constituem em fato gerador do Imposto de Renda e não suportariam sequer a incidência desse imposto e muito menos o aumento da sua base tributária, pela inocorrência da aquisição de disponibilidade, econômica, mas de mera correção monetária insuficiente de vencimentos defasados.

2. Os fatos notórios podem ser invocados, mesmo que nos autos não se tenha feito prova sobre eles. O notório dispensa prova (CPC, art. 334, I). A regra é do Direito Canônico: *notoria non eget probatione*. E funda-se no princípio da economia processual, pois não há necessidade de insistir sobre certo fato quando a convicção do Juiz já está formada. Ferrara comentava a publicidade de certos aspectos da vida, através do dinamismo dos meios de comunicação, de modo que «é persino spasmodica ed essessionante, il negare valore di efficienza pratica, anche della difesa del diritto, alla notorietà, sarebbe davvero un caso di strano anacronimos» (Luigi Ferrara, «Giuristerie Dogmatiche e Realtà Giuridiche», pág. 146). Apenas Pedro Baptista Martins achava que, conquanto notórios os fatos, não poderia o Juiz assentar sobre eles a decisão, se não tivessem sido alegados pelas Partes: *notorium non esse probandum, sed tantum alligandum*, brocado, que, todavia, para alguns somente teria aplicação em face de legislações que não admitem, nessa matéria, liberdade para o juiz (cf. Chiovenda, «Principii», 3ª ed. pág. 733, apud Mario Guimarães, obr. cit., idem, ibidem, Nota 11).

Os autores nesta demanda alegaram a notoriedade dos fatos na petição inicial (fl. 8, item 11), o que foi aceito pelo ilustre Juiz sentenciante muito embora não seja despiçando acrescentar que os vencimentos dos funcionários públicos da União sempre tiveram os seus reajustes, no período de 1966/1985, abaixo da inflação e abaixo do reajuste do salário mínimo. A perda acumulada nesse período em relação à inflação foi de menos 52,3% e em relação ao salário mínimo de menos de 60,9%. Isso significa que, para recuperar-se a defasagem entre o crescimento do vencimento do funcionário público da União em relação ao salário mínimo e à inflação, seria preciso reajustá-lo em 128%. No estudo feito e que me foi dado examinar, tomam-se por base os seguintes elementos, assim manipulados:

- a) inflação: divide-se o índice do ano corrente pelo do ano anterior e multiplica-se o resultado por 100;
- b) salário mínimo: divide-se o índice de reajuste do ano corrente pelo índice de reajuste do ano anterior e multiplica-se o resultado por 100;
- c) vencimento do funcionário público: divide-se o índice de reajuste do ano corrente em relação ao ano anterior e multiplica-se o resultado por 100;
- d) Perda real (1) do funcionário em relação à inflação (2) e do funcionário em relação ao salário mínimo.

Acompanham o estudo, os índices de reajustamento salarial e inflacionários, percentagens acumuladas desde 1966 até 1985, bem como as «memórias de cálculo», elementos oriundos da Fundação Getúlio Vargas (IGP — DI).

Comprova-se uma queda persistente. A remuneração dos serviços do funcionalismo público e dos Magistrados (como fatores de produção no conceito das Contas Nacionais) permite evidenciar, nos últimos anos, acentuada queda, quando comparada aos dispêndios globais do Governo. Em face do Produto Interno Bruto, sua participação vem-se reduzindo constantemente, chegando mesmo, no caso dos gastos particularizados com o pessoal da administração centralizada da União, como parte do total das despesas orçamentárias, acusar ainda maior declínio, conforme os valores apontados nas respectivas tabelas.

Quase metade da perda do poder aquisitivo ocorreu praticamente desde 1973, tornando-se ininterrupto o declínio da capacidade aquisitiva dos salários e vencimentos. Em que pesem as taxas dos novos reajustes, homologadas pelo Governo para vigorar anualmente, ou seja, em médias anuais delimitadas e com vigência a partir de janeiro de cada ano, a posição relativa do poder aquisitivo, embora melhorada, correspondeu, praticamente, a pouco mais da metade da paridade que poderiam desfrutar para futuro.

3. Aos que argumentam com os aspectos conjunturais, principalmente no tocante à desvalorização da moeda como fenômeno geral, não autorizando, por isso mesmo, a condenação da Fazenda ao pagamento de indenizações (RTJ 110/1219), deve-se antes por que, durante as execuções orçamentárias sempre um ponderável volume de gastos com o ingresso de novos servidores, reenquadramentos, promoções e outras medidas vem sendo embutido no corpo dos dispêndios, com deturpação e prejuízo da política de pessoal pretendida pelo Governo, já de evidente caducidade, especialmente no que diz respeito à do pessoal civil, cuja lei básica persiste por mais de trinta anos.

4. Aos que assumem posições teóricas, não admitindo falar na perda do poder aquisitivo da moeda como forma de coação ou de pressão contra a independência dos Magistrados (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «Comentários à Constituição Brasileira». vol. 2º, pág. 194, Ed. Saraiva, 1977), pois a desvalorização da moeda atinge todos os cidadãos, vale explicitar a diferença entre o cidadão que não julga e o cidadão que julga. A decadência do funcionalismo público, em geral, não se reflete apenas na perda do poder aquisitivo, embora o achatamento salarial seja uma espécie de gerador de todos os males.

Ora, essas posições não são olhadas com bons olhos dentro da realidade da vida. Lima Barreto, grande escritor e jornalista, chegou a atacar o Governo e o Supremo, de certa feita, acusando-os de obscurecer a Constituição «com farisaicas sutilezas de doutores» (Nelson Werneck Sodré, «A História da Imprensa no Brasil,» apud, Roberto Rosas, op. cit., pág. 93).

5. Tem-se, pois, que o recurso é cabal, conforme a matéria invocada, com realce para o princípio e a garantia decorrentes do art. 113, III, da Constituição Federal, de amplitude literalmente incontestável, só restringida pelos impostos gerais, inclusive o de renda, e os impostos extraordinários previstos no art. 22. Igualmente quanto à teoria do risco, agasalhada no art. 107, da Constituição.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo da ré, apenas restringindo a procedência do pedido aos termos do item 15 (fl. 12) da inicial, números 1, 2 e 4 (fl. 60), aderindo, pois, ao pronunciamento do eminente Ministro Costa Lima.

É como voto, **data venia**.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.948 — SP — (Reg. nº 2.420.006) — Rel.: O Sr. Min. José Cândido. Rel. p/o Acórdão: o Sr. Min. Costa Lima. Remte.: Juízo Federal da 8ª Vara. Apte.: União Federal. Apdos.: Ana Maria Goggi Flaquer Scartezinni e outros. Advs.: Ass. Geraldo Ataliba e outros e Luiz Carlos Bettiol.

Decisão: A Turma, desaccolhida a preliminar de nulidade da sentença, quedando vencido o Sr. Ministro Relator, prosseguiu-se no julgamento do mérito, onde a Turma, por maioria de votos, ainda vencido o Sr. Ministro Relator, deu parcial provimento ao apelo da União Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Costa Lima, que lavrará o Acórdão. (Em 26-11-85 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro Gueiros Leite votou com o Sr. Ministro Costa Lima. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.955 — SP
(Registro nº 1.330.985)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*
Remetente: *Juízo Federal da 8ª Vara — SP*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *RCA Eletrônica Ltda.*
Ag. Retido: *União Federal*
Advogados: *Drs. Waldyr Simões e outro*

EMENTA: Tributário. Restituição do inquérito. Direito de ação. Interesse de agir. Desnecessidade da exaustão prévia da instância administrativa. Restituição impugnada em Juízo. Imposto de Importação. Repercussão. Constituição, art. 153, § 4º; CTN, arts. 166, 168 e 169. Súmula nº 546 — STF. Agravo retido. Representação processual.

I — Nova procuração trazida aos autos pelo advogado, ratificando todos os atos anteriores, leva a ficar sem objeto qualquer alegação de falta de representação processual. Agravo retido desprovido.

II — O direito de ação de restituição do indébito não está condicionado ao pedido administrativamente denegatório. Ajuizada a ação de repetição do indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública contesta o pedido, fica satisfeito o pressuposto da ação. O que coloca o Judiciário em condições de examinar a questão sob todos os seus aspectos.

III — A tese de que o exercício do direito do contribuinte de postular, em Juízo, a restituição de tributo indevido está condicionada à exaustão prévia da instância administrativa, como preconizado nos arts. 168 e 169 do CTN, é despropositada, senão inconstitucional, porque é garantia constitucional do particular o livre acesso ao Poder Judiciário, sem limitação — art. 153, § 4º. Essa garantia não pode ser limitada senão pela própria Constituição, o que é da natureza ínsita à sua parte dogmática. Preliminar de carência de ação repelida.

IV — A restituição do Imposto de Importação, que é tributo indireto, comportando o fenômeno da repercussão, só é possível a teor do art. 166 do CTN e Súmula nº 546 — STF, se o contribuinte de jure demonstrar a inocorrência da transferência do respectivo encargo financeiro ao contribuinte de fato.

V — Precedentes. Preliminares repelidas. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

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

Decide a egrégia 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e repelir a preliminar de carência de ação e, de **meritis**, negar provimento à remessa oficial e ao recurso voluntário, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1985

SEBASTIÃO REIS, Presidente. PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: A r. sentença decidiu pela procedência da ação, após relatar a espécie, nestes termos:

«RCA Eletrônica Ltda., estabelecida nesta capital, promove contra a União Federal a presente ação ordinária de repetição de indébito, alegando, em síntese, que para prover suas indústrias nacionais promove a importação de diversos produtos, dentre os quais o denominado «Conjunto Painelel Máscara para Cinescópios em Cores», que sempre mereceram a classificação tarifária na posição 85.21.98.00, às alíquotas de 15% para o Imposto de Importação e 10% para o Imposto sobre Produtos Industrializados, ocorrendo, no entanto, que a fiscalização aduaneira no porto de Santos passou, a partir de certa data, a desclassificar referida mercadoria para a posição 85.21.93.00, correspondente à «ampola de tubos de substância fluorescente» com as alíquotas de 55% (cinquenta e cinco por cento) para o Imposto de Importação e 10% (dez por cento) para o Imposto sobre Produtos Industrializados. Defendeu a autora nos procedimentos administrativos instaurados, desembaraçando boa parte do material, sem os recolhimentos exigidos e litigando até a última instância administrativa, onde logrou decisão final favorável, para eximi-la dos ônus tributários que lhe foram impostos, nos termos das autuações lavradas e que decorreram da edição do Parecer Normativo CST nº 2 de 25-2-77. Numa primeira fase do litígio, processaram-se 21 (vinte e uma) autuações que deram origem aos processos relacionados à fl. 3 e onde foram proferidos os Acórdãos do 3º Conselho de Contribuintes ali mencionado, que foram confirmados pelo Ministro da Fazenda, revelando, pois, que produto em causa classifica-se corretamente na posição 85.21.98.00. Deu-se, contudo, que em diversas importações do referido produto o recolhimento dos Impostos de Importação e sobre Produtos Industrializados foi procedido às alíquotas de, respectivamente, 55% (cinquenta e cinco por cento) e 10% (dez por cento), com fundamento na posição tarifária 85.21.93.00, recolhendo-se, ainda, as multas impostas. Assim, desde junho de 1977 até maio de 1978, a autora recolheu indevidamente a importância de Cr\$ 22.606.577,05, aos títulos de Imposto de Importação, juros sobre referido valor e sobre o IPI e multa sobre o IPI, donde pedir a autora a devolução do valor mencionado, com acréscimos de juros e da correção monetária, até efetivo pagamento, bem como custas e despesas processuais e verba honorária. A inicial veio instruída com os documentos de fl. 6 usque 870. Contestando o feito arguiu a ré preliminar de irregularidade da representação processual da autora e, ainda como matéria prejudicial do mérito, carência de ação porque indemonstrado que a ré tenha se negado à devolução, que não pleiteada administrativamente. No mérito, aduz a ré tratar-se de pedido de restituição de tributo classificado como indireto, a qual só tem lugar quando reconhecido o contribuinte de direito não recuperou do

contribuinte de fato o valor respectivo, na forma da Súmula n.º 546 do STF e de jurisprudência que invoca, dando-se, ainda, que a classificação tarifária do produto importado pela autora não é aquela indicada na inicial, porém, a da posição 85.21.93.00, como demonstrado nas informações administrativas que acompanham a contestação. Sustenta que as parcelas relacionadas com juros e multas não podem compor o quantum a ser devolvido, pois não guardam nenhuma correlação com o recolhimento indevido, remarcando ser indevida a correção monetária por não prevista expressamente em lei, pedindo, por final, a improcedência do feito. Réplica da autora às fls. 893/894. O feito foi saneado à fl. 911 e v.º, oportunidade em que foram rejeitadas as preliminares argüidas em contestação, deferindo-se, ainda, a produção de provas, inclusive a pericial. Manifestou a ré agravo retido de fl. 913. Apenas o perito do Juízo apresentou o laudo de fls. 927 a 970. Críticas do assistente técnico da autora às fls. 983/1046. Atendendo à solicitação da autora, prestou o perito do Juízo esclarecimento de fl. 1053 e em face da determinação de fl. 1061 os constantes de fls. 1063/1066, fazendo-os acompanhar dos documentos de fls. 1067/1084.» (Fls. 1088/1089).

Sobreveio a sentença dando pela procedência da ação.

Dela apelou a União Federal, requerendo, em preliminar, que se conheça do agravo retido à fl. 913, a fim de que lhe seja dado provimento, e, em consequência, reformar a sentença, declarando a carência da ação; e, no mérito, pela improcedência da ação, por ter incluído o Imposto de Importação no custo da mercadoria ou em última análise, a reforma da sentença para excluir da condenação a restituição dos juros e da multa, decorrentes da mora da apelada, devendo a correção monetária acomodar-se ao disposto na Lei n.º 6.899/81.

Contra-arrazou RCA Eletrônica Ltda., pela confirmação da sentença.

Subindo os autos ao eg. Tribunal Federal de Recursos, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do agravo retido e em consequência ao recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Restituição do indébito. Direito de ação. Interesse de agir. Desnecessidade da exaustão prévia da instância administrativa. Restituição impugnada em Juízo. Imposto de Importação. Repercussão. Constituição, art. 153, § 4.º, CTN, arts. 166, 168 e 169. Súmula n.º 546 — STF. Agravo retido. Representação processual.

I — Nova procuração trazida aos autos pelo advogado, ratificando todos os atos anteriores, leva a ficar sem objeto qualquer alegação de falta de representação processual. Agravo retido desprovido.

II — O direito de ação de restituição de indébito não está condicionada ao pedido administrativamente denegatório. Ajuizada a ação de repetição do indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública contesta o pedido fica satisfeito o pressuposto da ação. O que coloca o Judiciário em condições de examinar a questão sob todos os aspectos.

III — A tese de que o exercício do direito do contribuinte de postular, em Juízo, a restituição de tributo indevido está condicionada à exaustão prévia da instância administrativa, como preconizado nos arts. 168 e 169 do CTN, é despropositada, senão inconstitucional, porque é garantia cons-

titucional do particular o livre acesso ao Poder Judiciário sem limitação — art. 153, § 4º. Essa garantia não pode ser limitada, senão pela própria Constituição, o que é da natureza insita a sua parte dogmática. Preliminar de carência de ação repelida.

IV — A restituição do Imposto de Importação, que é tributo indireto, comportando o fenômeno da repercussão, só é possível a teor do art. 166 do CTN e Súmula nº 546 — STF, se o contribuinte de jure demonstrar a inocorrência da transferência do respectivo encargo financeiro ao contribuinte de fato.

V — Precedentes. Preliminares repelidas. Apelação e remessa oficial desprovidas.

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Preliminares

a) agravo retido de fl. 913 do saneador na parte que repeliu a representação processual da autora;

b) falta de interesse de agir da autora.

Ao exame da primeira preliminar de falta de representação processual tenho-a como sem objeto, levando em conta que a suplicante apelada juntou aos autos outra procuração e ratificou todos os atos antes praticados — fls. 893/895.

Assim, conheço do agravo retido porque, reiterado na apelação, mas nego-lhe provimento por falta manifesta de seu objeto.

A segunda preliminar esteia-se na falta de interesse de agir da autora.

Entende a douta Subprocuradoria-Geral da República que a autora carece de interesse de agir, valendo-se desses argumentos:

«De fato, a apelada carece de interesse de agir. Os autos não dão notícia de que a autora tenha requerido administrativamente a importância que se diz indevidamente paga e objeto da presente ação. É sabido que «a busca ao Judiciário não é necessária quando não se configura uma pretensão resistida». Nesse sentido, aliás, pronunciou-se esse egrégio Tribunal, em caso em que a ação de devolução do indébito foi proposta sem que tivesse havido o prévio pedido administrativo com a mesma finalidade, verbis:

‘Restituição de indébito. Via administrativa. CTN.

EMENTA: Restituição de indébito.

Não há nenhuma prova de pedido de restituição, na via administrativa, da importância paga indevidamente.

CTN, arts. 168 e 169.

Não é despicienda, nem destituída de base, a tese da sentença, de que os artigos 168 e 169 do Código Tributário Nacional, à igual do disposto na Lei de Acidentes do Trabalho, constituem exceções ao princípio cardeal do direito brasileiro, de não necessitar o interessado exaurir a via administrativa, para reivindicar o seu direito em Juízo. (Ac. nº 51.129 — SP — Rel. Min. Moacir Catunda. 2ª Turma. Unânime. DJ de 2-4-80).’ (Fls. 1108/1109).

Estou em que não assiste razão ao digno representante do Ministério Público Federal.

Diz o art. 169 do CTN, verbis

«Prescreve em dois anos a ação anulatória de decisão administrativa que denegar a restituição.»

Extrai-se desse dispositivo legal que «o direito à ação de restituição de indébito condiciona ao pedido administrativamente denegatório».

Nessa linha, ensina o Prof. Aliomar Baleeiro, in «Direito Tributário Brasileiro», 9ª edição, pág. 521, ao comentar o art. 169 do CTN, que:

«Se a decisão administrativa foi contrária ao sujeito passivo, denegando-lhe a restituição pleiteada, ele poderá intentar ação judicial de anulação desse ato administrativo.»

Não prevalece sobre a maioria predominante, quer no campo da doutrina, quer da jurisprudência.

O meu entendimento guarda conformidade com alguns dos meus pares no Tribunal, pois o certo é que, ajuizada a ação de repetição do indébito, sem que a restituição tenha sido requerida administrativamente, se a pessoa pública contesta o pedido, então estaria satisfeito o pressuposto da ação. O que coloca o Judiciário em condições de examinar a questão sob todos os seus aspectos.

O direito do cidadão de recorrer ao Judiciário é garantia constitucional, essa garantia não pode ser limitada senão pela própria Constituição.

O eminente Ministro Carlos Velloso proferiu o voto na AC nº 44.001 — RS, in *DJ* de 13-5-77, assim:

«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.»

A ementa ficou posta assim:

«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 o 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.»

A Revista do TFR 13/50 traz Acórdão da Ac nº 17.762 — PE, de que foi Relator o eminente Min. Oscar Saraiva, diz S. Exa. em seu voto:

«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 denegação 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 as autoras à 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, ateve-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.»

O que está nos presente autos é esta situação: ajuizada a ação de repetição, a ré contestou o pedido afirmando ser indevida a restituição pretendida. Frise-se, contestou o mérito sem que, para tanto, argüisse a preliminar de carência de ação, levantada agora pela Subprocuradoria-Geral da República.

O precedente citado pela Subprocuradoria-Geral da República não lhe favorece, diz o eminente Ministro Moacir Catunda em seu voto:

«A tese da sentença, de que os artigos 168 e 169 do Código Tributário Nacional, à igual do disposto na Lei de Acidentes do Trabalho, constitui exceção ao princípio cardeal do direito brasileiro, de não necessitar o interessado exaurir a via administrativa, para reivindicar o seu direito em Juízo a tese da sentença, dizia —, não se mostra destituída de base.»

A tese de que o exercício do direito do contribuinte de postular, em Juízo, a restituição de tributo indevido está condicionada à exaustão prévia da instância administrativa, como preconizado nos arts. 168 e 169 do CTN, é despropositada, senão inconstitucional. Isso porque a Constituição garante ao particular o livre acesso ao Poder Judiciário, sem limitação — art. 153, § 4º.

«O direito do contribuinte de repetir o indébito tributário não lhe é outorgado pelo Código Tributário. É direito público subjetivo, que decorre da Constituição Federal (art. 153, §§ 4º a 29). Se a norma superior não condiciona o exercício de um direito fundamental ao atendimento prévio de qualquer requisito, não é lícito ao intérprete atribuir à lei complementar, por via de construção, uma restrição que a norma inferior não está autorizada a estabelecer. Se é a própria Constituição (art. 153, § 4º) que franqueia o acesso direto ao Poder Judiciário, só ela, não a lei complementar, poderia criar restrições ao exercício desse direito.» (Brandão Machado, «Repetição do Indébito no Direito Tributário», Direito Tributário, Ed. Sariaeva, pág. 79).

Em recente Acórdão publicado no *DJ* de 18-4-85, proferido na AC nº 82.495 — PR, de que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, em dois itens da ementa diz:

«.....
 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.

Por estes fundamentos rejeito a preliminar de carência da ação.

II

Quanto ao mérito, mantenho a r. sentença pelos seus próprios fundamentos.

De fato, como acentua o MM. Juiz a quo, o Imposto de Importação comporta o fenômeno da repercussão é tributo indireto, pela sua natureza há a possibilidade da transferência do ônus de seu pagamento ao consumidor final, que é o contribuinte de fato.

A restituição só é possível, a teor do art. 166 do CTN e Súmula nº 546 do STF, se o contribuinte de iure demonstrar a inocorrência da transferência do respectivo encargo financeiro ao contribuinte de fato. Tal se demonstrou abundantemente na prova pericial produzida.

Sobre o laudo diz o MM. Juiz na r. sentença:

«O laudo do perito do Juízo demonstra, à saciedade, juntamente com os esclarecimentos oferecidos, que a autora não transferiu, portanto, o valor pago em excesso, ou seja 40% ao consumidor final, obedecendo as tabelas de preço que, com base nos demonstrativos de custos, foram autorizadas pelo CIP. O valor do Imposto de Importação, pago a maior e indevidamente, foi apurado pela perícia (fl. 930) resposta ao quesito nº 2. Como consequência do recolhimento indevido e decorrente da alteração para maior da alíquota, arcou a autora com o pagamento de juros do Imposto de Importação e juros e multa do IPI, em cuja base de cálculo inclui-se o Imposto de Importação. Tais valores foram suportados também pela autora, que não os repassou ao consumidor, conforme se vê de fl. 943. Diz a r. que tais parcelas seriam indevidas porque, no seu entender, não guardam correlação com o recolhimento indevido. Na realidade, os juros e a multa sobre o IPI foram recolhidos indevidamente, como consequência da desclassificação fiscal, consoante salientou e se vê de fls. 942/943 dos autos, devendo, de consequência, serem restituídos à autora, consoante provisão contida no artigo 167, do CTN.» (Fl.1090).

Por isso que só tem direito à restituição quem desembolsou — quem recolheu à repartição fiscal — o valor tido como indevido, que foi demonstrado pela perícia a inexistência da transferência do encargo financeiro a terceiros, ou seja, ao contribuinte de fato.

Neste particular, o douto advogado tributarista de São Paulo, José Carlos Graças Wagner, em seu trabalho «Problemática da Repetição do Indébito Sobre Imposto», in DCI de 4-2-81, citou Acórdão do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, que deduz bem a matéria, o Acórdão ficou posto nestes termos:

«Repetição do Indébito Tributário. Condição de Cabimento. Somente tem direito à restituição quem tenha sido o sujeito passivo da pretensa obrigação tributária, nos termos do art. 165 do CTN. O chamado contribuinte de fato não tem nenhuma relação jurídica o sujeito ativo, devendo o art. 166 do CTN ser interpretado em sintonia com o 165, daí resultando, como condição primeira para a restituição, que o requerente deve ser aquele que recolheu o valor tido como indevido.»

Por todos os argumentos aduzidos, nego provimento ao agravo; rejeito a preliminar de carência de ação e nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

AC nº 78.955 — SP — (Reg. nº 1.330.985) — Rel.: O Sr. Min. Pedro Acioli. Remte.: Juízo Federal da 8ª Vara — SP. Apte.: União Federal. Apda.: RCA Eletrônica Ltda. Ag. Retido: União Federal. Adv.: Drs. Waldyr Simões e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido e repeliu a preliminar de carência de ação e, de meritís, negou provimento à remessa oficial e ao recurso voluntário. (Em 14-8-85 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Geraldo Sobral e Sebastião Reis votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 79.170 — SP
(Registro nº 2.773.724)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*
Remetente: *Juízo Federal da 4ª Vara—SP*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *Rohm And Haas Brasil Ltda.*
Advogados: *Drs. Carlos Alves Gomes e outros*

EMENTA: Tributário, Financeiro e Constitucional. IOF. Restituição. Art. 166 do CTN. Decreto-Lei nº 1.783/80. Operações de câmbio. Importação. Mercadoria destinada à revenda. Matéria-prima.

O Plenário desta Corte, na arguição de inconstitucionalidade suscitada na AMS nº 91.322, proclamou a legitimidade constitucional do decreto-lei como instrumento de instituição ou majoração do tributo em apreço, sob reserva do princípio da anterioridade (DJ de 18-2-82) da lei ao exercício de cobrança, tese sancionada pelo alto Pretório (RE nº 99.692 — RTJ 106/1.218).

Firmada tal orientação jurisprudencial, sob a reserva do princípio da anterioridade da lei ao exercício de cobrança, conclui-se que o tributo em causa só se fez devido, a partir das operações realizadas em 1981, sendo indevido o pagamento nos recolhimentos processados, àquela conta, em 1980.

A linguagem do art. 166 do CTN não se vale de categorias econômicas, não se referindo a imposto indireto, à repercussão, a contribuinte de fato ou consumidor final, e, nesse contexto, a natureza do tributo ali cogitado se entende com a sua dimensão jurídica, observado o art. 4º do mesmo diploma.

Como se infere das prescrições pertinentes (arts. 63 a 66 do CTN e 2º e 3º do Decreto-Lei nº 1.783/80), *in casu*, o fato gerador reside no negócio jurídico da compra e venda de câmbio, ciclo operacional acionado pelo vendedor e encerrado pelo comprador.

Com vista ao art. 166 mencionado e para os efeitos do IOF — câmbio, a transferência da carga tributária ali aludida deve ser examinada à luz da análise legal da estrutura do fato gerador pertinente e da identificação do contribuinte de direito, esgotando-se a sua dinâmica na relação vendedor-comprador sem projeção jurídica na etapa posterior de comercialização da mercadoria.

Legitimação ativa do adquirente do câmbio para postular a restituição.
Explicitações relativas a juros de mora e correção monetária (critério de cálculo).

Negou-se provimento ao recurso voluntário 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, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1985.

TORREÃO BRAZ, Presidente. SEBASTIÃO REIS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: A r. sentença de fl. 440 relatou a espécie nesses termos:

«Rohm And Haas Brasil Ltda., devidamente qualificada, promove a presente ação ordinária de repetição de indébito contra a Fazenda Nacional. Alega, em síntese, que: exerce atividades de importação de produtos do exterior, necessitando, para tanto, fechar câmbios para a liquidação dos compromissos assumidos no exterior; que nos termos do Decreto-Lei nº 1.783, de 22 de abril de 1980, foi-lhe exigido o recolhimento do Imposto sobre Operações Financeiras, atingindo, assim, as operações de câmbio; que efetivou o pagamento dos valores exigidos, embora entendendo ilegal essa exigência; a respeito foram impenetrados inúmeros Mandados de Segurança, sendo concedidos; que, conforme guias de importação constantes dos autos importou inúmeras mercadorias, liquidando contratos de câmbio à alíquota de 15%. Requer a condenação da Fazenda Nacional para devolver o principal, acrescidos de juros de mora, correção monetária, honorários advocatícios, custas processuais e demais cominações legais. Inicial instruída com os documentos de fls. 16/383, e 385/387.

Devidamente citada a ré apresenta a contestação de fls. 398/429, argumentando pela decretação da improcedência da ação.

A autora apresenta a réplica de fls. 431/434.

Determinado que as partes especificassem provas, as partes requerem o prosseguimento do feito.»

A culta Juíza Federal Ana Maria Scartezzini julgou procedente o pedido, condenando a ré a restituir o quantum pretendido, acrescido de juros de mora, correção monetária, custas e honorários de advogado, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, submetendo o julgado ao reexame necessário desta Corte.

Apela a União Federal, e, instruído o recurso, neste Tribunal, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pela reforma.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): O Plenário desta Corte, na arguição de inconstitucionalidade suscitada na AMS nº 91.322, proclamou a legitimidade constitucional do decreto-lei como instrumento de instituição ou majoração do tri-

buto em apreço sob reserva do princípio da anterioridade (*DJ* de 18-2-82) da lei ao exercício de cobrança, tese sancionada pelo alto Pretório (RE nº 99.692 — RTJ 160/1.218).

Firmada tal orientação doutrinária e jurisprudencial, sob a reserva do princípio da anterioridade da lei ao exercício de cobrança, conclui-se que o tributo em causa só se fez devido, a partir das operações realizadas em 1981, sendo indevido o pagamento nos recolhimentos processados, àquela conta, em 1980.

No caso concreto, pretende a A. a restituição da quantia total que indica, recolhida à conta de IOF, concernente à aquisição de câmbio, para importação de matéria-prima destinada à composição de produtos para comercialização, relativamente a fatos geradores ocorrido em 1980, exercício de instituição do tributo.

Estabelecidos tais pressupostos, fixados os recolhimentos em causa como devidos, no tocante à legitimação ativa da autora para pleitear a restituição respectiva, mantenho a sentença recorrida que reconheceu o direito pertinente, reportando-me a voto que na egrégia Segunda Seção deste Tribunal, na assentada do julgamento constante do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, levantado na AC nº 88.281, cujo pronunciamento anexo, mediante cópia, quando tive ensejo de acompanhar voto majoritário do Relator Min. Pedro Aciole (Em 12-11-85 — Segunda Seção), incorporadas, ainda, as douts razões do julgado de primeiro grau.

Explícito que a contagem dos juros de mora obedece ao disposto no parágrafo único do art. 167 do CTN e a correção monetária conta-se nos termos da Súmula nº 46, deste Tribunal.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

ANEXO

Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AC nº 88.281—RJ

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS. Visa o presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência a fixar a pertinência do artigo 166 do CTN, com vista à restituição do Imposto sobre Operações Financeiras, no concernente a recolhimento efetuado no exercício de 1980, a esse título, pagamento dado como inconstitucional, pelo Plenário desta Corte, na arguição suscitada na AMS nº 91.322 (*DJ* de 18-10-82), por quebra do princípio da anterioridade da lei ao exercício da cobrança, tese sancionada pelo alto Pretório (RE nº 99.692 — RTJ 106/1.218), sendo certa a divergência instaurada, ao propósito da devolução respectiva, entre a 4ª e 6ª Turma deste Tribunal, no particular do IOF-câmbio.

Cotejando-se a teses em conflito, vê-se que os precedentes da 4ª Turma trazidos a debate (AC nº 78.252 — Rel.: Min. Bueno de Souza, e AC nº 79.023 — Rel.: Min. Armando Rollemberg) partem das premissas de ser manifesta a possibilidade de transferência do valor do IOF-câmbio para o adquirente ou consumidor final da mercadoria importada, tanto em face da liquidez do acréscimo do custo da mercadoria quanto da perfeita individuação ou quantificação desta, sendo de presumir-se a transferência, relativamente às importações efetuadas por empresa dedicada a tal finalidade, e, assim, só será possível ao contribuinte obter restituição, se fizer prova de haver suportado o ônus decorrente, enquanto a 6ª Turma (REO nº 87.599 — Rel.: Min. Torreão Braz, e AC nº 84.036 — Rel.: Min. Américo Luz), sustentam que a interpretação rígida dos enunciados do art. 166 do CTN e da Súmula nº 546 do STF conduzem a inviabilizar qualquer pretensão do contribuinte, pois o fenômeno da repercussão não é privativo de determinada espécie de imposto, mas comum a todos eles, dada, ainda, a impossibilidade de identificação do consumidor final, tudo conforme se vê das ementas correspondentes (*DJ* de 17-5-84, 14-6-84 e 13-9-84, respectivamente).

O eminente Relator, Min. Pedro Acioli, filiou-se à orientação da 6ª Turma, manifestando-se pela inaplicabilidade do art. 166 mencionado, por não comportar o IOF o fenômeno de repercussão, visto como, a teor da legislação própria, o contribuinte é o mutuário ou creditado, nas operações de crédito, o segurado, nas de seguro, o adquirente do câmbio, no caso de câmbio, ou financiado, nas operações de valores mobiliários, todos sem condições de repassar o ônus a outro operador econômico.

O Ministro Pádua Ribeiro, ao votar, distingue expressamente, afastando ocorrer transferência do ônus, nos casos de importação de equipamento para uso próprio, empréstimos bancários ou descontos de duplicatas, admitindo, todavia, a repercussão econômica em hipótese de importação de mercadoria destinada à revenda; na sequência da votação, ficaram com o Relator os Ministros Geraldo Sobral e Torreão Braz, tendo acompanhado o Ministro Pádua Ribeiro, o Ministro Jarbas Nobre, havendo o Ministro Carlos Velloso perfilhado a distinção já referida, reportando-se fundamentadamente, a pronunciamentos seus anteriores, nesse sentido, assim resumindo seu pensamento:

«Tomando posição no debate, inicialmente, recorro que já tive oportunidade de examinar aspectos parciais da controvérsia, relativamente à restituição do IOF, recolhido em 1980, a título de operações de crédito, quando reconheci a legitimação ativa da A. respectiva para pleitear a repetição pretendida, visto como o tomador do crédito — a solicitante — era o último a suportar diretamente o peso do tributo recolhido, não havendo falar-se em repasse do imposto, seja mediante destaque em nota fiscal, seja por embutimento no preço, em valor mensurável, e qualquer repercussão ocorrida estará diluída no universo dos negócios da empresa, mesmo porque o gravame atinge uma operação de crédito, sem nexos imediatos com a venda de mercadorias e composição do preço respectivo (AC nº 81.392, AC nº 85.463, AC nº 83.782).

O mesmo raciocínio, *mutatis mutandis*, desenvolvi em restituições concernentes ao IOF pago em descontos de duplicatas, ou importação de equipamento para uso próprio ou incorporação no ativo da empresa (AC nº 84.919), pronunciamentos que mantenho, no particular.»

A controvérsia apresenta maior densidade, no seu desdobramento representado pela aquisição de câmbio para importação de mercadoria estrangeira destinada à revenda no território nacional, como se vê do destaque explicitado, nos doutos votos dos Ministros Pádua Ribeiro e Carlos Velloso.

Para o melhor enfoque desse aspecto, partamos do art. 166 do CTN:

«A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.»

Primeiramente, é de lembrar-se que o dispositivo transcrito vem suscitando amplo debate, quanto ao seu alcance, a sua formulação, recebido acerbas críticas («Caderno de Pesquisas nº 8 — Repetição do Indébito», Ed. Resenhas Tributárias, 1983; «Restituição dos Tributos Indevidos, seus Problemas, suas Incertezas», Ed. Resenhas Tributárias, Tarcísio Deviani; Eduardo Bortalo, RDP 22/314), restrições já antecipadas por Rubens Gomes de Sousa (RDA 21/5), Ulhoa Canto (RDA 75/369), Alfredo Becker (Teoria Geral do Direito Tributário nº 144), Antão de Moraes (Revista Forense 78/77).

Aliomor Baleeiro que vê no texto uma conciliação racional das teses em conflito, em voto proferido nos ERE nº 47.624 (RTJ nº 44/530) no entanto reconhece:

«Mas não se pode negar a nocividade do ponto de vista ético e pragmático duma interpretação que encoraja o Estado, mantenedor do Direito, a praticar sistematicamente, inconstitucionalidades e ilegalidades, na certeza de que não será obrigado a restituir o proveito da torpitude de seus agentes e órgãos. Nada pode haver de mais contrário no progresso do Direito e à realização da idéia-força da Justiça.»

Sem deter-me nos aspectos críticos, estou em que a nota tônica do art. 166 transcrito se situa na cláusula «tributos que, por sua natureza, comportem transferência do encargo financeiro ... a terceiro».

Centrando-se nessa consideração, de logo, é de ressaltar-se que o dispositivo em apreço não teve em mira qualquer tributo, mas somente aquele portador de natureza especial, nos termos ali referidos; outrossim, para tais efeitos, a perspectiva a ser adotada não é a econômico-financeira, pois, como é corrente nesses domínios, a ciência não fornece critério seguro e objetivo acerca da identificação do contribuinte de fato e da mensuração do fenômeno, sendo certo que a repercussão não se entende necessariamente com a natureza do imposto, mas, antes, com a lei da oferta e da procura e que a translação é dado complexo, apresentando-se para frente e para trás e colateralmente, simples e por estágios, sob capitalização e amortização (Alfredo Becker, Teoria ... págs. 496/7; Baleiro, Uma Introdução ..., págs. 166/72; Tarcisio Deviani, ob. cit. pág. 229).

Sublinhe-se que a redação do art. 166 não se vale de categorias econômicas, não se referindo a imposto indireto, à repercussão, a contribuinte de fato ou consumidor final.

Nesse contexto, a natureza do tributo a ser considerada, para os fins do debate, é a jurídica, e, sob esse ângulo, prescreve o art. 4º do CTN que a «natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação», e, à luz desse prisma, passemos a examinar o desdobramento ora posto.

O IOF-câmbio teve sua competência deferida à União pelo artigo 21, VI, da Constituição Federal, havendo o CTN estruturado o fato gerador e definido o contribuinte nesses termos:

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

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»

Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

Paralelamente, o Decreto-Lei nº 1.783/80, depois de reportar-se, no seu art. 1º, ao artigo 66 acima, dispõe:

«Art. 2º São contribuintes do imposto os tomadores do crédito, os segurados, os compradores de moeda estrangeira e os adquirentes de títulos e valores mobiliários.

Art. 3º São responsáveis pela cobrança do imposto e pelo seu recolhimento ao Banco Central do Brasil ou a quem este determinar, nos prazos fixados pelo Conselho Monetário Nacional.

c) nas operações de câmbio, as instituições autorizadas a operar em câmbio».

Como se induz das transcrições, o fato gerador do IOF-câmbio reside no negócio jurídico da compra e venda do câmbio, ciclo operacional acionado pelo vendedor e encerrado pelo comprador; assim, na composição da hipótese de incidência não se inclui

a importação, produção, circulação ou consumo de mercadoria, ou consideração de tratar-se de produto nacional ou estrangeiro, materializando-se o fato-tipo numa operação cambial, sem influência à realidade subjacente que deu origem ao contrato.

De outro lado, valendo-se da alternativa facultada no art. 66 do CTN, o legislador ordinário elegeu como contribuinte de direito o comprador da moeda, figurando como responsável solidário ou agente de percepção, o vendedor ou instituição financeira, para usar a terminologia de Hector Villegas («Curso de Direito Tributário», pág. 114).

Assentado que o negócio cambial envolve uma dualidade de sujeitos e que a relação daí decorrente se exaure entre a instituição financeira e o adquirente da moeda, e, de outra parte, que o legislador ordinário elegeu o comprador das divisas como contribuinte de direito, conclui-se, de um lado, que a dinâmica da transferência da carga tributária se esgota no âmbito da operação, e, de outro, que o processo respectivo só encontraria espaço, para o seu fluxo, se tivesse sido identificado pela lei como sujeito passivo de jure direito e imediato, o vendedor, o impulsionador do ciclo econômico da operação; havendo a norma optado pelo adquirente do câmbio, aquele que fecha, que encerra o âmbito do negócio, nele, no comprador, se confundem o contribuinte de direito e o econômico.

Dir-se-á que no caso do negócio de câmbio, para importação de mercadoria estrangeira, destinada à revenda imediata no país, a parcela do IOF recolhida, ainda que indevidamente, será transferida ao comprador ou consumidor nacional, embutida no preço, determinando a aplicação do art. 166 do CTN, mas aqui, *data venia*, o raciocínio se me afigura de relevo apenas econômico, metajurídico ou extrajurídico, pois, nessa segunda etapa, não se cuida de negócio ou renegócio de câmbio, representativo do fato gerador pertinente, mas de operação de outra índole — comercialização — apta a configurar hipótese de incidência de outro tributo, que não o IOF-câmbio; em outras palavras, qualquer transferência da carga tributária, referível ao IOF, que essa etapa posterior encerre, subsumida no mecanismo do preço, não será suportada por quem se encontra em relação direta imediata com o fato gerador do imposto sobre câmbio, mas por outrem que se insere no contexto de tributo diferente.

Em síntese: com vista ao art. 166 do CTN e para os efeitos do IOF-câmbio, a transferência de carga tributária ali prevista deve ser examinada à luz da análise legal da estrutura do fato gerador pertinente e da identificação do contribuinte de direito, esgotando-se a sua dinâmica na relação vendedor-comprador, sem comunicação jurídica à eventual etapa posterior de comercialização.

Acrescento que, a meu juízo, o dispositivo do CTN, sob comentário, deve ser interpretado restritivamente à vista das suas implicações, no concernente ao enriquecimento sem causa do Estado e da exigibilidade do tributo indevido que sanciona.

Ressalvo que o meu pensamento não apresenta originalidade, filiando-se, precipuamente, às idéias centrais sobre o tema formuladas por Marco Aurélio Greco (Resenhas Tributárias — caderno cit., págs. 277 e segs.).

Assim, com a respeitosa vênia aos eminentes Ministros que pensam em contrário, acompanho o Relator, uniformizando a jurisprudência no sentido dos Acórdãos da 6ª Turma.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 79.170 — SP — (Reg. nº 2.773.724) — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Reis. Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara—SP. Apte.: União Federal. Apda.: Rohm And Haas Brasil Ltda. Advs.: Drs. Carlos Alves Gomes e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial. (Em 22-11-85 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.495 — PR
(Registro nº 3.474.887)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Remetente: *Juiz Federal da 1ª Vara*

Apelantes: *Ultrafertil S/A — Ind. Com. de Fertilizantes e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. José de Paula Monteiro Neto e outros*

EMENTA: Tributário. Restituição do indébito. Direito de ação. Interesse de agir. Necessidade da 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 nº 6.138/74, art. 8º. 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 a 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 8º da Lei nº 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, Tribunal Pleno, AMS nº 83.818 — RS (matéria constitucional).

IV — Repetição de indébito tributário. Juros de mora a 1% (um por cento) ao mês, na forma do § 1º do artigo 161, CTN, em respeito ao princípio da isonomia.

V — Recurso da União provido, parcialmente. Provimto do apelo da autora.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial ao apelo da União Federal e, ainda por unanimidade, dar provimento ao recurso da autora, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de março de 1985.

CARLOS VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: A sentença de fls. 117/119, da lavra do Juiz Federal Manoel Lauro Volkmer de Castilho, julgou procedente a ação ordinária de repetição de indébito fiscal que Ultrafertil S/A — Indústria e Comércio de Fertilizantes ajuizou contra a União Federal, condenando-a a restituir as importâncias recolhidas, acrescidas de correção monetária e juros de mora de 6% a.a. contados da citação. Argumentou que a autora tem interesse de agir, que reside na necessidade do uso da via judicial ou na utilidade que disso advém. O fato de a autora ter efetuado pagamentos, voluntária ou involuntariamente, não exclui a pretensão à restituição. Rejeitou, assim, a liminar argüida pela ré. No mérito, com assento em Acórdão deste egrégio Tribunal, em tudo semelhante à inconstitucionalidade da exigência do preço público como remuneração dos serviços de inspeção e fiscalização do comércio de fertilizantes, satisfeita pela autora, dispensou-se de maiores dissertações. Isso porque os fundamentos do pedido e as razões de decidir são os mesmos, naquele como neste caso. As razões de decidir na AMS nº 83.818 — RS são acolhidas como tese, porque aplicável ao presente caso. Por isso, adotada nos inteiros termos do decidido.

Inconformada com a fixação dos juros moratórios no percentual de 6% a.a., apelou a autora (fls. 122/125), postulando a reforma da r. sentença, a fim de que a apelada seja condenada ao pagamento de juros de 12% a.a. Argumentou que esses são os juros devidos pela sucumbente, porque em consonância com o estatuído no art. 161, § 1º, do CTN e com a jurisprudência do Pretório excelso citada.

Apelou também a União Federal às fls. 130/131 reiterando a preliminar de falta de interesse de agir da autora. Assim, esta é carecedora de ação. No mérito, pretende a reforma da r. sentença, reportando-se às razões deduzidas na contestação. Ainda que assim não se entenda, pelo menos quanto aos honorários advocatícios, a sentença merece ser revista, para o efeito de se reduzir o percentual fixado, porque sem nenhuma fundamentação e com flagrante violação do disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Com as respostas de fls. 128/129 e 135/138, subiram os autos.

Nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 142/146, opinando pelo provimento do recurso interposto pela União Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Examino, por primeiro, o apelo da União Federal.

I — Sustenta esta, em preliminar, faltar à autora, ora apelada, o interesse de agir, por isso que não há prova, nos autos, de que tenha requerido, administrativamente, a restituição. Destarte, seria ela carecedora do direito de ação.

Em verdade, temos decidido no sentido de que 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, 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.

Assim decidimos, por exemplo, na AC nº 61.221 — SP, Relator o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Na AC nº 53.979 — BA, de que fui Relator, outro não foi o entendimento desta eg. Turma, ficando o Acórdão ementado desta forma:

«Tributário. Restituição do indébito. Decadência e prescrição. CTN, arts. 168 e 169. Tributos indiretos. CTN, art. 166. Quota de previdência. Serviços de navegação. Lei nº 5.025, de 10-6-66, art. 54.

I — 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.

II — A restituição de tributos indiretos, que repercutem, somente será feita a quem prove haver assumido o encargo financeiro, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. CTN, art. 166.

III — Não é devida a quota de previdência sobre operação portuária envolvendo mercadorias em processo de exportação. Lei nº 5.025/66, art. 54.

IV — Recursos desprovidos.» (DJ de 4-8-83).

Sustentei, entretanto, no voto que proferi por ocasião do julgamento da mencionada AC nº 53.979 — BA 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 ação, 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.

Assim o voto que proferi na citada AC nº 53.979 — BA, no ponto que interessa, aqui:

«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 nº 61.221 — SP, Relator Ministro Pádua Ribeiro.

No voto que então proferi, disse eu:

«Estabelece o CTN (art. 165) que o sujeito passivo (contribuinte ou responsável, CTN, art. 121, parágrafo 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, 1ª 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, «Direito Tributário Brasileiro», Forense, 10ª ed., 1981, pág. 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., pág. 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, art. 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 ato administrativo. Mas deverá fazê-lo dentro de dois anos da publicação desse ato. O prazo é de prescrição e não de decadência. Em conseqüência, 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., pág. 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 do 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 magistério de Frederico Marques («Instituições de Direito Processual Civil», Forense, 2ª ed., 1962, II/33), inexistiria interesse de agir se inocorrente o ato administrativo sobre o qual deveria incidir o controle judicial, porque, na lição de Liebman, esse interesse de agir inocorre «quando se demonstra que a lesão ou ameaça que é denunciada, na realidade não existe, ou não se verificou ainda». («Corso di Diritto Processuali Civili», pág. 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 no 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 anula-

tória 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 nº 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 nº 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 o 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 nº 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 denegação 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 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 as autoras à 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; b) a ré, União Federal, impugnou o pedido em seu mérito.

Do exposto, concluo por rejeitar a preliminar de carência.

II — A outra preliminar, no sentido de que a autora teria pago, voluntariamente, a importância cuja restituição pleiteia, e, por isso, seria carecedora da ação, não tem procedência diante do disposto no art. 165, CTN.

III — No mérito, a ação tem íntegra procedência, por isso que o Plenário desta eg. Corte, ao decidir a arguição de inconstitucionalidade havida na AMS nº 83.818 — RS, Relator o Sr. Ministro José Dantas, declarou a inconstitucionalidade do art. 8º, da Lei nº 6.138, de 1974, bem como do artigo 66 do seu Regulamento, Decreto nº 75.583, de 1975, e, ainda, da Portaria nº 393, de 1975, do Ministro da Agricultura. O Acórdão ficou assim ementado:

«EMENTA: — Fiscalização do comércio de fertilizantes.

Illegitimidade do estabelecimento de preço público como forma de remuneração desse serviço, cuja natureza compulsória indica a qualificação do exercício do poder de polícia, e de serviços remuneráveis por meio de

taxa, segundo o seu conceito tributário. Inconstitucionalidade das normas pertinentes — art. 8º da Lei nº 6.138/74, art. 66 do Decreto nº 75.583/75, e da Portaria MA nº 393/75.»

Apreciando matéria semelhante, esta eg. Turma, na AMS nº 89.180 — PE, Relator o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, decidiu:

«Fiscalização do comércio de fertilizantes. Preço público e taxa. Inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 6.138, de 1974, do art. 66 do Decreto nº 75.583/75, e da Portaria MA nº 393/75.

I — O Plenário do TFR, ao julgar o incidente de inconstitucionalidade suscitado na AMS nº 83.818 — RS, declarou inconstitucionais o art. 8º da Lei nº 6.138, de 1974, o art. 66 do Decreto nº 75.583, de 1975, e a Portaria MA nº 393/75. Em consequência, considerou ilegítimo o estabelecimento de preço público como forma de remuneração do serviço de fiscalização do comércio de fertilizantes, cuja natureza compulsória indica a qualificação do exercício do poder de polícia e de serviço remunerável por meio de taxa, segundo seu conceito tributário.

II — Apelação desprovida.»

De ser desprovido, pois, nesta parte, o apelo da União Federal.

IV — No que toca aos honorários advocatícios, estou em que o apelo deve ser provido. É que não foi de monta o trabalho do profissional, não obstante ter sido de excelente qualidade. Presente, então, a regra do § 4º, do art. 20, CPC, reduz o percentual concedido a esse título para 10% do valor da condenação.

V — Aprecio o apelo da autora, que pede a elevação dos juros de mora para 12% a.a.

De ser provido o apelo.

Os juros moratórios, na restituição do indébito, são devidos à taxa de 12% ao ano. É assim a jurisprudência desta eg. Turma, na linha, aliás, da jurisprudência da Corte Suprema, de que é exemplo o decidido no RE nº 90.232 — SP, Relator o Sr. Ministro Djaci Falcão (RTJ 90/1083).

VI — Do exposto, dou provimento parcial ao apelo da União Federal, para reduzir o percentual concedido a título de honorários advocatícios; e dou provimento ao apelo da autora, para fixar em 12% ao ano a taxa dos juros moratórios.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.495 — PR — (Reg. nº 3.474.887) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Velloso. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Aptes.: Ultrafertil S/A — Ind. Com. de Fertilizantes e União Federal. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. José de Paula Monteiro Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao apelo da União Federal, para reduzir o parcelamento concedido a título de honorários advocatícios e, ainda por unanimidade, deu provimento ao recurso da autora para fixar em 12% (doze por cento) a taxa dos juros moratórios. (Em 25-3-85 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Bueno de Souza e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.717 — SP
(Registro nº 5.066.085)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus*

Apelante: *Confecções de Artefatos de Couro Deca Ltda.*

Apelada: *União Federal*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto Pacheco e outros*

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Embargos à Execução. Preparo tempestivo. Conhecimento. Apelação. Deserção. Lei nº 6.032/74, arts. 10, II e 15, IV, combinado com o art. 519 do CPC.

I — Em tema de recurso, o prazo para efetuar o preparo conta-se da intimação da conta e não do despacho do Juiz que determina o recolhimento das custas, sem antes conhecer seu montante (Lei nº 6.032/74, artigos 10 II e 15, IV, combinados com o artigo 519 do CPC). Se não há nos autos referida conta, nula é a intimação.

II — Provado, quantum satis o preparo tempestivo dos embargos, devem eles ser processados e julgados.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de junho de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. JOSÉ DE JESUS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Trata-se de embargos opostos por Confecções de Artefatos de Couro Deca Ltda. na execução que lhe é movida pela Fazenda Nacional para cobrança do IPI e consectários legais.

Pela sentença de fl. 8 dos autos, o MM Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo rejeitou liminarmente os embargos, por não ter a embargante recolhido as custas processuais devidas, no prazo estabelecido pela Súmula nº 111 deste Tribunal.

Dessa decisão a embargante interpôs recurso de apelação (fls. 9/11), alegando que só foi intimada para efetuar o preparo dos embargos em 5-2-83, com a publicação, no *DJ*, do despacho que determinou tal recolhimento, e o cumpriu tempestivamente. Nesse sentido, juntou cópia da publicação do despacho, no *DJ*, e da guia de recolhimento das custas.

Em contra-razões (fl. 16) diz a Fazenda Nacional que o recurso é protelatório, pelo que entende deva ser rejeitado.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 22/23, opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do apelo, por deserto, e, caso ultrapassada essa prefacial, no mérito, pelo provimento do mesmo.

Dispensada a revisão (art. 33, IX, do RI/TFR).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Em seu parecer, a douta Subprocuradoria-Geral da República levanta preliminar de não conhecimento do recurso, sob o fundamento de que a recorrente não atendeu o despacho de fl. 17, recolhendo as custas da apelação (artigo 10, II, da Lei nº 6.032/74).

Dispõe o inciso II, do artigo 10, citado:

«Aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de deserção».

Conjugando este dispositivo com o artigo 15, inciso IV, do mesmo diploma legal e suas tabelas de custas, constata-se que a conta de custas iniciais é meramente estimativa, devendo ser atualizada quando da interposição do recurso (art. 15, IV).

Nessa linha de raciocínio, tenho para mim que a intimação para recolher as custas devidas (despacho de fl. 17), sem estar precedida da respectiva conta, é ato ineficaz.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

No mérito, tem razão a apelante. O extravio da guia de recolhimento das custas na Secretaria da Vara, informação de fl. 17 vº, levou o MM Juiz a rejeitar liminarmente os embargos (sentença de fl. 8).

Entretanto, provado está que o preparo foi feito tempestivamente (doc. fl. 18).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar integralmente a sentença de fl. 8, a fim de que os embargos sejam processados e julgados como de direito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.717 — SP — (Reg. nº 5.066.085) — Rel.: O Sr. Min. José de Jesus. Apte.: Confecções de Artefatos de Couro Deca Ltda. Apda.: União Federal. Advvs.: Drs. Carlos Alberto Pacheco e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 30-6-86 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.729 — RJ
(Registro nº 4.344.847)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Apelantes: *S/A Marítima Eurobrás — Agente e Comissária, outro e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Dalva Aparecida Paschoa Mendonça e outros*

EMENTA: Tributário. Importação. Transportador. Avaria ou extravio. Responsabilidade do transportador. Isenção do Imposto de Importação. Decreto-Lei nº 37, de 1966, artigos 28, II, e 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, 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.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento à apelação das autoras e julgar prejudicado o recurso da União Federal, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de março de 1985.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. CARLOS VELLOSO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: Trata-se de ação anulatória de crédito tributário ajuizada por S/A Marítima Eurobrás Agente e Comissária e Companhia Brasileira de Transporte de Granéis contra a União Federal, julgada procedente, apenas em parte, para que seja aplicada à espécie a taxa de câmbio vigente ao tempo da entrada da mercadoria no território nacional, e improcedente quanto ao mais discutido.

A sentença (fls. 78/82), que é da lavra do Juiz Federal Clélio Erthal, argumentou em resumo:

a) o Decreto nº 63.431/68, no art. 30, § 3º, é bem elucidativo ao dispor que mesmo ocorrendo isenção em favor dos importadores a companhia transportadora fica sujeita ao pagamento do respectivo imposto, caso se constate falta ou avaria na mercadoria importada;

b) constatada, como foi, falta de mercadoria em 74.486 kg, pouco importa tenha sido ela importada sob o regime de isenção. A transportadora responde pelo tributo correspondente, por força de expressa disposição legal;

c) o limite de 5%, fixado pela Instrução Normativa nº 012/76, é somente para fins de penalidade;

d) ocorrido, como ocorreu no caso vertente, a perda inferior ao limite de 5%, a transportadora fica isenta da multa. Não do imposto exigido, de acordo com o Decreto nº 63.431/68, cuja alteração não pode ser feita mediante simples instrução normativa;

e) quanto à correção monetária, é evidente sua incidência na forma do art. 7º da Lei nº 4.357/64 que a instituiu, desde o início do débito, caso não seja pago no trimestre civil imediatamente seguinte;

f) a respeito da taxa de câmbio, entretanto, deve prevalecer a vigente ao tempo do fato gerador, e este se consuma com a entrada da mercadoria no território nacional, e não na data da ciência da falta.

Inconformadas, apelaram as autoras (fls. 84/93), postulando a reforma da r. sentença, por entenderem que ela, no tocante a: 1º) quebra de peso de mercadoria transportada a granel, inferior ao limite de tolerância de 5%; 2º) isenção tributária; e 3º) correção monetária, não deu solução adequada.

Igualmente, apelou a União Federal (fls. 95/96), pedindo reexame da sentença, no ponto em que foi sucumbente. Para tanto, reitera os argumentos e informações pormenorizadamente desenvolvidas às fls. 40/49.

Com as respostas de fls. 98/100 e 103, subiram os autos.

Nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 109/115, opinando pelo desprovimento do recurso das autoras e pelo provimento do da União Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): 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 decidi esta egrégia Turma:

«Tributário. Importação. Dano, avarias ou extravio. Transportador. Responsabilidade. Decreto-Lei nº 37, de 1966, arts. 28, II, e 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 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, 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 18-11-66:

«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 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, parágrafo único do art. 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, deixaram 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, artigos 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 quê 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 ressalvar 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 artigos 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 11-11-80).

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.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Senhor Presidente, na consonância do voto anexo, que proferi na Apelação Cível nº 88.152 — RJ, decidido nesta assentada, nego provimento ao recurso das autoras e dou provimento ao recurso da União.

ANEXO

Apelação Cível nº 88.152 — RJ
(Registro nº 4.797.779)

VOTO

EMENTA: Tributário. Imposto de Importação. Falta de mercadoria, transportada a granel, apurada em conferência de manifesto. Responsabili-

dade 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 18-11-66, art. 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 considerada 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 PÁDUA RIBEIRO (Relator): Três são as questões deduzidas nos recursos:

- a) responsabilidade, 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 mercadoria, 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 extravio serão apurados em processo na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar à 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 à 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 multa 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, multa 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, III, 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 a 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 motivaram a concessão» (decreto-lei citado, art. 12).

Nesse sentido, argumentou o Conselheiro Paulo Moreno de Almeida (fls. 17/18):

«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 a 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, só 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 nº 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.

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

2. A mercadoria constada como importada e cuja falta ou extravio venha a ser apurada, 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.»

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, arts. 1º, parágrafo único, 41, III, e 169. Precedentes do TFR.

II — Apelação desprovida.» (AC nº 66.568 — PR — (Reg. nº 3.203.999) — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Julg. em 22-8-84. Publicado no *DJ* 4-10-84, pág. 16349).

«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 16-10-68), 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 — (Reg. nº 3.160.378) — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Julg. em 24-8-83. Publ. no *DJ* de 15-9-83); e

«Tributário. Importação. Agente marítimo. Dano, avarias ou extravio. Transportador: responsabilidade. Responsabilidade do agente marítimo. CTN, art. 134, III.

I — 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 63.431/68.

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. nº 3.495.485) — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Julg. em 17-10-84. Publ. no *DJ* de 6-12-84).»

É o que se depreende da ementa do Acórdão proferido pela antiga 3ª Turma na AMS nº 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» quer 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 nº 37/66, só prevê aplicação de multa quando a falta apurada exceder aquele percentual. (AMS nº 77.800 — RS — Rel.: O Sr. Ministro Aldir Passarinho. Julg. em 9-9-77. Publ. no *DJ* de 26-6-78).»

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 nº 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 imposto, 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 decido por esta egrégia 4ª Turma na AC nº 80.576 — RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, cujo Acórdão ficou assim ementado:

«Tributário. Importação. Falta de mercadoria. Conferência de manifesto. Decreto-lei nº 37, de 1966, artigo 1º, parágrafo único e art. 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, 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 nº 37/66, art. 23, parágrafo único.

II — Recurso desprovido. (AC nº 80.576 — RJ — (Reg. nº 4.173.660) — *Julg. em 31-8-83. Publicado no DJ de 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 nº 4.862, de 1965, diz respeito às decisões administrativas.

Os juros de mora contam-se do vencimento do débito (Lei nº 5.421, de 1958, art. 2º).

Precedentes judiciais. (AMS nº 77.642 — SP — Rel.: O Sr. Min. William Patterson, 2ª Turma. Unânime. *DJ de 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 nº 4.357/74, art. 7º, § 6º; Lei nº 5.421/68, arts. 2º e 5º; Lei nº 4.862/65, art. 15; Decreto-Lei nº 1.025/69, artigo 1º.

II — Recurso desprovido. (Ag. nº 40.473 — RS — Rel.: O Sr. Min. Carlos Velloso, 3ª Turma, Unânime. *DJ de 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 95, 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 nº 86.729-RJ — (Reg. nº 4.344.847) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Velloso. Ap-tes.: S/A Marítima Eurobrás — Agente e Comissária, outro e União Federal. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Dalva Aparecida Paschoa Mendonça e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, deu provimento à apelação das autoras e julgou prejudicado o recurso da União Federal. (Em 11-3-85, 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Bueno de Souza e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.854 — SP
(Registro nº 1.430.653)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelantes : *Eduardo Nami Haddad e Cônjuge e Departamento Nacional de Estradas de Rodagem*

Apelados: *Os mesmos*

Ag. Retido: *Fl. 61 — DNER*

Advogados: *Drs. Ubiratan Ferreira Martins de Carvalho, Darci Mendonça e outros*

EMENTA: Desapropriação.

Laudo do perito oficial cuja estimativa representa o justo preço do bem expropriado.

A remuneração do perito nomeado pelo Juiz está compreendida no conceito de «custas», estando, em consequência, sujeita à correção monetária, ex vi do art. 1º da Lei nº 6.899/81.

Razoabilidade do percentual da verba honorária.

Agravo e apelações improvidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, 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 fevereiro de 1986.

TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O DNER moveu ação de desapropriação contra Eduardo Nami Haddad e sua mulher, tendo por objeto uma área de 12.860 m², situada em Embu — SP, declarada de utilidade pública, ofertando a título de indenização a quantia de Cr\$ 925.920,00.

Contestação às fls. 18/19.

Laudos periciais às fls. 38/52 (perito oficial), 70/77 (assistente técnico dos expropriados) e 84/111 (assistente do DNER).

O Dr. Juiz Federal da 6ª Vara-I de São Paulo julgou procedente o pedido e, adotando as conclusões do vistor oficial, fixou a indenização em Cr\$ 24.434.000,00, corrigida monetariamente a diferença entre o valor da oferta e o da condenação, com base na data do laudo adotado e acrescida de juros compensatórios de 12% ao ano a contar da imissão na posse, juros moratórios de 6% ao ano a partir do trânsito em julgado, despesas processuais e honorários advocatícios de 5% sobre o valor da diferença antes explicitada (fls. 120/121).

Apelaram os expropriados (fls. 123/125), pugnando pela adoção do preço indenizatório firmado no laudo de seu assistente técnico e a majoração da verba advocatícia para 10%.

Também recorreu o DNER (fls. 127/129), pedindo, preliminarmente, a apreciação do agravo retido de fl. 61 — no qual se insurge contra a conversão dos honorários do perito em ORTNs — e, no mérito, entendendo que deveria prevalecer o trabalho de seu assistente técnico.

Contra-razões às fls. 132/133 e 152/153.

É o relatório.

VOTO

Agravo Retido

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): Em seus «Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, 1974, Tomo I/409, escreve Pontes de Miranda: «Custas são os gastos das partes ou dos que, incidentalmente, vêm ao processo para gestão do procedimento. Dizem-se *judiciais*, se se originam de atos processuais em que haja intervindo o Juiz ou outro funcionário público, ou pessoa nomeada pelo Juiz, que haja de atuar. Dizem-se *extrajudiciais* quando percebidas pelos advogados (então honorários de advogado são custas) ou expandidas fora de Juízo, como o transporte, o preço dos telegramas e telefonemas e o papel ou outros materiais para aposição de selos em bens, cofres e documentos. Às vezes, as leis empregam a expressão «custas» em senso assaz largo, o que se há de examinar».

As custas judiciais, no sistema jurídico brasileiro, compreendem os honorários do perito oficial. É o que está expresso no art. 2º da Lei nº 6.032, de 30-4-74 (Regimento de Custas da Justiça Federal), incluindo em tal conceito a remuneração paga por exame pericial ou vistoria. O raciocínio é confirmado pelo disposto nos arts. 20, § 2º, e 33 do CPC, o primeiro a dizer que «as despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico». Se os honorários do perito não foram mencionados na segunda parte, juntamente com os do assistente técnico das partes, é porque estão inseridos nas custas.

Desté modo, é inquestionável que a correção monetária das custas, instituída pelo art. 1º da Lei Nº 6.899, de 8-4-81, se estende também aos honorários do perito do Juízo. Como essa correção se faz consoante a variação nominal da ORTN, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.423/77, o resultado seria idêntico se a remuneração tivesse sido arbitrada em dinheiro. De observar, porém, que a verba deve ser fixada em moeda de curso legal no País, pois não existe lei autorizando o Juiz a fixá-la em ORTN.

Com esse reparo, nego provimento ao agravo retido.

VOTO APELAÇÃO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator). Ao motivar a sentença apelada, disse o Dr. Juiz (fl. 121):

«No mérito, os valores encontrados pelos expertos que realizam a perícia são discordantes. Com efeito, enquanto o perito oficial sugere o valor de Cr\$ 24.434.000,00 pela terra nua, inexistindo benfeitorias a serem indenizadas (fl. 48), o assistente técnico dos expropriados chega a Cr\$ 27.121.740,00 (fl. 76) e o do expropriante em Cr\$13.047.113,00 (fl. 96). Opto pelo valor sugerido pelo vistor oficial, não apenas porque esse experto se mantém, presumivelmente, equidistante das partes, mas também porque tem seu trabalho apoiado na pesquisa de preços de fls. 45/47. Por outro lado, os laudos dos demais expertos nada trazem de modo a infirmar o trabalho do louvado do Juízo».

Não há o que censurar na respeitável sentença apelada, que confirmo por seus próprios fundamentos, inclusive em relação aos honorários de advogado, arbitrados em percentual justo, considerados o vulto da indenização e o pouco trabalho efetuado pelo patrono dos expropriados.

Nego provimento a ambas as apelações.

EXTRATO DA MINUTA

AC n° 91.854 — SP — (Reg. n° 1.430.653) — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Apes.: Eduardo Nami Haddad e cônjuge e DNER. Apdos.: Os mesmos. Ag. retido: fl. 61 — DNER — Advs.: Drs. Ubiratan Ferreira Martins de Carvalho, Darci Mendonça e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo retido e a ambas as apelações. (Em 5-2-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Senhores Ministros Sebastião Reis e Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Ministro Pedro Acioli. Presidiu o Julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 93.892 — DF
(Registro nº 6.117.686)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*

Apelante: *Fundação Nacional do Índio — FUNAI*

Apelado: *Raimundo Camilo de Lima — Espólio*

Advogados: *Drs. Júlio Augusto Sousa Camacho Crespo e Arnaldo Carvalho Pereira*

EMENTA: *Cível e Processual Civil. Responsabilidade civil. FUNAI. Servidor trucidado em serviço. Dever de indenizar. Pais. Legitimidade ativa.*

I. *Os pais do inditoso funcionário trucidado pelos «Cintas Largas», quando servia no Posto Roosevelt, do então Território e hoje Estado de Rondônia, seus herdeiros universais, têm legitimidade ativa para promover a ação de ressarcimento.*

II. *Embora promovido o registro mediante justificação judicial, regularmente processada e julgada, dúvida não pode suscitar a FUNAI a respeito da morte do seu servidor, tanto que considerou rescindido o seu contrato e lhe tributou homenagem póstuma. A inexistência de cadáver a exibir não pode servir de obstáculo à procedência da ação, desde que a morte tenha sido estabelecida, com segurança; se assim não fosse, a FUNAI jamais poderia ser acionada, nos casos de antropofagia.*

III — *Apelação desprovida.*

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª 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, 8 de novembro de 1985.

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Trata-se de apelação interposta pela Fundação Nacional do Índio — FUNAI, contra a r. sentença de fls. 183/188, prolatada pelo hoje integrante desta Corte, Ministro Ilmar Nascimento Galvão, que relatou a espécie nos seguintes termos (fls. 183/188):

«Raimundo Camilo de Lima e Josefa Izabel de Lima ajuizaram a presente ação contra a Fundação Nacional do Índio — FUNAI, objetivando serem ressarcidos pela morte de seu filho Acrísio Camilo de Lima, solteiro, empregado da ré, vitimado pelos índios da tribo «Cinta Larga», no Posto Roosevelt, ex-território Federal de Rondônia, em 16 de novembro de 1971, onde servia.

Disse que o extinto, conquanto contratado como Auxiliar Administrativo, com salário de Cr\$ 510,00 mensais, trabalhava como radiotelegrafista, fazendo jus ao salário de Cr\$ 865,00, mais 20% do salário mínimo então vigente na Capital da República, por força da Portaria nº 491, de 16 de setembro de 1965, do Ministro do Trabalho, elevando para Cr\$ 910,12 o salário que lhe era devido.

Pediram, na qualidade de herdeiros necessários do falecido Acrísio, lhes fossem pagos o pecúlio e a pensão previstos nos arts. 20 e 27 do Decreto nº 61.784, de 28-11-67, mais as parcelas referentes aos depósitos do FGTS e indenização referente aos bens de uso pessoal do mesmo, desaparecidos no dia do trucidamento, o valor de Cr\$ 2.000,00, além de indenização por morte, na forma da Súmula nº 229 do STF.

Inicial instruída (fls. 21/89).

Contestando (fls. 98/106), argüiu a ré ausência de interesse processual dos autores, bem como a ilegitimidade ativa para a causa, à falta, respectivamente de prova da morte de Acrísio e da abertura da sucessão, com nomeação de inventariante. Quanto ao mérito, disse que Acrísio exercia o emprego de Auxiliar Administrativo, dependendo o seu aproveitamento como telegrafista de carteira de habilitação junto ao DENTEL, só obtível após 2 anos de estágio, não cumpridos por ele, havendo, por outro lado, sido alcançadas pela prescrição bienal quaisquer pretensões de equiparação salarial. Quanto ao pecúlio e pensão, previstos no Decreto nº 61.784/67, sustentou serem benefícios a cargo do INPS e não do empregador, que cumpriu a sua obrigação de contribuir para esse fim; e quanto ao FGTS, alegou tratar-se de servidor não optante. Por fim, no seu entender, a morte de Acrísio ocorreu em serviço, caracterizando acidente de trabalho, indenizável pelo INPS, não havendo sido invocada na inicial dolo ou culpa grave do réu, capaz de justificar a indenização pleiteada.

Resposta igualmente instruída (fls. 107/127).

A União, na qualidade de assistente ad juvandum da ré, perfilhou a resposta desta (fls. 130/131).

Após breve suspensão do processo, a requerimento dos AA., vieram estes aos autos com prova de haverem promovido o inventário negativo do seu falecido filho e com a certidão de óbito, deste, além de outros documentos (fls. 147/152 e 158), sobre os quais foi ouvida a ré (fls. 154/155 e 160/162).

Réplica às fls. 164/168, onde se enfatiza o direito dos pais à indenização pela morte dos filhos e o dever que incumbe à ré de indenizar a vida de seus servidores, designados para servir em plena selva, em contato com índios bravos.

Por fim, em razão da morte do primeiro A., habilitou-se a segunda, na qualidade de representante do espólio.

Inexistindo matéria de fato pendente de prova oral, foi dispensada a audiência.

A ação foi assim decidida:

«Julgo procedente o pedido apenas em parte, para condenar a ré a pagar à autora remanescente, enquanto sobreviver, uma pensão, apurada na forma acima especificada, a partir do infausto evento, corrigidas nas mesmas bases e nas mesmas ocasiões em que ocorreram e ocorrem os reajustamentos do salário mínimo. Sobre as parcelas atrasadas, atualizadas ao dia do pagamento, incidirão juros de mora, na forma da lei. Uma parte desses atrasados, calculados até a morte do primeiro autor, caberão aos herdeiros deste, no percentual de 50% (cinquenta por cento).

Face à sucumbência recíproca, não há condenação em honorários de advogado. As custas, pelo mesmo motivo, serão pagas pela ré, à razão de 50% (cinquenta por cento), isentos os AA. da metade que lhe caberia, em face de benefício da gratuidade com que foram contemplados».

Inconformada, apelou a FUNAI com as razões de fls. 191/195, objetivando a reforma integral da sentença, reiterando os argumentos anteriormente expendidos.

Contra-razões às fls. 200/204.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Não obstante as bem tecidas razões da apelante, estou em que não conseguiram destroçar a argumentação desenvolvida na sentença, da lavra do então Juiz Federal Ilmar Nascimento Galvão, hoje ilustrando esta Corte.

Alega a Fundação Nacional do Índio, ora apelante, que os apelados, pais do inditoso funcionário trucidado pelos «Cintas Largas», quando servia no Posto Roosevelt, do então Território e hoje Estado de Rondônia, não estão devidamente habilitados à ação, quer porque a qualidade de herdeiros necessários não se determinara, porquanto não aberta a sucessão, quer porque, ainda admitida, para argumentar, essa abertura, a representação do espólio é do inventariante.

Ora, no Direito Brasileiro, morrendo a pessoa sem deixar testamento, transmite-se, desde logo, a herança a seus herdeiros legítimos (art. 1.574, Código Civil) e na ordem da vocação hereditária figuram os ascendentes (art. 1.603, inc. II, Código Civil). Acrísio morreu em estado de solteiro, sem descendentes, sendo seus herdeiros legítimos, pois, os seus pais, os apelados.

Que o infeliz servidor da FUNAI pereceu, e de forma trágica, no cumprimento do seu dever, dúvida não pode haver, pois a própria Fundação lhe prestou honras fúnebres. A inexistência de cadáver a exibir não pode servir de obstáculo. E quando se cuidar de antropófagos, como entenderá a FUNAI?

No caso, embora promovido o registro mediante justificação judicial, regularmente processada e julgada, do que resultou a certidão de óbito, que demora nos autos à fl. 150, também se processou inventário negativo e, com a morte do apelante varão, representante do espólio ficou sendo a genitora, tudo conforme esclarecido pelo Juiz, no relatório.

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*.

A sentença tem a seguinte fundamentação, *in verbis* (fls. 185/187):

«É estreme de dúvida, nestes autos, que Acrísio Camilo de Lima, filho dos AA., perdeu a vida nos confins da Floresta Amazônica quando, a serviço da FUNAI, prestava serviço no Posto Roosevelt, mantido pela entidade junto aos índios da tribo «Cinta Larga», autores do seu trucidamento. A própria FUNAI, reconhecendo sua morte, deu por rescindido seu contrato de trabalho (fl. 108) e tributou-lhe homenagem póstuma (fl. 80). O passar do tempo, de 1971 até esta parte, sem qualquer notícia do aludido servidor, acabou por consolidar a convicção que a esse respeito se teve desde o primeiro momento.

Igualmente indubitoso que, além de solteiro, tinha os pais por dependentes. A carta que endereçou ao irmão Agrício, em dezembro de 1970, espancaria qualquer incerteza que houvesse a esse respeito (fls. 84/86), dada a manifestação que, nesse sentido, deixou nela expressa.

Inegavelmente, portanto, além da dor resultante do trágico desaparecimento do filho, sofreram os AA., com essa morte, uma perda patrimonial representada pela ajuda material que lhes prestava, para não se falar no cuidado e na solicitude que era justo dele esperar em sua velhice.

A legitimidade dos AA. para a causa, portanto, decorre não do fato de serem seus herdeiros universais, mas pelo fato mesmo de serem seus pais.

Indefiro, por isso, as preliminares de ausência de interesse processual e de ilegitimidade dos AA.

O pedido, na parte que refere pecúlio e pensão, com fulcro no Decreto nº 61.884/67, não poderia ser legitimamente endereçado à ré, dado tratar-se de benefícios a cargo do segurador por danos decorrentes de acidente de trabalho, seja, o antigo INPS, hoje IAPAS, em favor de quem eram feitas as contribuições pagas pela ré (fls. 110 e seguintes). Cumpria aos AA. habilitarem-se perante a aludida entidade, no prazo de lei, para receberem o que, a esse título, lhes era devido.

Por outro lado, não tendo o falecido servidor optado pelo FGTS, conforme afirmou a ré, não há levantamentos a serem efetuados pelos AA. tendo por causa o mencionado fundo.

Resta examinar-se o pedido de indenização por morte, feito sob a invocação da Súmula nº 229 do STF.

Obviamente, que tal pedido se assenta na culpa da ré pelo que sucedeu a seu servidor Acrísio Camilo de Lima, implicitamente argüida na inicial e caracterizada, conforme explicitado na réplica (fl. 167) pelo fato de manter «apenas dois empregados, numa tribo de mais três mil índios arredios, e, como se não bastasse, em plena selva Amazônica, a quinhentos quilômetros da cidade mais próxima, num verdadeiro confinamento».

Essa descrição das condições de trabalho no Posto Roosevelt, onde servia Acrísio, não foram rebatidas pela ré, havendo, ao revés, sido confirmadas pelos depoimentos colhidos no inquérito policial instaurado pela Polícia Federal, no Amazonas (fls. 27/39).

Na verdade, o trabalho de aproximação com os selvagens, realizado pela FUNAI, no «hiterland» brasileiro, é dos mais perigosos, expondo os servidores da entidade, encarregados da espinhosa missão, a permanente risco de vida. O caso dos autos dão uma mostra disso: dois servidores apenas, embrenhados cerca de 500 quilômetros na densa floresta, habitada pelos imprevisíveis «Cinta Larga», sem o mais mínimo meio de se defenderem de um ataque, suscetível de ocorrer a todo momento...

É de convir-se que, em circunstâncias tais, o dever de indenizar se impõe como uma invariável, independente de prova de gravidade da culpa, que decorre da própria temeridade da missão incumbida pela FUNAI a seus servidores.

Tem aplicação ao caso, inegavelmente, a Súmula nº 229, do STF, invocada pelos AA., segundo a qual, a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.

Obviamente, nas condições em que trabalhava Acrísio, quando o perigo de vida era uma constante de todos os dias, dada a falta de meio de repelir os ataques dos índios, para não se falar dos demais agentes agressores existentes no meio da floresta, não há que se falar em infortunística, de molde a que a FUNAI pudesse exonerar-se de sua responsabilidade mediante o pagamento de mero seguro por acidente de trabalho, como faz em relação não só aos seus servidores que vivem perigosamente na mata, mas também aos que trabalham nos seus escritórios. Para tanto, seria de mister que ficasse demonstrado haver ela tomado em relação àqueles os cuidados e cautelas especiais compatíveis com os riscos corridos, o que, como visto não se verificou.

Irrecusável, portanto, o dever que tem a FUNAI de indenizar os AA., pais e dependentes econômicos do servidor trucidado em serviço, obrigação essa que será cumprida em forma de pensão alimentícia, prestada à razão de 40% (quarenta por cento) dos vencimentos que percebia à data de sua morte, como Agente Administrativo. Trata-se de percentual que se considera como correspondente à ajuda que razoavelmente poderia prestar aos ditos pais, após atendidas as despesas com o seu próprio sustento. Não podem ser tomados por base, nesse cálculo, os salários de radiotelegrafista, dado haver Acrísio falecido antes de completar o estágio exigido para o acesso a essa categoria funcional.

A indenização dos pertences de Acrísio é descabida de vez que não foram sequer relacionados».

Não vejo como possa prosperar o apelo da FUNAI.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 93.892 — DF — (Reg. nº 6.117.686) — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Moacir Antônio M. da Silva. Apte.: Fundação Nacional do Índio — FUNAI. Apdo.: Raimundo Camilo de Lima — Espólio. Advs.: Drs. Júlio Augusto Sousa Camacho Crespo, e Arnaldo Carvalho Pereira.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 8-11-85).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 94.490 — RS
(Registro nº 3.043.355)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Apelante: *União Federal*

Apelados: *Abel Rodrigues e outros*

Advogado: *Dr. Jorge Altair Pimentel*

Sust. Oral: *Dr. Jorge Altair Pimentel (apdos.)*

EMENTA: Processo Civil. Sentença. Liquidação. Compreendendo-se na sentença o que virtualmente nela se contenha, é de compreender, no caso, na expressão «consectários» da condenação, em decorrência de expressa referência à inicial, a correção monetária, porque assim pedida. É defeso, em sendo dessa forma, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou. Apelação desprovida.

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, 25 de outubro de 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente. NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: Estes autos, quando do processo de conhecimento, subiram ao Tribunal, em grau de apelação dos autores, pois a ação, pela sentença, fora julgada improcedente, e o Ministro Adhemar Raymundo, nesta Turma, em Sessão de 9-12-80, assim iniciou o relatório:

«Abel Rodrigues e outros, funcionários públicos estatutários do Poder Judiciário da União, pertencentes aos quadros do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª e 9ª Regiões, propuseram ação ordinária contra a União Federal, nos termos do art. 271 do CPC, alegando, em síntese, o seguinte:

que percebiam, até a implantação da chamada classificação provisória de cargos estabelecida pela Lei nº 6.035, de 30 de abril de 1974, o adicional por tempo de serviço à razão de vinte por cento pelo primeiro quinquênio, mais dez por cento por cada um dos três quinquênios subsequentes e, finalmente, cinco por cento para os restantes quinquênios até trinta e cinco anos de serviço;

que, a partir da implantação do sistema da Lei nº 6.035, de 30 de abril de 1974, que foi seguida pela classificação definitiva de cargos, de acordo com a Lei nº 6.106, de 23 de setembro de 1974, tiveram alterado o cálculo da aludida gratificação, que passou a ser paga à base de cinco por cento por quinquênio, até o limite de sete quinquênios;

que esta alteração lhes ofendeu o direito adquirido, porque os percentuais, tais como previstos na Lei nº 4.097/62, já haviam se incorporado aos respectivos patrimônios jurídicos.

À vista do exposto, pleitearam fosse a ação julgada procedente para o efeito de determinar o restabelecimento dos adicionais suprimidos bem como o pagamento das diferenças respectivas, desde a data da supressão» (fls. 1264/1265).

S. Exa., o Senhor Ministro Relator, proveu a apelação. Eis a conclusão de seu voto, acolhido à unanimidade (fls. 1275/1276):

«Dou provimento à apelação, para julgar procedente o pedido, com o restabelecimento dos adicionais suprimidos e seus consectários (fl. 14). Pague a ré as custas e 10% de honorários sobre o valor da condenação» (fl. 1273).

2. Posto isso, retroajo à propositura da demanda (28-5-79) para extrair, da petição inicial, os termos do pedido:

c) julgar procedente a presente ação, declarando o direito dos autores, determinando o restabelecimento dos adicionais suprimidos, bem como o pagamento de:

1. Valor relativo aos adicionais, desde a data da efetiva supressão, a ser apurado em liquidação de sentença, atendendo-se, naquela oportunidade, às peculiaridades de cada postulante, conforme consta do pórtico.
2. Honorários advocatícios de 20% sobre o valor total e final da ação.
3. Juros e correção monetária.
4. Despesas processuais» (fl. 14).

3. Voltando os autos à origem, os credores promoveram a execução. Na fase de liquidação, apresentaram a seguinte petição:

«Abel Rodrigues e outros, já qualificados perante esse MM. Juízo, nos autos da ação ordinária que promovem contra a União Federal — atualmente em fase de liquidação, por seu procurador, atendem ao honorável despacho de V. Exa., declarando que concordam com a exatidão do cálculo principal apresentado, devendo a sentença de liquidação deixar estabelecido que tais valores serão acrescidos dos juros legais de 6% a.a. e da correção monetária com base no índice de variação das ORTNs, desde os seus respectivos vencimentos até o seu efetivo pagamento e mais os honorários advocatícios e custas processuais, consoante estabelecido no venerando Acórdão liquidando.» (Fl. 1777).

E o Dr. Juiz, nessa petição, lançou o seguinte despacho, em 25-11-82:

«J. À contadoria, para o cálculo nos termos do Acórdão, que faz remissão à inicial (fl. 14). Apure, destarte, o valor relativo aos adicionais desde a data da efetiva supressão, atendendo-se às peculiaridades de cada postulante,

servindo-se dos demonstrativos oferecidos pelo TRT. Aplique juros e correção monetária desde o ajuizamento. Reembolso de custas e honorários de advogado». (Fl. 1777).

4. Inconformados com esse despacho, peticionaram os credores, e o Dr. Juiz despachou nestes termos, em 4-2-83:

«J. Com efeito, o v. Acórdão 'deu provimento à apelação para julgar procedente o pedido, com o restabelecimento dos adicionais suprimidos e seus consectários (fl. 14)». O pedido (fl. 14) inclui 'adicionais desde a data da efetiva supressão.' Ora, a correção monetária e os juros, são acessórios do pedido, referidos no v. Acórdão como 'consectários'. Desta forma, a correção monetária foi deferida, como consectário que é do adicional, 'desde a data da efetiva supressão'. Reconsidero, portanto, o despacho de fls. 1777/79 na parte em que menciona a correção monetária para determinar que seja calculada, como os adicionais, 'desde a data da efetiva supressão'. Intimem-se. Advirto, porém, que este despacho é meramente ordinatório, uma vez que ao término do laudo haverá sentença (art. 607, parágrafo único, CPC)» (fl. 1783/1783v).

5. Diante da impossibilidade do Setor de Cálculos e Liquidação de elaborar a conta (fl. 1779), procedeu-se então à liquidação por arbitramento. Nomeado e compromissado o perito, este, concluído o seu trabalho, submeteu-o à apreciação judicial, requerendo e salientando o que se segue:

«Requer, pois, a juntada do mesmo aos autos, assim como o arbitramento de seus honorários profissionais, por V. Exa., os quais estima em 8% (oito por cento) do valor total da condenação, tendo em vista o elevado grau de complexidade do trabalho, o qual obrigou a este profissional a contratar mão-de-obra de terceiros, altamente especializada; o elevado número de postulantes (473); a dificuldade do cálculo em si (postulante a postulante, mês a mês, desde novembro de 1974 e até 2 de jun./81, pela variação das ORTNs, mês a mês)» (fl. 1790).

6. Do cálculo não divergiram os autores credores, mas a União devedora sim, verbis:

«Neste interim, prevenindo preclusão, impugna integralmente as contas apresentadas, por entender indevida a correção monetária anteriormente à Lei nº 6.899/81. Impugna, igualmente, a pretensão de honorários periciais, manifestada em quantia considerada exorbitante e cuja fixação fica confiada ao prudente critério de V. Exa.» (fl. 1.849).

7. Convocado a prestar esclarecimentos, informou o perito:

«2. A correção monetária foi aplicada aos débitos a partir de nov./74, inclusive, e até a data da entrega do cálculo, ocorrida a 31 de mar/83.

A taxa de juros foi aplicada desde a data da citação da União, adotando-se os juros legais» (fl. 1853).

8. Decidiu então o Dr. Juiz, à fl. 1858, homologando os cálculos apresentados pelo perito:

«J. Arbitro os honorários do perito em 1% do total do laudo, convertendo-se o respectivo valor em ORTNs, segundo os valores vigentes em 31 de março de 1983. Homologo, por sentença, o cálculo de fls. 1824/1842, para que produza os seus jurídicos efeitos. Em 7-10-83» (fl. 1858).

9. Apelou a União Federal às fls. 1863/1868. Pediu:

«Pelo exposto, e o que mais dos autos consta, espera confiadamente a União Federal, invocados os sempre oportunos suprimentos dos méritos julgadores, seja reformada a decisão de fl. 1,858, para determinar-se o cálculo da correção monetária sobre os haveres em liquidação, a partir da citação inicial». (Fl. 1868).

10. Os apelados contra-arrazoaram às fls. 1874/1879. Alegaram, de início, que o despacho de fl. 1783/1783 vº precluiu, na falta de agravo, e sustentaram, depois:

«A prosperar a retardada pretensão da apelante de que a correção monetária só incidiria a partir da citação inicial, que se deu 5 anos após a supressão dos adicionais, estaria não só se causando inegável lesão ao direito dos apelados, como alterando, sem dúvida, o Acórdão liquidando, o que é inadmissível e afronta a integridade da coisa julgada (arts. 468 e 610 do CPC)» (fls. 1877/8).

11. Neste Tribunal, pronunciou-se assim a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Paulo A. F. Sollberger:

«Apela a União, da sentença de fl. 1858, que homologou o cálculo de liquidação.

2. Em verdade, a sentença está a merecer reforma, pois, não tendo o Acórdão exequendo fixado o termo inicial da incidência da correção monetária (cfr. fl. 1273, *in fine*, deverá a mesma ser calculada a partir da data da Lei nº 6.899/81, consoante entendimento pacífico nessa colenda Corte:

‘Processo civil. Execução de sentença. Correção monetária.

A Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, veio dar à dívida resultante de sentenças judiciais o caráter de dívida de valor. Tal não significa que toda e qualquer pretensão patrimonial tenha se tornado corrigível. Só com a sentença é que ela se transforma em dívida de valor independentemente de sua natureza anterior.

Na falta de regulamento, prevalece o entendimento firmado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal de que a correção monetária das dívidas resultantes de decisões judiciais são corrigíveis a partir da data da lei.’ (AI nº 42.103, Rel.: O Sr. Min. Carlos Madeira, *in*, *DJ* de 29-10-81, pág. 10822).

‘Processual civil. Correção monetária. Lei nº 6.899, de 1981. Processo pendente de julgamento. O art. 3º, da Lei nº 6.899, de 1981, autorizou a aplicação da correção monetária sobre os débitos resultantes de decisão judicial, aos processos pendentes de julgamento, hipótese dos autos. O termo inicial da incidência é o da vigência do citado diploma, consoante vem entendendo a jurisprudência pretoriana, observados os critérios da regulamentação respectiva. (AC nº 73.633, Rel.: Min. William Patterson, *in* *DJ* de 17-6-82, pág. 5938).

‘Correção monetária. Lei nº 6.899/81. Firmou a jurisprudência o entendimento de que a correção monetária prevista na Lei nº 6.899, de 1981, só é aplicável a partir de sua vigência. O art. 3º, do Decreto nº 86.649, de 25 de novembro de 1981, consagrou esse entendimento.’ (AI nº 42.794, Rel.: O Sr. Min. Carlos Madeira, *in* *DJ* de 13-5-82, pág. 4212).

Assim sendo, é o parecer pelo provimento do recurso» (fls. 1922/3).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): 1. Após a transcrição, em parte, do despacho de fl. 1783/1783vº (item 4 do relatório), os autores-credores, ora apelados, disseram o seguinte, à fl. 1876:

«Esse despacho é de 4-2-83 e anterior ao início do trabalho dos senhores peritos.

De tal despacho, como lhe cabia, a apelante não agravou, tornando-se a matéria, via de consequência, abolutamente preclusa dentro dos autos, sendo-lhe, inclusive, defeso discuti-la já agora no processo, segundo a regra do artigo 473 do CPC.

Ressalte-se, ainda que após o referido despacho a apelante teve vistas dos autos, em carga, e peticionou duas vezes, conforme petições de fls. 1846 e 1848/9, sem fazer a menor menção ao aludido despacho e seu conteúdo.

Deixar para suscitar a questão agora é processualmente impróprio e sem fundamento».

A meu juízo, a matéria não foi atingida pela preclusão. Ao final do despacho, afirmou o seu subscritor: «Advirto, porém, que este despacho é meramente ordinatório, uma vez que ao término do laudo haverá sentença». Em sendo ordinatório, portanto, de mero expediente, dele não cabia mesmo qualquer recurso, a teor do disposto no art. 504 do Código de Processo Civil. A par disso, «ao término do laudo», pediu-se a audiência das partes momento em que a União Federal, vindo aos autos, expressamente impugnou as contas apresentadas (item 6 do relatório). Portanto, rejeito a preliminar.

2. Em causa, para consideração de caráter hermenêutico, o Acórdão desta Turma de fls. 1264/1276, no concernente à correção monetária.

Esclareço, de logo, que a ação foi proposta no correr do mês de maio do ano de 1979, ao passo que o Acórdão data do mês de dezembro do ano de 1980.

Pelo visto do relatório, o Ministro Adhemar Raymundo, ao resumir o pedido dos autores, na exposição do caso à Turma, não fez referência à correção monetária, nem a ela se reportou no voto ou na ementa que escreveu para o Acórdão, mas assim findou o seu voto: «... para julgar procedente o pedido, com o restabelecimento dos adicionais suprimidos e seus consectários (fl. 14). Pague a ré as custas e 10% de honorários sobre o valor da condenação».

Vê-se que foram restabelecidos os «adicionais suprimidos e seus consectários». Entendeu o Dr. Juiz, no despacho de fl. 1783/1783v^o, que os juros e a correção monetária estão «referidos» no Acórdão como «consectários». De minha parte, também assim penso. É certo que a expressão «consectário» não compõe o vocabulário jurídico; daí não se saber o seu exato alcance. Mas segundo os dicionários, tal expressão é sinônimo de consequência, resultado, efeito. Ora, compreendendo-se na sentença «o que virtualmente nela se contenham», conforme a fórmula do art. 891, do Código de 1939 — princípio que subsiste, conquanto não reiterado expressamente no novo código —, compreende-se, a meu sentir, no Acórdão de fls. 1264/1276, como consequência, resultado ou efeito do restabelecimento dos adicionais suprimidos, a correção monetária, inicialmente pedida.

Posto isso, é de se notar que o Acórdão em questão é anterior à Lei nº 6.899, de 8-4-81, que determinou a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial. Em sendo desse modo, creio que se teve o caso destes autos como de dívida de valor, e não dívida de dinheiro. A reparação, portanto, há de ser total, e não parcial, de acordo com o RE nº 79.663, in RTJ 79/515, o «leading case» da correção, e que serve de referência à Súmula nº 562 STF.

Preso, destarte, ao princípio de que é defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou, consoante o art. 610 do Código de Processo Civil, e em decorrência do modo como a questão foi colocada no Acórdão executando, não tenho como dar abrigo ao inconformismo da União Federal que, em sua apelação, propugna pela correção a partir, tão-só, da citação inicial.

Do exposto, nego provimento à apelação.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Meu voto, quanto à preliminar, é de inteiro apoio às razões expendidas pelo Sr. Ministro Relator, uma vez que, consabidamente, não preclui, para efeito de reabertura de discussão futura, a matéria estabelecida como parâmetro dos cálculos da liquidação. Preclui, isso sim — e essa é

que é nossa jurisprudência —, a falta de impugnação desses cálculos, nos quais se obedeceram os parâmetros prefixados, aquelas regras de ordenamento que estarão operando eficientemente nos cálculos.

Quanto ao mérito, na grande realidade, discutida parcela da correção monetária está devidamente contemplada na decisão exequenda. Não porque, na genérica expressão de «conjectários de direito», houvesse de se entender a correção monetária regulada por esse ou aquele critério, mas porque prudente foi o Relator, na ocasião, em estabelecer — com referência expressa ao pedido — quais as parcelas que S. Exa. estava definindo com a genérica expressão de «consectários de direito».

Dai por que acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, em negando provimento à apelação.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, acompanho também V. Exa.

Ainda ontem, na sessão do Pleno, tivemos a oportunidade de mostrar o nosso ponto de vista, no caso de preclusão, quando não há impugnação ao cálculo, que não é o caso dos presentes autos.

Quanto ao mérito, também não vejo como deixar de aplicar a correção monetária.

Acompanho V. Exa., negando seguimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 94.490 — RS — (Reg. nº 3.043.355) — Rel.: O Sr. Min. Nilson Naves. Apte.: União Federal. Apdos.: Abel Rodrigues e outros. Adv.: Dr. Jorge Altair Pimentel. Sust. Oral: Dr. Jorge Altair Pimentel.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 25-10-85 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.138 — DF
(Registro nº 6.138.802)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Apelantes: *Wenceslau Gomes da Silva e cônjuge*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Wenceslau Gomes da Silva*

EMENTA: Desapropriação indireta. Terras do Distrito Federal.

I — A existência da propriedade privada, no território que constitui o atual Distrito Federal, está reconhecida pelas Leis nº 2.874/56, 3.751/60, e Decreto-Lei nº 203/67. A incorporação, pois, das terras do Planalto Central ao domínio da União far-se-á pela desapropriação, com respeito à propriedade particular. Assim, em cada caso, verificar-se-á se o domínio privado é certo. No caso de dúvida fundada, a esse respeito, proceder-se-á na forma do disposto no art. 34, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

II — Impossibilidade de os autores da ação de indenização (desapropriação indireta) serem julgados desta carecedores, no argumento de que as terras situadas na área do novo Distrito Federal seriam do domínio da União.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de abril de 1985.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. CARLOS VELLOSO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: A sentença de fls. 622/634, da lavra do Juiz Federal, Vicente Leal de Araújo, julgou improcedente a ação ordinária de

indenização por desapropriação indireta ajuizada por Wenceslau Gomes da Silva e sua mulher Odila Beatriz Deiroz da Silva contra o Distrito Federal, à mingua de supedâneo legal, ao acolher preliminar suscitada pela Procuradoria da República.

Argumentou a sentença que a *vexata quaestio* gira em torno de duas presunções *juris tantum*. Os autores buscam esteio, para o seu direito, na presunção estabelecida no art. 859 do Código Civil, segundo o qual «presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu». Invocam o registro imobiliário e, através dele, uma cadeia dominial que remontaria ao antigo registro paroquial ou registro do vigário, instituído pela Lei nº 601, de 18-9-1850 (art. 13) e regulamentado pelo Decreto nº 1.318, de 30-1-1854 (arts. 91/107). A União Federal funda seu direito na presunção de que as terras destinadas ao Distrito Federal lhe pertencem, ex vi do disposto no art. 3º da Constituição Federal de 1891, não revogado, seja expressa ou tacitamente, pelas Cartas Magnas subsequentes. No entanto, a presunção maior, porque mais ampla milita em favor do domínio público, por decorrência da própria história da propriedade das terras brasileiras. Ressaltou que o Governo Federal, cumprindo o preceito do art. 3º da Constituição Federal, que estabeleceu, clara e taxativamente, que:

«Fica pertencendo à União, no Planalto Central da República, uma zona de 14.400 metros quadrados que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital Federal».

procedeu à demarcação da mencionada zona ou área, através da Missão Cruls, e passou ela a constituir o Distrito Federal, «cujas terras, são de propriedade da União, da mesma forma que pertencem aos Estados aquelas que se situam nos respectivos territórios». Assim, o reconhecimento de terras de propriedade particular dentro do território do Distrito Federal há que exigir prova, por cadeia sucessória, de que as terras foram desmembradas do patrimônio público por uma das formas previstas na Lei nº 601, de 1850, e no Regulamento de 1854, ou, antes de 1917, por usucapião, conforme a lição de Clóvis Beviláqua, por sinal, questionada, com razão, por alguns juristas. In casu esse desmembramento não foi provado. A cadeia sucessória que se tentou estabelecer, através dos documentos trazidos aos autos, não chega a nenhuma das formas de desmembramento previstas na Lei nº 601, de 1850, e no Regulamento. O mais antigo documento apresentado pelos autores é um registro paroquial, realizado, serodiamente, quatro anos após a vigência do Decreto nº 1.318, de 1854, no qual os declarantes se reportam a uma posse que dizem ser antiga, porém, sem nenhuma referência a título de aquisição do domínio ou, ao menos, à legitimação de posse (fl. 63). Acentuou que esse registro do vigário, por si só, não prova domínio, propriedade. Hoje é ponto pacífico que o registro do vigário tem caráter meramente censitário. Quando muito, faz prova de posse naquela época. Por conseguinte, a presunção maior exposta desfaz a alegada presunção *juris tantum*, oriunda de meros registros imobiliários, desvinculados de título legítimo originário, como da mesma forma desautoriza a proposta interpretação que extrapola o Decreto-Lei nº 203, de 27-2-27.

Apelaram então, os autores (fls. 636/725), postulando a reforma da r. sentença, após a apreciação de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, em cumprimento ao disposto no art. 515, e seus parágrafos, do CPC. Isso porque o MM. Juiz a quo não acolheu nem rejeitou, no todo ou em parte, o pedido formulado na inicial. Também não decidiu extinguir o processo sem julgamento do mérito. Julgou a ação improcedente sem conhecer e decidir o mérito da ação. Descumpriu, pois, o art. 459, *caput*, do CPC. Argumentaram que o acolhimento da preliminar é descabido e ilegal. A r. sentença decidiu, em completo desacordo com as Constituições Federais de 1934, de 1937 e de 1946, que revogaram completamente o que dispusera a Constituição Federal de 1891, em seu art. 3º, e completamente em desacordo com o que dispôs o Decreto-Lei nº 203, de 27-2-67. Ela sequer considerou o que foi alegado, na réplica, contra a preliminar acolhida. Pediram, enfim, a rejeição da preliminar argüida e o provimento da apelação, reportando-se ao que foi exposto na réplica e com fulcro nas razões do recurso. É que o entendimento manifestado na sentença está, também, em de-

sarmonia com a orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal. O MM. Juiz a quo analisou se as terras objeto da ação eram ou não de propriedade dos autores. Ele, porém, deveria ter decidido a ação, no mérito, e deixado a questão sobre a legitimidade dos títulos de propriedade para a fase processual prescrita no art. 34 da Lei das Desapropriações.

Com a resposta da União Federal às fls. 752/757, subiram os autos.

Nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 762/782, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Preliminarmente, esclareça-se que a competência, no caso, é mesmo da Justiça Federal, tendo em vista a intervenção, no feito, da União Federal (fls. 429/430). Neste sentido, aliás, em caso semelhante, AC nº 61.406 — DF, decidido por esta eg. Turma, em 9-11-83 (*DJ* de 15-12-83).

II

A sentença entendeu que as terras objeto desta ação pertencem à União, ex vi do disposto no art. 3º da Constituição de 1891, que teria sido mantido pelas Constituições posteriores. Concluiu a sentença:

.....
 «Ressalte-se, por derradeiro, que o domínio da União nas terras do Distrito Federal, decorrendo, como decorre de preceito constitucional expresso, especial e taxativo, erige-se em presunção maior, que desfaz a alegada presunção *juris tantum*, oriunda de meros registros imobiliários desvinculados de título legítimo originário, da mesma forma como desautoriza a proposta interpretação extrapolante do Decreto-Lei nº 203, de 27-2-27.

Tenho, pois, que as terras questionadas pertencem à União Federal, já que do seu patrimônio constitucionalmente assegurado não foram, por desmembradas, por qualquer das modalidades previstas em lei.»

.....
 (fls. 633/634).

III

A sentença, todavia, põe-se contrária à jurisprudência desta Casa.

Com efeito.

Na AC nº 61.406 — DF, de que fui Relator, decidi esta egrégia Turma:

«Desapropriação. Terras do Distrito Federal.

I — A existência da propriedade privada no território que constitui o atual Distrito Federal, está reconhecida pelas Leis nºs 2.874/56, 3.751/60, e Decreto-Lei nº 203/67. A incorporação, pois, das terras do Planalto Central ao domínio da União far-se-á pela desapropriação, com respeito à propriedade particular. Assim, em cada caso, verificar-se-á, na fase própria, se o domínio privado é certo. No caso de dúvida fundada, a esse respeito, proceder-se-á na forma do disposto no artigo 34, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

II — Impossibilidade de ser a ação de desapropriação julgada extinta, por falta de objeto, ao argumento de que as terras situadas na área do novo Distrito Federal seriam do domínio da União.

III — Recurso provido». (DJ de 15-12-83).

No meu voto, invoquei o decidido por este eg. TFR, na AC nº 25.315 — SP, Relator o Sr. Ministro Paulo Távorá (RTFR 53/21), cujo Acórdão ficou assim ementado:

«1. Administrativo. Desapropriação de terras no Distrito Federal.

2. Processo civil. Perícia.

1.1. A declaração de utilidade pública e a desapropriação promovidas pelo Estado de Goiás, com base no Decreto Estadual nº 480, de 30-5-55, foram ratificadas pelas Leis Federais nºs 2.874, de 19 de setembro de 1956 (art. 24), e 3.751, de 13-4-60 (art. 49).

1.2. As Leis nºs 2.874/56, 3.751/60 e o Decreto-Lei nº 203/67 admitiram a existência de propriedade privada na área do novo Distrito Federal, ao proverem sobre desapropriação e o último diploma ao dispor sobre os títulos do domínio particular.

1.3. Caberá em cada caso verificar, na fase processual do art. 34 da Lei Expropriatória, se a prova de propriedade é indubitosa, para efeito de autorizar o levantamento do preço ou remeter os interessados às vias ordinárias.

1.4. A presunção resultante da transcrição no Registro Imobiliário (Código Civil, art. 859) confere legitimidade às pessoas em cujo nome figura o imóvel, para responderem à ação expropriatória.

2. A perícia realizada fora do Juízo expropriatório sem depreciação à autoridade judiciária da situação do imóvel, produz efeito quando as partes nada opuseram e a designação do perito, antes do despacho saneador, ficou irrecorrida.»

Lembrei, outrossim, que o Acórdão proferido na citada AC nº 25.315 — SP, foi levado à apreciação da Corte Suprema, no RE nº 89.382 — SP, Relator o Sr. Ministro Soares Muñoz, que o confirmou. Decidiu, então, o Supremo Tribunal (RTJ 100/676):

«EMENTA: Desapropriação de terras para a construção de Brasília, decretada pelo Estado de Goiás, por delegação da União, que referendou e assumiu a iniciativa do processo. Posterior alegação do Ministério Público Federal, perante o Tribunal Federal de Recursos de que a área enquadrada no chamado Quadrilátero Cruls é de propriedade da Nação. Questão não preclusas, ainda que não alegadas em primeira instância, inclusive nas apelações. Efeitos do recurso *ex officio* que impede o trânsito em julgado de qualquer sentença proferida contra a União, senão depois de confirmada pelo Tribunal. Relegada, no entanto, para a fase processual do art. 34 da Lei Expropriatória, a apreciação dos títulos dos recorridos para o fim de autorizar o levantamento do preço ou remeter as partes para as vias ordinárias. Recurso Extraordinário não conhecido.»

Concluí, em seguida, o meu voto, escrevendo:

«IV — Em verdade, a interpretação harmônica dos arts. 3º, da Constituição de 1891, 4º, da Constituição de 1934, e 4º, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1946, resulta nas seguintes conclusões: a) ocorreu a incorporação da União quando, estabelecida e delimitada a área, deu-se a incorporação prevista na Constituição de 1946; b) a incorporação das terras do Planalto Central no domínio da União far-se-á pelos meios normais e com respeito à propriedade privada, assim através da desapropriação.

Essa propriedade privada, no território que constitui o atual Distrito Federal, está reconhecida pelas Leis n.ºs 2.874/56, 3.751/60 e Decreto-Lei n.º 203/67.

A ação, pois, deverá prosseguir. Em cada caso, verificar-se-á, na fase própria, se o domínio privado é certo. No caso de dúvida fundada, a esse respeito, proceder-se-á na forma do disposto no art. 34, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941.»

IV

Não há como decidir de outra forma.

A ação deverá prosseguir, mesmo porque há prova de domínio, nos autos. Na fase de levantamento do preço, entretanto, esse domínio privado será conferido. No caso de dúvida fundada, proceder-se-á na forma do disposto no art. 34, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 3.365, de 1941, por isso que, conforme temos decidido, os preceitos da lei de desapropriação têm aplicação às expropriatórias indiretas.

V

Do exposto, dou provimento ao apelo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, a meu ver, segundo se depreende das informações prestadas pelo eminente Relator, a sentença padece de técnica jurídica, uma vez que, na verdade, julgou o autor carecedor do direito de ação, por falta de interesse de agir, à vista do art. 3.º da Constituição de 1891.

Nesse contexto, se me afiguram corretas a fundamentação e a conclusão do voto do eminente Relator, ao determinar a baixa dos autos, a fim de que a ação tenha prosseguimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC n.º 95.138 — DF — (Reg. n.º 6.138.802) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Velloso. Aptes.: Wenceslau Gomes da Silva e cônjuge. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Wenceslau Gomes da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. Sustentou oralmente o Dr. Wenceslau Gomes da Silva, em causa própria, e o Subprocurador-Geral da República, Dr. Arthur de Castilho. (Em 24-4-85 — 4.ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Bueno de Souza e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.037—SP
(Registro nº 4.058.372)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Ciba — Geigy Química S/A*

Advogados: *Drs. Nelson Augusto Mussolini e outros*

EMENTA: Processual Civil. Ausência de intimação do assistente técnico. Cerceamento de defesa. Nulidade.

A falta de intimação do assistente técnico indicado pela parte, para prestar o compromisso e cumprir o encargo, constitui cerceamento de defesa, conseqüente nulidade processual.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. JOSÉ DE JESUS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS: O relatório da sentença, às fls. 90/91, assim relatou os fatos:

«Ciba — Geigy Química S/A, qualificada nos autos, ajuizou esta ação ordinária em 10-6-81, contra a União Federal, dando à causa o valor de Cr\$ 90.000,00 (noventa mil cruzeiros) e expondo, em síntese, que:

I — importou o produto Reoplex e o classificou na posição 38.19.99.00 da Tab (25% de Imposto de Importação e 10% de IPI);

II — o fisco entendeu que a classificação correta seria na posição 39.01.01.04 (55% de Imposto de Importação e 10% de IPI) e, conseqüentemente, instaurou-se o Processo nº 0845-62207/76, em razão do qual se impôs à A. a exigência fiscal de Cr\$ 45.117,07 a título de importação e Cr\$ 4.511,71 a título de IPI, acrescidos de juros e correção monetária;

III — referida exigência é descabida, pelo que pede que, na sentença, se declare inexistente aquele débito fiscal e, outrossim, se condene a ré nas custas e na honorária advocatícia.

2. Depósito deferido e efetuado (fls. 10 e 11).

3. Contestação às fls. 14 e seg. na qual se lê, em abreviado, que:

I — a autuação contra a qual se insurge a A. foi embasada em exame de laboratório;

II — dúvida alguma há sobre o acerto da classificação tarifária apontada pelo fiscal que conferiu a Declaração de Importação nº 0042542/76.

4. Réplica às fls. 26/27

5. Saneador à fl. 34, nomeando perito.

6. No laudo pericial de fls. 51/59, cujos anexos vão até a fl. 75, a conclusão é esta:

«A perícia concluiu que o produto Reoplex 430 é um alioester plastificante de peso molecular baixo, não se confundindo com matérias plásticas artificiais, inclusive resinas artificiais, silicones, resóis, polisobutileno líquido e produtos artificiais similares de polimerização ou de policondensação.

Sua classificação correta é 38.19.99.00, da Tarifa Aduaneira do Brasil.

Idêntica conclusão encontra-se no parecer sobre classificação de material importado para fins aduaneiros (anexo nº 2), elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas IPT, renomado órgão oficial.»

O MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção de São Paulo, adotando a conclusão do laudo pericial, que classificou o produto «Reoplex 430» na posição da Tarifa Aduaneira do Brasil, propugnada pela autora, julgou procedente a ação, para anular o débito fiscal em questão, condenando a ré ao reembolso das custas e da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, a União Federal interpôs recurso (fls. 93/95) sustentando, preliminarmente, cerceamento do direito de defesa, ao fundamento de que o assistente técnico que indicou para acompanhar a perícia não foi intimado a prestar o compromisso legal, não tendo participado, assim, das diligências.

No mérito, defende o acerto da posição tarifária apontada pelo funcionário da Receita Federal e invoca parte do laudo oficial que lhe pareceu favorável à sua tese. Pede, por isso, a reforma do julgado.

Em contra-razões propugna a apelação pela confirmação do julgado.

Os autos subiram a este Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 102/103, opina pela nulidade do processo a partir da fl. 42, em face da falta de intimação do assistente técnico da ré, que, com isso, restou prejudicada. Caso ultrapassada a preliminar, no mérito, é pelo não provimento do recurso.

Dispensada a revisão (art. 33, IX, do RI/TFR).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Em preliminar, assim se expressou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 102, subscrito pelo douto Procurador, Dr. João Leoni Taveira, verbis:

«Preliminarmente, há nulidade processual por cerceamento de defesa da União Federal, a partir da fl. 42, porquanto o assistente técnico da ré não foi intimado para prestar o compromisso de cumprir o encargo. A nulidade foi argüida pela ré em audiência e reiterada no recurso apelatório. Sem dúvida, foram malferidos os arts. 422 e 427 do Código de Processo Civil. A inobservância das disposições em referência cerceou gravemente o direito da ré, pois a prova pericial foi a única produzida no processo e a única base em que assentou a r. sentença apelada.»

Com efeito, a digna Dra. Procuradora da ré, junto ao Juízo de origem, argüiu a nulidade na audiência de instrução e julgamento, nesta passagem:

«Requeria o adiamento da presente audiência, tendo em vista que o assistente técnico da União Federal, indicado à fl. 32, não foi intimado a prestar compromisso, bem como da data do início da diligência, contrariando, assim, os termos dos arts. 422 e 427 do CPC. Além disso, tal fato implica necessariamente em cerceamento de defesa da ré, uma vez que o assistente técnico por ela indicado, encontrando-se devidamente apontado nos autos, deveria ter participado das diligências, conforme prevê o art. 430, e certamente teria possibilidade de apresentar seu laudo, quer em conjunto, quer separadamente, daí porque entende a ré que deverá ser dado oportunidade para tal apresentação, sob pena de configurar-se, mais uma vez, o cerceamento de defesa.»

O Dr. Juiz, a requerimento da autora, ora apelada, indeferiu o pedido, encerrando a fase de instrução.

Nas razões de apelação, a apelante renovou a preliminar.

Tem razão a douta Subprocuradoria.

A apelante indicou em tempo hábil seu assistente técnico (fls. 32/33). O Dr. Juiz a **quo** saneou o processo e determinou que os «experts» indicados fossem compromissados (fl. 34). Entretanto, tomou-se o compromisso, apenas do perito e do assistente técnico da autora (fls. 42/43).

Houve cerceamento de defesa, deixando de ser observado o devido processo legal, causando nulidade.

Isto posto, dou provimento à apelação para anular o processo a partir da fl. 44.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 96.037—SP — (Reg. nº 4.058.372) — Rel.: O Sr. Min. José de Jesus. Apte.: União Federal. Apda.: Ciba — Geigy Química S/A. Advs.: Drs. Nelson Augusto Mussolini e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 18-6-86 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.848 — SP
(Registro nº 4.254.139)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelantes: *Décio Sandoli Casadei e outro e Furnas — Centrais Elétricas S/A*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Clayton Branco, João Procópio de Carvalho, Luiz Carlos Bettiol, Antônio Claret Vialli e outros*

EMENTA: Desapropriação. Constituição de servidão.

Valor do imóvel. Estimativa do perito oficial que se acolhe, porquanto corresponde ao efetivo prejuízo causado à propriedade.

Os juros compensatórios incidem a partir da imissão na posse e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre referido valor corrigido monetariamente (TFR, Súmula nº 74).

Redução da verba de patrocínio.

Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação dos expropriados e dar provimento em parte à apelação da expropriante e à Remessa Ex Officio, tida como interposta, 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 fevereiro de 1986.

TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: Furnas — Centrais Elétricas S/A moveu ação de desapropriação contra Décio Sandoli Casadei e outro, tendo por objeto área de 2,7555 ha, situada em São Bernardo do Campo — SP, declarada de utilidade pública, para fins de servidão administrativa. Ofertando a título de indenização a quantia de Cr\$ 167.160,00.

Contestação às fls. 28/31.

Laudos periciais às fls. 48/122 (perito oficial), 141/172 (assistente técnico dos expropriados) e 174/202 (assistente da expropriante).

O Dr. Juiz Federal da 17ª Vara de São Paulo julgou procedente a ação e fixou a indenização em Cr\$ 22.235.000,00, adotando as conclusões do vistor oficial quanto aos valores indenizatórios para a servidão e remanescente da área (Cr\$ 20.298.230,00 e Cr\$ 751.770,00 — fls. 114 e 117) e as do assistente dos expropriados quanto ao valor das culturas (Cr\$ 1.185.000,00), com os acréscimos de correção monetária a contar do laudo do perito do Juízo, juros compensatórios de 12% ao ano desde a imissão na posse e incidentes sobre o valor atualizado da indenização, juros moratórios de 6% ao ano a partir do trânsito em julgado, despesas processuais, salários do perito (já satisfeitos — fl. 140) e do assistente técnico dos expropriados de Cr\$ 138.000,00 e honorários advocatícios de 12% sobre a diferença entre a oferta e a indenização, ambas corrigidas.

Apelaram os expropriados, pugnando pela prevalência do trabalho de seu assistente técnico no tocante «aos valores estabelecidos para a indenização da área objeto da servidão e seu remanescente» (fls. 276/279).

Também recorreu a expropriante, pleiteando a reforma da sentença «tanto no tocante ao valor unitário fixado para a terra nua, quanto no que tange às taxas diferenciadas de servidão, estabelecidas para quantificar o gravame», devendo prevalecer as conclusões do «expert» que a assistiu, bem assim que os juros compensatórios fossem contados na forma da Súmula nº 74 deste Tribunal e reduzidos o salário do assistente dos expropriados e os honorários advocatícios (fls. 281/285).

Contra-razões às fls. 288/289 e fls. 292/296.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): O Dr. Juiz entendeu incabível o obrigatório duplo grau de jurisdição por não se tratar de desapropriação promovida mediante delegação (Lei nº 6.825/80, art. 1º, § 2º).

Discordo desse seu ponto de vista.

O direito de desapropriar pertence exclusivamente às pessoas constitucionais, isto é, à União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Por isso, a declaração de utilidade pública, ato-condição que inaugura o processo de transferência do bem para o domínio público, há de fazer-se por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 6º) Esse direito à declaração, emanção do *jus eminens* público, é intransferível. Mas o art. 3º do citado Decreto-Lei nº 3.365/41 admite que, expedido o ato declaratório, possam as autarquias, entidades paraestatais e concessionárias de serviços públicos promover a expropriação em seu próprio nome, desde que autorizadas por lei ou contrato. O que aí se apresenta, a rigor, é a figura da delegação referida no art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.825/80, pois delegar, consoante o magistério de Hely Lopes Meirelles («Direito Administrativo Brasileiro», RT, 8ª ed., pág. 99), é «conferir a outrem atribuições que originariamente lhe competiam». Tal delegação, no caso da PETROBRÁS, INCRA e DNER, por exemplo, consta de texto legal. Em se tratando de concessionária de serviços públicos, ela ordinariamente está inserida no respectivo contrato, como deve ocorrer com a expropriante.

Em face das razões expostas, tenho por interposta a Remessa *Ex Officio* e dela conheço eis que configurada a hipótese prevista na citada disposição da Lei nº 6.825/80.

Discordo igualmente de S. Exa., na parte em que mandou calcular os juros compensatórios a partir da imissão na posse, incidindo sobre o valor atualizado da indenização.

Na conformidade da Súmula nº 74 deste eg. TFR, os juros compensatórios são calculados sobre o valor simples da indenização no período compreendido entre a imissão na posse e a data do laudo de avaliação; só a partir de então é que eles são calculados sobre o referido valor corrigido monetariamente.

Na primeira fase, os juros compensatórios, de acordo com o citado verbete, já incidem sobre preços vigentes à data do laudo, o que representa mais do que a atualização do valor da moeda mês a mês. As regras sobre a matéria enfocada hão de ser interpretadas com prudência, a fim de evitar enriquecimento indevido por parte do expropriado. A correção monetária deve recair sobre a totalidade do débito, incluídos os juros compensatórios, mas a partir do laudo de avaliação, porquanto este atribui valor contemporâneo ao bem objeto da expropriação.

Também não dou minha adesão ao percentual da verba honorária que veio de ser arbitrado. Este percentual, tendo em vista a grande diferença entre a oferta e a indenização, deve ficar em 10% (dez por cento), suficiente à remuneração do trabalho do patrono dos expropriados.

Quanto ao mais, adoto integralmente os fundamentos da sentença apelada, a seguir transcritos, *in verbis* (fls. 271/273):

«As críticas do assistente técnico da expropriante partem do suposto de que o valor unitário sugerido pelo perito do Juízo não é compatível com as reais características do imóvel, «eis que se trata de área rural, como prova o documento de fl. 18» (cf. fl. 236). Tal premissa já de si é suficiente para que sejam desconsideradas tais críticas, pois de logo se observa que o assistente técnico sequer se deu ao trabalho de ler o trabalho do perito oficial. Se o tivesse feito, observaria que, já quando da propositura da ação, em 10-12-81, a área servienda não era rural, pois deixou de sê-lo com a edição da Lei Municipal de São Bernardo do Campo nº 2435, de 30 de dezembro de 1980, que dispôs sobre o perímetro urbano do município (cf. íntegra à fl. 60). Em 1981 já o imóvel sofria a tributação pela municipalidade (cf. doc. de fl. 61), sendo as críticas em questão datadas de maio de 1983 (fl. 187).

Insiste, ainda, o referido assistente técnico em adotar como área abrangida pela servidão aquela fornecida unilateralmente pela expropriante — retificada à fl. 127 após o laudo pericial — enquanto o experto judicial serviu-se de levantamento topográfico sendo bastante esclarecedora sua manifestação à fl. 132, onde aduz que:

«O perito signatário esclarece que as plantas de fls. 10 e 128 dos autos não são admitidas pelo perito por conterem divergências com o levantamento topográfico apresentado pelo expropriado.

Aliás, esse detalhe de divergência de rumos e áreas, já havia sido alertada a expropriante Furnas S/A, conforme comprovam as referências contidas às fls. 94, 95 e 96. A nova área de servidão mencionada por Furnas S/A, com 2,9013 ha aproxima-se da área de servidão admitida pelo perito como sendo 2,9809 ha e já não houve esclarecimentos no tocante à deflexão ou mudança de rumos da linha de transmissão, o cálculo realizado pelo perito deve ser mantido na base de 2,9809 ha, acima da retificação proposta».

Posteriormente, atendendo à determinação constante de fl. 261, prestou o perito do Juízo os esclarecimentos constantes de fl. 264, onde relaciona ele todos os trechos abrangidos pela faixa de servidão, inclusive o 7º trecho, com a área de 250 m², «incorporado à frente — «faixa remanescente», plenamente delineada na planta de fl. 101.

Igualmente, não subsistem as críticas formuladas pelo assistente técnico dos expropriados — mesmo com as retificações de fls. 244/245, pois que o perito do Juízo justificou amplamente os valores básicos adotados (fls. 214/235),

bem como a aplicação de percentuais indenizatórios diversificados relativamente a cada qual dos trechos afetados pela passagem da linha de transmissão.

O valor indenizatório para a servidão deverá, pois, ser aquele preconizado pelo perito do Juízo à fl. 114, ou seja, Cr\$ 20.298.230,00.

Quanto ao remanescente da área, pelas razões expostas à fl. 115, adoto também o quantitativo encontrado pelo experto oficial, ou seja, Cr\$ 751.770,00 (fl. 117), não subsistindo as críticas formuladas pelo assistente técnico dos expropriados à fl. 163, fundadas exclusivamente em «probabilidades» tendo em vista o futuro aproveitamento das áreas.

Procede, entretanto, a crítica relativa ao valor das culturas, pois o perito do Juízo limitou-se a admitir como válido o quantum constante da avaliação administrativa sem sequer atualizá-lo para a data do laudo (cf. fls. 13 e 118). Tanto assim que o assistente técnico da expropriante indica valor superior àquele, embora meramente atualizado (fl. 180).

De sua parte, o assistente técnico dos expropriados, louvando-se em fatos e dados precisos, pode elaborar cálculo mais adequado ao preceito constitucional da justa indenização (cf. fls. 165/168). Neste ponto, adoto o valor constante da crítica desse assistente técnico, ou seja, Cr\$ 1.185.000,00».

Os percentuais para a valiação da servidão, atribuídos pelo perito, estão na proporção do prejuízo causado ao imóvel, plenamente demonstrado pelo vistor judicial.

Correto tal posicionamento, como enfatiza Hely Lopes Meirelles, em seu «Direito Administrativo Brasileiro», 8ª ed., RT, pág. 595: «A indenização da servidão se faz em correspondência com o prejuízo causado ao imóvel. Não há fundamento algum para o estabelecimento de um percentual fixo sobre o valor do bem serviente, como pretendem alguns julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo a sua normal destinação. Se a servidão não prejudica a atualização do bem, nada há que indenizar; se o prejudica, o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo, chegando mesmo a transformar-se em desapropriação, com a indenização total da propriedade, se a inutilizou para sua exploração econômica normal».

Do quanto foi exposto, nego provimento à apelação dos expropriados e dou provimento em parte à apelação da expropriante e à Remessa *Ex Officio*, que tenho por interposta, para que os juros compensatórios sejam calculados na forma da Súmula nº 74 deste colendo TFR e para reduzir os honorários de advogado para 10% (dez por cento), mantida no mais a sentença.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: A competência para desapropriar é da pessoa política, mas a execução realmente pode ser delegada a uma entidade não só autárquica como também paraestatal. Estou de acordo com V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 96.848 — SP — (Reg. nº 4.254.139) — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Aptes.: Décio Sandoli Casadei e outro e Furnas — Centrais Elétricas S/A. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Clayton Branco, João Procópio de Carvalho, Luiz Carlos Bettiol, Antônio Claret Vialli e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação dos expropriados e deu provimento em parte à apelação da expropriante e à Remessa *Ex Officio*, tida como interposta, nos termos do voto do Relator. (Em 5-2-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Senhores Ministros Sebastião Reis e Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 98.195 — RJ
(Registro nº 3.100.367)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Apelante: *Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER*

Apelado: *Minoru Tuyama*

Advogados: *Drs. Selma Stavale de Almeida e outros (apte.) e Raimunda Barbosa e outro (apdo.)*

EMENTA: Administrativo. Desapropriação. Atualização. Correção monetária. ORTN.

I — «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 do STF.

II — O valor encontrado nos cálculos de atualização não pode ser convertido em ORTNs, por inexistir norma legal que ampare referida pretensão, como também por inexistir lei que obrigue o devedor a efetuar pagamentos em ORTNs.

III — Apelação parcialmente provida.

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 em parte 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, 4 de dezembro de 1985.

TORREÃO BRAZ, Presidente. GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER interpôs apelação (fls. 133/135), inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro que, nos autos da ação expropriatória promovida contra Minoru Tuyama, homologou os cálculos de fl. 125 e determinou novo pagamento ao expropriado, a título de atualização da indenização recebida através de precatório.

A autarquia federal, em seu recurso, insurge-se contra a atualização do débito já pago através de precatório, pelo fato de que tal ato implicaria na criação de uma verdadeira caderneta de poupança a favor do expropriado. Aduz que o apelado já recebeu a importância que lhe era devida. Impugna os cálculos de fl. 125, por entender que houve erro material, quanto à data do efetivo pagamento, bem como por ser incabível a conversão do valor em ORTNs, para fins de pagamento. Pediu, em consequência, a reforma da sentença recorrida.

Recebido o recurso (fl. 138), advieram as contra-razões de fls. 139/141, onde o apelado pleiteia a manutenção da sentença recorrida.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, vindo-me conclusos, por redistribuição.

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O presente recurso traz à discussão três questões, a saber: 1^ª) se é cabível a atualização da indenização na espécie *sub judice*; 2^ª) se houve erro material quanto ao termo *ad quem* de referidos cálculos; 3^ª) se é cabível a conversão do valor encontrado em ORTNs, para fins de pagamento.

Quanto ao primeiro argumento, creio que a apelação do DNER merece ser desprovida.

Compulsando os autos, pude averiguar que os cálculos de liquidação foram realizados em dezembro de 1981 (fl. 106) sendo que referida importância só foi recebida em setembro de 1984 (fl. 132), isto é, após o decurso de 2 anos e 9 meses, aproximadamente.

A culpa pela demora do recebimento da quantia indenizatória não pode ser imputada ao expropriado.

Este colendo Tribunal e a Suprema Corte são unânimes no entendimento de que «em desapropriação, é devida a orreção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização, ainda que por mais de uma vez» (Súmula n.º 561 do STF).

Faz-se necessário, dessarte, que o preço fixado em Juízo seja corrigido monetariamente, para que, atualizando referida quantia, o apelado receba a «justa indenização», prevista na Lei Maior.

Destarte, neste aspecto, o recurso deve ser desprovido.

Com relação ao erro material dos cálculos de fl. 125, novamente o recurso merece ser desprovido.

A autarquia federal alega que os cálculos são equivocados, pois o efetivo pagamento se deu em fevereiro de 1984 e não em setembro de 1984.

Pelo ofício de fl. 132, datado de 17 de outubro de 1984, do Ministro Presidente desta egrégia Corte, dirigido ao MM. Juiz Federal da 1^ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, afere-se que a data do efetivo pagamento se deu em 17 de setembro de 1984.

Aliás, o recibo do precatório, devidamente formalizado, que se encontra acostado à fl. 123, também demonstra que o efetivo pagamento se deu em 17 de setembro de 1984.

Logo, afigura-se incensurável o cálculo de fl. 125, que atualizou a indenização até a data do efetivo pagamento.

Finalmente, no que pertine à conversão do valor encontrado nos cálculos de atualização em ORTNs, para fins de pagamento, tenho que a decisão merece ser reformada.

Os precatórios atualmente existentes só podem ser liquidados se vierem expressos em cruzeiros, não sendo cabível a sua cobrança e liquidação se vierem expressos em ORTNs.

Inobstante exista projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, objetivando fazer com que a atualização monetária das importâncias devidas pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judicial, sejam efetuadas estabelecendo-se a equivalência da dívida em cruzeiros com o valor das ORTNs, tenho que tal conduta não pode ser, ainda, aplicada no caso *sub judice*.

Todavia, enquanto a lei não adotar este novo critério, será cabível a atualização da quantia indenizatória, por mais de uma vez, caso se apure que entre a data do cálculo de atualização pleiteado e o respectivo pagamento exista um decurso de prazo superior a 1 (um) ano.

Por conseguinte, a sentença monocrática merece ser reformada, tão-somente, no que tange à conversão do valor encontrado nos cálculos de atualização em ORTNs, por falta de amparo legal.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, nos termos acima aduzidos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 98.195 — RJ — (Reg. nº 3.100.367) — Rel.: O Sr. Min. Geraldo Sobral. Apte.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER. Apdo.: Minoru Tuzumaya. Advs.: Drs. Selma Stavale de Almeida e outros (apte.) e Raimunda Barbosa e outro (apdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento em parte à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 4-12-85 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Torreão Braz e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 98.357 — RN
(Registro nº 6.181.830)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara*

Apelantes: *IAPAS/BNH*

Apelado: *W. S. Matoso*

Advogados: *Drs. José William Ferreira, outro e Jansen Leiros Ferreira*

EMENTA: Tributário. FGTS. Decadência. Prescrição. CTN, artigos 173, 174 e 217, IV.

I — A contribuição do FGTS tem natureza tributária, por isso que, criada por lei, constitui prestação pecuniária compulsória, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e tem como hipótese de incidência um fato lícito (CTN, art. 3º), estando, ademais, regulada no CTN, artigo 217, IV, com a redação do Decreto-Lei nº 27, de 14-11-66.

II — Sujeição da contribuição do FGTS ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional, inclusive aos prazos de decadência e de prescrição. CTN, arts. 173 e 174.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, 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, 20 de março de 1985.

CARLOS VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: A sentença de fls. 116/128, lavrada pelo Juiz Federal José Augusto Delgado, julgou procedentes os embargos apresentados por W. S. Matoso à execução fiscal que lhe move o IAPAS para reconhecer prescrito o direito do exequente de acionar a embargante, e condenou a embargada no pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa e no reembolso das custas pagas pela embargante.

Argumentou que, sendo de natureza tributária o crédito em cobrança (contribuição para o FGTS), a prescrição está regulada pelo CTN, art. 174. Observou, ainda, o decisorio que pelo exame do procedimento administrativo se verifica que entre as datas que os créditos se constituíram definitivamente e os dias em que a execução judicial foi distribuída transcorreram mais de cinco anos, sendo de observar-se que o quinquênio assinalado foi completado, em todas as situações, antes da vigência da Lei nº 6.830/80. É improcedente, por outro lado, a pretensão da embargante em ver considerado nulo o lançamento, concluiu a sentença, determinando a subida dos autos ao egrégio TFR, para o reexame obrigatório. A sentença foi assim ementada:

«EMENTA: É responsável pelo pagamento de débito relativo às contribuições do FGTS o cônjuge sobrevivente, até o limite de sua meação. A natureza tributária de tal contribuição está consagrada pela maioria da doutrina e da jurisprudência.

A contribuição do FGTS vem sendo aceita pela doutrina e jurisprudência como de natureza tributária. Sujeita-se, conseqüentemente, quanto aos aspectos da decadência e prescrição aos princípios aplicados a tais institutos pelo CTN.

Por ser de natureza tributária, a prescrição da ação para cobrar do empregador o recolhimento da contribuição do FGTS é de 5 (cinco) anos, a contar da data da constituição definitiva do crédito tributário.

Procedência dos embargos.» (Fl. 116).

Inconformado, apela o IAPAS (fls. 130/134), sustentando que não há unanimidade quanto à natureza tributária da contribuição para o FGTS, mas a jurisprudência dominante do TFR é no sentido de que o prazo prescricional para a cobrança das dívidas alusivas a tal contribuição para o FGTS a Súmula nº 108 — TFR. Por tudo isto, pede a reforma da r. sentença.

A apelada não respondeu.

Subiram os autos e, nesta egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): A cuidadosa sentença de fls. 116/128, da lavra do ilustre Juiz Federal José Augusto Delgado, demonstrou que, do lançamento até a propositura da execução fiscal, decorreram mais de cinco anos. Demonstrou a sentença, outrossim, que a prescrição quinquenal consumou-se antes da vigência da Lei nº 6.830, de 1980. Por isso, a sentença reconheceu prescrita a ação de cobrança.

A sentença está correta.

No EAC nº 89.072 — SP, de que fui Relator para Acórdão, decidi a egrégia Segunda Seção:

«Tributário. FGTS. Decadência. Prescrição. CTN, artigos 173, 174 e 217, IV.

I — A contribuição do FGTS tem natureza tributária, por isso que, criada por lei, constitui prestação pecuniária compulsória, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e tem como hipótese de incidência um fato lícito (CTN, artigo 3º), estando, ademais, regulada no CTN, artigo 217, IV, com a redação do Decreto-Lei nº 27, de 14-11-66.

II — Sujeição da contribuição do FGTS ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional, inclusive aos prazos de decadência e de prescrição. CTN, arts. 173 e 174.

III — Embargos Infringentes rejeitados.» (DJ de 13-12-84).

No EAC nº 85.504 — SP, de que fui Relator, disse eu, no meu voto:

«Ao contrário do sustentado pela autarquia embargante, a contribuição do FGTS está regulada no Código Tributário Nacional, art. 217, IV, com a redação do Decreto-Lei nº 27, de 14-11-66. A sua natureza tributária está acentuada em diversos Acórdãos desta egrégia Corte. É ver, *inter plures*, AC nºs 90.819 — SP e 78.603 — RS, por mim relatadas (DJ de 16-8-84 e 21-10-82, respectivamente). É que ela, a contribuição do FGTS, foi criada por lei, constitui prestação pecuniária compulsória, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada e tem como hipótese de incidência um fato lícito (CTN, art. 3º).

No voto que proferi por ocasião do julgamento do IUJ na AC nº 58.664 — SP, examinei a questão em pormenor. Faço anexar cópia do mesmo, ao qual me reporto.

II

Cabe-nos examinar, agora, se ocorreu, em verdade a prescrição.

O lançamento foi efetuado em 21-9-70 (apenso, fl. 17). Não houve a interposição de recursos administrativos. A prescrição, pois, observado o princípio da *actio nata*, começou a fluir a partir daí. Ajuizada a execução fiscal em 4-2-83, assim o foi quando já irremediavelmente prescrita a ação.

III

Do exposto rejeito os embargos.»

Também aqui faço anexar cópia do voto que proferi por ocasião do julgamento do IUJ na AC nº 58.664 — SP, ao qual me reporto.

Diante do exposto, confirmo a sentença por seus jurídicos fundamentos.

Nego, em consequência, provimento ao apelo.

ANEXO

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

NA AC nº 58.664 — SP

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO (Relator): Impõe-se, em verdade, a uniformização da jurisprudência do Tribunal, tendo em vista a divergência ocorrente a respeito do tema, conforme esclarecido no relatório.

Conheço, de conseguinte, do incidente.

II

Neste voto, procuraremos equacionar a questão nos seus diversos aspectos, presente, inclusive, a Lei nº 6.830, de 22-9-80, publicada no *DO* de 24-9-80, que entrou em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

1. *As Contribuições Previdenciárias: Natureza Jurídica.*

A contribuição previdenciária tem natureza tributária (Constituição Federal, art. 165, XVI, art. 21, § 2º, I, sem a EC nº 8, de 1977; CTN, art. 217). Se assim não fosse, inconstitucional seria ela, leciona Geraldo Ataliba, porque «qualquer exigência de dinheiro que faça o Estado aos sujeitos à sua soberania, somente pode configurar tributo, requisição ou confisco». («Banco Nacional da Habitação — Contribuição dos empregadores — Natureza jurídica — Fato Gerador», RDA, 83/408). Exigida compulsoriamente, ajusta-se à definição de tributo (CTN, art. 3º), irrelevante a destinação legal do produto da sua arrecadação para a conceituação de sua natureza específica (CTN, art. 4º, II).

De um modo geral, ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza («Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305), tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, é dominante a tese no sentido de que o gênero tributo se triparte em impostos, taxas e contribuições. Pontes de Miranda, entretanto, adota a divisão bipartida do tributo em impostos e taxas. Nas taxas, faz incluir as contribuições. Estas seriam uma subespécie daquelas («Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69», II/362, 363 e 371).

Geraldo Ataliba sustenta que os tributos são vinculados ou não vinculados, segundo a consistência da hipótese de incidência, ou fato gerador («Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973, págs. 131 e segs.; «Apontamentos de Ciência das Finanças, Dir. Financeiro e Tributário», RT, 1969, págs. 192 e segs.; «Considerações em Torno da Teoria Jurídica da Taxa», RDP, 9/43). Esse critério distintivo foi adotado por Hector Villegas («Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributário», págs. 74 e segs.) e acolhido por Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/33 e 34; RDP, 17/309). Não vinculado é o tributo cuja hipótese de incidência independe de qualquer atividade específica do Estado em relação ao contribuinte, ou cuja hipótese de incidência é um fato qualquer que não seja atuação estatal. Vinculado é aquele cuja hipótese de incidência seja uma atividade específica do Estado.

Escreve Ataliba:

«Em outras palavras: a materialidade do fato descrito na h. i. (aspecto material da h. i.) de todo e qualquer tributo ou é uma (1) atividade estatal ou (2) outra coisa qualquer. Se for uma atividade estatal o tributo será (1) vinculado. Se um fato qualquer, o tributo será (2) não vinculado.» (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária, cit.», pág. 141).

Os tributos não vinculados são os impostos; os vinculados são as taxas e as contribuições especiais. Estas, as contribuições, se distinguem das taxas no seguinte: «A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente, imediatamente referida ao obrigado. A h. i. da contribuição é uma atuação estatal indireta, mediatamente referida ao obrigado.» («Hip. de Incid. Trib.», pág. 164).

Entende Ataliba, pois, que «as contribuições não se confundem com as taxas, nem com os impostos, mas também não constituem gênero que a eles se oponha. São espécies de tributo vinculado, ao lado da taxa. Desta se distingue por um *quid plus* na estrutura da materialidade da h.i.» («Hip. de Incid. Trib.», pág. 193).

Mas, pela exposição que vimos de ver, sem embargo de Ataliba considerar as taxas e as contribuições espécies de tributo vinculado — e os tributos, para esse autor, são vinculados e não vinculados, tão-só — pode-se afirmar não ser desarrazoada a tripartição do gênero tributo nas espécies: impostos, taxas, contribuições.

O saudoso Rubens Gomes de Souza, que acolhe a concepção tripartida, entende que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isto em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos arts. 163, parágrafo único, 165, XVI, e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, n.ºs I a V». (RDA, 112/39; RDP, 17/314).

Então, acrescentamos, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são uma espécie do gênero contribuição, ou uma subespécie da espécie contribuição.

Assenta-se, relativamente à contribuição previdenciária, como premissa fundamental, que é ela um tributo. Alguns autores, como Ataliba, já falamos, classificam-na ou como imposto (a contribuição do empregador), ou como taxa (a contribuição do empregado), presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados («Hip. de Inc. Trib.», págs. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.). Este é, também, o entendimento do Marco Aurélio Greco, conforme exposto na RDP, 19/385.

Esses autores não estão errados. A conclusão a que chegamos está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro (CTN, art. 217), as contribuições previdenciárias, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuições, ou como contribuições parafiscais, observada, todavia, a lição de Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, «toda obrigação pecuniária ex lege em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública», é tributo e se submete ao chamado regime tributário...» («Hip. de Inc. Trib.», págs. 201).

Conceituada, pois, como tributo, genericamente, ou como contribuição parafiscal, in specie, mas sem caráter parafiscal autônomo, ao contrário, pois, da doutrina exposta por Morselli, que foi repudiada, no Brasil, entre outros, conforme esclarece Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/43; RDP, 17/316), por A. Baleeiro («Uma Introdução à Ciência das Finanças», «Limitações Const. ao Poder de Tributar»), Ulhôa Canto («Alguns Aspectos Jurídico-Const. da Parafiscalidade do Brasil», *Arquivo Finanziario*, 5/36), A. A. Becker («Teoria Geral do Dir. Trib.», pág. 349), Geraldo Ataliba («Regime Const. da Parafiscalidade», RDA, 86/16) e pelo próprio Rubens Gomes de Souza (RDA, 112/27; RDP, 17/305), desta forma tributo, pois, ditas contribuições estão sujeitas às regras legais atinentes ao tributo, já que integram o sistema tributário (A. Baleeiro, «Dir. Tribut. Brasileiro», Forense, 1ª ed., 1970, págs. 68 e 571; Geraldo Ataliba, «Hip. de Incid. Trib.», pág. 201; Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios», RDA, 115/41).

1.1. A Emenda Constitucional nº 8, de 1977.

A Constituição de 1967, com a EC nº 1, de 1969, dispunha, no seu art. 21, § 2º, I:

«Art. 21.

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da Previdência Social ou de categorias profissionais;»

Essa disposição constitucional, art. 21, § 2º, I, está-se a ver, liquidava, irremediavelmente, com as opiniões dos que negavam o caráter tributário das contribuições previdenciárias.

Por tal razão, percebeu-a o eminente Ministro Moreira Alves, e em voto proferido no RE nº 86.595 — BA (RTJ 87/271), «e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8/77 alterou a redação desse inciso, substituindo a expressão «e o interesse da Previdência Social» por «e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social», tendo, a par disso, e com o mesmo objetivo, acrescentado um inciso — o X — ao art. 43 da Emenda nº 1/69 («Art. 43.

Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: ... X — contribuições sociais para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º, e 178)...)»

E concluiu o douto Ministro que a alteração «indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso I desse mesmo artigo 43. Portanto, de 1966 a 1977 (do Decreto-Lei nº 27 à Emenda Constitucional nº 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinham a natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda nº 8».

Concordo com o eminente Ministro Moreira Alves, que é dos maiores juristas do País, quando S. Exa. escreve que o elaborador da Emenda Constitucional nº 8, ao mudar a redação do inciso I, do § 2º, do art. 21, da EC nº 1, pretendeu retirar da contribuição previdenciária o seu caráter tributário. Divirjo, todavia, data venia, quando S. Exa. conclui no sentido de que o legislador constituinte conseguiu o seu intento.

É que, como ensina o saudoso Rubens Gomes de Souza, «o enquadramento da previdência social no sistema tributário é decorrência lógica, senão necessária, da sua conceituação como atividade própria do Estado». (RDA, 115/84). Assim ocorre no Direito Tributário Comparado, nos dá notícia Rubens, que cita alguns exemplos ilustrativos, mencionando a Itália, a França, a Espanha e a América espanhola, para concluir:

«Essa é, efetivamente, a orientação dominante, para não dizer pacífica, aqui e no estrangeiro, portanto sem vinculação a um sistema jurídico determinado. Em toda a pesquisa que pude fazer, só encontrei Lionello Levi Sandri, autor não tributarista, que atribuiu, especificamente ao financiamento da previdência social, um caráter que, por ser parafiscal, o colocaria numa categoria própria de receitas — de resto não cabalmente definida, mas distinta das receitas tributárias.» (RDA, 115/87).

A teoria de Emanuele Morselli («Le Finanze degli Ente Publici non Territoriali», Pádua, 1943), no sentido de que seria possível a distinção do tributo fiscal do tributo parafiscal, no sentido de que este seria regido por normas especiais, encontrou, já mencionamos, tanto na doutrina estrangeira quanto na brasileira, franca oposição. Na Itália, pátria de Morselli, busco em Rubens Gomes de Souza a informação, «os tributaristas... são unânimes em definir as exações parafiscais, previdenciárias ou outras, como tributos. Assim, Giannini, Cocivera, Micheli, Ingrosso (Giovanni), Ingrosso (Gustavo), Zingali, e outros que seria fastidioso enumerar...» «Na França, Laufenburger polemizou diretamente com Morselli. Além dele, Jean Guy Merigot, Laferrière-Waline, Trotabas, Duverger e Lucien Mehl, todos concluíram que o chamado tributo parafiscal é imposto com destinação determinada...» «Na Espanha, entre os comentaristas da Lei de Reforma Tributária de 1958, Vicente-Arche afirma a natureza tributária das cotas de previdência social e a impossibilidade de defini-las como categorias jurídicas de outra natureza. E, em estudo especificamente dedicado às exações parafiscais, Vicente Torres Lopes esclarece que quanto a elas o objetivo da citada lei de 1958 foi quádruplo: a) suprimir de maneira categórica (de modo tajante) a possibilidade de serem criadas a não ser por lei votada pelas Cortes; b) delegar por prazo certo ao executivo a revalidação por decreto das existentes, cuja revogação tácita pudesse ocasionar «problemas insuperáveis»; c) considerar «suprimidas e portanto ilegais» as não revalidadas pelo executivo no prazo previsto; d) submeter as assim revalidadas ao regime normal aplicável aos tributos.» No Brasil, ainda em 1954, quando Morselli aqui esteve, proferindo conferência no Rio de Janeiro, foi ele duramente contestado; anteriormente, Milton Campos já apontava o equívoco do professor italiano («Instituto do Açúcar e do Alcool — Fixação de sobrepreço — Inconstitucionalidade»; Rev. Forense, Rio, 1953, vol. 145, pág. 69, ap. Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA, 115/91). «Posteriormente», escreve Rubens Gomes de Souza, «além dos escritos de Baleeiro já referidos (6.2.5), a doutrina brasileira firmou sua posição em vários trabalhos, nos quais se percebem ecos do debate havido em 1954 com o próprio Morselli. Assim, cronologicamente: Sylvio Santos

Faria, Buys de Barros, Gilberto de Ulhoa Canto, Alfredo Augusto Becker, Walter Barbosa Corrêa, Geraldo Ataliba» e o próprio Rubens Gomes de Souza. «Todos esses trabalhos, sem discrepância, concluem pela natureza tributária das exações parafiscais, cuja validade constitucional depende de se qualificarem como impostos ou como taxas: embora alguns admitam tratar-se, em certos casos, de tributos *sui generis* reunindo características de uma e de outra daquelas figuras, como nota Becker sem concordar». (RDA 115/90 e 92).

Deste último, Alfredo Augusto Becker, convém que se transcreva a lição, para boa percepção do seu pensamento. Escreve:

«A doutrina tem demonstrado que as «contribuições parafiscais» não constituem uma natureza jurídica de tributo *sui generis* nem tributo de natureza mista, porém, em determinados casos, são simples impostos com destinação determinada, e, noutros, verdadeiras taxas.

E a «contribuição parafiscal» possui a referida natureza jurídica porque a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporção (em relação à base de cálculo) e a posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo.» (Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 2ª ed., 1972, pág. 350).

O simples fato, pois, de ter a EC nº 8, de 1977, alterado a redação do inciso I do § 2º do art. 21 da EC nº 1, de 1969, dali retirando a contribuição previdenciária, não seria suficiente para alterar-lhe a natureza jurídica. Não seria colocando um nome de mulher num homem que este deixaria de ser homem.

O que importa, repito, é a natureza jurídica do instituto.

Este, como vimos, define-se em razão de certos princípios científicos, e o tributo é caracterizado pela sua essência jurídica, vale dizer, «ser prestação pecuniária compulsória em favor do estado ou de pessoa por este indicada (parafiscalidade), que não constitui sanção de ato ilícito (não seja multa), instituída em lei (não decorrente de contrato). Sendo tal, a prestação pecuniária será tributo e estará sob a disciplina dos princípios jurídico-tributários insertos na Constituição e nas leis de normas gerais complementares», leciona Sacha Calmon Navarro Coelho, ao comentar o Acórdão do Supremo Tribunal, no RE nº 86.595 — BA («Revista da Faculdade de Direito da UFMG», Belo Horizonte, nº 21, maio/79, pág. 463).

Perfeita a colocação do mestre mineiro, ao escrever:

«Considerar que uma prestação pecuniária compulsória imposta unilateralmente aos cidadãos, tendo por causa ou «fato gerador» uma situação lícita qualquer (ter renda, ser proprietário, exportar, ser empregador, possuir o estabelecimento mais de 100 empregados, ter imóvel valorizado por obra pública, receber serviços do Estado) ora é tributo, ora não o é, desorganiza a tarefa, por si só árdua, de aplicação do direito à vida. A grande valia do Código Tributário Nacional foi ter sistematizado a disciplina jurídica básica do tributo, dando-lhe organicidade e condições de aplicação. Superou, por assim dizer, o caos que vigia antes da sua implantação, quando a União, os Estados e os Municípios, aos milhares, cada qual possuía a «sua legislação», com os seus «conceitos» e os «seus prazos» e onde cada tributo tinha a «sua lei» e o «seu regulamento». (Ob. e loc. cit., pág. 464).

O que ocorreria, em razão da alteração promovida pela EC nº 8, de 1977, antevê-se, é uma situação pior para a Previdência Social. É que, com a redação do art. 21, § 2º, I, da EC nº 1, de 1969, poderia o Executivo, através de ato seu, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas e bases de cálculo da contribuição previdenciária (art. 21, I, ex vi do disposto no § 2º, I, do mesmo artigo, sem a EC nº 8, de 1977).

Não se legisla, em verdade, impunemente.

2. A Decadência e a Prescrição das Contribuições Previdenciárias

Anteriormente ao CTN, os institutos da decadência e da prescrição eram tratados de maneira não uniforme.

No que tange às contribuições previdenciárias, no regime anterior à LOPS, o saudoso Ministro Oscar Saraiva preconizou que a elas se aplicavam as mesmas regras que vigoravam para a prescrição da dívida ativa da União, lembra Albino Pereira da Rosa («Das autarquias federais em Juízo», monografia inédita que o autor remeteu-me).

Escreveu o Ministro Oscar Saraiva, a respeito:

«1. As instituições de previdência social são órgãos delegados da União Federal e por ela criadas para atender aos seguros sociais cuja manutenção a Constituição prevê. E as relações desses organismos com os particulares alcançados pelo seu regime decorrem de lei e não de simples atos de vontade. No que toca às contribuições devidas aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões, elas se equiparam àquelas devidas ao próprio Estado, tanto que a respectiva cobrança se faz pela via do executivo fiscal aos Juízos da Fazenda Pública, sendo privilegiados nos processos de falência os créditos delas decorrentes.

«2. Frente a esses postulados, que hoje constituem verdades pacíficas ao alcance de todos, seria descabido, conforme se pretende, aplicar-se a prescrição das contribuições devidas às instruções de previdência, e no caso o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, ante a omissão da lei, as regras do art. 178, § 1º, incisos II e III, do Código Civil, que alcançam as obrigações de natureza privada, quando o certo é que se lhe devem aplicar as mesmas regras que vigoram para a prescrição da dívida ativa da União Federal, dos Estados e dos municípios, isto é, das pessoas de direito público interno, entre as quais se alinha, sem qualquer dúvida, as autarquias.

«3. Assim, nesse terreno, caberia apenas questionar-se a prescrição que vigora, se é a trintenária prevista no art. 179 do Código Civil, o qual alude às obrigações não especificadas, se a do Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, que estabelecia o prazo prescricional de 40 anos, ou se são imprescritíveis os créditos da Fazenda». (Previdência Social — Prescrição da Dívida Ativa das Autarquias» in RDA, vol. I, Fase II, pág. 716).» (Ap. Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Tal como ocorreu com os créditos tributários de modo geral, em que «chegou-se, com apoio de autoridade não menor que a de Clóvis Beviláqua, à tese de serem tais direitos e ações imprescritíveis», pelo fato de «serem os bens públicos inalienáveis a não ser nos termos de lei expressa» (Rubens Gomes de Souza, «A Prev. Social e os Municípios», RDA 115/94), tal como ocorreu, repito, com os créditos tributários de modo geral, também com relação às contribuições previdenciárias não faltou quem sustentasse a sua imprescritibilidade. Neste sentido opinou Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira: «As contribuições devidas aos Institutos e Caixas pelos empregadores que lhes são filiados, mesmo quando se trata de pessoas de direito público, são imprescritíveis, ex vi do art. 168, IV, do Código Civil, pelo caráter de «mandatários» legais, de que se revestem os empregadores perante aquelas instituições, a esse respeito.» («A Prescrição das Contribuições devidas aos Institutos e Caixas» in «Industriários», 7/23, 27 e 32; ap. Albino Pereira da Rosa, ob. cit.).

Com o advento da LOPS, Lei nº 3.807, de 26-8-60, art. 144, estabeleceu-se a prescrição trintenária para a dívida ativa da Previdência Social.

Vindo a lume o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-66, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1967, que estabeleceu prazos de extinção dos direitos, substantivos ou de ação (CTN, art. 173 e art. 174), fixou-se a doutrina, de forma praticamente unânime, no sentido de que tais prazos, de decadência e de prescrição, atingiam, também, as contribuições previdenciárias, tendo em vista a natureza tributária

destas, noutras palavras, o art. 144, da LOPS, «cedeu o passo ao CTN, inclusive quanto aos sujeitos passivos não estatais, ante a configuração tributária das obrigações a que se refere a LOPS» (Rubens Gomes de Souza, ob. cit., RDA 115/101), revogado, assim, pelo CTN, artigos 173 e 174, o artigo 144 da LOPS.

Esta sempre foi a minha opinião, manifestada em votos, no Tribunal Federal de Recursos, como, por exemplo, nas AC n.ºs 41.990 — SP, 50.134 — SP, 42.410 — MG, 45.591 — RS, 37.674 — CE, 49.059 — DF e AMS n.º 79.964 — SP, que contaram com a anuência dos meus eminentes pares. Nas AC n.ºs 40.694 — SP, Relator Ministro Décio Miranda, e 47.631 — RS, Relator Ministro Jarbas Nobre, não foi outro o entendimento da 2.ª Turma (Ap. Jorge Franklin Alves Felipe, «Previdência Social», 1979, nota 28, págs. 138/139).

No EAC n.º 40.694 — SP, de que fui Relator, o Plenário da Segunda Seção ratificou o entendimento (Julg. de 9-9-80). Também no EAC n.º 50.134 — SP, Relator Ministro Miguel Ferrante, o Plenário da Segunda Seção reiterou tal modo de entender.

No EAC 40.694 — SP, ficou assim ementado o Acórdão:

«Tributário. Contribuição previdenciária. Decadência e prescrição. LOPS, art. 144, CTN, arts. 173 e 174. Código Civil, art. 168, IV.

I — Contribuição previdenciária é tributo, assim sujeita às regras de decadência e prescrição dos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, que revogam o art. 144 da LOPS.

II — Impossibilidade de distinção entre a contribuição do empregador e do empregado de forma a fazer prevalecer, quanto a esta última, o art. 144 da LOPS, com base no art. 168, IV, do Código Civil.

III — Embargos rejeitados.»

2.1. *O § 9.º do Artigo 2.º da Lei n.º 6.830, de 1980: Disposição Inovadora — Prescrição Trintenária*

Acontece que o § 9.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830, de 22-9-80, dispôs:

«Art. 2.º

§ 9.º O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei n.º 3.807, 26 de agosto de 1960.»

O que quer dizer, afinal, a lei, em termos assim cabalísticos, no que tange à prescrição das contribuições previdenciárias?

Para os que sustentam, sob o ponto de vista formal, que o CTN é lei complementar, todo ele, o § 9.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830, de 1980, não que dizer nada, por isso que não poderia a lei ordinária alterar a lei complementar. No conflito, pois, entre essa disposição legal, § 9.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830/80, com o art. 174, CTN, prevalece este.

Para nós, todavia, que analisamos o CTN sob o ponto de vista material, no sentido de que somente as regras postas no CTN, que configuram normas gerais de Direito Tributário, é que constituem lei complementar (CF, art. 18, § 1.º), as demais, que não se incluem nessa categoria, não passam de lei ordinária, a questão não se resolve com simplicidade.

A primeira indagação que devemos responder é se o § 9.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830, de 1980, constitui norma legal interpretativa.

Pensamos que não.

Porque a lei interpretativa deve declarar, de regra, expressamente, que ela assim o é, ou no seu texto, ou mesmo no seu preâmbulo.

A Lei n.º 6.830, de 1980, não contém tal declaração.

De outro lado, ao que vimos de ver, a doutrina, praticamente unânime, sustenta o caráter tributário das contribuições previdenciárias, de modo a sujeitá-las aos princípios e regras do sistema constitucional tributário e do Código Tributário Nacional. Geraldo Ataliba lembra que Baleeiro escreveu que «as contribuições parafiscais, em resumo, são tributos e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição» («Direito Tributário Brasileiro», 7ª ed., pág. 571). Esta consideração levou Rubens Gomes de Souza a observar que «a frase de Baleeiro pode ser assim explicitada: as exações parafiscais são tributos e, como tais, isto é, como impostos, ou taxas, ou contribuições, não escapam aos princípios da Constituição», RDP 17/317). (Geraldo Ataliba, «Estudos e Pareceres de Dir. Tributário», RT, 1978, pág. 26).

Ora, a frase no sentido de que o legislador pode tudo, há de ser entendida em termos. O legislador não pode interpretar uma lei já revogada, com o fito de dizer que tal revogação não existiu. O que pode ele fazer, em caso assim, é inovar, restaurando a norma revogada, mas, jamais, dizer que uma lei revogada continua em vigor, mesmo porque a conceituação de uma lei como interpretativa tem consequência séria: a lei interpretativa é retroativa (Betti, «Interpretazione della legge e degli atti giuridici», Milano, 1949, § 26; Robier, «Le droit Transitoire», Paris, 1960, pág. 56), ou, na lição de Savigny («Syst del Dir. Rom.», 1886, § 32) e de Gierke («Deutsches Privatrech», § 18), citados por R. Prochat («Curso Elementar de Dir. Romano», Duprat & Cia., 1907, I/418), é uma «nova lei, com cunho de obrigatoriedade, que estende os seus efeitos ao passado, fazendo com que a lei antiga seja entendida e aplicada no sentido prescrito», assim exceção ao princípio da irretroatividade da lei.

O que entendemos, pois, é que a Lei nº 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, contém regra inovadora, no sentido de que restaura a eficácia do art. 144 da LOPS. O CTN, no seu art. 174, o revogara. Lei posterior, todavia, a Lei nº 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, lei de direito substantivo processual, o restaurou. Como nos incluímos entre os que entendem que a disposição inscrita no art. 174, CTN, é de direito substantivo processual, e não norma geral de direito tributário (CF, art. 18, § 1º), assim lei ordinária, admitimos possa lei ordinária estabelecer prazo de prescrição diferente para determinado tributo.

A conclusão a que chegamos, pois, é que o crédito decorrente das contribuições previdenciárias, inobstante o seu caráter tributário, a partir da vigência da Lei nº 6.830, de 1980, fica sujeito à prescrição trintenária.

2.2. A Decadência do Crédito Previdenciário e o § 9º, do Artigo 2º, da Lei nº 6.830, de 1980

O que se disse, acima, no tocante à prescrição, não se aplica, todavia, ao instituto da decadência do direito à constituição do crédito previdenciário.

O § 9º, do art. 2º, da Lei nº 6.830, de 1980, diz respeito, apenas, ao prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias, vale dizer, cuida, tão-só, da extinção temporal da ação de cobrança. Prevalece, então, a regra inscrita no art. 173 do CTN, que estabelece prazo de caducidade do direito de constituição do crédito tributário.

O lançamento do crédito previdenciário dá-se por homologação. Reporto-me, no particular, aos votos que proferi, com o acolhimento dos meus eminentes pares, nas AC nºs 41.990 — SP; 50.134 — SP, 47.730 — SP e AMS 78.381 — RJ.

Essa interpretação parece-nos harmonizar-se com a disposição inscrita no parágrafo único do art. 80, da LOPS, Lei nº 3.807, de 1960, que estabelece que as empresas sujeitas ao seu regime deverão guardar, durante cinco anos, os comprovantes dos lançamentos, para os efeitos do artigo 81.

3. Conclusão

Meu voto, em conclusão, é no sentido de que, com a vigência do Código Tributário Nacional, ficaram as contribuições previdenciárias sujeitas aos prazos de prescrição e de decadência ali previstos (CTN, artigos 173 e 174). Todavia, vindo a lume a Lei nº 6.830, de 22-9-80, publicada no DO de 24-9-80, que entrou em vigor 90 (noventa) dias

após a data de sua publicação, restaurada ficou a prescrição trintenária referente às contribuições previdenciárias, sem inovação, entretanto, com relação à decadência, que continua rígida pelo art. 173, CTN.

Proponho, de conseqüente que a eg. Corte edite súmula com o seguinte enunciado:

As contribuições previdenciárias, até a vigência da Lei nº 6.830, de 22-9-80, estavam sujeitas à prescrição quinquenal do artigo 174, do Código Tributário Nacional.

Referências:

Código Tributário Nacional, artigo 174; Lei nº 3.807, de 26-8-60, artigo 144; Lei nº 6.830, de 22-9-80, artigo 2º, § 9º; Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AC nº 58.664 — SP.

A Secretaria da eg. Segunda Seção dará cumprimento ao disposto no art. 109 do Regimento Interno. Os autos, após a publicação do Acórdão, voltarão à Turma, para julgamento da causa.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, com a devida vênia do Senhor Ministro Relator, mantenho o entendimento que venho sustentando em numerosos precedentes, no sentido de que o lapso de menos de trinta anos não basta para caracterizar a prescrição, em tema de contribuições previdenciárias. Veja-se meu voto na REO nº 63.572 — PR, anexo.

Assim, com a devida vênia, dou provimento em parte ao recurso.

ANEXO

EMBARGOS NA REMESSA *EX OFFICIO* Nº 63.572 — PR

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, as contribuições previdenciárias são contraprestações cuja realização gera direito subjetivo a benefícios previstos em lei e minuciosamente regulamentados em favor de pessoas perfeitamente individuadas. Estes benefícios são tradicionalmente prestados (e mesmo contemporaneamente) mediante contratos de prestação de serviços tradicionalmente feitos com entidades de direito privado.

So recentemente o Estado passou a intervir na área dessas relações jurídicas e a assumir a responsabilidade pela prestação desses serviços com o escopo específico de tutelar interesses de ordem predominantemente social, a refletir a evolução das idéias predominantes.

O caráter eminentemente sinalagmático da relação jurídica, material em cujo contexto emerge o débito por contribuições é por demais manifesto para admitir as controvérsias tão vivazes que se testemunham ainda hoje, ao se pretender inculcar a tais contribuições a natureza de tributos.

A contraprestação do benefício é concretamente exigível pelo contribuinte ou beneficiário, seja por pretensão direta e imediata perante a própria autarquia previdenciária, seja por pretensão indireta e mediata, através de ação judicial.

Estas características da contribuição previdenciária bastam, a meu ver (e com a devida vênia das doutas opiniões contrárias), para evidenciar que elas não consistem imposto, instituto que repele, de qualquer modo, qualquer traço de sinalagmaticidade.

Taxas, por sua vez, as contribuições previdenciárias não são porque não há lei que cogite de prestação de serviços e de realização de benefícios mediante esta possibilidade de exigência especificada, individuada e personalizada de contraprestações, de forma concreta, através de ação judicial. Por isso, sua definição não se comporta no âmbito do art. 77 do Código Tributário.

Acrescente-se que tais contribuições se destinam a custear serviços e benefícios que se prolongam no tempo e não se sujeitam à previsão orçamentária.

Acresce que a dúvida que assaltou ilustres intérpretes do Código Tributário, ao ver no seu art. 174 norma revogadora do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social, não se compadece com o caráter especial da norma sobre prescrição contida na citada lei orgânica.

De fato, tínhamos já no Código Civil a norma geral de que a prescrição das obrigações pessoais se verificava ao fim de trinta anos.

Não era necessário, portanto, que a lei orgânica dispusesse sobre prescrição trintenária do crédito por contribuições. Ela o fez, por conseguinte, para instituir norma especial (se cuidasse apenas de referendar norma geral teríamos o legislador a empregar expressões desnecessárias).

Acresce que as dúvidas que emergiram após a promulgação do Código Tributário estão agora afastadas pelo pronunciamento do legislador, ao dizer que a norma do Código Tributário não teve o efeito de revogar o art. 144 da Lei Orgânica.

Insisto: a norma do artigo 174 do Código Tributário está ali enxertada por uma questão de conveniência e de utilidade, mas não se trata de norma geral de Direito Tributário, senão de norma versante simplesmente com prescrição, que não constitui tema de Direito Tributário, mas de disposições genéricas da ordem jurídica como um todo.

São estas as ponderações que me levam a pedir vênias ao eminente Ministro Carlos Velloso e aos doutos pares que prestigiam a interpretação por S. Exa. defendida e, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator José Dantas, também acolher os embargos para que prevaleça o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, na assentada da apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 98.357 — RN — (Reg. nº 6.181.830) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Velloso. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Aptes.: IAPAS/BNH. Apdo.: W. S. Matoso. Advs.: Drs. José William Ferreira, outro e Jansen Leiros Ferreira.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Bueno de Souza, negou provimento ao apelo. (Em 20-3-85 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Bueno de Souza e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 102.061 — BA
(Registro nº 3.312.127)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Apelantes: *Oscar de Matos e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. José Alves de Souza e outros*

EMENTA: Processo Civil. Liquidação de sentença. Militar reincluído na ativa. Promoções e vantagens.

Limite de execução. Assegurado, na fase de conhecimento, o retorno do militar à ativa, com o ressarcimento de eventuais preterições, como se dela não tivesse sido afastado, não há negar-se o direito às promoções reparadoras, independente de requisitos também obstados pela ilegal inativação do autor.

Sentença que se confirma, no mais sobre o que dispôs.

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 à apelação do exequente, desprovendo a da União Federal, 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 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de execução de sentença que determinou o retorno do autor ao serviço ativo da Marinha, nestes termos:

«Isto posto, e por tudo o que mais consta dos autos, julgo procedente a ação, para condenar a ré a fazer retornar o autor ao serviço ativo da Marinha, como se dele não tivesse sido afastado, assegurando-lhe o ressarcimento de eventuais preterições no acesso da carreira militar e de diferenças de remuneração, desde o ato que, ilegalmente, o transferiu para a reserva remunerada, incidindo juros desde a citação inicial. A ré ressarcirá ainda o autor pelas des-

pesas judiciais, inclusive honorários de seu advogado, que fixo em dez por cento do valor da condenação, a ser encontrado pela adição das parcelas de diferenças em atraso e das doze das prestações vincendas, incidente ainda correção monetária.» (Fl. 64).

Transitada em julgado a sentença, promoveu o autor artigos de liquidação, assim expostos:

«I — Quando o exeqüente foi compulsoriamente transferido para a reserva remunerada, no dia 11 de março de 1976, ocupava, no serviço ativo, a seguinte posição na escala hierárquica (doc. n.º 1):

Capitães-de-Corveta (IM):

11 — Oscar de Matos

12 — Carlos Rinaldo Toseli

13 — Ney Saldanha Nogueira da Gama

Os então Capitães-de-Corveta (IM) acima citados, exceto o exeqüente, foram promovidos a Capitães-de-Fragata (IM) no dia 20 de abril de 1976 (doc. n.º 2).

Os mesmos oficiais, exceto o exeqüente, foram promovidos a Capitães-de-Mar-e-Guerra (IM) no dia 30 de abril de 1981 (doc. n.º 3).

Assim, pede o exeqüente sua imediata reintegração no serviço ativo da Marinha, com suas promoções a Capitão-de-Fragata (IM), a partir de 20-4-76 e a Capitão-de-Mar-e-Guerra (IM), a partir de 30-4-81, situado na escala hierárquica logo acima do Capitão-de-Mar-e-Guerra (IM), Ney Saldanha Nogueira da Gama (Carlos Rinaldo Toseli já está na reserva). (Art. 10, § único do Reg. Prom. Of. Mar. — doc. n.º 4).

II — A transferência compulsória do exeqüente para a reserva remunerada, em 1976, tirou-lhe a oportunidade de fazer o Curso de Assuntos Básicos e o Curso de Comando Estado-Maior, essenciais ao prosseguimento na carreira militar.

Cumpra lembrar, a propósito, que o exeqüente poderia ter feito os cursos acima, como Capitão-de-Fragata (IM), tendo em vista que os outros oficiais os realizaram nesse posto e, até mesmo, como Capitão-de-Mar-e-Guerra (IM), posto acima de Capitão-de-Fragata (IM) (docs. n.º 5 e 6).

Assim, de acordo com a sentença que diz «condenar a ré a fazer retornar ao serviço ativo como se dele não tivesse sido afastado, assegurando-lhe o ressarcimento de eventuais preterições no acesso da carreira militar», requer o exeqüente que seja, para todos os efeitos legais, considerado como tendo concluído, com aproveitamento, o Curso de Assuntos Básicos em dezembro de 1976 e o Curso de Comando e Estado-Maior em dezembro de 1977.

III — Em razão da integral recomposição funcional do exeqüente, faz ele jus à percepção de 30% (trinta por cento) de gratificação por tempo de serviço, a partir de 22-4-84, por ter sido incorporado em 22-4-52 (doc. n.º 7) e ter gozado 2 (dois) anos para tratar de interesse particular de 10-11-66 a 10-11-68.

IV — Também se constitui em direito do requerente, nos termos do art. 68, § 3º da Lei n.º 6.880, de 9-12-80, Estatuto dos Militares (doc. n.º 8), ter computado em dobro, quando passar para a inatividade, o período de licença especial não gozada, relativo ao decênio que vai de 22-4-74 a 22-4-84, bem assim a contagem em dobro dos períodos de férias não gozadas de 1976 a 1983 e anos subsequentes até o ano em que ocorra a efetiva reintegração, nos termos do art. 63, § 5º, da Lei n.º 6.880/80, Estatuto dos Militares (doc. n.º 9). Fls. 195/197.

Pela sentença de fls. 235/237, declarada à fl. 242, o Juiz Francisco Trindade reconheceu o direito do autor quanto ao que constava dos artigos, à exceção das promoções e dos cursos; no concernente às primeiras, argumentou com a ausência de condições de beneficiar-se ele por merecimento, ao mesmo tempo em que, por antigüidade, restaria indemonstrada a alegada preterição em relação a colegas seus situados no Quadro de Acesso por Antigüidade em posição inferior à sua.

Inconformado, apelou o autor, argumentando, em síntese:

— que a decisão da execução fugiu do decidido no conhecimento, quando ficou reconhecido o seu direito ao ressarcimento de todas as preterições, a partir do ato que o transferiu para a reserva, como se não tivesse sido afastado;

— que houve desrespeito à decisão, pois deveria ocupar a mesma posição de colegas seus que o seguiam imediatamente na escala hierárquica quando da sua transferência para a reserva;

— que os documentos 1, 2 e 3 de fls. 198/201 e os de fls. 39/48 atestariam o alegado;

— quanto à afirmação sentencial de que não teria o curso necessário à promoção, alega estar abrigado pela norma do art. 80 do Plano de Carreira dos Oficiais da Marinha (fl. 232), permissivo do acesso até o posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra, independentemente de curso;

— finalmente, que é de considerá-lo com aproveitamento nos cursos prestados por colegas situados na sua faixa de antigüidade, como os teria feito não fosse a sua ilegal inativação.

Apela também a União Federal, da parte da sentença que reconheceu ao autor o direito à percepção da gratificação por tempo de serviço correspondente a 30 anos e à contagem em dobro dos períodos correspondentes à licença especial e férias não gozadas. Aduz falta de fundamento legal para tais concessões.

A Subprocuradoria-Geral da República espera o improvimento do apelo do autor e o provimento do da União Federal.

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, a questão se cinge a dois pontos: o primeiro, relativo às promoções do autor; o segundo, respeito a lhe ser creditado o resultado útil dos cursos que, por estar afastado ilegalmente, deixara de fazer.

De relação ao primeiro ponto, convém recordar-se a sentença exequenda, posto que o ali decidido delimita a execução:

«Isto posto, e por tudo o que mais consta dos autos, julgo procedente a ação, para condenar a ré a fazer retornar o autor ao serviço ativo da Marinha, como se dele não tivesse sido afastado, assegurando-lhe o ressarcimento de eventuais preterições no acesso da carreira militar e de diferenças de remuneração desde o ato que, ilegalmente, o transferiu para a reserva remunerada, incidindo juros desde a citação inicial. A ré ressarcirá ainda o autor pelas despesas judiciais, inclusive honorários de seu advogado, que fixo em dez por cento do valor da condenação, a ser encontrado pela adição das parcelas de diferenças em atraso e das doze das prestações vincendas, incidentes ainda correção monetária.» Fl. 64.

Frise-se que foi assegurado, no caso, o ressarcimento de eventuais preterições e que tal entendimento foi placitado por este Tribunal e mantido mesmo após Recurso Extraordinário não conhecido pelo STF, havendo até o Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves adiantado o mérito da questão (fl. 185), quando reputou exata a interpretação do Acórdão recorrido, sobre a ilegal inclusão do autor na quota compulsória.

Assim é que, reconhecida judicialmente a irregular transferência para a reserva, não é de ser dado ao autor o tratamento de simples aniestado, segundo o qual a reversão à ativa far-se-á no posto ou graduação que detinha ao ser atingido pela punição.

Os autos demonstram que dois dos seus colegas, que ocupavam a mesma posição hierárquica à época da transferência, hoje são Capitães-de-Mar-e-Guerra; um deles, João Cristovão Silva Cardoso, foi inclusive, promovido por antiguidade (fl. 253).

Ao que se depreende, os óbices opostos pelo Juízo às promoções do autor o foram de caráter subjetivo, ao referir-se a critérios desta ordem:

«5.1.1 A legislação que cuida da promoção de oficiais, explicitada, para a Marinha, pelo regulamento baixado com o Decreto nº 71.727, de 17 de janeiro de 1973, estabelece condições para o ingresso no Quadro de Acesso por Merecimento, que envolvem critérios de avaliação do mérito e de qualidades exigidas para a promoção, critérios esses que, não obstante estabelecidos em normas do mesmo regulamento e/ou em atos do Ministro da Marinha, sofrem ponderação por parte dos membros da Comissão de Promoções de modo que jamais se poderia dizer assegurado o ingresso de qualquer oficial nesse Quadro de Acesso, sem o que impossível é reconhecer direito à promoção.» Fl. 236.

Vê-se, assim, que o Juiz considerou improvadas as condições reais que alçariam o autor às posições almeçadas, e, pelas suas próprias palavras, enfocou elementos subjetivos, os quais, porém, não me parece possam ser pressupostos em contrário à reparação integral ordenada pela sentença exequenda, tanto mais que tais exigências nada têm com promoções por antiguidade, tipo de promoção que igualaria o autor a seus colegas, conforme mesmo a contestação noticiada:

«Quanto à promoção a Capitão-de-Fragata, que teria direito a partir de 30 de abril de 1976, ocasião em que foram promovidos, por antiguidade, os Capitães-de-Corveta Francisco Escolástico de Albuquerque e João Cristovam Silva Cardoso, oficiais imediata e respectivamente mais antigos e mais modernos na escala por antiguidade.» Fl. 220.

Aí está dito que, em relação ao exequente, tanto o mais antigo, quanto o mais novo galgaram, por antiguidade, o posto de Capitão-de-Fragata. Logo, também não me parece que o critério objetivo da inspeção de saúde, tendo a ver com permanência do reintegrado na ativa, possa tê-lo com a promoção determinada a título reparatório.

No concernente ao outro empecilho legal — ausência de Curso Básico para a promoção ao posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra — d.m.v., desconsiderou a decisão apelada o art. 80 do Plano de Carreira de Oficiais da Marinha, aprovado pelo Ministro da Marinha através do NO 931 (fl. 231), que reza:

«Art. 80. Os Capitães-de-Corveta e os Capitães-de-Fragata que, antes de 10 de janeiro de 1973, tenham perdido as condições de requerer matrícula em C-Ba ou que não concluíram com aproveitamento o mesmo curso, e que tenham sido promovidos ao posto até a referida data, poderão ter acesso, por antiguidade, até o posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra.» Fl. 232.

O exequente foi promovido a Corveta em 1969 (doc. de fl. 233), estando, pois, abrangido pela norma excepcional, sem se perder de vista que também esta promoção a Mar-e-Guerra tem natureza de reparação plenamente estabelecida pela sentença.

Não vislumbro, assim, quanto às promoções, impedimento legal ao cumprimento da decisão exequianda, cuja integridade há de ser preservada, à vista da impossibilidade de se revolver na execução o que ficou decidido na fase de conhecimento.

Em se tratando de promoção em ressarcimento de preterição, como bem salientou a sentença exequianda, lembra-se ser o caso do artigo 10 e parágrafo único do Decreto nº 71.727/73:

«Art. 10. O oficial a ser promovido em ressarcimento de preterição, o será por merecimento ou antigüidade, conforme sua inclusão no Quadro de Acesso por Antigüidade ou Quadro de Acesso por Merecimento, recebendo o número que lhe competir na escala hierárquica, como se houvesse sido promovido na época devida.

Parágrafo único. A promoção em ressarcimento de preterição não será considerada como aproveitamento das quotas estabelecidas segundo a proporcionalidade determinada no art. 5º» fl. 250.

Com razão o autor, quanto às promoções, no entanto, não tem relativamente aos cursos e vantagens deles decorrentes, pois que estes não podem ser incluídos como vantagem *pro tempore facto*, senão que, exclusivamente *pro labore faciendo*. Na verdade, parece por demais duvidoso que a simples oportunidade de prestá-los se ofereça reparável quanto aos resultados inteiramente aleatórios, como acontece a todos os cursos.

Finalmente, quanto ao recurso da União Federal, fulcrado unicamente na ausência de suporte fático e legal para a concessão da gratificação de tempo de serviço e da contagem em dobro dos períodos relativos à licença especial e férias, tenho-o por improsperável, eis que tais direitos, repita-se, decorrem da sentença no processo de conhecimento e pendem, apenas, da constatação simples, pela administração, do efetivo tempo de serviço do autor e de seus períodos de licença e férias. Resta dizer, no particular, que o direito à contagem do tempo em que esteve ilegalmente afastado está assegurado por sentença transitada em julgado.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso do exequente, para deferir aquelas promoções articuladas na execução, desprovendo a apelação da União Federal.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 102.061 — BA — (Reg. nº 3.312.127) — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Aptes.: Oscar de Matos e União Federal. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. José Alves de Souza e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do exequente, desprovendo a da União Federal. Sustentou, oralmente, o Dr. Oscar de Matos (em causa própria). (Em 10-12-85 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Senhores Ministros Flaquer Scartezzini e Nilson Naves. Impedido o Senhor Ministro Hêlio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 102.091 — SP
(Registro nº 7.183.593)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Apelante: *INPS*

Apelado: *Orlando Nappi*

Advogados: *Drs. André de Carvalho Moreira e outro e Nevanir de Souza*

EMENTA: Previdência Social. Escala de salário-base.

I — O recolhimento de contribuições em valor superior ao previsto em lei não cria, para o contribuinte, senão o direito de reaver o excesso, devidamente atualizado.

II — Caso, porém, em que a própria autarquia previdenciária, por interpretação errônea do órgão regional de São Paulo, mandada respeitar até janeiro de 1980 pelo órgão central (Memos. nºs 26/75 e 601-005.5/147/80), deu ensejo à irregularidade, criando justa expectativa para o contribuinte e seus dependentes.

III — Cabe ao próprio órgão previdenciário, se o quiserem seus dirigentes, estabelecer que alteração da base de contribuição dos segurados, não sujeitos a vínculo empregatício, só se faça mediante prévio exame e aprovação da competente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo do INPS, 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 1985.

OTTO ROCHA, Presidente. COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Sentença do Dr. Juiz Substituto da 5ª Vara Cível de Ribeirão Preto — SP reconheceu a segurador da Previdência Social o direito:

a) de ver computado no seu tempo de filiação o período de 10-10-29 a 27-3-31, em que, menor de 12 anos, foi empregado da firma Mafud & Elias, na cidade de Jardinópolis — SP;

b) de revisão, em consequência, do abono de permanência em serviço concedido em processo administrativo;

c) de revisão, pela mesma causa, dos cálculos de seus proventos de aposentadoria; e

d) de ver computadas integralmente, para essa mesma aposentadoria, as contribuições recolhidas à razão de 20 salários mínimos (classe 10 do art. 226 do Decreto nº 72.771/73), glosadas pelo INPS por não aceitar a alegação de reinício da atividade de autônomo.

Em consequência, condenou o INPS a rever o valor dos benefícios, pagando as prestações anteriores à citação com base no salário mínimo da data da liquidação (Súmula nº 71 deste Tribunal), acrescidas de juros. A partir daí, mês a mês. Condenou mais a autarquia a reembolsar as custas, corrigidas pela Lei nº 6.899/80, e a pagar honorários de 20% sobre as prestações vencidas até a publicação da sentença e mais um ano das vincendas (fl. 174).

2. Inconformado, apelou o INPS com as razões de fls. 176/178. Sustenta, em suma:

a) que os efeitos da revisão de cálculos do abono, se mantida esta, não podem retroagir a 26-2-76 como quer o autor mas, quando muito, a 27-2-79: a uma, porque foi requerido somente em 22-11-78; a duas, porque foi citado para a ação em 27-2-84, sendo atingidas pela prescrição quinquenal as prestações velhas de período maior;

b) haver o autor agido de má-fé ao encerrar suas atividades em Jardinópolis para reiniciá-las apenas 3 meses depois em Ribeirão Preto, deste modo saltando da classe 3 à classe 10 da escala de salário-base com desrespeito aos interstícios legais, pelo que a sentença não pode ser mantida, pois a jurisprudência que ela invoca se baseia em parâmetros diversos.

3. O autor respondeu com as razões de fls. 181/189, arguindo preliminar de falta de capacidade postulatória do signatário do apelo e sustentando longamente a segurança do julgado, em favor do qual indica precedentes administrativos e judiciais.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Previdência Social. Escala de salário-base.

I — O recolhimento de contribuições em valor superior ao previsto em lei não cria, para o contribuinte, senão o direito de reaver o excesso, devidamente atualizado.

II — Caso, porém, em que a própria autarquia previdenciária, por interpretação errônea do órgão regional de São Paulo, mandada respeitar até janeiro de 1980 pelo órgão central (Memos. nº 26/75 e 601-005.5/147/80), deu ensejo à irregularidade, criando justa expectativa para o contribuinte e seus dependentes.

III — Cabe ao próprio órgão previdenciário, se o quiserem seus dirigentes, estabelecer que alteração da base de contribuição dos segurados não sujeitos a vínculo empregatício só se faça mediante prévio exame e aprovação da competente.

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA (Relator): O apelo do INPS exarou-se em papel com o dístico indicativo de pertencer ao serviço público federal e a assinatura sobre carimbo qualificando o signatário como Procurador Autárquico Federal, afora o indicativo do registro na OAB. Destarte, sem adequada prova de falsidade dessa qualificação, não pode o apelado pretender que este Tribunal contrarie o r. despacho pelo qual o MM. Juiz recebeu o apelo (fl. 176).

Rejeito, pois, a preliminar.

2. Passando ao exame do apelo, acolho-o desde logo no tocante ao abono de permanência. Realmente, o benefício não pode alcançar período anterior ao requerimento e, doutro lado, sem data do documento de comunicação de seu deferimento (fl. 37), cabia ao apelado apontar prova de jovialidade da decisão. A simples alusão ao «substrato probatório» (fls. 188/9) pode ter sabor literário, mas traz o defeito de supor que o Tribunal disponha de mais tempo do que as partes.

3. No referente à questão principal, que é a progressão inopinada do autor da classe 3 à classe 10 da escala de salário-base, então regulada pelo art. 226 do Decreto nº 72.771/73, é a repetição do mesmo problema já diversas vezes examinado neste Tribunal. A Previdência, através do antigo INPS e agora do IAPAS, não exerce o mínimo controle sobre os interessados na aplicação desta e de inúmeras, complicadíssimas e inconstantes regras legais e regulamentares sobre a arrecadação de suas contribuições. Deixa tudo entregue aos próprios segurados, na maioria incultos, e aos bancos, que se limitam a receber o que lhes é entregue. Somente por ocasião do exame dos pedidos de benefício, quando contribuições ditas indevidas já alimentaram anos de expectativas, é que opõe seu veto à concessão.

Acórdão da lavra do eminente Ministro Washington Bolívar, junto por cópia, dá bem a idéia do que ocorre:

«Previdenciário. Aposentadoria. Revisão de proventos.

1. Se o procedimento adotado pelo autor é resultante de presunção de legitimidade, em razão das diretrizes e até do estímulo, até então adotados pela administração, para que se reenquadrasse na última classe da escala, passando a verter suas contribuições regularmente, o período correspondente deve ser computado.

2. Precedente do TFR.

3. Apelo denegado» (Ac nº 82.837 — SP, julg. em 2-12-82, fl. 147).

4. O autor encerrou suas atividades autônomas de encanador em Jardinópolis e, meses depois, as reiniciou em Ribeirão Preto (fls. 23 e 90/94). O INPS não nega que, contando o autor mais de 25 anos de filiação, esse reinício de atividade lhe permitisse, de acordo com a Circular nº 26/75 (do órgão regional) e diversos precedentes administrativos, dar o salto que deu na prefalada escala de salário-base. Apenas alega, sem fazer a prova adequada, que houve fraude.

A autarquia terá, se o desejarem seus dirigentes, oportunidade de requisitar os necessários inquéritos policiais, dando aos responsáveis de dentro e de fora dela o tratamento legal adequado. Poderá também sair do comodismo e estabelecer que alteração da base da contribuição só se faça mediante prévio exame e aprovação por autoridade responsável.

5. O que ela não pode é transferir ao Judiciário, cada vez mais sufocado de trabalho, aquilo que antes de tudo lhe compete. Responde-se destarte à seguinte passagem do apelo:

«Ora, se não se julga com base no texto da lei (o adjetivo «frio» ocorre por conta da subjetividade do ilustre julgador), qual a garantia que os jurisdicionados têm, no regime da democracia e do império da lei?» (fl. 177).

6. Farei juntar cópia do voto que proferi como Relator em caso idêntico e que foi acolhido pela Turma (AC nº 96.407 — SP, julgada em 1-10-85) e, com base nele e no exposto acima, dou provimento, em parte ao apelo somente para limitar a retroação dos efeitos da sentença sobre o abono de permanência a 27-2-79.

É o voto.

VOTO

EMENTA: Previdência Social. Escala de salário-base.

I — O recolhimento de contribuições em valor superior ao previsto em lei não cria, para o contribuinte, senão o direito de reaver o excesso, devidamente atualizado.

II — Caso, porém, em que a própria autarquia previdenciária, por interpretação errônea do órgão regional de São Paulo, mandada respeitar até janeiro de 1980 pelo órgão central (Memos. nº 26/75 e 601-005.5/147/80) deu ensejo à irregularidade, criando justa expectativa para o contribuinte e seus dependentes.

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA (Relator): A defesa do INPS limitou-se à alegação de que o autor não teria comprovado certo período de tempo de serviço, que iria de 1-12-78 a 31-12-79 (contestação, fl. 47), o que, no entanto, foi afastado pelo despacho de fl. 50, mandado vir o processo administrativo, onde a prova existe e nem foi objeto de discussão (fl. 44 do 2º apenso). Contudo, o decisório recorrido aceitou o fundamento do ato administrativo, segundo o qual o autor efetuara contribuições em desacordo com a progressão admitida na escala de salário-base, argumentando:

«Se quisesse progredir na escala, deveria tê-lo feito para a classe imediatamente superior àquela em que se encontrava em novembro de 1978, isto é, obrigatoriamente teria de passar a recolher as contribuições previdenciárias na classe correspondente a 7/20 do limite máximo (classe 5), pois até essa data recolhia dentro da classe 4 (vide fl. 44 do procedimento administrativo). Aliás, o autor não comprovou ter obedecido aos interstícios exigidos pelo regulamento. Assim, tendo efetuado recolhimentos indevidos, de valores superiores àqueles possíveis, por um período de vinte e quatro meses, não pode agora pretender beneficiar-se, dizendo que a autarquia, tacitamente, ao deixar de impugnar tais recolhimentos, reconheceu o direito pleiteado». (Fls. 54/55).

2. Já tive oportunidade de examinar questões do tipo e de votar, com a honrosa concordância da Turma, no mesmo sentido da sentença apelada, isto é, de que o contribuinte autônomo ou facultativo tem de respeitar a escala de salário-base estabelecida em lei, com os interstícios estabelecidos para progressão, e, de que as contribuições feitas em valor excedente do limite não geram direito a benefício, mas à restituição do excesso pela autarquia (cf. AC nº 90.156 — SP, julgada em 7-8-84, 87.492 — RS, julgada em 10-8-84 e 83.135 — PB, julgada em 16-3-84). Mas noutra ocasião, também mostrei como a excessiva e inconstante normatividade do sistema confunde os próprios funcionários da autarquia previdenciária. Eis o que afirmei na AC nº 77.293 — SP, julgada em 8-3-83:

«A legislação de previdência multifária e inconstante como todas as que se ligam à intervenção do Governo nas atividades econômicas e sociais, contém particularidades e caprichos que jamais serão entendidos pelo leigo, nem explicados pelos incumbidos de sua elaboração. Não há como entender-se, por exemplo, porque, depois de uma consolidação editada em 1976, tantas leis, decretos, portarias e até memorandos como o de que falam os documentos trazidos com o apelo, são expedidos, em aturdimento aos próprios funcionários da autarquia previdenciária».

3. No caso destes autos, é certo que o autor desrespeitou a escala prevista no art. 140 do Decreto nº 77.077/76. Mas o fez com apoio no Memorando Circular nº 26/75, da Coordenadoria Regional de Inscrição de Segurados de São Paulo, que determinou:

«1. Em face à existência de interpretações controvertidas, relativamente ao enquadramento na tabela do art. 226 do RRPS, em caso de reinício de atividade sujeita a salário-base esclarecemos que não há de se levar em conta, em hipótese alguma, o salário-base fixado para a atividade anteriormente exercida, quer tenha ou não ocorrido a perda da qualidade de segurado ou ainda havido recolhimentos na condição de dobrista». (Fl. 7).

É certo que esse memorando veio a ser derogado pelo Manual de Serviço expedido em 6-11-78, no qual se baseou o ato administrativo impugnado (fl. 44 do 2º apenso). Mas, como se lê à fl. 9, esse Manual de Serviço só foi implantado em janeiro de 1980, pelo que ainda em 19 de novembro desse mesmo ano, o Coordenador de Inscrição de Beneficiários, atendendo à consulta do órgão regional, mandava que se respeitassem as inscrições feitas até janeiro com base no memorando transcrito (Cf. Memo. 601-005-5/147, de 19-11-80, (fl. 9).

4. Como se vê, não bastasse a babel de normas a que me referi, ainda se criou (por decisão de um órgão regional) uma exceção para o segurado que reiniciasse atividade vinculada à escala, dando-se-lhe oportunidade de rematricular-se com salário-base diverso. E, como mostram os documentos de fls. 7/33, esta exceção foi aplicada administrativamente a casos idênticos ao do autor.

Ora, o autor exercia suas atividades em São Paulo, exatamente na jurisdição do órgão regional que assim interpretava e aplicava a lei. Então, lícito é concluir que seu indevido reposicionamento na escala decorreu, senão de imposição dos próprios órgãos arrecadadores, pelo menos com a sua aquiescência.

Bem significativo que a defesa da autarquia se apegasse à improcedente questão de tempo de serviço e nem respondesse ao recurso.

5. Além do precedente relatado pelo eminente Ministro Washington Bolívar, a que já me referi no relatório, os apelantes trouxeram, no mesmo sentido, os da AC nºs 93.984 — SP, 83.573 — SP, relatadas pelo Ministro Carlos Thibau, 76.780 — SP, relatada pelo Ministro Lauro Leitão, entre outras.

Eis a ementa do Acórdão da AC nº 93.984:

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Salário de contribuição.

Se foi a própria autarquia previdenciária que vinha admitindo e até mesmo incentivando o segurado autônomo a contribuir com um salário-base de classe superior àquela em que deveria ser enquadrado, sem observância do interstício previsto no art. 47 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 83.081/79), é óbvio que não se poderiam desprezar, para o cálculo do benefício, as contribuições que verteu nessa condição e que presumiu legítimas até por haver o assunto sido objeto de orientação interna do próprio INPS.

Apelação provida. (Fl. 3 do Memorial, junto por linha).

6. Assim sendo, embora em tese mantenha o entendimento a que inicialmente me referi, em harmonia com a sentença, no caso concreto não posso deixar de reconhecer que foi a própria Previdência que contribuiu para a irregularidade, criando justa expectativa para o autor e seus dependentes.

Dou provimento ao apelo para julgar procedente a ação, salvo quanto à forma de atualização das parcelas em atraso, que há de obedecer ao disposto na Lei nº 6.899/81, e quanto aos honorários da sucumbência, que reduzo para 10%.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 102.091 — SP — (Reg. nº 7.183.593) — Rel.: O Sr. Min. Costa Lima.
Apte.: INPS. Apdo.: Orlando Nappi. Advs.: Drs. André de Carvalho Moreira e outro
e Nevanir de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo do INPS.
(Em 29-10-85 — 2ª Turma).

Os Senhores Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Sr. Minis-
tro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 103.834 — GO
(Registro nº 7.211.554)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*

Apelantes: *Odícia Conceição de Fátima Moraes e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Agravo retido: *União Federal (fl. 291)*

Advogado: *Dr. Gildo Corrêa Ferraz*

EMENTA: Administrativo. Desapropriação por interesse social. Indenização. Deságio dos títulos de dívida agrária. Honorários de advogado. Agravo retido.

À luz da prova dos autos, é de ser mantida a indenização arbitrada no Juízo a quo, baseada no laudo do perito devidamente elaborado e fundamentado, não infirmado por prova concludente em contrário.

Reconhecido direito da expropriada à compensação do deságio dos títulos da dívida agrária, à conta de indenização da terra nua, condicionado o percentual respectivo e critério de cálculo ao apurado em liquidação, na forma da lei, em face da ausência de prova técnica hábil, nesta fase de conhecimento.

Mantido o percentual da verba advocatícia.

Reduzidos os honorários do perito para Cz\$ 30.000,00 (trinta mil cruzados).

Deu-se provimento parcial ao agravo da União para reduzir os honorários do perito ao quantum acima, proveu-se em parte o recurso da expropriada, nos termos do voto do Relator, e negou-se provimento à apelação da expropriante.

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 parcial ao agravo da União, prover parcialmente o recurso da expropriada, e negar provimento à apelação da expropriante, 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 abril de 1986.

SEBASTIÃO REIS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: A União Federal ajuíza a presente ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, na forma dos artigos 18, letras *a*, *b*, *c*, *d* e 20, itens I e V, da Lei nº 4.504/64, tendo por objeto a área integrante dos lotes 6, 7 e 8, do loteamento «Fazenda Extrema», de propriedade de Odícia Conceição de Fátima Moraes, situada no Município de Nazaré, no Estado de Goiás, com a superfície de 7.100,6878 ha, mais as benfeitorias descritas no laudo administrativo de fls 21/2, excluído os semoventes, máquinas, implementos agrícolas e benfeitorias indicadas no item 2.3 da inicial, mediante a oferta da importância correspondente ao preço da terra nua atualizado de Cr\$ 34.326.960, representada por 281 títulos de dívida agrária, ao portador, com valor nominal de Cr\$ 50,00 (cinquenta cruzeiros), reajustado para Cr\$ 122.160, valor esse complementado (sobra-emissão), em moeda corrente, pela quantia de Cr\$ 93.226, perfazendo o valor de Cr\$ 34.420.186, acrescida da parcela, em dinheiro, do valor atualizado das benfeitorias, no montante de Cr\$ 72.148.606, referente a 2.953,03 ORTNs, depósito no total de Cr\$ 106.568.792, (fls. 36/7) valores de acordo com a linguagem monetária da época, tudo conforme documentação junta.

Converteu-se o depósito em pagamento, seguindo-se a imissão provisória e o registro imobiliário, conforme requerido na inicial (fls. 38, 164/190).

Respondeu a expropriada, opondo à insuficiência da oferta, por irrisória e não representar o justo valor das terras que são fertilíssimas, nem das benfeitorias necessárias à utilização e exploração do imóvel rural, pretendendo a indenização das pastagens e matas naturais; reportando-se a precedentes, no particular; pede lucros cessantes, reparação do deságio dos títulos agrários e nos acessórios da condenação, realizou-se perícia avaliatória, com laudos às fls. 221/69 e 276/9, um, do perito, subscrito pelo assistente da expropriada, outro, do louvado do expropriante, em complementação; agravo retido interposto pela União à fl. 291.

O MM. Juiz Federal a quo julgou procedente a ação, fixando a indenização respectiva em Cr\$ 1.624.136,139, em títulos especiais da dívida pública, no tocante à terra nua, e Cr\$ 138.938,295, em moeda corrente, no alusivo às benfeitorias, mas juros compensatórios de 12% ao ano, contados da imissão início litis (26-2-85), calculados sobre o valor não corrigidos monetariamente, até a data do laudo pericial (12-3-85), daí passando a incidir sobre o valor corrigido até o pagamento, juros de mora de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença, se houver retardamento no pagamento do preço, honorários de advogado de 5% sobre a diferença entre a oferta e o valor corrigido da indenização, incluídas as parcelas aos juros de mora e compensatórios, honorários do perito, já arbitrados em Cr\$ 50.000.000 e antecipado pela expropriada, honorários do assistente técnico da ré, a ser arbitrado em liquidação.

Apelam as partes, a expropriada, pretendendo a elevação do valor da terra nua, com base em documentos constantes dos autos, insiste na cobertura do deságio dos títulos, requer a majoração do percentual da honorária advocatícia e a observância da Súmula nº 617 do Pretório excelso, enquanto a expropriante pugna pela prevalência do laudo do seu louvado e reporta-se ao agravo retido; instruído os recursos, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso da União e do agravo retido e improvemento da apelação da expropriada.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Ambas as partes pretendem, primeiramente, a revisão do quantum indenizatório fixado na sentença, a expropriada, requerendo sua elevação, com fulcro em documentos oferecidos, e a expropriante, postulando sua redução arrimando-se na estimativa do seu louvado.

Neste particular, a r. sentença de primeiro grau, ao inclinar-se pela avaliação do perito, ponderou (fl. 322):

«Para a avaliação, o subsídio mais valioso é a prova pericial. No caso presente, o perito oficial examinou, minuciosamente, com muito critério, todos os requisitos necessários à fixação do justo preço. Seu laudo está suficientemente fundamentado. Houve concordância do assistente técnico da expropriada.

O perito da expropriante discorda do valor atribuído à terra nua, alegando desvalorização decorrente da tensão social reinante na região. É de se destacar, no entanto, que a presença de posseiros na área não decorreu de ato da expropriada. Ao contrário, noticiam os autos seu persistente e baldado esforço, inclusive buscando as vias judiciais, para reverter a situação à normalidade. Não pode ser penalizada duas vezes: com a expropriação e com a depreciação».

A expropriada argüi haver o Juízo a quo, desconsiderado sua resposta e dos esclarecimentos trazidos em audiência, ao desprezar valores de propriedades rurais vizinhas e, principalmente o preço alcançado pela recorrente para a área remanescente, de 2.500 ha, à razão de Cr\$ 480.000/ha (doc. junto), enquanto na espécie (7.100.68,78 ha) a indenização arbitrada corresponde a Cr\$ 228.469/ha, em média; as certidões (doc. 2/6) de propriedades da vizinha Comarca de Araguaína demonstram a média de Cr\$ 700.000/ha, em cinco transações imobiliárias, e, ainda, certidão da Comarca de Ananás, mais distante, à razão de Cr\$ 309.585 o hectare.

Sob esse aspecto, de início, é de assentar-se que o laudo do perito, adotado na sentença, foi subscrito pelo próprio louvado da expropriada; de outro lado, a avaliação do «expert» oficial esteia-se em pesquisa processada, junto a fazendeiros, bancos, órgãos oficiais (fls. 243 e segs.), ante a ausência de transações recentes em Nazaré e Tocantinópolis (fl. 235); outrossim, os esclarecimentos prestados pelo perito e assistente da ré (fls. 297/8) são convergentes no sentido de não disporem de elementos de confronto, quanto aos terrenos situados em Araguaína e Ananás, considerando, ainda, a distância e situação entre aqueles municípios e o de Nazaré; por fim, o compromisso particular de compra e venda, relativamente ao remanescente da área exproprianda, por si só, é insuficiente para infirmar a pesquisa do perito, mesmo porque, como fixado nos autos, na região a área maior — a exproprianda — é de valor inferior à menor — a remanescente.

Paralelamente, no concernente à apelação da União, que procura apoio na estimativa do seu louvado, quanto à terra nua e benfeitorias, reporto-me às considerações da sentença transcritas e aos dados e fundamentos do laudo do perito, não abalados, em sua essência, por prova concludente em contrário; aliás, o assistente da expropriante não indica as fontes em que se louvou para a estimativa alvitrada, quanto à terra nua, e seus reparos, relativamente à «casa de madeira» desprocedem, porquanto o perito se louvou na situação preexistente à imissão de posse (fl. 7).

Confirmo, assim, a indenização arbitrada na sentença, à conta da terra nua e benfeitorias.

No que concerne à cobertura do deságio dos títulos da dívida agrária, na AC nº 103.752, nesta egrégia Turma, secundeí voto do Relator Ministro Torreão Braz, deferitório da pretensão, havendo, na oportunidade, ponderado S. Exa.:

«O perito verificou junto a corretoras do mercado um deságio médio de 40% (quarenta por cento) para o Título da dívida agrária com prazo entre dois e cinco anos (fls. 196/197 e 406/407). Essa depreciação há de ser compensada, pois, do contrário, o que os expropriados receberem em títulos especiais não expressará a justa indenização exigida pelo texto constitucional. «Se os títulos especiais da dívida pública — nota de Pontes de Miranda («Comen-

tários à Constituição de 1967, com a Emenda nº I, de 1969», RT, 2ª ed., Tomo VI, pág. 52) — estão desvalorizados, os donos do bem desapropriado podem exigir o reajuste, além da correção monetária».

Na espécie, em princípio, é de prevalecer a mesma tese, mas, enquanto ali o pedido foi deferido com fulcro em prova técnica (perícia), aqui a prova simplesmente documental é insuficiente para fixação do percentual próprio, pelo que concedo o requerido, mas condiciono o percentual a ser adotado e critério de cálculo ao apurado em líquido, na forma da lei.

Quanto ao percentual da verba advocatícia (5%), mantenho-o considerando o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, por ser vencida a Fazenda Pública, a natureza especial da ação e o alto vulto da indenização, sem prejuízo da observância da Súmula nº 617 do alto Pretório, como ressalva a própria recorrente.

Por fim, aprecio o agravo retido de fl. 291, da expropriante, não o tendo feito, antes por versar questão prejudicial.

Ao propósito, acentua o agravante (fl. 292):

«De seu lado, verifica-se que a Lei nº 6.032, de 30-4-74, na parte referente à Tabela V — Das Avaliações», inciso II, letra d, estipula que, tratando-se de bens avaliados em mais de (10) dez salários mínimos (caso em tela), os honorários deverão corresponder a 1% (um por cento) do valor do bem avaliado, aludindo-se, nas observações sobre essa tabela, que o Juiz levará em conta o valor da causa, as condições financeiras das partes, a natureza, a complexidade e as dificuldades da perícia, o tempo a ser despendido para sua realização e o salário do mercado de trabalho local.

Cotejando-se todos esses dados, insta analisar o valor fixado que gira em torno de 2,8% do valor encontrado pelo perito oficial para os bens desapropriados, que referido experto avaliou em Cr\$ 1.763.074.434, bem acima, portanto, do índice legal».

«Vejamos então:

a) Distância a percorrer: embora, de fato, tenha percorrido uma distância razoável (3.200 Km, ida e volta), é de se informar que grande parte da mesma foi realizada por avião, gratuitamente fornecido pela expropriante, numa viagem de no máximo três horas, com todo conforto que esse tipo de transporte proporciona. Seria diferente se se tivesse utilizado de caminhão, lombo de burro (como se fazia há anos atrás), ou outras formas desgastantes que, aí sim, justificariam um tratamento mais elástico. De avião, não vemos justificativa».

.....

c) Mercado de trabalho/complexidade/tempo despendido: com relação a esses pontos, que preferimos analisar englobadamente, verifica-se o seguinte: os trabalhos duraram (5) cinco dias, ou seja, do dia 7-3 (fl. 222) a 13-3-85 (fls. 221 e 234). Dividindo-se Cr\$ 50.000.000, por cinco, chegaríamos a um valor diário de Cr\$ 10.000.000, os quais, multiplicados por 30 (trinta) daria um valor mensal de Cr\$ 300.000.000 (trezentos milhões de cruzeiros). Ora, não nos parece crível que, num mercado de trabalho tão desgastado, como o da atual fase em que vivemos, com o desemprego ainda rondando milhares de trabalhadores, que o valor médio do mercado de trabalho de um engenheiro-avaliador chegue a montante tão absurdo! Também não houve qualquer complexidade em seu trabalho, em que pese o fato de sua cuidadosa elaboração, tratando-se de serviço corriqueiro, momentê para quem, há anos, vem prestando os mesmos serviços para esta Justiça Federal. Nesse particular, o próprio tempo gasto, tão-somente cinco dias, desfaz qualquer dúvida a respeito».

À luz dessas ponderações e considerando a faculdade estabelecida no item 2 das observações à Tabela referida, reduzo os honorários do perito para Cz\$ 30.000,00 (trinta mil cruzados).

Dou provimento parcial ao agravo da União, para reduzir os honorários do perito ao **quantum** acima, provejo em parte, o recurso da expropriada, nos termos acima enunciados, e nego provimento à apelação da expropriante.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, levando em consideração que a orientação da 5ª Turma é no sentido de que o valor da indenização, em regra, tem sido de acordo com o laudo do perito oficial. E, no caso concreto, com muito maior razão, pois se trata de laudo do perito oficial ratificado, chancelado pelos dos expropriados, esse é outro ponto fundamental.

Na questão da depreciação, no que diz respeito à reparação, também estou de pleno acordo com o voto do eminente Ministro Relator, porque será apurada, em liquidação, e, como também na questão dos honorários, levando em consideração que a União é parte vencida, e no montante da indenização, acho razoável os 5%.

Acompanho o Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 103.834 — GO — (Reg. nº 7.211.554) — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Reis Aptes.: Odícia Conceição de Fátima Moraes e União Federal. Apdos: Os mesmos. Agravo retido União Federal (fl. 291). Adv.: Dr. Gildo Corrêa Ferraz.

Sustentação Oral: Pela apelante, Odícia Conceição de Fátima Moraes, o Dr. Gildo Corrêa Ferraz.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento parcial ao agravo da União, proveu-se parcialmente o recurso da expropriada, e negou-se provimento à apelação da expropriante. (Em 28-4-86 — 5ª Turma).

Votaram, de acordo com o Relator, os Senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 105.358 — RS
(Registro nº 4.979.311)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Apelante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Apelados: *Luiz Carlos Curt Widmann e cônjuge*

Advogados: *Drs. Oswaldo Samurio e outros (apte.), Nelson Dirceu Fensterseifer e outros (apdos.)*

EMENTA: Civil. Contrato de financiamento de imóvel. Quitação. Saldo devedor.

I — Afigura-se incensurável a respeitável sentença monocrática, que julgou procedente a ação declaratória de quitação da dívida cumulada com extinção de hipoteca, se exsurge dos autos que os mutuários efetuaram o pagamento das 120 prestações mensais consecutivas e reajustáveis, oriundas da escritura de financiamento e mútuo com garantia hipotecária realizado com a Caixa Econômica Federal.

II — O saldo devedor, porventura existente, após o recolhimento das 120 prestações, será resgatado pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

III — Apelação desprovida.

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, 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 novembro de 1985.

TORREÃO BRAZ, Presidente. GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: O culto Magistrado de primeira instância sumariou a controvérsia, nos seguintes termos:

«Luiz Carlos Curt Weidmann e sua esposa Ethel Maria Weidmann ingressam com a presente ação declaratória de quitação de dívida cumulada com extinção de hipoteca, contra a Caixa Econômica Federal, para ver extinto o

contrato de hipoteca de imóvel de sua propriedade na cidade de Lajeado — RS, por já terem pago as 120 prestações do empréstimo, conforme carnês emitidos pela ré, negando esta a quitação do débito e extinção da garantia sob alegação de erro no cálculo dos valores das prestações mensais.

A inicial vem acompanhada dos documentos de fls. 6 a 43, instrumento de mandato, escritura de financiamento e recibos quitados relativos às 120 prestações mensais de débito. Contestação às fls. 59/63, com o instrumento de mandato de fl. 64.

Alega a ré que, ao ser procedida uma revisão, foi apurado que em decorrência da aplicação equivocada do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES) na prestação inicial, o mutuário começou a amortizar sua dívida com uma prestação de capital e juros de Cr\$ 198,82, quando o correto seria Cr\$ 219,15. Após o crédito da última parcela do financiamento, em 7-7-71, a prestação deveria ser acrescida do CES equivalente a 1,081 (julho/71) e não 0,979 (janeiro/71) como ocorreu. Entende, portanto, que ao longo de todo o prazo contratual, as prestações pagas pelos autores foram sensivelmente menores do que as realmente devidas, o que fez com que o empréstimo não se liquidasse no prazo previsto.

Informa, outrossim, que diante de tal situação, excluído o saldo devedor normal que será quitado com recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais, em montante equivalente a 32,70825 UPCs, resta um saldo sob responsabilidade dos autores de 77,70358 UPCs, razão por que tratando-se de contrato bilateral impossibilita a quitação enquanto não paga a diferença. Traz a colação trechos da doutrina sobre o erro de cálculo na execução de contratos.

Réplica à fl. 71, onde os autores, em preliminar, argüem a intempestividade da contestação por ter sido apresentada após citação por esta Justiça Federal e não quando da citação inicial no Juízo Estadual onde a ré apenas argüiu exceção de incompetência quando lhe sobravam 6 (seis) dias de prazo de contestação, tendo efetivado apenas 17 dias após a nova citação, prazo superior aos 6 (seis) que lhe restavam. À fl. 76, despacho irrecorrido que considerou tempestiva a contestação da ré. À fl. 79 a ré protesta por julgamento antecipado da lide e os autores, intimados para tanto, quedaram-se em silêncio». (Fls. 81/82).

Em seguida, o ilustre Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Jirair Aram Megueriam, julgou procedente a demanda, ante a insuficiência de provas que demonstrassem qualquer indício de erro nos cálculos das prestações hipotecárias. Declarou, ainda, o débito relativo ao contrato de financiamento quitado, ressalvando a parcela ressarcida pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, e extinta a hipoteca. Condenou, afinal, a Caixa Econômica Federal no pagamento de honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa, devidamente corrigido (Lei nº 6.899/81, e custas processuais (fls. 82/84 e 94).

Inconformada, a Caixa Econômica Federal recorreu (fls. 95/98), tempestivamente, pleiteando a reforma da sentença monocrática, com base nos mesmos argumentos desenvolvidos em primeira instância.

Devidamente contra-arrazoado (fls. 102/104), efetuado o preparo, subiram os autos a esta egrégia Corte.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

VOTO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O insigne prolator da sentença monocrática dirimiu a lide, com a seguinte fundamentação, in litterim:

«Decidida a preliminar relativa à revelia, resta ao Juízo julgar o merito da questão, que se resume em saber se é o devedor responsável por saldo devedor da dívida total se as prestações são estabelecidas pelo próprio credor.

Num exercício de lógica aliada aos aspectos jurídicos de estarmos diante de um erro de cálculo, obviamente, caberia aos autores pagar a diferença, não porém em UPC, já que se não pagaram na época própria, mês a mês, foi por exclusiva culpa da ré; deveria, portanto, a Caixa Econômica Federal estabelecer o valor de cada mês da diferença, em moeda corrente e, ao depois somar tais 120 valores, sem nenhum reajuste ou equivalência em UPC e cobrar o total. Na hipótese, consolidado o valor em abril de 1982, data do ajuizamento, caberia a atualização somente no período a partir desta data, quando inequivocadamente os autores sabiam que havia um saldo até a do efetivo pagamento, sendo ilegítima a cobrança em UPC (77,70358 UPCs). Por outro lado, irrelevante a alegação da ré de que os valores da escritura são meramente estimativos, pois a única exceção se refere à correção trimestral que não se discute no feito (fl. 7 verso — cláusula quinta).

No entanto, no exame dos autos, verifico que a ré não exhibe sequer um início de prova ou de cálculo que demonstre o erro no estabelecimento da prestação inicial, nem esboça demonstrativo da necessidade do CEES de 1,081 e não 0,979 como alega na contestação. Instado a requerer ou exhibir outras provas (fls. 77/8) preferiu o julgamento antecipado (fl. 79), precluindo assim a oportunidade processual de instruir o alegado na contestação.

Assim, se a própria ré, por seus setores próprios, especializados nos cálculos de prestações hipotecárias, emitiu os carnês nos valores que foram pagos e depois em contestação, pelo seu setor jurídico, sem respaldo em qualquer tipo de indício, alega que houve erro, é de se afastar tal alegação.

Pelo exposto, à míngua de provas que demonstrassem o alegado pela ré, julgo procedente a presente ação para declarar que o débito relativo ao contrato de financiamento do objeto da lide está quitado, ressalvada a parcela a ser ressarcida pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, e a hipoteca pertinente extinta.

Transitada em julgado, a sentença valerá para cancelamento da inscrição da garantia real» (fls. 82/84).

Creio que o **decisum** merece ser confirmado.

Examinando a escritura de financiamento e mútuo com garantia hipotecária realizada pela Caixa Econômica Federal e os apelados (fls. 7/9 e 10/13), afere-se que os mutuários se obrigaram a resgatar o empréstimo em 120 prestações mensais, consecutivas e reajustáveis.

Em contrapartida, constata-se, às fls. 13/43, que os mutuários efetuaram o pagamento das mencionadas 120 prestações, recolhendo os valores estimados, ou melhor, fixados, pela credora.

A Caixa Econômica Federal se nega a conceder a quitação do aludido contrato sob a alegação de que ainda existia débito de responsabilidade dos mutuários, em razão de as 120 prestações terem sido pagas em valor inferior ao que realmente era devido.

Creio que a pretensão da apelante não merece prosperar, ante os seguintes argumentos:

Em primeiro, porque as prestações pagas pelos mutuários foram fixadas pela própria credora, isto é, a Caixa Econômica Federal, o que nos leva a presumir que os valores estipulados estavam corretos.

Em segundo, porque a Caixa Econômica Federal, instada a indicar provas, onde poderia comprovar o mencionado erro, opinou pelo julgamento antecipado da lide.

Em terceiro, porque a apelante se obrigou a dar quitação aos apelados, no término do prazo e pagas todas as 120 prestações, ficando ressalvado que o saldo devedor, porventura existente, seria pago pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

Destarte, inexistindo prova nos autos que demonstre o recolhimento a menor das prestações, bem como em decorrência do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), que cobriria o saldo devedor, porventura existente, tenho que a respeitável sentença monocrática merece ser confirmada, em sua douda conclusão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 105.358 — RS — (Reg. nº 4.979.311) — Rel.: O Sr. Min. Geraldo Sobral. Apte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Apdos.: Luis Carlos Curt Weidmann e cônjuge. Adv.: Drs. Oswaldo Samurio e outros (apte.), Nelson Dirceu Fensterseifer e outros (apdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 27-11-85 — 5ª Turma).

Os senhores Ministros Torreão Braz e Pedro Acioji votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.153 — RJ
(Registro nº 6.222.285)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Remetente: *Juízo Federal da 18ª Vara — RJ*

Apelante: *Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS*

Apelada: *Aeroquip Sulamericana Indústria e Comércio S/A*

Advogados: *Drs. Francisco Filippo e outro (apte.) e Paulo Fernandes Vieira e outro (apda.)*

EMENTA: Processual Civil e Tributário. Repetição do indébito. Seguro de Acidentes do Trabalho. Tarifação individual. Lei nova. Direito adquirido. Decadência e prescrição. Remessa Ex Officio. Descabimento.

I — Se a autora, durante a vigência da Lei nº 5.316/67 e do Decreto nº 61.784/67, vinha recolhendo contribuições para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho, com base em tarifação individual, em caráter definitivo, a superveniência da Lei nº 6.367/76 e do Decreto nº 79.037/76 não incidem sobre a autora, durante o prazo estipulado na lei anterior, em respeito ao direito adquirido.

II — In casu, a presente repetição de indébito merece prosperar, haja vista que a Suprema Corte reconheceu o direito adquirido da autora e não se operou a decadência, nem, muito menos, a prescrição.

III — «O duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II) é aplicável quando se trata de sentença proferida contra a União, o Estado e o município, só incidindo em relação às autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (CPC, art. 475, inciso III).» Súmula nº 34 do TFR.

IV — Remessa Ex Officio não conhecida. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da remessa e 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, 9 de dezembro de 1985.

TORREÃO BRAZ; Presidente. **GERALDO SOBRAL,** Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: Aeroquip Sulamericana Indústria e Comércio S/A ajuizou ação ordinária de repetição de indébito contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), objetivando ver restituídas as quantias que recolheu, a maior, para a autarquia federal, a título de contribuições para custeio de Seguro de Acidente do Trabalho, acrescidas de juros moratórios e correção monetária.

A autora, em termos sucintos, expõe que impetrou, em 1977, Mandado de Segurança contra o Secretário de Arrecadação e Fiscalização do IAPAS, com o fim precípuo de ver protegido o seu direito adquirido de recolher a contribuição do Seguro de Acidente do Trabalho com a taxa de 0,80%, que lhe havia sido fixado por prazo certo e como tarificação individual definitiva. A segurança foi concedida em primeiro grau e, posteriormente, cassada por esta egrégia Corte. Inconformada, a autora utilizou-se do Recurso Extraordinário, obtendo êxito perante a Suprema Corte. Como durante o período de janeiro de 1977 a maio de 1979 o IAPAS exigiu que a autora recolhesse a aludida contribuição, no percentual de 2,50%, busca, por intermédio da presente demanda, reaver as quantias recolhidas indevidamente. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 4/70.

Devidamente citado, o IAPAS ofereceu contestação (fls. 76/80), alegando, preliminarmente, a ocorrência de prescrição. No mérito, a autarquia previdenciária aduziu que a autora não possui direito adquirido, pois a tarificação individual era concedida em caráter precário, podendo ser alterada. Pondera que, com o advento da lei nova (Lei nº 6.367/76), que alterou a contribuição para custeio de Seguro de Acidente do Trabalho, não houve recolhimento indevido. Pediu a improcedência da ação. Juntou os documentos de fls. 81/93.

Réplica da autora às fls. 95/97.

O MM. Juiz Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, após afastar a prescrição, julgou procedente o pedido e condenou o IAPAS a restituir à autora os pagamentos efetuados a maior, relativos às contribuições do Seguro de Acidente do Trabalho, acrescidos de juros moratórios e correção monetária. Condenou, ainda, a autarquia federal em honorários advocatícios de 10% do valor da execução e submeteu o *decisum* ao reexame necessário (fls. 107/109).

Irresignado, o IAPAS recorreu (fls. 111/113), tempestivamente, pleiteando, em preliminar, a uniformização de jurisprudência. No mérito, argüiu a decadência e reiterou a mesma tese desenvolvida em primeira instância.

Recebido o recurso (fls. 111/113), advieram as contra-razões de fls. 115/118, onde a autora pleiteia a manutenção da sentença monocrática.

Subiram os autos a esta egrégia Corte, por força da remessa oficial e da apelação interposta.

Dispensei a revisão (art. 33, IX, do RI/TFR).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Como ficou mencionado no relatório, cuida-se de ação ordinária de repetição de indébito, ajuizada contra autarquia federal. Por conseguinte, não conheço da remessa oficial, nos termos da Súmula nº 34, desta egrégia Corte, *in verbis*:

«O duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, II) é aplicável quando se trata de sentença proferida contra a União, o Estado e o município, só incidindo, em relação às autarquias, quando estas forem sucumbentes na execução da dívida ativa (CPC, art. 475, III).»

Com relação à apelação interposta pelo IAPAS, creio que o recurso não merece prosperar.

O ilustre Magistrado de primeira instância, assim decidiu a controvérsia:

«Em 1977, a autora impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Secretário de Arrecadação e Fiscalização do INPS, visando garantir a fixação de tarifas individuais de custeio do Seguro de Acidente do Trabalho, vigentes por um triênio. Foi concedida a medida liminar e finalmente a segurança pleiteada, conforme sentença de fls. 6/28.

O Tribunal Federal de Recursos reformou a sentença, restabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, com a ementa assim redigida:

«EMENTA: Previdência Social. Seguro de Acidente do Trabalho.

Concedida a tarifação individual, em caráter definitivo, não incide sobre ela a lei nova, que a revogou, por força do direito adquirido (RE nº 94.288 — Pleno).

RE conhecido e provido.»

Este Acórdão foi publicado no *Diário da Justiça* de 14-12-82.

O prazo é prescricional e ficou suspenso com a propositura do Mandado de Segurança, voltando a correr após o trânsito em julgado.

Esta ação foi distribuída em 30-7-84, antes, portanto, de estar prescrito o direito da autora.

Trata-se apenas de cumprir decisão transitada em julgado, oriunda da mais alta Corte de Justiça do País, não cabendo mais discussão sobre o mérito.

Nas hipóteses de repetição de indébito, a jurisprudência admite que a correção monetária deverá incidir a partir de cada recolhimento indevido, da mesma forma em que é feita a cobrança dos débitos da Fazenda. O pedido, porém, deverá ser expresso nesse sentido, o que não ocorre no caso, onde foi pedido simplesmente a correção monetária.

O valor exato da restituição deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Isto posto, julgo procedente o pedido para condenar o IAPAS a restituir à autora os pagamentos efetuados a maior, relativos às contribuições do Seguro de Acidente do Trabalho, conforme o constante das guias de recolhimento de fls. 47/66, como se apurar em liquidação, acrescida de juros, correção monetária (Lei nº 6.899/81) e honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor da execução.» (fls. 108/109).

Incensurável a douta fundamentação desenvolvida pelo ilustre prolator da sentença monocrática, a qual adoto integralmente.

Compulsando os autos (fls. 42/70), afere-se que as contribuições recolhidas a maior, se deram no período de janeiro de 1977 a maio de 1979. Apura-se, ainda, que a autora, objetivando resguardar o seu direito adquirido, impetrou Mandado de Segurança em 1977, e obteve decisão definitiva favorável, proferida pela Suprema Corte, em novembro de 1982 (fl. 38). Constata-se, por último, que a autora pleiteou a restituição das quantias recolhidas indevidamente, em julho de 1984, portanto, não há que se falar em decadência, nem, muito menos, em prescrição.

No que pertine ao pedido de instauração de Incidente Uniformização de Jurisprudência formulado pelo IAPAS, creio que o mesmo não merece ser atendido.

A Suprema Corte já firmou orientação jurisprudencial acerca da matéria sub *judice*, como podemos aferir dos seguintes julgados:

«Previdência Social. Seguro de Acidente de Trabalho. Tarifação individual. Lei nova (inaplicação). Direito adquirido. A fixação da tarifa individual, em caráter definitivo, com vigência determinada, é representativa de um ato administrativo perfeito e eficaz, em conformidade com a legislação contemporânea, não podendo a lei nova afetar a situação jurídica assim definida, por constituir um direito adquirido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.» (Recurso Extraordinário nº 94.288—RJ, Rel.: Min. Rafael Mayer, Tribunal Pleno, julgado em 2-8-82, RTJ 102, págs. 1142/1157).

«Recurso Extraordinário.

1. Previdência Social. Contribuições com base em tarificação individual, denominada «provisória», na vigência da Lei nº 5.316/67 e do Decreto nº 61.784/67. No julgamento dos Recursos Extraordinários nº 94.765 e 94.288, ambos do Rio de Janeiro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação, quanto à aplicação imediata da Lei nº 6.367/76, em vigor a partir de 1 de janeiro de 1977, em se tratando de hipóteses de tarificações individuais ainda provisória, à data da lei nova, garantindo-se, entretanto, às empresas prosseguirem contribuindo, com base no regime anterior previsto na Lei nº 5.316/67, até o término do prazo de três anos, desde que se cogite de tarificações individuais, já tornadas definitivas, por ato da autoridade previdenciária, em data anterior ao advento da Lei nº 6.367/76. Inexistência, no caso, de ofensa ao art. 153, § 3º, da Constituição, por se tratar da primeira hipótese.

2. Recurso Extraordinário não conhecido.» (Recurso Extraordinário nº 94.566—RJ, Rel.: Min. Néri da Silveira, 1ª Turma, votação unânime, julgado em 3-8-82, RTJ nº 105, págs. 248/250).

«Tarificação individual da contribuição de seguro de Acidente do Trabalho, concedida, em caráter definitivo, por prazo certo, havendo, pois, direito adquirido à sua permanência, nesse prazo, não se admitindo que lei posterior o derroque, conforme a jurisprudência da Corte.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.» (Recurso Extraordinário nº 101.335-4—SP, Rel.: Min. Oscar Corrêa, 1ª Turma, votação unânime, julgado em 1-3-84, *DJ* de 30-3-84).

«Previdência Social. Acidentes do Trabalho. Tarificação individual. Concessão definitiva, por prazo certo, no regime da lei anterior, não podia ser suprimida pela superveniência da Lei nº 6.367/76.» (Recurso Extraordinário nº 96.832-6—SP, Rel. Min. Décio Miranda, 2ª Turma, votação unânime, julgado em 12-6-84, *DJ* de 29-6-84).

Esta egrégia 5ª Turma vem adotando a mesma orientação jurisprudencial do Pretório excelso, como podemos aferir dos seguintes arestos:

«Previdência Social. Seguro de Acidente do Trabalho. Tarificação individual. Lei nova. Direito adquirido. Restituição.

O alto Pretório, através de seu Plenário, já fixou orientação, partindo do destaque entre «tarificação provisória» e «tarificação definitiva», admitindo, na primeira hipótese, a aplicação da lei nova às situações em curso, e a prevalência do direito adquirido, na segunda (RE nº 94.566 — RTJ 105/247).

Na espécie, cuida-se de tarificação individual definitiva, anteriormente fixada — Leis nºs 5.316/67 e 6.367/76.

Decadência do direito de pedir restituição acolhida parcialmente (art. 168 do CTN).

Negou-se provimento a ambos os recursos.» (Apelação Cível nº 87.432—MG (Reg. nº 5.585.902), Rel. Min. Sebastião Reis, julgada em 7-5-84, *DJ* de 7-6-84, votação unânime).

«Seguro de Acidente do Trabalho. Tarifação individual de custeio. Direito adquirido. Lei nº 5.316/67 e Lei nº 6.367/76. Precedentes do STF.

I — A lei nova não pode ter efeitos *ex tunc*, em atenção à regra jurídica constitucional de garantia, nem ferir direitos adquiridos — CF, art. 153, § 3º, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 2º.

II — Em se tratando de tarifação individual deferida por prazo certo e em caráter definitivo — Lei nº 5.316/67 — há direito adquirido a ela, não podendo lei posterior modificar esse sistema de tarifação, qual seja, a Lei nº 6.367/76.

III — Precedentes do STF. Apelação provida.» (Apelação em Mandado de Segurança nº 97.527—RJ — (Reg. nº 2.558.688), Rel. Min. Pedro Acioli, julgada em 8-5-85, *DJ* de 13-6-85, votação unânime).

Rejeito, por conseguinte, a pedido formulado pelo IAPAS de suscitar Incidente de Uniformização de Jurisprudência sobre a presente matéria.

Em suma, não tendo ocorrido decadência ou prescrição, restringido-se a autora a pedir a restituição de quantias pagas indevidamente, creio que o *decisum* merece ser confirmado em sua doutra conclusão.

Ante o exposto, não conheço da Remessa *Ex Officio* e nego provimento à apelação.
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 106.153 — RJ — (Reg. nº 6.222.285) — Rel.: O Sr. Min. Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 18ª Vara—RJ. Apte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apda.: Aeroquip Sulamericana Indústria e Comércio S/A. Advs.: Drs. Francisco Filippo e outro (apte.) e Paulo Fernandes Vieira e outro (apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da remessa e negou provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 9-12-85 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.774 — SP
(Registro nº 4.243.544)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Remetente: *Juízo Federal da 16ª Vara — SP*

Apelante: *Companhia Energética de São Paulo — CESP*

Apelados: *Tarquino Marques Ferreira e outros*

Advogados: *Drs. Cássio Paoletti Júnior, Abel Baptista de Oliveira Filho e outros*

EMENTA: Servidão de passagem de linha de transmissão de energia elétrica. Indenização.

A indenização da servidão deve corresponder ao prejuízo sofrido pelo imóvel, não se justificando a fixação de um percentual imutável sobre o valor do bem serviente.

Percentual, no caso, que atende à depreciação do imóvel.

O erro material previsto no art. 463 do CPC é o erro aritmético que não influi na substância do julgado e só pode ser corrigido pelo Juiz que proferiu a sentença.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa de ofício, 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 abril de 1986.

TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: A Dra. Juíza Federal da 16ª Vara de São Paulo expôs a controvérsia nestes termos (fl. 354):

«Companhia energética de São Paulo — CESP, qualificada na inicial, propôs a presente ação de constituição de servidão de passagem contra Tarquino Marques Ferreira e outros, visando à construção de linha de transmis-

são; assim, diz necessitar da gleba localizada no Município de Bragança Paulista, declarada de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 84.519/80; alegando urgência, requereu, ainda, a imissão provisória na posse, mediante o depósito da importância mencionada na inicial.

À inicial acostaram-se os documentos de fls. 5/39. Auto de imissão provisória na posse em 10-12-81, à fl. 43. Apresentada a contestação, acompanhada dos documentos (fls. 45/50), houve protesto pela justa indenização.

Réplica à contestação (fls. 52/55).

Despacho saneador (fl. 58) irrecorrido.

Laudo do Sr. perito judicial às fls. 72/123. Laudos divergentes dos assistentes técnicos da expropriante e expropriados às fls. 136/268 e fls. 270/282, respectivamente.

Audiência de instrução e julgamento atermada à fl. 275/vº, onde as partes aduziram suas razões finais.»

A sentença julgou a ação procedente e condenou a expropriante a pagar, pela servidão, a quantia de Cr\$ 17.950.920, deduzida a oferta inicial, ambas corrigidas, além de juros compensatórios e moratórios fixados na conformidade das Súmulas nºs 74 e 70 deste eg. TFR, e honorários de advogado de 10%, incidentes sobre a diferença entre a quantia apurada na liquidação e a ofertada.

Houve remessa de ofício e apelação da expropriante, objetivando a fixação da indenização em 20% (vinte por cento) do valor venal da gleba (fls. 357/359).

Contra-razões às fls. 361/363.

Ê o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): O laudo do perito oficial (fls. 73/123), para chegar à estimativa que veio de ser acolhida pela sentença, louvou-se na circunstância de estar o imóvel situado em local de acentuada valorização, com as áreas adjacentes ocupadas por loteamentos urbanos.

Ademais utilizou-se do método comparativo, colacionando valores atribuídos a glebas iguais ou similares.

Bem fundamentado, o trabalho do vistor oficial reflete a realidade do mercado imobiliário na região e conferiu à gleba o valor que os seus proprietários obteriam em transação normal.

A respeito da alíquota de 65%, contra a qual se insurge a apelante, o referido perito justificou satisfatoriamente a sua adoção (fls. 93/96) *in verbis*:

«Antigamente, as desapropriações, em casos de passagem de linha de transmissão de energia elétrica, em imóveis de acordo com a legislação então vigente, eram entendidas dentro do espírito da adoção do critério de indenização total do valor da terra (terreno), mais benfeitorias por parte da empresa concessionária de serviços de eletricidade, cabendo a esta o pleno domínio de toda a faixa atingida pela passagem da linha e, portanto, suscetível à indenização global da área a ser expropriada. Em linhas gerais, isto quer dizer que a empresa concessionária comprava a faixa de terras (terreno), mais benfeitorias, se existentes, concernente à instituição da necessidade de passagem da linha de transmissão.

Mais recentemente, passou-se a utilizar na esfera governamental o termo servidão pura e simples do espaço aéreo e, com sua utilização constante nesse sentido, a sua denominação tornou-se genérica em ações judiciais a esse respeito.

Pelos atos declaratórios de utilidade pública, são as seguintes condições específicas impostas por tais decretos:

a) fica a empresa concessionária autorizada a praticar todos os atos que se tornarem necessários para a construção, conservação e ampliação das linhas de transmissão e linhas auxiliares telegráficas e telefônicas, dentro da faixa, inclusive o de abrir caminhos de acesso;

b) fica vedado ao expropriado o direito de praticar quaisquer atos que venham a perturbar ou prejudicar o perfeito funcionamento das linhas, especialmente o de construir sobre a faixa ou de plantar árvores de elevado porte;

c) ainda reserva-se o direito de penetrar na propriedade sempre que julgar necessário.

Assim, denota-se que a empresa concessionária não especifica claramente as suas pretensões, ao colocar as frases: «fica autorizada a praticar todos os atos» e «o direito de praticar todos os atos», ficando, portanto, ao seu total arbítrio a aplicação e extensão desses entendimentos.

Por sua vez, a implantação de uma linha de transmissão impõe os seguintes ônus ou restrições diretas e impeditivas à plena utilização da faixa servien-da:

— na área da faixa não se pode construir;

— proíbe-se a plantação de árvores de porte elevado;

— o expropriado não pode impedir os serviços de conservação e manutenção da linha, isto é, não pode proibir a entrada de funcionários, equipamentos e material da concessionária destinados a estas finalidades;

— não é permitido ao expropriado causar qualquer transtorno ou contrariedade ao direito da concessionária em construir caminho de acesso à faixa, quando se julgar necessário;

— a área ocupada pela base das torres deve ser cedida totalmente no ato da instituição de servidão;

— mesmo com seu direito de propriedade, total ou parcialmente atingido pela expropriação na área da faixa, salienta-se que os impostos continuam a recair sobre o bem expropriado, de forma integral.

Por outro lado, além dessas restrições diretas, existem outros condicionantes indiretos, mas de importância altamente significativa, em vista de severos ônus causados pela passagem de correntes EAT (extra alta tensão) e UAT (ultra alta tensão) através das linhas de transmissão, acarretando, outrossim, as seguintes restrições indiretas sobre o imóvel:

— risco decorrente da ignorância ou imprudência de estranhos, empregados e principalmente crianças;

— afastamento de possíveis compradores de lotes ou desmembramentos da área contígua à faixa, em vista da proximidade da linha e/ou das torres;

— risco resultante de ruptura ou de defeitos nos cabos transmissores ou nos isoladores, circunscrevendo certas áreas menores como de duplo risco;

— impedimento de qualquer serviço de terraplanagem na área, em vista das torres implantadas, caso a mesma possa vir a ser loteada;

— efeito nocivo das correntes EAT e UAT sobre equipamentos eletrônicos, como por exemplo, rádios e televisores;

— as cercas sob as linhas de transmissão devem ser aterradas e seccionadas a cada 100,00m (cem metros) aproximadamente.

— a influência sobre indivíduos, tais como cabelos eriçados e faixas entre a roupa e o corpo;

— efeitos sonoros desagradáveis, principalmente em épocas de chuvas e por ocasião de ventos fortes;

— perda do direito à privacidade, que é inerente ao de propriedade, uma vez que fica obrigado a admitir a entrada e a permanência de estranhos, face à concessão da servidão.

Diante do acima exposto, considerando que a passagem da linha de transmissão possui caráter perpétuo, cumpre ressaltar que a servidão irá acarretar graves prejuízos no aproveitamento futuro da propriedade, devido a sua localização e destinação, quer para execução de loteamentos urbanos de alto padrão (em termos locais), quer para a implantação de chácaras de lazer.

Como a gleba sujeita à servidão possui inequívoca destinação para loteamentos, e tendo em vista que a lei de ocupação do solo limita o aproveitamento da área em apenas 65% do total, uma vez que os restantes 35% destinam-se a áreas verdes e uso institucional, conclui-se que a depreciação pela servidão pode ser estimada em 65% (sessenta e cinco por cento) do valor total da faixa ocupada pela linha de transmissão.»

Afigura-se-me, pois, despidiend a irresignação da apelante.

Em memorial, os apelados pediram que se corrigisse erro material da sentença, vez que «na indenização no valor de Cr\$ 17.950.720 corresponde, tão-somente, à área de 22.200m² da zona urbana, tendo sido omitido por lapso o valor de Cr\$ 40.692.600 referente à área urbana de 52.710m²».

O erro material a que alude o art. 463 do CPC é erro aritmético, que não influi na substância do julgado. «As inexatidões materiais podem ser corrigidas a qualquer momento», diz Pontes de Miranda, «mas apenas se não ofendem o decisum na primeira ou na superior instância» («Comentários ao Código de Processo Civil», Tomo V/103). E traz à colação Acórdão do STF, consoante o qual «não se pode, a pretexto de corrigir inexatidão material, alterar-se o decisum.» No mesmo sentido leciona Moacyr Amaral Santos, no seguinte tópico dos seus comentários: «Far-se-á a correção por simples despacho, sem que se altere a substância do julgado. Qualquer alteração da substância do julgado extravasa dos limites permitidos pelo art. 463, n.º I» («Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, vol. IV/448): O citado autor invoca a opinião de Lopes da Costa, para quem «competente para corrigir a sentença é o próprio Juiz que a proferiu. Trata-se de esclarecer uma declaração. E esclarecer uma declaração é ato que só pelo declarante pode ser exercido».

Ora, no caso concreto, o Juiz fixou a indenização em Cr\$ 17.950.920 (dezessete milhões, novecentos e cinquenta mil, novecentos e vinte cruzeiros), mas, na asseveração dos apelados, teria omitido valor muito maior concernente à área suburbana.

A sentença é concisa e não dá para saber se houve omissão ou deliberação consistente do Magistrado.

De todo modo, a correção implicaria alteração do decisório e constituiria *reformatio in pejus*, já que a parte adversa foi a única a recorrer.

Assinale-se ser de estranhar que os expropriados não opuseram Embargos de Declaração, não apelaram e, nas contra-razões, silenciaram completamente a respeito do assunto.

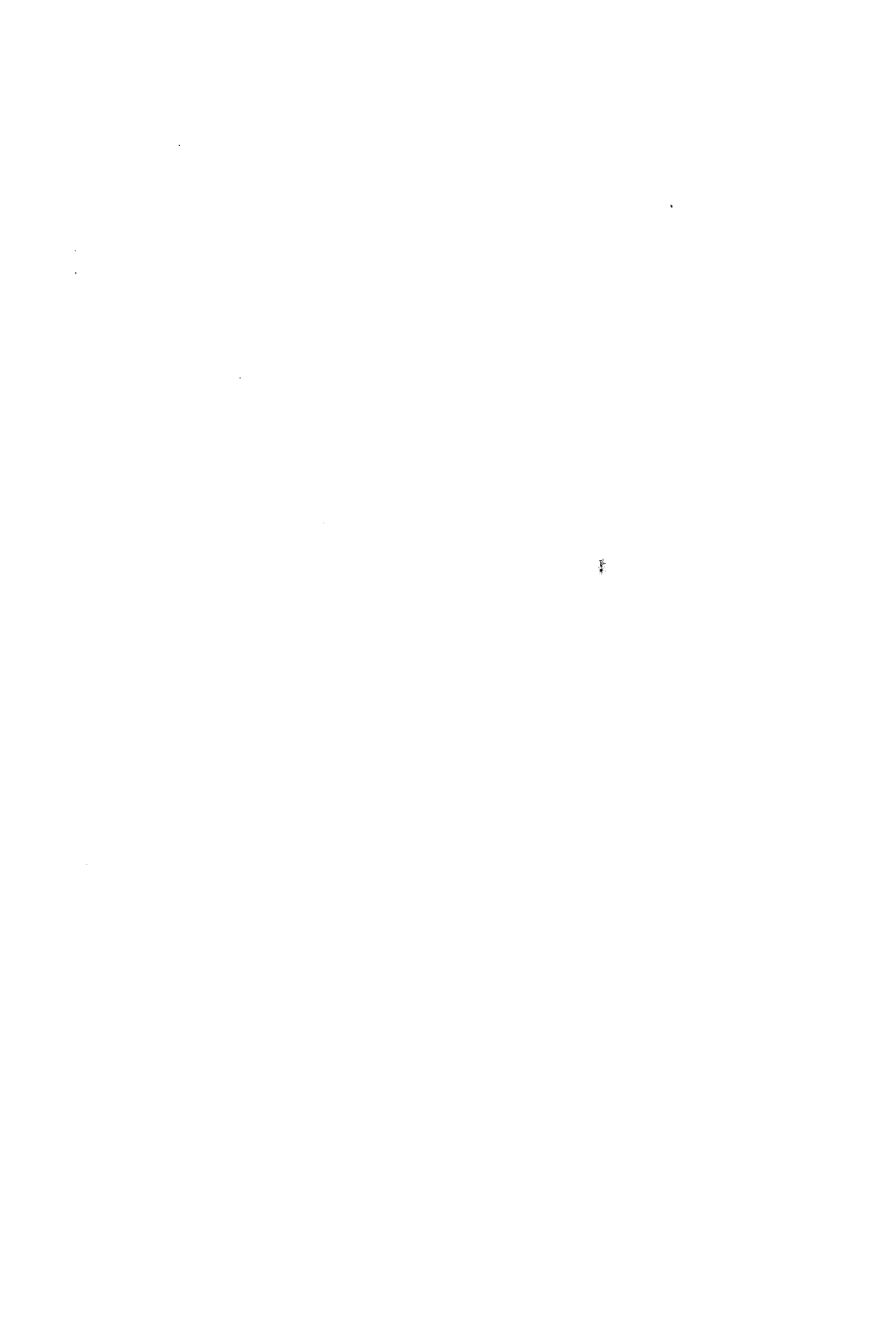
À vista do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial e confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 106.774 — SP — (Reg. nº 4.243.544) — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz.
Remte.: Juízo Federal da 16ª Vara — SP. Apte.: Companhia Energética de São Paulo— CESP. Apdos.: Tarquino Marques Ferreira e outros. Advs.: Drs. Cássio Paolletti Júnior, Abel Baptista de Oliveira Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa de ofício. (Em 2-4-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Senhores Ministro Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 108.481 — SP
(Registro nº 0.571.989)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Remetente: *Juízo Federal da 16ª Vara*

Apelante: *Rômulo Neves Baptista — Espólio*

Apelado: *ELETROPAULO — Eletricidade de São Paulo S/A*

Advogados: *Drs. Fernando Antônio Neves Baptista, outros, Carlos Alberto Dabus Maluf, outros e Elásio Alberto de Oliveira Rondon*

EMENTA: «Desapropriação. Agravo retido do qual não se conhece, porque não reiterado nas contra-razões de apelação. Improcedência da alegação formulada pela desapropriada, de que a Súmula nº 74 deste Tribunal contém princípio injusto, pois, ao determinar que os juros compensatórios sejam calculados da data da imissão na posse até a avaliação sobre o valor nesta atribuído ao bem, admitiu a súmula referida implícita atualização monetária de tal verba, vez que a avaliação tem em conta o valor do bem no momento em que é efetuada, e, conseqüentemente, ao se tomar dito valor como base para cálculo dos juros, se está possibilitando a respectiva atualização monetária. Procedem, no entanto, as demais alegações da ré porque amparadas nos enunciados das Súmulas nºs 141 e 202 desta Corte, e porque pacífico o entendimento de que correm por conta do desapropriante as despesas com custas processuais e pagamento dos salários dos peritos e dos assistentes técnicos.»

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de abril de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: ELETROPAULO — Eletricidade de São Paulo S/A, ajuizou ação para constituir servidão de passagem de linhas de transmissão de energia elétrica em terreno pertencente a Rômulo Neves Baptista, localizado no município da capital, a qual foi assim decidida:

«Aceito, integralmente, o laudo de avaliação do Sr. perito judicial, que encontrou a importância de Cr\$ 4.604.911, após cuidadosa pesquisa, tendo fundamentado suas conclusões.

Em conseqüência, julgo procedente a ação, e assim o faço para declarar constituída a servidão sobre a área descrita na inicial, depois de paga a justa indenização, conforme assinalado no corpo desta sentença.

Condeno, pois, a expropriante, a pagar pela servidão a quantia de Cr\$ 4.604.911, corrigida monetariamente, a teor da Súmula nº 75 do TFR, deduzida a oferta inicial, também corrigida.

Incidirão, ainda, sobre essa quantia, juros compensatórios e moratórios, conforme fixados, respectivamente, pelas Súmulas nºs 74 e 70 do egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Custas ex lege e honorários advocatícios de 10%, incidentes sobre a diferença entre a quantia apurada na liquidação e a ofertada inicialmente, ambas devidamente corrigidas, como já mencionado.»

Inconformada, a desapropriada apelou sustentando que a Súmula nº 74 deste Tribunal deveria ser revista, por conter regra injusta, tal seja a determinação do cálculo dos juros compensatórios até a avaliação, considerando o valor simples da indenização, e, ainda, que a correção monetária da oferta lhe pertencia, não devendo, por isso, ser abatida da indenização a importância corrigida. Pleiteou, finalmente, que os honorários de advogado fossem calculados sobre o valor da indenização, compreendendo os juros moratórios e compensatórios, e que fosse atribuída à autora a responsabilidade pelo pagamento das custas, despesas processuais e salários do perito e assistente, corrigidos monetariamente.

Contra-arrazoado o recurso, os autos vieram a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): No curso da instrução do processo, o Dr. Juiz fixou os salários do perito oficial em Cr\$ 360.000, e de tal ato a autora interpôs agravo retido, ao qual não se referiu, contudo, nas contrarrazões de apelação, razão pela qual dele não conheço (art. 522, § 1º, do CPC).

Quanto à alegação de injustiça da norma contida no enunciado da Súmula nº 74 deste Tribunal, o recurso é de todo improcedente, pois, ao determinar que os juros compensatórios sejam calculados da data da imissão na posse até a avaliação sobre o valor nesta atribuído ao bem, admitiu a súmula referida implícita atualização monetária de tal verba, pois a avaliação tem em conta o valor do bem na data em que é efetuada e, conseqüentemente, ao se tomar dito valor como base para cálculo dos juros, se está possibilitando a respectiva atualização monetária.

Procede o recurso, porém, nos demais pontos, considerando as Súmulas nºs 202 e 141 desta Corte, e que é pacífico o entendimento da jurisprudência no sentido de que correm por conta do desapropriante as despesas com custas processuais, bem como os pagamentos dos salários dos peritos e dos assistentes técnicos.

Dou, assim, provimento parcial à apelação para determinar que não seja deduzida da indenização a correção monetária do depósito, que os honorários de advogado sejam calculados sobre a indenização, compreendendo os juros moratórios e compensatórios, e que corram à custa da autora as despesas processuais.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 108.481 — SP — (Reg. nº 0571.989) — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 16ª Vara. Apte.: Rômulo Neves Baptista — Espólio. Apdo.: ELETROPAULO — Eletricidade de São Paulo S/A. Advs.: Drs. Fernando Antônio Neves Baptista, outros, Carlos Alberto Dabus Maluf, outros e Elásio Alberto de Oliveira Rondon.

Decisão: A turma, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 23-4-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 108.910 — BA
(Registro nº 7.282.915)

Relator: *O Sr. Ministro Torreão Braz*

Apelante: *Banco Central do Brasil*

Apelada: *Companhia de Pneus Tropical*

Advogados: *Drs. Sílvia Campos França Cohim, Wilson Batista de Souza e outros, Aluísio Xavier de Albuquerque e outros*

EMENTA: Tributário. Imposto Sobre Operações Financeiras. Repetição de indébito.

Ilegitimidade passiva ad causam do Banco Central do Brasil, uma vez que à União pertence a competência para instituir o tributo e sua receita.

Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento em parte 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 março de 1986.

TORREÃO BRAZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ: O Dr. Juiz Federal da 1ª Vara da Bahia, repelindo preliminar de ilegitimidade passiva, julgou procedente ação ordinária de repetição de indébito movida pela Cia. Pneus Tropical contra o Banco Central do Brasil, para condenar o réu a «restituir à autora as quantias que dela arrecadou, a título de IOF, no exercício de 1980, por ser inconstitucional a cobrança desse tributo no mesmo exercício em que foi criado, corrigidas, a partir dos respectivos pagamentos, até a data da efetiva devolução, conforme o índice de variação da ORTN, acrescidas de juros de mora, à taxa mensal de 1%, de acordo com o artigo 161, § 1º, do CTN, além de ressarcir as custas pagas pela autora e a responder pela verba honorária» de 15% sobre o valor da condenação (fls. 130/137).

Houve Embargos de Declaração acolhidos para «esclarecer que o termo inicial para a contagem dos juros moratórios obedecerá ao disposto no parágrafo único do art. 167 do CTN» (fls. 139/140 e 141) e apelação do Banco Central do Brasil, com as razões de fls. 143/153.

Contra-razões às fls. 156/158.

Sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TORREÃO BRAZ (Relator): A relação jurídico-tributária gira em torno do poder público e do contribuinte ou responsável. Nessa relação, o sujeito ativo é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para decretar o tributo e exigir o seu pagamento (CTN, art. 119). Sujeito passivo é o devedor da prestação (CTN, art. 121).

Ocorrendo a mora, dispõe o titular do crédito tributário da ação própria para exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação.

Contrariamente, efetuado o pagamento de tributo indevido, a lei confere ao sujeito passivo o remédio jurídico adequado para compelir o sujeito ativo à restituição.

O Imposto sobre Operações Financeiras é da competência exclusiva da União Federal, cujo produto lhe pertence, a teor do disposto no art. 21, inciso VI, da Constituição da República. Ela, portanto, é que deve figurar no pólo passivo da ação de repetição de indébito.

A função do Banco Central do Brasil consiste em fiscalizar as instituições financeiras autorizadas a operar em câmbio, que cobram e recolhem o tributo em atinência, por delegação da União, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80.

Essa função, bem como a de recolher e aplicar, por delegação, as penalidades cabíveis, não desnatura o vínculo jurídico tributário, isto é, não torna a autarquia sujeito ativo da obrigação.

Procede, à vista das razões expostas, a alegação do apelante, visto como não paira dúvida sobre a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Isto posto dou provimento em parte à apelação para reformar a sentença apelada e declarar extinto o processo, e julgar a autora carecedora da ação, *ex vi* do disposto no art. 267, inciso VI, do CPC, condenada a acionante nas custas e honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: Sr. Presidente, por mais de uma vez decidi que o Banco Central só é parte legítima, em se tratando de Mandado de Segurança, porque ele atua como autor, mas no plano da redistribuição, se apresenta passivamente ilegítimo.

Estou de acordo com o Sr. Ministro Relator.

Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do suplicado, admitida pelo Relator, e o faço, ao entendimento de que *in casu*, o sujeito ativo da obrigação tributária é a União Federal, e os recolhimentos feitos ao réu são a ela creditados, a débito daquela autarquia; outrossim, a posição do Banco Central, nos recolhimentos operados, não se identifica com o responsável tributário, como se vê do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.783/80.

Acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 108.910 — (Reg. nº 7.282.915) — BA — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Apte.: Banco Central do Brasil. Apda.: Companhia Pneus Tropical. Advs.: Drs. Sílvia Campos França Cohim, Wilson Batista de Souza e outros, Aluísio Xavier de Albuquerque e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento em parte à apelação nos termos do voto do Relator. Sustentou oralmente pela apelada, Companhia de Pneus Tropical, o Dr. Aluísio Xavier de Albuquerque. (Em 19-3-86 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Senhores Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.274 — MS
(Registro nº 7.859.236)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Revisor: *O Sr. Ministro Hélio Pinheiro*

Apelante: *José Jacinto do Nascimento*

Apelada: *Justiça Pública*

Advogados: *Drs. Adão Ramão Souza e outro*

EMENTA: Penal. Tráfico internacional de entorpecente e crime de contrabando. Testemunhas policiais. Validade. Comprovação. Condenação.

O processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à Justiça Estadual, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de Vara da Justiça Federal (art. 27 da Lei nº 6.368/76).

O fato de serem as testemunhas agentes policiais, não basta, por si só, para afastar de seus depoimentos a credibilidade, mormente quando estes guardam perfeita sintonia com as demais provas produzidas.

No concernente ao crime de contrabando, a apreensão de apreciável quantidade de mercadoria alienígena, desacompanhada de documentação regular a comprovar sua legítima introdução no País, caracteriza o delito previsto no art. 334, caput do Código Penal.

Restando provada a responsabilidade penal do réu na prática dos fatos delituosos que lhes foram imputados, é de se manter a condenação imposta.

Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1986.

OSÉ DANTAS, Presidente — FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer às fls. 155/158, assim resumiu a espécie:

«José Jacinto do Nascimento foi denunciado às fls. 2/3 como incurso nas sanções do art. 12 c.c. 18, I, da Lei nº 6.368/76, e 334 caput do CP, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

«Consta do referido inquérito policial que no dia 29 de novembro do corrente ano, por volta das 22 horas, no posto de Polícia Rodoviária Federal, sito nesta cidade de Rio Brilhantes — MS, ao ser procedida uma vistoria nas bagagens existentes no ônibus do Expresso Queiroz, que procedia da cidade de Ponta Porã — MS, encontraram nos pacotes e pertences do passageiro José Jacinto do Nascimento, 12.450kg de substância entorpecente conhecida por maconha (*cannabis sativa* lineu) e vários relógios estrangeiros, além de munições de arma de fogo de vários calibres; consta, ainda, que o denunciado saiu da cidade de Alta Floresta — MT, com destino a Ponta Porã — MS, no dia 25 de novembro do corrente ano, para o fim de adquirir uma partida de maconha e vendê-la no garimpo de Alta Floresta, e que adquiriu a partida de maconha apreendida (na cidade) de Pedro Juan Caballero, República do Paraguai, onde adquiriu, também, os demais objetos apreendidos, os quais se destinavam, também, à venda no garimpo de Alta Floresta — MT.»

A r. sentença de fls. 117/130 julgou procedente a denúncia e condenou o réu à pena privativa de liberdade, correspondente a 5 anos de reclusão e, ao pagamento de 20 dias-multa, à razão de Cr\$ 25.000 o dia-multa.

Irresignado com a condenação, apelou o réu à fl. 132 (razões de fls. 135/141) pleiteando sua absolvição, argüindo, como preliminar, a competência originária da Comarca de Rio Brilhante — MS e, no mérito, que não restou comprovada a autoria, eis que as provas se reduzem a depoimentos de policiais e, que não é aplicável à espécie o art. 18, I, da Lei nº 6.368/76 e, finalmente, que cometeu crime de natureza fiscal e não de contrabando.

O Ministério Público manifestou-se em contra-razões às fls. 143/148».

Subiram os autos e nesta superior instância, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República opinando pelo improvimento do recurso do acusado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, inconformado com a r. decisão monocrática que o condenou como incurso nas penas do art 12 combinado com o art. 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76, e do art. 334, caput do Código Penal, combinados com o art. 70 de nosso estatuto penal, e lhe impôs a pena de (5) cinco anos de reclusão e ao pagamento de vinte dias-multa, apelou José Jacinto do Nascimento.

Preliminarmente, argüi a competência originária do Juízo da Comarca de Rio Brilhante, Mato Grosso do Sul, por não se tratar de tráfico internacional de entorpecentes.

O exame dos elementos carregados para os autos comprovam, de forma segura, que a aquisição da droga pelo réu deu-se na cidade de Pedro Juan Caballero, e lhe foi entregue pelo vendedor, em nosso Território.

Estes fatos foram minuciosamente descritos pelo acusado, em suas declarações, e tal confissão não restou isolada nos autos, ao contrário, encontra-se em harmonia com as demais provas produzidas, formando, destarte, um perfeito conjunto probatório informador da internacionalidade do tráfico noticiado e realizado em verdadeira cooperação internacional.

Assim, incensurável, no meu sentir, a r. decisão de primeiro grau, ao reconhecer a internacionalidade do tráfico, circunstância que lhe outorga a competência para processar e julgar os fatos, de vez que em sua área se consumou o delito, e não ser a comarca, sede da Justiça Federal, ex vi do disposto no artigo 27 da referida Lei nº 6.368/76.

Face ao exposto rejeito a preliminar.

No mérito, melhor sorte não sorri ao réu, ora apelante.

Comprovadas restaram a materialidade (Laudos de fls. 37/40 e 49/50) e a autoria, conforme a própria confissão do réu, respaldada pelas demais provas produzidas.

Embora tenha em Juízo negado a posse da substância entorpecente, procurando dar aos fatos contornos diferentes, as assertivas apresentadas não encontraram eco nas provas produzidas, não passando de meras palavras.

Suas razões de recurso, com o intuito de obter a modificação do r. decisório de primeiro grau, sustentam-se em três pontos:

a) não haver restado demonstrada a autoria, por se reduzirem as provas a depoimentos policiais;

b) de que não se aplica à espécie a majorante prevista no item I, do artigo 18, da Lei nº 6.368/76; e

c) que não houve crime de contrabando, mas simples ilícito fiscal.

Inadmissíveis tais argumentos, no meu sentir, ante os elementos coligidos nos autos.

Primeiramente, no que concerne ao fato de serem as testemunhas policiais, não enfraquece em momento algum a prova acusatória, pois os citados depoimentos encontram-se em consonância com as demais provas produzidas.

Por outro lado, a defesa se fez presente em Juízo e reperguntou as testemunhas, porém, não contraditou ou argüiu qualquer circunstância ou defeito que as pudesse tornar suspeitas ou indignas, como lhe assegura a norma prevista no art. 214 do CPP.

Em diversas oportunidades tenho me pronunciado a respeito, opinando que as testemunhas, ainda que policiais, não podem ter seus depoimentos invalidados, se nenhuma prova se fez, demonstrando que sejam contraditórios ou inidôneos, ainda mais, quando estes estão concordes com outros elementos existentes nos autos.

A jurisprudência, como não poderia deixar de ser, é firme no sentido de reconhecer que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, e tem como inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. Não está o policial legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado, e como o de qualquer testemunha, deverá ser avaliado no contexto de um exame global, no quadro probatório.

Conforme ficou esclarecido, as provas periciais e testemunhais coadunam-se precisamente com a confissão livremente prestada pelo réu.

No que concerne ao reconhecimento da internacionalidade do tráfico de entorpecentes, foi a matéria examinada ao apreciar a preliminar.

Ora, comprovado haver o réu adquirido o tóxico no exterior (Pedro Juan Caballero — Paraguai), portanto, com a ocorrência do tráfico internacional correta a aplicação do disposto no item I do artigo 18 da Lei nº 6.368/76, pelo ilustre julgador monocrático.

Em todas as oportunidades em que prestou declarações o réu, ora apelante, admitiu haver adquirido no Paraguai os relógios alienígenas apreendidos em seu poder, desacompanhados da documentação fiscal demonstradora da legítima introdução no País.

Ora, os objetos produzidos no exterior, na situação o foram encontrados e apreendidos, caracterizam a existência de ilícito penal, consistente no delito previsto no artigo 334, **caput**, do Código Penal, e não mero ilícito fiscal como pretende o acusado.

Em suma, como bem salientou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, embora em Juízo o acusado tenha negado a posse da substância entorpecente (fl. 82), o certo é que ele admitiu haver adquirido no Paraguai os 13 (treze) relógios de procedência alienígena, sem comprovação fiscal demonstradora de haverem sido introduzidos legitimamente em nosso território, os quais estavam acondicionados nas caixas que continham a droga (maconha) e as munições, evidenciando, de forma clara, que toda mercadoria apreendida estava na sua posse, confirmando, destarte, o desenvolvimento de sua atividade delituosa.

Com estas considerações, comprovados o tráfico de tóxicos com o exterior e o delito de contrabando, nenhum reparo há que ser feito à r. sentença de primeiro grau que, amparada nos elementos existentes nos autos, concluiu pela responsabilidade penal do acusado na prática dos fatos delituosos noticiados neste processo, e lhe impôs pena perfeitamente dosada, em consideração às circunstâncias judiciais concernentes, razão por que nego provimento à apelação do réu José Jacinto do Nascimento, confirmando a bem-lançada e jurídica decisão monocrática pelos seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO PINHEIRO (Revisor): A internacionalidade do tráfico de entorpecente, por cuja prática foi o apelante condenado, resultou indiscutivelmente provada, competente para o processo e julgamento do crime o MM. Juiz de Direito da Comarca de Rio Brillante — MS, por não ser esta sede da Justiça Federal.

Tanto decorre da regra inscrita no art. 27 da Lei nº 6.368/76.

Ao apelante imputou-se, ainda, na denúncia, o crime de contrabando, definido no art. 334 do Código Penal, a conexão probatória firmando, por vis atrativa, a competência daquele Juízo também para o processo e julgamento desse último ilícito, tanto é certo, que a prova de um estava intimamente ligada à do outro, determinando, assim, fossem submetidos a um só julgamento.

Irrelevante a preliminar suscitada pelo apelante e, meritoriamente, cumpre ver que, na sentença, examinou o seu douto prolator, com acuidade, os elementos de convicção que lhe foram proporcionados, nos quais se fez presente a minuciosa confissão do acusado, quando ouvido no auto de prisão em flagrante (fls. 10/11), não elidida pela reatuação feita em Juízo, até porque em harmonia com o conjunto probatório constante dos autos.

Em poder do acusado foram apreendidos doze mil e cinquenta gramas de maconha, substância que foi submetida a exame pericial (fl. 49/50).

Por outro lado, o exame merceológico procedido nos relógios encontrados em poder do acusado revela serem eles de procedência estrangeira (fls. 37/38), a denúncia esclarecendo que não se faziam acompanhar de documentação fiscal.

Igualmente comprovada restou a reintrodução, no País, de munição que, muito embora nacional, tinha a sua importação proibida, temporariamente, nos termos do Comunicado nº 133, de 20 de junho de 1985, da CACEX.

Tudo quanto apreendido em poder do acusado fora por ele comprado na cidade de Pedro Juan Caballero (Paraguai), as testemunhas ouvidas no curso da instrução criminal tornando inuvidosa a prática dos crimes na denúncia imputados ao acusado.

Correta, pois, a sentença, ao dar pela procedência da denúncia, nenhuma restrição, outrossim, sendo de fazer-se à pena imposta, sem qualquer exacerbação que pudesse merecer reparo.

Nego, pois, provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 7.274 — MS — (Reg. nº 7.859.236) — Rel.: O Sr. Min. Flaquer Scartezzi-
ni. Rev.: O Sr. Min. Hélio Pinheiro. Apte.: José Jacinto do Nascimento. Apda.: Justi-
ça Pública. Advs.: Drs. Adão Ramão Souza e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 22-4-86
— 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros Hélio Pinheiro e Nilson
Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.474 — RS
(Registro nº 6.145.280)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Suscitante: *Ministério Público Militar Estadual*

Suscitados: *Juiz Auditor da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul e Juiz de Direito da 1ª Vara de Camaquã — RS*

Partes: *Justiça Pública e José Adenoir Freitas de Lacerda*

Advogado: *Dr. Wálterio Aillon Navarrete*

EMENTA: Processual. Conflito de Competência.

I — Compete à Justiça Comum o processo e julgamento de ação penal por crime de estelionato, uma vez que o uso, para tal fim, de uniforme de corporação policial-militar não tipifica delito de natureza militar, pois que somente os uniformes e insígnias privativos das Forças Armadas são tutelados penalmente.

II — A adulteração e eventual uso de carteira de identidade militar, sem envolver a administração ou o serviço militares, não constitui delito previsto na legislação penal militar.

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 1ª Vara de Camaquã — 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, 9 de abril de 1986.

GUEIROS LEITE, Presidente. DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: O Ministério Público junto à Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul suscita conflito negativo de competência, por entender que não cabe à Justiça Militar Estadual processar e julgar ação em que figura ex-soldado da Brigada Militar, como decidido pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Camaquã, do mesmo Estado.

Trata-se de ação penal iniciada no MM. Juízo suscitado, envolvendo ex-soldado da Brigada Militar gaúcha, que emitiu cheques sem provisão de fundos, em detrimento de estabelecimento comercial, na cidade mencionada, estando, no momento da prática, usando fardamento da sua antiga corporação e portando carteira de identidade militar, com data de validade adulterada.

Entende o MM. Juiz suscitado que há crime militar, daí a sua incompetência e o MM. Auditor Militar encaminhou o conflito suscitado pelo representante do Ministério Público Militar, que afirma inexistente delito de natureza militar.

A Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido de ser julgado procedente o conflito, para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, por inexistir delito militar.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O uso de fardamento da Polícia Militar não constitui o tipo definido no art. 172 do Código Penal Militar, por isso que a tutela penal somente se exerce em relação aos uniformes e insígnias das Forças Armadas. Do mesmo passo, para a configuração do delito do art. 312 do mesmo código é necessário que o documento falsificado ou adulterado seja usado em detrimento da administração ou do serviço militares, o que, em verdade, não se vislumbra nos autos da ação penal, em cujo bojo subiu o presente Conflito de Competência.

Assim julgo procedente o conflito, para declarar competente o MM. Juiz da Comarca de Camaquã, o suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.474 — RS — (Reg. nº 6.145.280) — Rel.: O Sr. Min. Dias Trindade. Suscte.: Ministério Público Militar Estadual. Suscdos.: Juiz Auditor da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul e Juiz de Direito da 1ª Vara de Camaquã — RS. Partes: Justiça Pública e José Adenoir Freitas de Lacerda. Adv.: Dr. Walterio Aillon Navarrete.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara de Camaquã — RS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 9-4-86 — Primeira Seção).

Os Senhores Ministros Washington Bolívar, Otto Rocha, William Patterson, Flaque Scartezzini, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Costa Leite e Nilson Naves votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não Participaram do julgamento os Senhores Ministros José Dantas e José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.618 — SP
(Registro nº 6.198.740)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus*

Suscitante: *Juiz Presidente da 5ª J CJ de São Paulo — SP*

Suscitado: *Juízo de Direito da 30ª Vara Cível de São Paulo — SP*

Partes: *Américo Oltramare, Trivellato S/A Engenharia Indústria e Comércio —
Massa falida*

EMENTA: Conflito de Competência. Penhora de bens antes de decretada a falência.

I — Não ficam sujeitos à arrecadação no Juízo falimentar os bens penhorados em execução trabalhista antes do decreto da quebra.

II — Conflito procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar competente o Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo — SP, 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, 24 de junho de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. JOSÉ DE JESUS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS: O Sr. Dr. Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento suscitou conflito positivo de competência, tendo como suscitado o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 30ª Vara Civil, ambas sediadas na capital do Estado de São Paulo.

Alegou que, em face de execução de ação trabalhista, penhorou em 19-8-83 bens pertencentes à firma Trivellato S/A — Engenharia Indústria e Comércio, que foram leiloados e arrematados em 11-1-84; que a falência da referida firma foi decretada em 23-10-83, com arrecadação de bens, dentre eles o penhorado e que o Juízo da falência nega-se a liberá-lo.

Argumentou com o privilégio dos créditos trabalhistas nos processos de quebra, indicou como parâmetro a Súmula nº 44 deste Tribunal e pediu fosse declarada a competência.

O Dr. Juiz suscitado prestou informações, sustentando ser o Juízo universal da falência o competente para disciplinar e liquidar os créditos no processo falimentar, inclusive os trabalhistas.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido de ser declarada a competência do Juízo suscitante para prosseguir na fase de execução do feito trabalhista, ao qual devem ser entregues os bens penhorados e já arrematados em hasta pública.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Passada em julgado decisão proferida em processo trabalhista, deu-se início ao ato de execução, com penhora de bem da executada, em 19-8-83.

Em 23 de outubro de 1983, foi decretada a falência da executada, que teve seus bens arrecadados, dentre eles o que é objeto da execução.

Vê-se, portanto, que a penhora efetivada, na fase de execução, é anterior ao decreto de falência.

A matéria está pacificada neste Tribunal, orientando sua jurisprudência no sentido de que não ficam sujeitos à arrecadação, no Juízo falimentar, os bens penhorados antes do decreto de quebra.

Isto posto, conheço do conflito, julgo-o procedente, para declarar como competente o Dr. Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, na cidade de São Paulo, à disposição de quem deve passar o bem penhorado, para prosseguir na execução.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.618 — SP — (Reg. nº 6.198.740) — Rel.: O Sr. Min. José de Jesus. Suscte.: Juízo Presidente da 5ª JCJ de São Paulo — SP. Suscdo.: Juízo de Direito da 30ª Vara Cível de São Paulo — SP. Partes: Américo Oltramare, Trivellato S/A Engenharia Ind. Com. — Massa Falida.

Decisão. A Segunda Seção, por unanimidade, julgou competente o Juiz Presidente da 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo — SP, o suscitante. (Em 24-6-86 — Segunda Seção).

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

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.662 — MG
(Registro nº 6.215.394)

Relator: *O Sr. Ministro Pádua Ribeiro*

Partes: *Marcos Danilo Lanza, União Federal e outros*

Suscitante: *Juízo Federal da 5ª Vara — MG*

Suscitado: *Juízo de Direito da 17ª Vara Cível de Belo Horizonte — MG*

Advogados: *Drs. Cretildo Rodrigues Crepaldi e outro (1ª Parte)*

EMENTA: Processual Civil. Competência. Insolvência civil. Inclusão da Fazenda Nacional na relação de credores.

I — A insolvência civil consubstancia processo de execução forçada, devendo o Juiz Estadual que a preside solucionar os incidentes com ela relacionados, mesmo que de interesse da União Federal. Precedentes do STF e do TFR.

II — Conflito de que se conhece, para declarar-se a competência do Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 17ª Vara Cível de Belo Horizonte — MG, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de abril de 1986.

TORREÃO BRAZ, Presidente. PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de lavra do Dr. Arnaldo Setti, assim resumiu a controvérsia e sobre ela se manifestou (fls. 41/44):

«1. Pedido de decretação de insolvência civil requerido por Marcos Danilo Lanza, perante o suscitado.

2. Na relação de credores o interessado colocou a Fazenda Nacional. Diante dessa presença de débito de tributo federal, o suscitado declinou de sua competência para presidir e julgar o atual pedido de decretação de insolvência civil e indicou a Justiça Federal, como competente, remetendo-lhe os autos.

3. Em mãos desta, houve distribuição ao suscitante que provocou este conflito negativo:

«Trata-se de um pedido de decretação de insolvência civil formulado por Marcos Danilo Lanza que, segundo relato da inicial, vem sofrendo, pelas razões ali especificadas, «progressivo processo de deterioração no seu status profissional (odontólogo) e, por conseguinte, econômico-financeiro».

Dentre seus vários débitos, salienta, existe um para com a Receita Federal que, corrigido monetariamente, ultrapassa a soma de Cr\$ 30.000.000 (trinta milhões de cruzeiros), já em fase de execução.

Pede, então, face a impossibilidade de honrar os diversos compromissos, seja declarada sua insolvência civil na forma da legislação de regência.

A inicial veio instruída pelos documentos de fls. 8/30.

Pela r. decisão de fl. 31, a MM. Juíza de Direito da 17ª Vara Cível desta Capital, para onde foi distribuído o feito declarou-se incompetente para o seu processo e julgamento, eis que consta da relação de credores a Fazenda Nacional.

Em função deste despacho foram os autos remetidos à Justiça Federal.

É o relatório.

Comporta a espécie seja suscitado conflito negativo de competência — art. 115, II, do CPC —, uma vez que, inobstante constar a Fazenda Nacional da relação oferecida pelo devedor Marcos Danilo Lanza, a cobrança de seu crédito (da Fazenda) ex vi do disposto no art. 187 do CTN, não está sujeita a concurso, sendo ele pago preferencialmente a qualquer outro, salvo aquele de natureza trabalhista.

Por outro lado, como o próprio requerente confessa, os débitos para com a Fazenda Nacional já são objeto de execução judicial — fls. 24/29 — que não é inibida pelo procedimento da insolvência civil.

A verdade é que, diante da preferência legal de que goza o crédito tributário da União, o concurso se travará apenas contra os demais credores, afastando a competência da Justiça Federal.

Por estas razões, suscito conflito negativo de competência para o eg. Tribunal Federal de Recursos determinando o encaminhamento dos autos àquela Corte, mediante ofício, por medida de economia processual.»

4. Endossamos as ponderadas considerações do suscitante, porque coincidentes com o nosso ponto de vista.

5. Opinamos, pois, pela procedência deste conflito, para declarar-se a competência do suscitado, Sr. Dr. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais.»

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Competência. Insolvência civil. Inclusão da Fazenda Nacional na relação de credores.

I — A insolvência civil consubstancia processo de execução forçada, devendo o Juiz Estadual que a preside solucionar os incidentes com ela relacionados, mesmo que de interesse da União Federal. Precedentes do STF e TFR.

II — Conflito de que se conhece, para declarar-se a competência do Juízo suscitado.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): A insolvência civil consubstancia processo de execução forçada, devendo o Juiz Estadual que a preside solucionar os incidentes com ela relacionados, mesmo que de interesse da União Federal.

Nesse sentido, a jurisprudência do excelso Pretório:

«Executivo fiscal estadual. Intervenção da Caixa Econômica Federal, protestando por preferência.

O Tribunal Federal de Recursos não é competente para apreciar recurso de Juiz Estadual, mesmo havendo interesse da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal.

Também, cuidando-se de concurso de credores ou de preferência, a competência, em qualquer instância é do Juiz da ação principal.» (Conflito de Jurisdição nº 5.988 — SP, RTJ 77/15, Relator Ministro Cunha Peixoto.

«Conflito de jurisdição. Concurso particular de credores. Interesse de empresa pública.

Cuidando-se de concurso de credores ou de preferência, a competência, em qualquer instância, é do Juízo da ação principal.

Conflito de jurisdição conhecido para fixar-se a competência do Tribunal suscitado.» (Conflito de Jurisdição nº 6.324 — RS, RTJ 104/513, Relator Ministro Cunha Peixoto).

«Competência. Concurso de credores. Concorrentes autarquia federal e empresa privada. A competência é do Juízo da ação principal, que no caso é o da Vara Cível da comarca da capital.» (Conflito de Jurisdição nº 6.484-5 — SC, Ac. DJ de 14-9-84, Relator Ministro Décio Miranda).

Com idêntica orientação, o Pleno desta Corte decidiu o Conflito de Competência nº 3.697 — PR, Relator Ministro Washington Bolívar, cujo respectivo Acórdão ficou assim ementado (DJ de 16-10-80):

«Processual Civil. Conflito negativo de competência. Concurso de preferência.

I — Instaurado o concurso de credores ou de preferência prevalece a competência do Juízo universal, ainda que estadual e que nele intervenha a União ou qualquer dos seus entes.

II — Precedentes do STF e do TFR.

III — Conflito procedente.»

Isto posto, conheço do conflito e declaro a competência do MM. Juiz suscitado, isto é, da 17ª Vara Cível de Belo Horizonte.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.662 — MG — (Reg. nº 6.215.394) — Rel.: O Sr. Min. Pádua Ribeiro. Partes: Marcos Danilo Lanza, União Federal e outros. Suscte.: Juízo Federal da 5ª Vara — MG. Suscdo.: Juízo de Direito da 17ª Vara Cível de Belo Horizonte — MG. Advs.: Drs. Cretildo Rodrigues Crepaldi e outro (1ª Parte).

Decisão: A Segunda Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito e declarou competente o Juízo de Direito da 17ª Vara Cível de Belo Horizonte — MG. (Em 8-4-86 — Segunda Seção).

Os Senhores Ministros Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, José de Jesus, Carlos Velloso, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli e Américo Luz votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro TORREÃO BRAZ.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 6.984 — RJ
(Registro nº 7.860.633)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Suscitante: *Ishijawajima do Brasil Estaleiros S/A e outros*

Suscitados: *Sr. Ministro Américo Luz e Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Partes: *ISHIBRAS e outros e União Federal e outros*

Advogados: *Drs. Arnolo Wald e outros*

EMENTA: Processual Civil e regimental. Conflito de competência entre órgãos do Tribunal. Improcedência.

I — No TFR, a competência se distribui entre o Plenário, as Seções e as Turmas, não havendo como se falar em conflito entre Relatores (art. 11 e segs. do RI). Outrossim, a exceção ao princípio da distribuição só se dá em relação aos feitos originários conexos e aos recursos e incidentes provenientes do mesmo feito em 1º grau. (Art. 15 e §§).

II — Não há nem pode haver conexão entre ação de Mandado de Segurança contra ato judicial e recurso interposto desse mesmo ato ou doutro proferido pelo Juízo na mesma causa visto que não há coincidência de objeto nem de causa petendi. Se houvesse, a ação mandamental substituiria o recurso, o que a jurisprudência tranqüila não admite.

III — Conflito improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, por maioria, julgar improcedente o conflito, mantida a distribuição dos feitos, 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 abril de 1986.

LAURO LEITÃO, Presidente. COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Adoto como relatório o parecer da dou-
ta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, e
aprovado pelo Subprocurador-Geral, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, nos se-
guintes termos:

«Trata-se de conflito negativo de competência suscitado por Ishikawajima do Brasil Estaleiros S/A e outros relativamente às Apelações Cíveis nºs 107.625, 107.626, 107.627, aos Agravos de Instrumento nºs 48.489 a 48.504 e aos Mandados de Segurança nºs 107.321 e 107.261.

O conflito se configurou entre o Min. Geraldo Sobral e o Min. Américo Luz, tendo em vista a alegada conexão, por identidade de objeto, entre os Mandados de Segurança, de um lado, e os agravos de outro. Daí por que — defendem as empresas suscitantes — distribuídos aqueles processos ao primeiro Ministro, teria ficado preventa a sua competência, garantindo-se, assim, 'que os eminentes Ministros competentes do mesmo órgão julgador, no caso a egrégia 5ª Turma, possam apreciar tanto os Recursos Ordinários (apelações e agravos), como os Mandados de Segurança, embora quanto a estes o façam dentro do contexto da Seção'.

Instado a se pronunciar acerca do problema, prolatou o Sr. Ministro Geraldo Sobral, em 2-12-85, o seguinte despacho:

'Não vislumbro a prevenção almejada pelas requerentes, haja vista que os Mandados de Segurança, de que sou Relator, são da competência da Segunda Seção, enquanto que os agravos e as apelações a serem distribuídas são da competência das Turmas.

À douta apreciação da Presidência desta Corte.'

Remetido o expediente avulso ao Sr. Ministro Presidente do Tribunal e depois de prestadas informações pela Subsecretaria de Registros e Informações Processuais, deliberou S. Exa. nos seguintes termos (em 16-1-86):

'Junte-se, por linha, este expediente avulso nos autos da AC-nº 107.625 — RJ (Reg. nº 7.049.986), recurso por primeiro autuado e registrado na Subsecretaria de Registros e Informações Processuais. Do teor da informação de fls. 7/10, cuja cópia deverá ser inserida nos autos de cada um dos processos nela relacionados, depreende-se haver conexão entre as causas de molde a ensejar que a distribuição dos feitos faça-se com observância do critério da prevenção.

Registre-se. Prossiga-se.'

Os Agravos de Instrumento e as apelações foram, não obstante, distribuídos ao Sr. Min. Américo Luz, o que levou as empresas suscitantes a novamente se dirigirem ao Sr. Presidente do Tribunal através de novo expediente avulso. Recebidas as informações que havia requisitado do setor competente, submeteu então S. Exa. a questão ao Sr. Min. Américo Luz, que decidiu (em 18-2-86):

'Convencem-me as razões formuladas pela requerente de fl. 109, notadamente nos itens 10 e 21 (fls. 111/113).

Destarte, defiro o pedido contido no item 22.

À nova consideração do Sr. Ministro Presidente.'

Retornando ao Presidente — afirmam as empresas suscitadas — 'foi o expediente avulso submetido ao Min. Geraldo Sobral que, mais uma vez, não se considerou competente para julgar os feitos'. Daí, pois, o conflito.

Preliminarmente, cumpre ressaltar a inexistência nos autos de cópias tanto da decisão em que o Sr. Min. Geraldo Sobral reafirmou a sua incompetência como de inteiro teor da Petição Avulsa nº 305.310, essenciais à comprovação do conflito (art. 118, parágrafo único, do CPC). As empresas suscitantes devem, pois, ser intimadas a apresentá-las.

O parecer pode ser, não obstante, desde já proferido. E o mesmo há de ser no sentido da improcedência do conflito.

Em primeiro lugar, advirta-se que o nosso diploma processual deixou quase que exclusivamente aos Regimentos Internos dos Tribunais o trato da matéria. Segundo o art. 548 do CPC, a distribuição deve ser feita 'de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio'. Assim sendo, para o perfeito equacionamento da matéria, o Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos constitui a fonte natural, onde se depara o intérprete com o seguinte dispositivo:

'Art. 15. Ressalvada a competência do Plenário ou da Sessão, dentro de cada área de especialização, a turma que primeiro conhecer de um processo, ou de qualquer incidente ou recurso, terá jurisdição preventiva para o feito e seus novos incidentes ou recursos, mesmo relativos à execução das respectivas decisões.

§ 1º A prevenção de que trata o artigo também se refere às ações penais reunidas por conexão e aos feitos originários conexos.

§ 2º Prevalece o disposto no artigo, ainda que a Turma haja submetido a causa, ou algum de seus incidentes, ao julgamento da Seção ou do Plenário (arts. 14 e 17).

§ 3º A prevenção, se não for reconhecida de ofício, poderá ser argüida por qualquer das partes ou pelo Subprocurador-Geral da República, até o início do julgamento por outra Turma.

§ 4º Cessará a prevenção, se tiver havido total redistribuição dos Ministros do Tribunal na composição das Turmas, ou se da Turma não fizer parte nenhum dos Ministros que funcionaram no julgamento anterior.

§ 5º Não firma prevenção do órgão julgador a decisão que deixar de tomar conhecimento do feito, ou simplesmente declarar prejudicado o pedido.'

Por tal dispositivo, verifica-se, de imediato, não há como sustentar-se a prevenção do Relator, mas apenas da Turma. A Turma que tiver primeiro conhecido de um processo, ou de qualquer incidente ou recurso, terá a sua competência preventiva quanto ao feito, seus novos incidentes ou recursos e às ações conexas, ressalvada, porém, a competência do Plenário ou das Seções. A regra, aliás, é similar à que existe no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 10 e parágrafos). Ocorre que, ali, o art. 69 dispõe expressamente que 'o conhecimento do Mandado de Segurança, do Habeas Corpus e do recurso civil ou criminal, torna preventiva a competência do Relator, para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo.

Teria havido simples omissão dos ilustres elaboradores do Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos ou intenção deliberada em não instituir a prevenção do Relator? A segunda alternativa é que parece verdadeira. Antes de mais nada, o que vem a ser o instituto da prevenção? Moacir Amaral Santos («Primeiras Linhas de Direito Processual Civil», Saraiva, 5ª edição, 1977, vol. I, pág. 220) a define como 'fenômeno processual pelo qual, dada a existência de vários Juizes igualmente competentes, firma-se a competência daquele que, em primeiro lugar, tomar conhecimento da causa'. No mesmo sentido, Pontes de Miranda («Comentários ao CPP», Forense, 1973, tomo II, pág. 255) ensina que 'a competência pela prevenção refere-se às causas que podem ser conhecidas por mais de um Juiz competente, e um deles, conhecendo-as primeiro, preveniu a competência, fez vir antes a sua'. Há em ambas as definições a idéia de que a prevenção não determina, fixa ou prorroga a compe-

tência, mas apenas firma a daquele Magistrado que, em primeiro lugar, conheceu da demanda, e não só quanto a ela, mas também quanto às que lhe são conexas ou acessórias.

Obviamente, tais definições foram construídas tendo em vista apenas a figura de Juízos monocráticos, o que, porém, não afasta a sua validade no que se refere aos órgãos colegiados. É claro que, se subdividindo um tribunal em diversas turmas ou câmaras em tese igualmente competentes, firma a sua competência aquela que primeiro tiver conhecido do feito. Aplica-se, pois, a regra geral.

Ocorre que, no pronunciamento de um órgão colegiado, seja ele o Plenário, Seção ou Turma, não se pode vislumbrar a atuação de apenas um de seus membros, o Relator, por mais destacada que a mesma tenha sido. Quem conhece da demanda, quem a julga, é sempre o órgão colegiado e, portanto, o essencial é que o mesmo, e não apenas o Relator, firme a sua competência. É o que basta para atender ao princípio.

De modo que, visto o problema sob essa ótica, não parece desarrazoada a conclusão de que inexistente qualquer omissão no Regimento Interno desse e. Tribunal. O essencial era estabelecer a regra de prevenção das Turmas segundo o princípio que vigora para os Juízos Monocráticos, e isto foi atendido. No mais, considerou-se dispensável instituir idêntica regra quanto à prevenção da competência do Relator. Ora, se esta, por não ser essencial como a primeira, constituiria apenas um plus, uma forma de melhor racionalizar os trabalhos, qual seria o motivo capaz de levar ao entendimento de que houve omissão? Nenhum.

Aliás, não tem qualquer consistência o argumento de que (fl. 5, item 11) a pretendida redistribuição dos agravos e das apelações ao Sr. Min. Geraldo Sobral evitaria a incoerência de julgamentos. Nada mais equivoco, visto que, ainda assim, os julgamentos seriam de órgãos distintos, sendo os Mandados de Segurança apreciados pela Segunda Seção e os agravos e as apelações pela 5ª Turma. E, por outro lado, é irrelevante para tal fim o fato dos Ministros da 5ª Turma integrarem a Segunda Seção, pois os ilustres membros da 6ª Turma, em que atua o Sr. Min. Américo Luz, também a integram. Qual a diferença?

Pelo exposto, à mingua, no Regimento Interno desse Tribunal, de dispositivo semelhante ao art. 69 do RISTF, opinamos por que se julgue improcedente o conflito, o que não impede, como de praxe, que se declare a competência do Sr. Min. Geraldo Sobral para relatar os Mandados de Segurança n.ºs 107.321 e 107.261 (embora não haja, a rigor, conflito a respeito) e do Sr. Min. Américo Luz para relatar os Agravos de Instrumento n.ºs 48.489 e 48.504 e as Apelações n.ºs 107.625, 107.626 e 107.627.» (Fls. 27/34.)

Ao minucioso relato já contido nesse parecer, acrescento apenas que, omisso o Regimento Interno, tanto a respeito do conflito aqui suscitado quanto da competência para seu julgamento, houve sugestão, à fl. 163 do avulso em apenso, cuidando da mesma questão, no sentido de que fosse submetida a este egrégio Plenário, em Conselho, na forma do art. 11, parágrafo único, inciso VI, do referido regimento. A respeito de tal sugestão, o eminente Ministro Gueiros Leite despachou (lê, fl. 174 v.º do avulso).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil regimental. Conflito de Competência entre órgãos do Tribunal. Improcedência.

I — No TFR, a competência se distribui entre o Plenário, as Seções e as Turmas, não havendo como se falar em conflito entre Relatores (art. 11 e segs. do RI). Outrossim, a exceção ao princípio da distribuição só se dá em relação aos feitos originários conexos e aos recursos e incidentes provenientes do mesmo feito em 1º grau (art. 15 e §§).

II — Não há nem pode haver conexão entre ação de Mandado de Segurança contra ato judicial e recurso interposto desse mesmo ato ou doutro proferido pelo Juízo na mesma causa, visto que não há coincidência de objeto nem de *causa petendi*. Se houvesse, a ação mandamental substituiria o recurso, o que a jurisprudência tranqüila não admite.

III — Conflito improcedente.

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Como penso ter ficado bem claro pela exposição contida no minucioso e seguro parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, pretendem os suscitantes que, pelo fato de haverem sido propostas, perante a egrégia Segunda Seção e com distribuição ao eminente Ministro Geraldo Sobral, duas ações de Mandado de Segurança contra decisão liminar do Juiz de 1º grau em ação cautelar que propuseram aos impetrantes (União Federal e outros), haveria conexão entre essas ações (MS n.º 107.321 e 107.261) e os recursos (diversos Agravos e Apelações Cíveis) interpostos quer da mesma decisão liminar, quer da sentença definitiva na mesma ação cautelar quer, ainda, de outros julgados do Juiz na ação principal ou em questões incidentes, recursos esses distribuídos ao eminente Ministro Américo Luz (fls. 17/19). Quiseram, em consequência, que se declarasse competente o Ministro Geraldo Sobral para relatar também os recursos, o que, todavia, foi rejeitado por S. Exa., embora com o alvitre concordasse o Ministro Américo Luz (fls. 160 e 162 do avulso). Daí a suscitação do conflito.

2. Contudo, como bem acentuou a douta Subprocuradoria-Geral da República em seu bem elaborado parecer, não procede o conflito.

3. Com efeito, desde logo deve-se esclarecer que não é possível a pretendida conexão entre as ações de Mandado de Segurança e a ação ou ações em que proferidos os atos judiciais por ela atacados. Nem, menos ainda, entre as mesmas ações mandamentais e os recursos interpostos desses atos. De acordo com o art. 103 do CPC, conexas são as ações que têm o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir. Ora, como é de conhecimento notório, o Mandado de Segurança, sobretudo quando requerido contra ato judicial, tem objeto e *causa petendi* inconfundíveis com os da ação em que proferido o ato. Tanto assim que não substitui o recurso cabível contra o ato impugnado. Aliás, a este respeito basta ver que não cabe a ação de Mandado de Segurança quando do ato a lei prevê recurso com efeito suspensivo e que, mesmo na hipótese contrária, até bem pouco, a jurisprudência se opunha à medida (Súmula n.º 267 do STF), só se passando a admitir a impetração, conforme orientação já tranqüila deste Tribunal, para atribuir efeito suspensivo ao recurso devidamente manifestado.

4. Isto demonstra claramente que o Mandado de Segurança não substitui o recurso cabível da decisão impugnada e, pois, não visa ao mesmo efeito (objeto), nem tem o mesmo fundamento (*causa petendi*). Mas, quando essa verdade lógico-jurídica não bastasse, o simples exame da petição inicial do Mandado de Segurança impetrado pela União (MS n.º 107.321) deixaria claro que a impetração gira em torno de questões que nada têm a ver com o mérito, quer da cautelar, quer da ação principal, não havendo como se falar em conexão. Leio, para maior clareza, o resumo feito pela impetrante, União Federal, sob o título *conclusão* (lê, fls. 51/54 do avulso).

5. Por outro lado, a competência, neste egrégio Tribunal, é distribuída, segundo a natureza da matéria em lide ou a hierarquia dos órgãos, entre o Plenário, as Seções e as Turmas (arts. 11 e segs. do Regimento Interno). Não há competência do Relator, porque este não julga a causa ou recurso, mas apenas tem a incumbência ou a atribui-

ção (art. 33) de ordenar e dirigir o processo, resolvendo as questões a isto atinentes. Fala-se em «competência» do Relator, mas somente no sentido vulgar, atécnico. A competência é do órgão que detém o poder de jurisdição, isto é, da Turma, da Seção ou do Plenário. Deste modo, não se pode falar de conflito entre Relatores.

6. Doutra parte, a admitir-se, no caso, a alegada conexão modificadora da competência, da qual resulta a fixação desta por prevenção ou a conveniência de reunião de processos (arts. 105 e 106 do CPC), iríamos esbarrar em dois absurdos, a saber: a) reunião de todos os processos na Segunda Seção, que assim julgaria os Agravos e Apelações Cíveis; e b) mais grave ainda, a mesma Seção haveria de julgar originariamente as ações, suprimindo o primeiro grau de jurisdição, pois não há como, logicamente, dizer-se que há conexão entre Mandados de Segurança e recursos, sem se fazer compreender nela toda a causa ou demanda de que se originam os recursos.

7. Ora, não há conexão ou prevenção em sentido vertical, isto é, de um grau de jurisdição a outro. Se causas são conexas e, por isto, hão de ser reunidas, isto há de acontecer no primeiro grau. Levar o princípio ao nível recursal seria burlar a distribuição dos processos nos Tribunais. E, no caso, fazer que a Seção julgasse Agravos e Apelações (destas suprimindo a possibilidade de embargos) ou a Turma julgasse Mandado de Segurança, com quebra da hierarquia.

8. Bem, por isto o Regimento deste Tribunal só excepciona o princípio da distribuição em dois casos: 1. o dos recursos e incidentes relativos ao mesmo feito; 2. o dos feitos originários deste Tribunal, quando conexos (art. 15 e §§).

9. A pretensão dos suscitantes, de reunir Mandados de Segurança e recursos no mesmo Relator, embora julgados aqueles pela Seção e estes pela Turma, não tem fundamento legal. E quanto ao sentido prático, que vislumbram, de evitar julgamento divergente (inicial, fl. 4, item 8), é ainda mais absurdo, *data venia*, do que a supressão de grau de jurisdição, de que há pouco falei. Com efeito, tal raciocínio levaria à prevalência, sempre, do ponto de vista do Relator, fato que não acontece nem no mesmo colegiado — que assim perderia a razão de existir — quanto mais se dois processos serão julgados pela Seção e os outros pela Turma.

10. Entendo, pois, que o conflito não procede, devendo ser mantida a distribuição dos processos como inicialmente realizada.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, a existência de conflito entre Juizes ou órgãos judiciais pressupõe a existência de mesma hierarquia.

Sendo a Seção de hierarquia superior à da Turma, inclusive cabendo à Seção, segundo o art. 12, inciso VI, do Regimento Interno, «julgar as questões incidentes em processos de competência das Turmas da respectiva área de especialização», não existe conflito, razão por que dele não conheço.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, prefiro, no aspecto puramente formal, não conhecer do conflito, *data venia*.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, a solução mais lógica, realmente, é a dada pelo eminente Relator, que seria pela improcedência do conflito, considerando-se competente o Ministro Américo Luz para aqueles recursos. É assim que voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, é caso de necessidade de decisão, por isso, acompanho o Relator.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, a Constituição Federal diz, no seu artigo 122, letra e, que «compete ao Tribunal Federal de Recursos processar e julgar originariamente os conflitos de jurisdição entre Juizes Federais a ele subordinados e entre Juizes subordinados a Tribunais diversos».

Não é, portanto, a hipótese em julgamento a considerada pela Constituição Federal. Por isso, não conheço do conflito.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 6.984 — RJ — (Reg. nº 7.860.633) — Rel.: O Sr. Min. Costa Lima. Suscetes.: Ishijawajima do Brasil Estaleiros S/A e outros. Suscdos.: Sr. Ministro Américo Luz e Sr. Ministro Geraldo Sobral. Partes: ISHIBRAS e outros e União Federal. Advs.: Arnold Wald e outros.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o conflito, mantida a distribuição dos feitos, vencidos os Senhores Ministros José Cândido, Carlos Thibau e Nilson Naves (Em 17-4-86 — Pleno)

Votaram com o Sr. Ministro Relator os Senhores Ministros Hélio Pinheiro, Eduardo Ribeiro, Ilmar Galvão, Dias Trindade, José Dantas, Gueiros Leite, Washington Bolivar, Otto Rocha, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro e Flaquer Scartezzini. Impedidos os Senhores Ministros Torreão Braz, Américo Luz e Geraldo Sobral. Não participaram do julgamento os Senhores Ministros Armando Rollemberg, Carlos Velloso e Costa Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 6.361 — MT
(Registro nº 7.237.642)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*

Recorrente: *Mário Arcioni Silva Falcão*

Recorrida: *Justiça Pública*

Paciente: *Mário Norman Joesting*

Advogado: *Dr. Hans Norman Joesting*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Advogado. Habeas Corpus. Indiciamento em inquérito policial.

I — A lei assegura aos advogados o exercício de sua nobre profissão com inteira liberdade e independência, o que lhes não pode servir, entretanto, de escudo para a prática de ilícito penal ou para torná-los imunes a qualquer investigação policial.

II — O indiciamento em inquérito policial é constrangimento que sofre o cidadão, decorrente do poder-dever do Estado, por seus agentes, de investigar e punir fatos delituosos. Alegada falta de justa causa, somente o exame da prova, ainda que sumário, pode demonstrar se tal constrangimento é, ou não, ilegal. Se tal prova, contudo, por ser insuficiente, ou controvertida, não demonstra, de pronto, ausência de justa causa, não se pode trancar a investigação policial.

III — Recurso denegado.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de novembro de 1985.

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: O ilustre advogado Dr. Hans Norman Joesting, residente em Barra do Garças, perante o MM. Juiz Federal em

Mato Grosso, impetrou em favor do advogado Mário Arcioni Silva Falcão, residente na mesma cidade, uma ordem preventiva de Habeas Corpus, alegando que o paciente estaria ameaçado de constrangimento ilegal por parte do Delegado da Polícia Federal, naquela cidade, que deseja indiciá-lo em inquérito que nada teria com ele. É que o paciente fora patrono de Antônio Batista de Oliveira Filho, em favor de quem requerera buscas e apreensão de sacas de arroz, em casca, apreendidas pela Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso e depositada nos armazéns da COOTAP — Cooperativa Agropecuária Tapiranga Ltda., que se negara a devolvê-la ao patrocinado, não obstante já liberada pelo órgão fazendário estadual. O Banco Econômico S/A ingressou no feito, dizendo-se agente da Companhia de Financiamento da Produção — CFP, argumentando que o arroz pertencia à empresa pública federal. A Delegacia de Polícia Federal, por seu turno, instaurou inquérito policial, tendo ouvido e indiciado o patrocinado do paciente, inclusive com oitiva deste, como informante. Um ano após, convoca o paciente à delegacia para ser indiciado.

O Juiz solicitou as informações, que foram prestadas, decidindo, então, pela denegação da ordem impetrada, por se tratar de matéria probatória complexa, a ser oportunamente produzida, não sendo de apurar-se, de pronto, se havia, ou não, envolvimento do paciente nos fatos delituosos. E assim, como não fora demonstrada ausência de justa causa, nem que o paciente não tinha participação nos fatos senão a título de advogado, não via como obstar, mediante o trancamento, o inquérito policial.

Inconformado, o impetrante interpôs o presente recurso, invocando, mais uma vez, o disposto no art. 89, I, da Lei nº 4.215, de 1963, que assegura ao advogado exercer, com liberdade, sua profissão.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Dr. Guilherme Magaldi Netto e aprovado pelo Dr. Moacir Antônio Machado da Silva opinou pelo improvemento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Ao advogado, efetivamente, assegurou-se a prática de sua profissão nobre com inteira liberdade.

Essa liberdade, contudo, não pode servir de escudo para a prática de ilícito penal e torná-lo imune a qualquer investigação.

No caso, depois de ouvidas as pessoas envolvidas nos fatos tidos por delituosos, que também apontariam o paciente como um dos seus fatores, foi que a Polícia Federal houve por bem convocá-lo, para ouvi-lo segunda vez, e, já agora, como indiciado.

Quando se alega ausência de justa causa, um exame da prova já apurada, ainda que sumário, é lícito fazer-se, quando ela demonstre, desde logo, a inexistência de razão para o constrangimento a que esteja submetido o paciente, ou de que esteja ameaçado.

No caso, conforme esclareceu o MM. Juiz, além de entremostrarem-se controvertida essa prova, não pareceu bastante ou suficiente ao Juiz para formar sua convicção em sentido contrário ao indiciamento do paciente.

Conforme pondera a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, socorrendo-se do magistério do egrégio Supremo Tribunal Federal, o indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal, salvo raríssimas exceções, pois o Ministério Público ainda poderá requerer o arquivamento. Em prol dessa tese, menciona «copiosa e reiterada jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal (RHC nº 48.583 — SP, in *DJ* de 7-5-71; RHC nº 48.341 — GB, in *DJ* de 3-11-70; RHC nº 46.186 — SP, in RTJ 51/532; RHC nº 48.954 — SP in RTJ 60/71; RHC nº 54.437 — SP, in RTJ nº 78.138».

O indiciamento em inquérito policial, a meu sentir, é um constrangimento; todavia, se esse constrangimento, que resulta do poder-dever do Estado, por seus agentes públicos, de investigar fatos delituosos que lhe cheguem ao conhecimento, é, ou não, ilegal, somente o exame de prova, ainda que sumária, pode demonstrar.

No caso, como se acabou de dizer, não existe prova plena a demonstrar a falta de justa causa para a investigação policial, quer por ausência de tipicidade, quer por outra causa ou razão excludente de criminalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 6.361 — MT — (Reg. nº 7.237.642) — Rel.: Min. Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Moacir Antônio M. da Silva. Recte.: Mário Arcioni Silva Falcão. Recda.: Justiça Pública. Pacte.: Mário Norman Joesting. Adv: Dr. Hans Norman Joesting.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 12-11-85).

Os Senhores Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLIVAR.

HABEAS CORPUS Nº 6.403 — PI
(Registro nº 7.254.938)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*
Impetrante: *André de Souza Costa*
Impetrado: *Juiz Federal da 2ª Vara — PI*
Paciente: *André de Souza Costa*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Trancamento de Inquérito Policial. Alegação de Incompetência da Justiça Federal. Inteligência do artigo 40 do Código de Processo Penal.

I — Inexiste a alegada incompetência da Justiça Federal, porquanto o interesse primordialmente protegido e em razão do qual haveria crime, em tese, é o pertinente ao exercício profissional, cuja fiscalização incumbe à Ordem dos Advogados do Brasil. Além disso, compete à Justiça Federal processar e julgar questões pertinentes ao ensino superior.

II — O art. 40 do Código de Processo Penal determina que Juizes e Tribunais remetam ao Ministério Público as cópias e documentos necessários ao oferecimento da denúncia, quando verificarem a existência de crime de ação pública; se entendem, todavia, que a matéria ainda merece melhor elucidação, nada obsta que requisitem da autoridade policial a abertura de inquérito. Nem o Ministério Público está obrigado a oferecer denúncia por ter o Juiz ou Tribunal remetido a um dos seus representantes cópias das peças ou documentos, nem se pratica, com a remessa, ato jurisdicional, mas meramente correcional, sequer prevenindo a jurisdição, ainda que tenha havido requisição. Se o Juiz sequer fez a remessa direta ao Ministério Público, mas, prudentemente, requisitou à autoridade policial que instaurasse inquérito, para a investigação do fato, aparentemente delituoso, com maior razão não pode ser considerada autoridade coatora, a ensejar Habeas Corpus.

III — Habeas Corpus denegado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, denegar 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, 13 de dezembro de 1985.

Washington Bolívar, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: O bacharel André de Souza Costa, em causa própria, impetra uma ordem de Habeas Corpus preventivo, alegando «estar sendo permanentemente perseguido por policiais da Polícia Federal e apontando como autoridade coatora o Dr. Juiz de Direito (sic) da Vara Federal de Teresina, Estado do Piauí, Hércules Quasimodo da Mota Dias».

Diz que foi aprovado em concurso para exercer a profissão de advogado, tendo sido aprovado com «nota abundante», na seccional da OAB, do Piauí, onde solicitara sua inscrição, com publicação de edital, para impugnação, cujo prazo transcorreu, in albis.

Tempos depois, havendo trocado aquela seccional de presidente, deste recebeu comunicado de que indeferira seu pedido de inscrição, feito desde 1983, e sem qualquer razão, pois não respondera a processo administrativo, motivo pelo qual impetrou Mandado de Segurança ao Juiz Federal da Seção Judiciária do Piauí. Este, entretanto, ao invés de deferir ou indeferir a inicial, converteu o feito em questão de alta indagação, solicitando informação à Faculdade Cândido Mendes e enviando o processo à Polícia Federal, para que esta instaurasse inquérito contra o impetrante e paciente; somente após todas essas providências foi que mandou notificar a autoridade coatora.

Argumenta que a Faculdade Cândido Mendes é instituto de ensino particular, escapando à jurisdição federal; ademais, não poderia o Juiz Federal, substituindo-se ao Procurador da República, ordenar à Polícia Federal a abertura de inquérito.

Entende que «somente a pessoa com qualidade para iniciar a ação penal privada poderá requerer a instauração de inquérito policial», nos termos do art. 5º, § 5º, do CPP e do art. 30 do mesmo diploma processual.

Diz mais que, para agravar a conduta arbitrária da autoridade coatora, o advogado Dr. Antônio Joaquim Lula Ferreira, que constituíra para impetrar o Mandado de Segurança contra o Presidente da OAB — Piauí, fora obrigado a depor, sob ameaça de prisão, como testemunha, contra o seu constituinte.

Relata que está sendo molestado e na iminência de ser preso por ordem de autoridade incompetente (art. 153, § 12, da CF), esclarecendo que as informações prestadas pela Faculdade referem-se a um homônimo e não a ele, impetrante e paciente.

Pede «que seja trancado o inquérito policial de ofício independentemente das informações do douto Juiz de Direito da 2ª Vara da Justiça Federal de Teresina — PI, com expedição ao paciente do respectivo salvo-conduto para que o mesmo possa exercer o livre exercício da sua profissão, no qual está habilitado, como se vê nitidamente no doc. nº 1, definitivamente, e Constituição Federal art. 153, § 23 (sic).

Juntou documentos.

O MM. Juiz Federal informa que denegou, por sentença de 13-8-85, o Mandado de Segurança referido pelo impetrante e que «a SR/DPF — PI, por requisição judicial, instaurara inquérito para apurar as falsidades praticadas pelo impetrante e noticiadas na sentença denegatória do *mandamus* (cópia anexa)». Como o inquérito ainda não fora remetido àquele Juízo e porque o impetrante recorreu, da sentença que lhe foi desfavorável, para este Tribunal, não dispunha de outros dados para fornecer, a título de informações, colocando-se à disposição para quaisquer esclarecimentos complementares (fl. 35). Juntou cópia da sentença mencionada (fls. 36/ 38).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pela Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre e aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger opina pela não concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): O impetrante e paciente pede o trancamento do inquérito policial, ao fundamento de que a autoridade judiciária seria incompetente para requisitar sua instauração, em razão da incompetência da Justiça Federal para tratar de fato contra instituição de ensino particular, o que deveria ser objeto de ação penal privada; ademais, o doc. nº 19 (fl. 26 destes autos), oriundo da Faculdade Cândido Mendes, não lhe é pertinente, mas a um homônimo. O telex é do seguinte teor:

«Informo Vossências remessa, malote amanhã, informações requisitadas instrução Habeas Corpus 6.403 — PI, Registro nº 7.254.938, impetrado Andreh de Souza Costa».

Em seu parecer, a douta Subprocuradoria-Geral da República destacou que inexistia incompetência, no caso, da Justiça Federal, pois o interesse primordialmente protegido e contra o qual haveria crime, em tese, exurgente nos autos do Mandado de Segurança é o pertinente ao exercício profissional cuja fiscalização compete à Ordem dos Advogados do Brasil, sujeita, por seu turno, à jurisdição da Justiça Federal.

Por outro lado, dispõe o art. 40, do Código de Processo Penal:

«Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os Juizes ou Tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessário ao oferecimento da denúncia.»

A real inteligência do texto não há de ser que o trâmite obrigatório, para os Juizes e Tribunais, seja por intermédio do Ministério Público. Procedem-se assim, quando os Juizes e Tribunais de logo verificarem a existência de crime de ação pública. Se entendem, ao revés, que a matéria merece melhor investigação, devem requisitar à autoridade policial competente a instauração do respectivo inquérito, para a devida apuração, que venha a servir de peças de informação ao Ministério Público, para o oferecimento da denúncia.

Ensinam os processualistas, que nem o Ministério Público está obrigado a oferecer denúncia pelo fato de o Juiz ou Tribunal haver determinado a remessa de cópias de peças, nem pratica ato jurisdicional, mas meramente correcional, o Juiz que age nos termos da disposição processual sob comentário (art. 40, do CPP), não podendo, assim, ser considerado como autoridade coatora, a ensejar Habeas Corpus; sequer previne a jurisdição, ainda que tenha havido requisição (cf. «Código de Processo Penal Anotado», Damásio E. de Jesus, 4ª ed., Saraiva, pág. 34).

Quanto mais como no caso em que o Juiz sequer fez remessa direta ao Ministério Público, mas, prudentemente, requisitou à autoridade policial que instaurasse inquérito, para a investigação do fato, aparentemente delituoso.

E quanto à alegação de falta de justa causa para essa investigação, mediante inquérito policial, não merece prosperar, pois existiria crime, em tese, a ser devidamente apurado e de cuja apuração pode até resultar no completo esclarecimento de que, efetivamente, a informação prestada pela Faculdade Cândido Mendes não se refere ao impetrante e paciente, mas a um homônimo.

No estágio atual, como bem acentuou a Subprocuradoria-Geral, a informação teria sido prestada por telex, grafando André de Sousa (com s) Costa, quando o impetrante é André de Souza (com z) Costa, sem maiores detalhes, por exemplo, quanto à filiação ou outros dados que, de logo, estabelecessem que se trata de um homônimo e não do próprio impetrante e paciente.

Essa possibilidade de demonstrar, amplamente, que dele não se cuida, mas de outro, terá o impetrante, no curso da investigação policial, ou, se vier a ser denunciado, e se for recebida a denúncia, quando instaurada a ação penal.

Compete à Justiça Federal processar e julgar as questões pertinentes ao ensino superior, situado nas atividades fins do Ministério da Educação.

Inexiste, a todas as luzes, ilegalidade, ou abuso de poder, que estejam a embaraçar a liberdade de locomoção do paciente.

Ante o exposto, denego a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.403 — PI (Reg. Nº 7.254.938) — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Paulo André F. Sollberger. Impte.: André de Souza Costa. Impdo.: Juiz Federal da 2ª Vara — PI. Paciente: André de Souza Costa.

Decisão: A Turma, à unanimidade, denegou a ordem. (Em 13-12-85 — 1ª Turma). Falaram o Dr. André de Souza Costa e o Dr. Subprocurador-Geral Paulo André F. Sollberger.

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

HABEAS CORPUS Nº 6.601 — SP
(Registro nº 7.908.652)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Relator p/Acórdão: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Impetrante: *Antônio Ponce*

Impetrado: *Juiz Federal da 11ª Vara — SP*

Paciente: *Paulo Fernando do Couto Maciel*

EMENTA: Habeas Corpus. Apelação em liberdade.

Não constitui ilícito penal o uso de bebida alcoólica, mesmo de modo inveterado. O alcoólatra é um doente que carece de tratamento e, tão-só por isso, não pode ser considerado possuidor de maus antecedentes.

A exceção do art. 594 do CPP, na redação da Lei nº 5.941/73, lhe é aplicável, podendo apelar solto da sentença.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conceder 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, 1º de julho de 1986.

OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: O advogado Antônio Ponce requer ordem de Habeas Corpus em favor de

«Paulo Fernando do Couto Maciel, brasileiro, casado, servidor público aposentado, que está sofrendo coação ilegal em decorrência de decisão condenatória, que lhe permitiu apelar em liberdade, de autoria do MM. Dr. Juiz Federal da 11ª Vara de São Paulo, autoridade coatora.» (Fl. 2).

Textualmente, escreve:

«Conforme a sentença anexa, foi o paciente, juntamente com o co-réu João Antonio Braz Filho, condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, por infração do art. 312, c/c o art. 71 do Código Penal.

2. Dispõe o art. 594 do Código de Processo Penal, na redação que conferiu a Lei n.º 5.941/73: «O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.»

3. O inclito Juiz, prolator da douda decisão condenatória, houve por bem negar ao paciente o direito de apelar em liberdade, não obstante reconhecer-lhe a primariedade, de vez que entendeu ser o mesmo portador de maus antecedentes, consoante o conceito manifestado abaixo:

«Quanto ao réu Paulo Fernando do Couto Maciel, ao que consta, também é primário. Contudo, é pessoa de maus antecedentes, constituindo péssimo exemplo de vida, marcada pelo alcoolismo inveterado, expressando comportamento incompatível que, segundo o excelso Pretório, significa maus antecedentes para os efeitos da lei (STF, RHC n.º 58.832 — DJ de 12-6-81, pág. 5716).

Não concedo, assim, aos réus o direito de apelar em liberdade.» (Fl. 34 e 5 da sentença condenatória).

4. *Data venia*, o julgado acima não se ajusta ao presente caso: primeiro, porque não traz conceito algum sobre o que se deva entender por maus antecedentes; segundo, porque se tratava de caso específico de roubo (art. 157 do CP) que, por definição, se trata de delito que se pratica mediante grave ameaça ou violência à pessoa, o que não a hipótese sub *judice*.

5. À míngua de elementos outros que pudessem traduzir-se em maus antecedentes, que poderiam embasar uma negativa do direito de o paciente apelar em liberdade, a ilustre autoridade coatora, à guisa de maus antecedentes, alinhou tão-somente o uso do álcool pelo paciente, daí a expressão da sentença:

«Contudo, é pessoa de maus antecedentes, constituindo péssimo exemplo de vida, marcada pelo alcoolismo inveterado, expressando comportamento incompatível...»

6. É relevante notar que o simples uso de bebida alcoólica, de maneira desordenada, não se ajusta ao conceito de maus antecedentes para o efeito de impedir-se o apelo em liberdade, mesmo porque não é a cadeia o lugar adequado para o tratamento do alcoolismo.

7. A própria expressão «antecedentes» significa, etimologicamente, aquilo que antecede, que vem, está ou fica antes de alguma coisa. E na terminologia penal, antecedentes vêm a ser os fatos, ações, comportamentos anteriores do réu, em relação ao fato criminoso, que lhe é imputado, e que podem qualificar-se como bons ou maus.

8. Aliás, o conceito de maus antecedentes no entendimento do colendo Tribunal Federal de Recursos, diverge, frontalmente, do conceito expandido pela digna autoridade coatora, como se pode vislumbrar do julgamento do Habeas Corpus n.º 5.767, de 18 de novembro de 1983, de que foi Relator o eminente Ministro Adhemar Raymundo e cuja ementa é a seguinte:

«Criminal. A Lei n.º 5.941/73 alterou o art. 594 do CPP, estatuinto de modo claro que é direito do condenado apelar em liberdade, se for primário e tiver bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória. Não preenche os requisitos de bons antecedentes quem possui um passado prenhe de ações delituosas, reveladoras de uma vida pregressa anti-social.»

A própria ementa valeu-se, com propriedade, das expressões «passado prenhe de ações delituosas» e «vida progressa anti-social», a traduzir comportamentos anteriores.

Alcoolismo, mesmo inveterado, não é crime. Pelo contrário, é doença que merece tratamento, e não constitui maus antecedentes.

No RHC nº 59.316, julgado em 30-4-82, de que foi Relator o eminente Ministro, digo Relator *Ad hoc* o eminente Ministro Rafael Mayer, decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal que as circunstâncias do crime não devem ser levadas à conta de maus antecedentes.

9. Se o próprio MM. Dr. Juiz prolator da douta decisão condenatória (à fl. 19) reconheceu tratar-se o paciente «de pessoa ainda jovem, gravitando em círculos respeitáveis da chamada classe A, movimentando-se com descontração por entre amizades conspícuas, bebedor emérito, pelo que se provou, era o que se poderia chamar de moço bem-sucedido na vida e admirado em muitas rodas, insuspeitas, pelo que se registrou nos autos do processo», não poderia afirmar ser o mesmo portador de maus antecedentes e negar-lhe o direito de apelar em liberdade da douta decisão condenatória. De premissas verdadeiras não se tiram conclusões falsas.

Lembrou, ainda, a ilustre autoridade coatora que o paciente teve a sua demissão do serviço público convertida em aposentadoria, conforme decreto do Senhor Presidente da República, de 31 de outubro de 1983 (fl. 13 da douta decisão).

10. A douta decisão condenatória faz referência à existência de um laudo psiquiátrico concluindo ser o paciente inimputável, laudo esse que foi rejeitado, porém, dúvidas ficaram quanto à integridade mental do mesmo.

11. O certo é que não restaram provados os maus antecedentes atribuídos ao paciente, razão por que tem o mesmo o direito de recorrer em liberdade.

12. Outros processos não existem contra o paciente, conforme comprovado pela certidão negativa anexa, expedida pelo Poder Judiciário de São Paulo». (fls. 2/6)

Solicitei informações no dia 12-6-86 (fl. 44). O Juiz, em telex de 20-6-86 (fl. 48), esclareceu que seguiam no dia 23 e, como não chegassem no malote recebido nessa data, mandei os autos com vista à douta Subprocuradoria-Geral da República.

No dia 25-6-86 chegaram as informações. Mandei juntá-las por linha. Ao requerimento formulado pelo impetrante para que as dispensasse, despachei que nada tinha a deferir, porquanto já havia adotado a providência.

Ontem, ao fim da tarde, voltaram os autos com o parecer do Ministério Público pela denegação.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Habeas Corpus. Apelo em liberdade.

I — Os antecedentes de que trata o art. 594 do CPP não sofrem restrição no tempo e abrangem os vários aspectos da conduta do condenado.

II — O Habeas Corpus não é meio próprio para corrigir a sentença, que apontou e concluiu por que o paciente tem maus antecedentes.

III — Inexistência de ilegalidade e abuso de poder.

IV — Precedentes.

V — Ordem denegada.

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA (Relator): O Habeas Corpus tem por finalidade proteger pessoa ameaçada de sofrer coação ou violência em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 153, § 20, da Constituição).

O art. 594 do CPP assegura ao condenado que for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença, ou condenado por crime afiançável, apelar solto ou prestar fiança.

No caso, o pedido se apóia na falta de justa causa traduzida na iminência da prisão do condenado, porque teria bons antecedentes, embora a sentença, expressamente, aponte e diga o contrário.

Antecedente, mesmo semanticamente, relaciona-se com o passado, com circunstância que precede ao presente, ao momento atual, enfim à multifária conduta do réu.

Antecedentes, explicou o Ministro Xavier de Albuquerque: ...«são os fatos que marcam a vida pregressa do indivíduo, que lhe revelam o caráter ou o modo de ser e de agir no convívio social» (RTJ, vol. 70, pág. 357).

Portanto, a falta de antecedentes penais não significa que, apenas por isso, a pessoa tenha bons antecedentes. Basta notar que há fatos que não autorizam uma condenação ou que, mesmo determinando-a, deixam de ser apurados, havendo outros desabonadores da conduta pregressa do condenado.

Julgando o RHC nº 52.902 — MG, o Plenário colendo Supremo Tribunal Federal firmou entendimento sobre a aplicação do art. 594 do CPP com a redação introduzida através da Lei nº 5.941, de 22-11-73, ao decidir:

I — Apelação do réu. Condições para que apele sem se recolher à prisão.

II — Art. 594 do Código Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 5.941, de 22-11-73. Interpretação.

III — Na aferição dos antecedentes do réu, não fica o Juiz adstrito à objetividade da ausência de antecedentes penais e à ignorância de fatos negativos. Pode o Juiz, face às circunstâncias do crime e à personalidade do agente, concluir validamente pela inexistência de bons antecedentes, a que fica, na lei, subordinado o direito de apelar solto o réu.

IV — Recurso de Habeas Corpus improvido.» (RTJ vol. 73/98).

O Ministro Cordeiro Guerra ao votar nesse recurso, que se tornou o *leader case*, e sendo Relator para o Acórdão, advertiu:

«Não me impressiona o argumento de que «as circunstâncias do crime não são antecedentes: são o próprio crime», pois, como observara Altavilla: Nel reato è tutto il delinquente, isto é: a sua personalidade, o seu passado, a revelação do que é capaz.

Se a lei admite a decretação da prisão preventiva para tornar efetiva a sanção penal, por simples indícios, e também para garantia da ordem pública, art. 311, Código Processo Penal, seria ilógico admitir-se, julgada procedente a acusação por sentença, que os motivos autorizadores da prisão preventiva fossem desprezados, para se dar ao condenado o direito de apelar solto, em crimes graves, ensejando-lhes a fuga.

O art. 594 do Código Processo Penal, com a atual redação, deu, efetivamente, ao réu um direito: o de apelar solto, mas não negou ao Juízo a faculdade de reconhecer e proclamar, na sentença, a ocorrência ou não de bons antecedentes, que dera condição para o exercício desse direito.

Na aferição dos antecedentes do réu, não fica o Juiz adstrito à objetividade da ausência de antecedentes penais e à ignorância de fatos negativos. Pode o Juiz, face às circunstâncias do crime e à personalidade do agente, concluir validamente pela inexistência de bons antecedentes, a que fica, na lei, subordinado o direito de apelar solto o réu.

De outro modo, conflitaria a inteligência objetiva do art. 594, com a atual redação, com o espírito do Código de Processo Penal, que ressalta do art. 311 do mesmo diploma legal, que é o de assegurar a efetiva aplicação da lei penal e a defesa da ordem pública.

Por esses fundamentos, *data venia*, denego a ordem.» (RTJ 73, pág. 101/102).

O Ministro Thompson Flores acentuou:

«Não basta que não revele antecedentes. Quer a lei que sejam eles bons; é como os qualifica. É o que decorre, costumeiramente, da prova testemunhal, mas que pode ser suprida por meios outros de prova.

E tudo o Juiz poderá extrair ao sentenciar da prova que examinou.

Aceito que se possa no Habeas Corpus corrigir abusos manifestos ou erros evidentes do julgador. Mas há de exigir-se prova cabal das exigências impostas pelo citado art. 594.» (RTJ 73, pág. 106).

O Ministro Djaci Falcão, em poucas, mas incisivas palavras, aditou:

«Não basta apenas a primariedade, impõe-se que fique reconhecida pelo Juiz a existência de bons antecedentes. A ausência desse requisito, que é essencial, afasta a concessão do benefício.» (Ob. cit. pág. 106).

Não chego a dizer que as circunstâncias do crime constituam antecedentes. Contudo, quem foi Juiz de Direito como eu, perambulando comarcas e comarcas no interior do Estado, depois Juiz Federal, sabe perfeitamente que, muita vez não é fácil ao Juiz, mesmo com os poderes de que dispõe na instrução da causa, aprofundar-se no levantamento dos antecedentes, pois as testemunhas indicadas pelo Ministério Público apenas sabem informar sobre o fato, enquanto que as de defesa limitam-se, como no caso dos autos, a declarar nada saberem em desabono da conduta do réu, ou que frequenta a classe A, ou que tem amigos altamente posicionados na sociedade. Mas, o Juiz que viu o acusado, que presidiu o sumário, que colheu as provas e as examinou, que sentiu como e em que circunstâncias foi o delito praticado; que reside na mesma cidade ou no mesmo Estado, levanta informação sobre o comportamento social do réu e pode julgar com esses conhecimentos tal qual se vê nestes autos. Não é o fato de frequentar altas rodas que confere à pessoa um diploma de boa conduta. Muita vez, trata-se de mero artifício, de ardid para acobertar o crime que vem praticando; de uma forma para dissimular comportamento amoral no trabalho ou naquelas altas rodas. Portanto, ao Juiz é que se tem de conferir o poder de examinar e concluir, na sentença, se o réu tem ou não bons antecedentes, não o Tribunal nos limites do Habeas Corpus. Por outro lado, a sentença como ponto culminante do processo, tem o seu valor próprio. Não pode restringir a prisão ao julgamento da 2ª instância, em caso da gravidade referenciada nos autos. É preciso não esquecer que a sociedade, tanto quanto cada um de nós, tem o direito de se defender contra os criminosos, sejam os que praticam delitos contra a vida, sejam os que o fazem contra o patrimônio, mormente o patrimônio público.

Os que se apegam a esse direito de apelar solto, esquecem que o artigo 312 do CPP autoriza o decreto de prisão preventiva quando há indícios suficientes da autoria e prova da existência do crime, a fim de assegurar a aplicação da lei penal. Aqui, se tem uma sentença prolatada após exaustiva investigação probatória, por que então conservar solto o condenado, se presentes as mesmas causas? Para que, procure influenciar pessoas, use e abuse de recursos com vistas a uma prescrição?

É preciso, enfim, não esquecer que o delito foi praticado ao longo de anos contra a seriedade do próprio Poder Judiciário. Que não dirão os servidores desse mesmo Poder se, apesar da sentença condenatória, não virem o paciente recolhido à cadeia por força da sentença, enquanto estão a ver servidores humildes sendo condenados e presos por crimes menos graves? Afirma o Dr. Mardem Costa Pinto, no parecer aprovado pelo ilustre Dr. Valim Teixeira:

«Efetivamente o paciente é primário, mas seus antecedentes foram considerados maus, pelo Juízo da condenação, tendo sido realçada sua condição de alcoólatra, seu péssimo exemplo de vida, seu comportamento incompatível, como elementos indicadores de um passado que não pode, na visão do julgador de 1º grau, próximo dos fatos, das provas e dos elementos envolvidos, ser considerado bom para o efeito da concessão do benefício legal previsto no art. 594 do CPP.

O conceito de bons antecedentes, de natureza subjetiva, certamente implica um Juízo de valor a respeito da personalidade do réu, os motivos do crime, a repercussão causada, que fica à livre apreciação do Juízo da condenação.» (fl. 50).

.....
 «Tal só poderia ocorrer, segundo entendemos, se o conceito de maus antecedentes tivesse sido emitido com base em indicadores que se provasse in-existentes ou falsos, o que não é a hipótese dos autos.» (fl. 51).

Tenho que o comportamento do paciente nas suas múltiplas facetas e manifestações é que levou o Juiz a concluir que não possuía bons antecedentes.

A embriaguez habitual, ninguém ignora, é causa de demissão do funcionário (art. 207, III, do EFPCU) e justa causa para a dispensa do empregado (art. 482 da CLT), por revelar mau comportamento, má conduta.

Daí porque entendo haver o sentenciante se apoiado em fatos para concluir ser o condenado portador de maus antecedentes.

Acentuou o Ministro Soares Muñoz no julgamento do RHC nº 59.648-7 — SP:

«Prisão. Apelação. Réu primário e de bons antecedentes. Inobstante a primariedade do réu, dos seus bons antecedentes e do disposto no art. 594 do Código de Processo Penal (Redação da Lei nº 5.941, de 1973), não faz ele jus a aguardar em liberdade o julgamento de sua apelação, pois revelou, na prática do crime, desvio de comportamento moral continuado, torpeza e perversidade sexual em face de crianças indefesas, que se achavam sob a guarda e proteção de sociedade assistencial por ele presidida. **Habeas Corpus** indeferido. Recurso desprovido.»

O Ministro Rafael Mayer, reiteradamente, tem afirmado:

«Apelação. Prisão do réu. Bons antecedentes (aferição pelo Juiz). Não basta, para a concessão do benefício de apelar solto, seja o réu primário, senão também o reconhecimento de bons antecedentes. **Habeas Corpus** indeferido». (HC nº 59.526-0 — SP, DJ 16-4-82, pág. 3406).

O Ministro Antonio Neder, ao julgar no Pleno do Supremo Tribunal Federal o RHC nº 58.658 — RJ, assim ementou a decisão:

«1. Se a sentença condenatória julgou que o réu não tem bons antecedentes, é de se lhe negar o direito de apelar em liberdade, como se lê no art. 594 do Código de Processo Penal.

2. Recurso de **Habeas Corpus** desprovido». (RTJ, vol. 96/1113).

.....

«1. Os bons antecedentes a que se refere o § 2º do art. 4º do Código de Processo Penal, com a redação do art. 1º da Lei nº 5.941, de 22-11-73, abrangem não só os penais, mas, também, os que se referem ao comportamento como tal, isto é, o seu comportamento em face do processo a que responde. Se o réu se acha foragido, não merece havido como pessoa de bons antecedentes. Doutra lado, se o réu deixa de atender ao pessoal chamamento judiciário para o julgamento, não merece definido como pessoa de bons antecedentes.

2. Caso em que se decretou a prisão do réu pelo fato de não comparecer ao Júri para ser julgado. É legal a medida.

3. Petição de **Habeas Corpus** indeferida». (HC nº 58.809-3 — MG, *DJ* de 12-6-81, pag. 5716).

No mesmo sentido, decidiu o Ministro Eloy da Rocha:

«**Habeas Corpus**. Réu que, embora primário, não possui bons antecedentes, reconhecidos na sentença condenatória, não tem direito ao benefício estabelecido no art. 594 do Código de Processo Penal, na redação da Lei nº 5.941, de 22-11-73. Recurso desprovido». (RHC nº 53.643 — RJ, in *DJ* de 18-2-77, pag. 887).

O paciente não carrou para os autos a menor prova de que a afirmativa sentencial é falsa. A dar crédito à palavra dele, prefiro ficar com a sentença.

Após considerações tantas, concluo que aos autos não veio a menor prova de que o Juiz praticou ilegalidade ou abuso de poder, que estejam a carecer de reprimenda via o limitado campo do **Habeas Corpus**.

Os antecedentes de que cuida o art. 594 do CPP não sofrem restrições no tempo e abrangem os vários aspectos da conduta do condenado. Desse modo, não merece amparo o pedido do paciente de ver corrigida a decisão monocrática através do **Habeas Corpus**, assim reformando a sentença na parte em que concluiu pela existência dos maus antecedentes.

Denego a ordem.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: O Doutor Antonio Ponce, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB, Seção do Distrito Federal, impetrou a presente ordem de **Habeas Corpus** em favor de Paulo Fernando do Couto Maciel, servidor público aposentado, alegando estar o mesmo «sofrendo coação ilegal em decorrência de decisão condenatória, que lhe não permitiu apelar em liberdade».

Aponta como autoridade coatora, o ilustre Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

Pede, e tão-só, a concessão da ordem, para que o paciente possa, em liberdade, recorrer da douda decisão condenatória segundo dispõe o art. 594 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 5.941, de 1973.

O eminente Relator, Ministro Costa Lima, escorado na sentença condenatória, na jurisprudência com que ilustrou o seu doudo voto e no Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, denegou a ordem.

Pedi vista dos autos e agora os trago para prosseguirmos no seu julgamento.

Diz o artigo 594 do CPP, na redação que lhe deu a Lei nº 5.941, de 1973, verbis:

«O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto».

O MM. Juiz impetrado, embora reconhecesse a primariedade do paciente, entendeu ser o mesmo portador de maus antecedentes, ao afirmar:

«Quanto ao réu Paulo Fernando Couto Maciel, ao que conta, também é primário. Contudo, é pessoa de maus antecedentes, constituindo péssimo exemplo de vida, marcada pelo alcoolismo inveterado, expressando comportamento incompatível que, segundo o excelso Pretório, significa maus antecedentes para os efeitos da Lei (STF, RHC nº 58.832, *DJ* de 12-6-81, pág. 5716).

Não concedo, assim, aos réus, o direito de apelar em liberdade».

Pergunto: Como pode a respeitável sentença assim concluir? Quando ela mesma assevera tratar-se o paciente de

«Pessoa ainda jovem, gravitando em círculos respeitáveis da chamada classe A, movimentando-se com descontração por entre amizades conspícuas, bebedor emérito, pelo que se provou, era o que se poderia chamar de moço bem-sucedido na vida e admirado em muitas rodas, insuspeitas, pelo que se registrou nos autos do processo» (Cfr. fl. 25).

Isto está registrado nos autos, reconhecido expressamente na sentença bem como dela constam os seguintes e insuspeitos depoimentos:

1. Do Dr. Alberto Brandão Muylaert, ilustre Procurador-Chefe da República no Estado de São Paulo, que assim declarou:

«que conhece o acusado Paulo Couto Maciel há muitos anos, sendo certo que tem com o mesmo amigos comuns e é admirador de seu pai; que reafirma que nada consta de seu conhecimento que desabone Paulo Maciel, que é sempre socialmente bem-recebido; que conhece Paulo Maciel desde aproximadamente 1969; que o acusado tem excelente conceito social.»

.....
 «que o acusado Paulo Maciel tinha um tipo de vida que se pode categorizar como de classe A».

2. Do então Juiz Federal, Dr. Luiz Rondon Teixeira Magalhães:

«que, posteriormente, o depoente depois de ter exercido a chefia do gabinete do Ministro da Justiça em Brasília, na gestão do Ministro Milton Campos, Luiz Viana Filho, Juracy Magalhães e Mendes Sá, foi nomeado Juiz Federal em São Paulo e, como Juiz Titular da 1ª Vara Federal desta capital, passou a exercer as funções legais de presidente da comissão instauradora da Justiça Federal da Seção paulista; que, nessa qualidade, em contato permanente com o Ministro da Justiça, Prof. Gama e Silva, indicou Paulo Maciel para exercer as funções de depositário-avaliador-leiloeiro; que o depoente durante o tempo de trabalho de Paulo Maciel na Justiça Federal nada soube que o desabonasse...»

.....
 «que o co-réu Paulo Maciel goza de bom conceito nos meios sociais de São Paulo, da Guanabara e do Rio de Janeiro e, segundo a crônica social, desfruta da amizade da ex-primeira dama, Dona Yolanda Costa e Silva».

3. Da testemunha Fernando Lins Vidal:

«que conhece tão-somente o acusado Paulo Couto Maciel, desde criança, que o mesmo foi admitido no Serviço Público tendo sido Oficial de Gabinete do Exmo. Sr. Ministro João Mangabeira; que tem ciência de que sempre agiu com probidade, desconhecendo qualquer fato até a denúncia, que desabone sua conduta».

4. Da testemunha Cristóvão de Moura:

«que dos acusados só conhece Paulo Fernando do Couto Maciel, há 30 anos, desde quando era simples estudante ginásial; que, nesse longo período, de convivência sempre o teve em conta de pessoa idônea, de boa conduta e altamente considerado, socialmente».

Extrai-se, da sentença, e assim mesmo sem revelação da fonte, que o único defeito do paciente, classificando-o como portador de maus antecedentes fora o uso que o mesmo fazia do álcool, ao assim expressar-se verbis:

«contudo, é pessoa de maus antecedentes, constituindo péssimo exemplo de vida, marcada pelo alcoolismo inveterado, expressando comportamento incompatível...»

Entendo, com a devida vênia, que o uso, ou mesmo o abuso desordenado da bebida alcoólica não se harmoniza, não se ajusta com o conceito de «maus antecedentes». Isto porque não constitui ilícito penal o uso de bebida alcoólica, mesmo de modo inveterado.

O alcoólatra é um doente que carece de tratamento e, por isso, não pode ser considerado como pessoa de maus antecedentes.

Maus antecedentes tem aquele que, por várias vezes, esteve envolvido em ocorrências, inquéritos e processos criminais, conforme decidiu a e. 2.^a Turma do colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RHC nº 55.085 — MG, Relator o Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, em Acórdão com a seguinte ementa:

«*Habeas Corpus*.

Primariedade não se confunde com bons antecedentes.

Não tem bons antecedentes quem, várias vezes, esteve envolvido em ocorrências, inquéritos e processos criminais, sob a suspeita ou a acusação de prática de diferentes crimes». (Cfr. RTJ, vol. 83, pág. 31).

A seu turno, eis o Acórdão da lavra do Exmo. Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, nos autos do RHC nº 55.818-6, de Goiás:

«Ementa: A prerrogativa de apelar em liberdade, hoje conferida ao réu primário e de bons antecedentes pelo artigo 594 do Código de Processo Penal, pressupõe que ele não haja sido preso anteriormente, seja em flagrante, seja preventivamente, seja em virtude de pronúncia. Recurso de Habeas Corpus não provido» (Cfr. Lex Jur. do TFR, vol. 28, pág. 383).

Por outro lado, a respeitável sentença condenatória levou à conta de maus antecedentes as circunstâncias do crime, contrariando jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal, como faz certo o Acórdão proferido nos autos do RHC nº 59.316, Relator, o Sr. Ministro Rafael Mayer.

Na mesma esteira decidiu o saudoso Ministro Bilac Pinto ao relatar o RHC nº 52.267 — MG, em Acórdão cuja ementa proclama:

«Apelação. Recolhimento à prisão. Desnecessidade (Lei nº 5.941, de 1973).

Pretensão ao recurso de apelação sem a obrigação de recolhimento à prisão (Código Processo Penal, art. 594, com a redação da Lei nº 5.941, de 1973). Sentença condenatória que se mostrou omissa quanto aos requisitos autorizadores de tal direito. Decisão posterior que negou os bons antecedentes, confundindo-se, no entanto, com fatos relacionados com o próprio crime ou com o modo como o réu se houve durante a instrução do processo. Habeas Corpus concedido».

A afirmativa de que a respeitável sentença levou à conta de maus antecedentes as circunstâncias do crime, vem assim expressa à fl. 39 destes autos:

«Não obstante sejam os réus primários, não são merecedores da pena mínima, porquanto são portadores de maus antecedentes e o crime cometido com requintes de ganância inusitada, gerando conseqüências desastrosas na dilapidação do patrimônio público e particular. Ademais, agiram com manifesto abuso de confiança que lhe foi conferida no exercício das relevantes funções de depositários avaliadores-leiloeiros que não souberam honrar em virtude da desmesurada cobiça que os acompanhava».

Por derradeiro, e com a vênia devida, confesso que não recolhi da sentença os maus antecedentes atribuídos ao paciente e que a meu ver não quedaram provados, o que me leva a atender a sua súplica.

Ante o exposto, concedo a ordem, a fim de que o paciente possa apelar em liberdade da douta decisão condenatória.

É como voto.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Pretende o paciente, com o presente Habeas Corpus, apelar em liberdade, inobstante ter sido condenado pelo Juízo monocrático a cinco anos de reclusão.

O art. 594 do Código de Processo Penal permite o benefício quando reconhecido na sentença ser o réu primário e de bons antecedentes.

In casu, o primeiro requisito está expresso no dispositivo sentencial. Acontece, porém, que está registrado não gozar o denunciado de bons antecedentes, circunstância que prejudica o pedido.

Muito se tem discutido acerca do conceito da expressão «bons antecedentes». As lições da doutrina e da jurisprudência, por mais esclarecedoras que possam ser, não lograram alcançar um universo mais amplo, de sorte a abranger todas as hipóteses surgidas.

É certo que alguns incluem no seu elenco o comportamento social do indivíduo. Concordo com tal prescrição desde quando de tal comportamento possa decorrer uma conduta anti-social ou mesmo dirigida para o campo da criminalidade. Não se pode, a meu juízo, considerar uma atitude reprovável, em termos de padrões normais de comportamento, que, isoladamente, não afeta ordenamentos jurídicos ou posturas de vida da comunidade.

Aliás, devo advertir que em pesquisa realizada sobre a espécie, principalmente nos anais da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, todas as decisões que abordam o problema são conduzidas para não admitir bons antecedentes quando a ocorrência registrada situa-se em conduta delituo-sa ou relacionada a esta. A propósito, vale citar o HC nº 58.809-3 — MG, Relator o Senhor Ministro Antônio Neder, onde se diz:

1. «Os bons antecedentes a que se refere o § 2º, do art. 4º, do Código de Processo Penal, com a redação do art. 1º da Lei nº 5.941, de 22-11-73, abrangem não só os penais, mas, também os que se referem ao comportamento do réu como tal, isto é, o seu comportamento em face do processo a que responde. Se o réu se acha foragido, não merece havido como pessoa de bons antecedentes. Doutro lado, se o réu deixa de atender ao pessoal chamamento judiciário para o julgamento, não merece definido como pessoa de bons antecedentes.

2. Caso em que se decretou a prisão do réu pelo fato de não comparecer ao Júri para ser julgado. É legal a medida».

Também no RHC nº 58.832-8 — SP, Relator o Senhor Ministro Décio Miranda, lê-se a seguinte proposição:

«Processual Penal. Apelação em liberdade. Crime de roubo. Bons antecedentes. Se é certo que à acusação cumpre, em princípio, indicar a prova dos maus antecedentes do réu, deve ele agir com um mínimo de lealdade, não sonegando as provas das condições, que diz reunir de homem trabalhador, de profissão definida e residência certa, máxime quando para isso contou com vários anos de liberdade, no curso do processo».

Devem ser lembrados, ainda, os arrestos a saber:

RHC nº 62.029-9 — RJ, Relator Ministro Rafael Mayer.

EMENTA: Benefício de apelar solto. Primariedade e bons antecedentes. Art. 594 do CPP. Para que faça jus o réu ao benefício do art. 594 do CPP, há de ter simultaneamente os atributos de primariedade e bons antecedentes. Não tem bons antecedentes o acusado que responde a inquéritos policiais e já sofreu condenação criminal, embora declarada extinta a punibilidade. Recurso de **Habeas Corpus** improvido».

RHC nº 60.233-9 — SP, Relator Ministro Décio Miranda.

EMENTA: Processual Penal. Apelação em liberdade. Réu que se diz absolvido em processos anteriores. Verdadeira que seja a alegação, não afasta, por si só, a ausência de bons antecedentes, que não se confundem com primariedade».

Confesso que não localizei qualquer precedente que se assemelhe ao caso dos presentes autos ou mesmo onde se tenha examinado procedimento sem qualquer relação com atitudes penalmente capituladas ou vinculado ao procedimento criminal.

Na espécie, pelo que ouvi, o ilustre sentenciado desabonou os antecedentes do réu alegando, exclusivamente, condição de alcoólatra, sem qualquer referência a possíveis reflexos na conduta do mesmo. Posso até conceber que esse vício venha a acarretar a anotação que se discute, contudo, somente em caso de refletir em um comportamento anti-social, antijurídico. O alcoolismo, por si só, não constitui empeco à aplicação do benefício. Trata-se, apenas, de um vício. É preciso que ele motive outras ações consideradas nocivas à sociedade. Sem isso não é possível recusar a pretensão.

Ante o exposto, concedo a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.601 — SP — (Reg. nº 7.908.652) — Rel. Originário: O Sr. Min. Costa Lima. Rel. p/Acórdão: O Sr. Min. Otto Rocha. Impte.: Antonio Ponce. Impdo.: Juiz Federal da 11ª Vara — SP. Pacte.: Paulo Fernando do Couto Maciel.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, denegando a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Otto Rocha. Aguarda o Sr. Ministro William Patterson. (Em 27-6-86 — 2ª Turma)

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, concedeu a ordem. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Otto Rocha.

O Sr. Ministro William Patterson votou com o Sr. Ministro Otto Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro OTTO ROCHA. (Em 1-7-86 — 2ª Turma).

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 79.300 — RJ

(Registro n° 3.209.857)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Remetente: *Juiz Federal da 1ª Vara*

Apelante: *Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro*

Apelada: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*

Advogados: *Drs. José Carlos Vilella Rabello e Eros Antonio Saporiti de Siqueira*

EMENTA: Mandado de Segurança. Alvará de localização. A Municipalidade não pode exercer poder de polícia sobre serviço monopolizado pela União, impondo-lhe a obrigação de renovar Alvará de localização. Sentença que se mantém. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de março de 1981.

WILSON GONÇALVES, Presidente. MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, qualificada nos autos, impetra Mandado de Segurança contra o ato do Diretor do 15º Distrito de Fiscalização da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, alegando em síntese: que, a 20-5-1976, o 15º Distrito de Fiscalização da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, por ato de seu Diretor e através do Edital n° 15.051, fez saber à impetrante que, não tendo esta renovado o alvará de licença para localização, no prazo determinado pelo art. 156 do Decreto-Lei n° 6/75 com as modificações do Decreto-Lei n° 257/75 (Código Tributário Municipal), ordenava o pagamento da taxa de renovação e multa de 100% pelo seu não recolhimento dentro do estabelecido naquele decreto-lei, sob pena de interdição imediata da Agência Postal Telegráfica de São Fran-

cisco Xavier, situada à rua Major Suckow, nº 26; que a impetrante, embora outrora, por simples formalidade, houvesse requerido alvará para que se cristalizasse oficialmente, na localidade, a existência de uma unidade postal, na verdade não está sujeita a tal exigência, pelas razões que expende.

Processado com liminar (fl. 14), informou a autoridade impetrada, às fls. 17/21.

Parecer do Procurador da República, às fls. 33/40.

Pela sentença de fls. 42/48 submetida ao duplo grau de jurisdição, foi concedida a segurança.

A impetrada recorreu, às fls. 58/61 (lê:).

Contra-razões, às fls. 63/68 (lê:)

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da sentença apelada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A sentença da Juíza Federal, Dra. Tania de Melo Bastos Heine, se basta em sua fundamentação que adoto e, a seguir, transcrevo, dispensando-me de maiores subsídios:

«O Decreto-Lei nº 200 define a empresa pública como pertencente à administração indireta, e a define, em seu art. 5º nº II:

«A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito».

A Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 8º, inciso XII, determina que compete à União:

«XII — manter o serviço postal...»

O artigo 170, em seu § 3º, por sua vez dispõe:

«§ 3º A empresa pública, que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas».

Interpretando-se, a contrário sensu, tal dispositivo, conclui-se que a impetrante, explorando atividade monopolizada pela União, não está sujeita ao regime tributário das empresas privadas».

O Decreto-Lei nº 509 de 20-3-69, que dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos, órgão da administração direta, em empresa pública, determina em seu artigo 12, consoante o disposto na Carta Magna:

«Art. 12. A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais».

Hely Lopes Meireles, em seu compêndio «Direito Administrativo Brasileiro», 3ª edição, pág. 327, diz:

«Finalmente é de relembrar que as empresas públicas não possuem, por natureza, qualquer privilégio administrativo, tributário ou processual, só auferindo aqueles que a lei instituidora ou norma especial expressamente lhes conceder».

O Decreto-Lei nº 509/69 em seu art. 1º, parágrafo único, determina que a ECT terá sede e foro na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional. Conclui-se *ex vi legis* que a localização do organismo de execução dos serviços postais já tem a licença para a prestação de seus objetivos.

Define Hely Lopes Meireles, na obra citada, o «poder de polícia» como «a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar a restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos *individuais*, em benefício da coletividade ou do próprio Estado».

«Em linguagem menos técnica podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter *os abusos do direito individual*. Por este mecanismo, que faz parte de toda administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional».

A fl. 103, diz o autor que:

«A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território, sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõe condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao poder público o seu policiamento administrativo.

«Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do *indivíduo*, assegurados na Constituição da República (art. 153)». (Grifos nossos).

Desta forma, tudo o que se refere a poder de polícia, seja com relação a sua razão e ao seu fundamento, objeto ou finalidade, extensão ou limites, está dirigido ao controle de atividades privadas, individuais, para evitar que colidam com o interesse público.

Um dos meios pelos quais a administração exerce o seu poder de polícia é através da concessão do alvará.

Hely Lopes Meireles define o alvará como « o instrumento da licença ou da autorização para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito dependente de policiamento administrativo».

A ECT, oriunda do Departamento de Correios e Telégrafos, está vinculada ao Ministério das Comunicações, intimamente ligada à própria União. Ela executa o serviço postal que é monopólio da União, por mandamento constitucional.

Logo não é de se admitir que a municipalidade venha exercer poder de polícia sobre a impetrante, impondo-lhe a obrigação de renovação do alvará de localização.

As finalidades do exercício do poder de polícia municipal, através de um de seus instrumentos, que é o alvará, não se coadunam com a natureza dos serviços prestados pela impetrante, cujo controle fica a cargo da União.

Estar-se-ia ferindo o princípio consubstanciado no artigo 1º da Carta Magna, permitir-se que uma unidade da Federação exercesse fiscalização sobre um serviço monopolizado por outra unidade, hierarquicamente superior».

Nego, pois, provimento à apelação para confirmar a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 79.300 — RJ — (Reg. nº 3.209.857) — Rel.: O Sr. Min. Miguel Ferrante. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, Apda.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Advs.: Drs. José Carlos Villela Rabello e Eros Antonio Saporiti de Siqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 11-3-81 — 6ª Turma).

Os Senhores Ministros Américo Luiz e Wilson Gonçalves votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILSON GONÇALVES.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 86.366 — PR
(Registro nº 3.143.422)

Relator: *O Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Apelante: *Califórnia Hotéis e Turismo Ltda.*

Apeladas: *União Federal e SUNAB*

Advogados: *Drs. José Claudio Del Claro e Ivonete Rosa*

EMENTA: Mandado de Segurança. Intervenção no domínio econômico. Os Decretos-Leis nºs 74.158, de 1974, e 75.730, de 1975, não limitaram as atribuições da SUNAB de exercer o controle de preços e serviços essenciais. À sua competência foi acrescido o encargo de executar a Política Nacional de Abastecimento formulada pelo CONAB, no que se refere a alimentos in natura ou industrializados, produtos vegetais e animais, assim como bens e serviços relativos às atividades agropecuárias e de pesca. Legitimidade e validade dos atos que expede no desempenho de suas atribuições. Recurso improvido. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de novembro de 1980.

JOSÉ DANTAS, Presidente. MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Califórnia Hotéis e Turismo Ltda., qualificada nos autos, perante o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Paraná, contra ato do Delegado Regional da Superintendência Nacional de Abastecimento — SUNAB.

Em síntese, alega a impetrante: que explora o ramo hoteleiro, através do Hotel Califórnia, há mais de três anos; que a 30-6-78 foi notificado pela SUNAB a recolher Cr\$ 5.000,00, face à homologação do Auto de Infração nº 256.563/77, pelo desatendimento de normas contidas na Portaria Super 62/72, infringindo, em consequência, as letras C e K do artigo 11, da Lei Delegada nº 4, de 1962; que a autuação foi motivada pela falta

de relação contendo os preços de serviços nos apartamentos e não estar a 2ª via da relação devidamente homologada; que, contudo, a SUNAB não é órgão legítimo para controlar preços de estabelecimentos hoteleiros; que a Lei Delegada nº 4/62 autorizou a União a intervir no domínio econômico e ainda, através da Lei Delegada nº 5, da mesma data, foi criada a SUNAB com poderes para assegurar a livre distribuição de mercadorias essenciais; que, pelo Decreto-Lei nº 200/67, a SUNAB teve encerrada sua função fiscalizadora, extinto seu Conselho Deliberativo, passando a exercer função de assessoramento; que o Decreto-Lei nº 808/69 determinou ao CIP fixar e executar a política de preços no mercado interno; que o Decreto nº 65.769/69 passou tal incumbência ao Conselho Monetário Nacional, com as atribuições relativas à política nacional de abastecimento, enunciados nos artigos 2º e 3º da Lei Delegada nº 5; que, posteriormente, a Lei nº 6.045/74 atribuiu essa competência aos Ministérios das áreas do Planejamento, da Fazenda, dos Transportes e da Agricultura; que o Decreto nº 74.158, regulamentando a Lei nº 6.045, instituiu a CONAB; que com o advento do Decreto nº 75.730/75 ficou definida a estrutura básica, atribuições e funcionamento da SUNAB; que a atuação da SUNAB ficou restrita àqueles estabelecimentos da área de alimentos *in natura* e industrializados, produtos vegetais e animais, assim como bens e serviços relativos às atividades da agropecuária e da pesca; que assim, é ela incompetente para fixação de preços, fiscalização e atuação de estabelecimentos hoteleiros; que nesse sentido a jurisprudência é a doutrina que cita.

Concedida a liminar (fl. 42), prestou informações a autoridade impetrada, às fls. 42/53.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 56/57,

O MM. Juiz Dr. Lício Bley Vieira, decidiu às fls. 56/61, denegando a segurança.

Irresignada, apelou a impetrante, com as razões de fls. 64/73.

Contra-razões às fls. 78/79.

Nesta instância, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 99/100, é pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Sustenta a impetrante que a SUNAB, não tendo mais competência, que lhe reservou a Lei Delegada nº 5, de 1962, não pode, via de consequência, controlar os serviços de hotelaria, com base na Lei Delegada nº 4, de 1962, que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico.

A propósito, tenho reiteradamente decidido.

«À SUNAB compete, nos termos da Lei Delegada nº 5, de 26 de setembro de 1962, que a organizou, entre outras atribuições, «aplicar a legislação de intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais» (art. 1º, VI), podendo fixar preços, disciplinando o sistema de controle (art. 3º, VII). Da intervenção no domínio econômico trata a Lei Delegada nº 4, da mesma data, consistindo uma de suas formas «na compra, armazenamento, distribuição e venda» de gêneros e produtos alimentícios» (art. 2º, letra s).

Para controle do abastecimento de mercadorias ou serviços, e fixação de preços, dispõe este último diploma legal, que «são os órgãos incumbidos da aplicação desta lei» autorizados a tomar, entre outras medidas, a de «tabelar preços mínimos e estabelecer condições de venda de mercadorias ou serviços, a fim de impedir lucros excessivos, inclusive diversões públicas populares» (art. 6º, IV). Vender ou expor à venda mercadorias ou oferecer serviços por preços superiores ao tabelado; sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los

ou retê-los para fins de especulação; e deixar de afixar em lugar visível e de fácil leitura tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares que constituem infrações previstas no art. 11, letras *a*, *b* e *c* da referida Lei Delegada nº 4, que além de apenadas com a multa prevista no **caput** do dispositivo, podem ensejar a interdição do estabelecimento por prazo de três a noventa dias (art. 12, redação dada pelo Decreto-Lei nº 442, de 1969).

Os Decretos nºs 74.158, de 1974, e 75.730, de 1975, não limitam essa competência, nem poderiam fazê-lo, posto que uma norma legal só se revoga ou altera por outra da mesma categoria. Esses diplomas conferem à SUNAB, sem prejuízo de sua competência legal, a execução da Política Nacional de Abastecimento, formulada pelo Conselho Nacional de Abastecimento — CONAB, no que se refere a alimentos **in natura** ou industrializados, produtos vegetais e animais, assim como bens e serviços relativos a atividades agropecuárias e de pesca; a atribuição de aplicar e executar a legislação de intervenção no domínio econômico e as resoluções do CONAB, referentes à política de abastecimento no tocante ao suprimento alimentar.

Destarte, à SUNAB cabe aplicar e executar não só a legislação de intervenção no domínio econômico, como as resoluções do CONAB quanto a alimentos **in natura** ou industrializados, produtos vegetais e animais, assim como bens e serviços relativos às atividades de agropecuária e da pesca.

Quer dizer, permanecem, com os advenços dos referidos diplomas legais, as atribuições da SUNAB, não tendo sido restringida sua competência legal para intervir no domínio econômico mas, apenas, definida uma parte dela, no que diz respeito à execução das resoluções do CONAB.

Portanto, ao contrário do que alega a impetrante, permanece inalterável a competência da SUNAB para intervir no domínio econômico em qualquer setor, vinculado ao CONAB ou a outro órgão de formulação política de preços. Em consequência, os atos que concretizam essa intervenção, são legítimos, e continuam válidos.»

Face ao exposto, nego provimento ao recurso.

Mantenho a sentença.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 86.366 — PR — (Reg. nº 3.143.422) — Rel.: O Sr. Min. Miguel Ferrante.
Apte.: Califórnia Hotéis e Turismo Ltda. Apdas.: União Federal e SUNAB. Advs.:
Drs. José Claudio Del Claro e Ivonete Rosa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 5-11-80 — 6ª Turma).

Os Senhores Ministros Américo Luz e José Dantas votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.427 — DF
(Registro nº 3.153.797)

Relator: *O Sr. Ministro Lauro Leitão*

Apelante: *Antônio Américo Menezes Aguiar*

Apelado: *INCRA*

Advogados: *Drs. Roberto Mehanna Khamis (apte.) e Cléa Ferreira Cintra (apdo.)*

EMENTA: Administrativo. Concorrência. Edital. Licitação.

Resultou demonstrado que o licitante vencedor apresentou, tempestivamente, a sua proposta, a qual, também, obedeceu, rigorosamente, às prescrições contidas no edital.

Assim, improcedente a alegação do apelante de que teria o vencedor deixado de cumprir as condições referentes à apresentação de certidões negativas de distribuidores criminais.

Sentença que confirma. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª 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, 4 de dezembro de 1981.

O presente Acórdão deixa de ser assinado pelo Presidente Ministro Peçanha Martins, em virtude de sua aposentadoria.

LAURO LEITÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: Antônio Américo Menezes Aguiar, qualificado na inicial, impetrou Mandado de Segurança, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 3ª Vara, Seção Judiciária do Distrito Federal, contra ato do Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, pelo qual considerou vencedor o licitante José Zacarias Sá Carvalho, na concorrência INCRA/DF/2/77, promovida para aquisição de um lote.

Alegou, pois, o impetrante, em resumo, «que por ter havido substituição da Instrução Especial nº 6 pela de nº 6-a, quando o licitante habilitou-se, a primeira instrução estava revogada e que, além disso, deixou de apresentar os documentos exigidos».

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade apontada como coatora, arguindo, em preliminar, ser o autor carecedor da ação. No mérito, sustentou a legalidade de seu ato.

O Dr. Procurador da República, com vista dos autos, manifestou-se afirmando que, no caso, foi desatendida a norma prevista no art. 56, § 1º, da Lei nº 4.215/63.

O MM. Magistrado proferiu decisão, nestes termos:

«Ao ilustre procurador do impetrante, por não ser inscrito na OAB — DF e funcionar em mais de 5 (cinco) causas, neste ano, no Distrito Federal foi concedido o prazo de 15 (quinze) dias para regularizar o exercício profissional.

Estando a findar aquele limite, requereu fosse o termo ampliado para 60 (sessenta) dias, prorrogável se necessário, a fim de inscrever-se, suplementarmente, na OAB — DF.

Ouvi o impetrado e o Ministério Público. O impetrado entende que se trata de expediente procrastinatório; o advogado está proibido de peticionar a este Juízo, além do que o INCRA possui «compromissos advindos da adjudicação do lote, que não permitem tão alongado adiamento».

O Ministério Público sustenta que, agora, o advogado pretende é regularizar a capacidade postulacional e não a representação, coisas dispares. Insta pela decretação da nulidade do processo.

Este Juízo deixou de conceder liminar. O INCRA pode agir com ampla liberdade.

Do advogado exige-se, para que tenha capacidade de postular, em Juízo, inscrição regular na Ordem dos Advogados do Brasil, em que estiver localizada a sede de sua atividade e, também, no local onde, habitualmente, exercer a profissão, considerada para esse feito a atuação em mais de 5 (cinco) causas, anualmente (arts. 55, 56, § 1º, 70 e 76 da Lei nº 4.215/63 c.c. os artigos 13, 36 e 37 do Código de Processo Civil.

Trata-se de Mandado de Segurança que, pelo prazo decadencial, exige do Juiz o máximo de cuidado, de modo a evitar irreparáveis prejuízos ao impetrante.

Assim, indefiro o pedido do advogado, visando a alargar o prazo, bem assim a extinção ou nulidade do processo.

Determino, entanto, fique suspenso o processo, art. 265, I, do Código de Processo Civil, a fim de que seja intimado o mandante para, em 10 (dez) dias, constituir, querendo, procurador regularmente habilitado, sob pena de se decretar a nulidade do processo.

Expedir carta precatória, encarecendo-se ao MM. Juiz deprecado faça-a cumprir, com a máxima urgência.

As custas serão pagas pela parte no Juízo deprecado.»

O advogado do autor requereu a juntada do documento comprobatório de regularização da representação, e ratificou todos os atos anteriormente praticados.

O Dr. Procurador da República, preliminarmente, requereu que fossem convocados ao feito, na qualidade de litisconsortes necessários, os licitantes «José Zacarias Sá Carvalho (vencedor da questionada concorrência), Hélio Ephin Mindlin, Nilton Molina, Aloysio Alvarenga Rocha, Badih Nassif Aidar, Gabriel Aidar Abouchar, Leocádio Galczynski Carbonera e Vanilda Maria Meira Costa Borghi (2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º colocados, respectivamente)».

O MM. Magistrado deferiu, em parte, o pedido do Ministério Público e concedeu ao impetrante prazo para promover a citação do litisconsorte José Zacarias Sá Carvalho.

O impetrante reiterou o requerido no petitório inicial.

O MM. Dr. Juiz mandou citar o litisconsorte José Zacarias Sá Carvalho, por precatória, o qual ofereceu contestação.

O Dr. Procurador da República, com vista dos autos, opinou pela denegação.

O MM. Dr. Juiz, finalmente, decidindo a espécie, proferiu sentença, que tem a seguinte conclusão:

«O licitante, considerado vitorioso, apresentou proposta dentro do prazo e condições previstas no Edital INCRA/DF/2/77, publicado no *DO* de 8, 9 e 10 de novembro de 1977.

Illegal seria exigir a apresentação de documento não indicado no edital.

Considerando o exposto e a prova dos autos, denego o amparo.

Deixo de condenar em honorários, face ao entendimento do Supremo Tribunal Federal cristalizado na Súmula nº 512.»

O impetrante, todavia, não se conformando com a r. sentença de fls., dela apelou para este egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O apelado ofereceu contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo não-provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO (Relator): Insurge-se o apelante contra a adjudicação do lote 246, da gleba Burareiro, objeto da Concorrência INCRA/DF/2/77. No entanto, desarrazoadamente, o licitante vencedor apresentou, tempestivamente, a sua proposta que, também, obedeceu, rigorosamente, às prescrições contidas no edital.

Não colhe, a seu turno, a alegação do apelo irresignatório de que teria o vencedor deixado de cumprir as condições referentes à apresentação de certidões negativas de distribuidores criminais.

Vê-se da documentação as certidões negativas dos cartórios de protesto e distribuição da comarca onde tinha domicílio e estes documentos públicos dispõem, textualmente, que «a prova negativa civil e criminal é feita pelas certidões do 1º, 2º, 3º e 4º Ofícios do Registro de Distribuição».

Ainda que assim não fosse, inúmeros licitantes, do lote em referência, alcançaram classificação superior à do impetrante, circunstância que, mesmo procedentes as razões que arrasta contra o licitante vencedor, impediriam a concretização de seu eventual direito.

Confirmo, por isso, a r. sentença, para negar provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 87.427 — DF — (Reg. nº 3.153.797) — Rel.: O Sr. Min. Lauro Leitão. Apte.: Antônio Américo Menezes Aguiar. Apdo.: INCRA. Advs.: Drs. Roberto Mhanna Khamis (apte.) e Cléa Ferreira Cintra (apdo.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação (Em 4-12-81 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro PEÇANHA MARTINS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 88.317 — SP
(Registro nº 1.316.320)

Relator: *O Sr. Ministro Sebastião Reis*

Remetente: *Juízo Federal da 6ª Vara*

Apelante: *EMBRAFILME — Empresa Brasileira de Filmes S.A.*

Apelados: *Cinemas de Santos Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. Dino Farina Souza e Cêlio Rodrigues Pereira*

EMENTA: Tributário. Contribuição para o desenvolvimento da Indústria Cinematográfica. Lei nº 6.281/75 (Artigos 9 e 11). Decreto nº 79.893, de 1977 (Artigos 2º a 4º e 7º). EMBRAFILME. Resolução nº 22, de 1978, do CONCINE.

Natureza tributária da exação em foco, sob modalidade de contribuição especial, instituída com fulcro no poder de intervenção da União, na ordem econômica (artigos 21, § 2º, I, e 163 da Constituição Federal).

O CTN foi editado sob o regime tributário da EC nº 18/65, que alterou a CF de 1946 e, assim, inserido no seu sistema, sendo certo que, posteriormente por força da EC nº 1/69 oposta à CF de 1967, a ordem tributária se enriqueceu com a figura das contribuições especiais (art. 21, § 2º, nº I, entre essas, as resultantes da intervenção do Estado no setor econômico, destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer, segundo disposto expressamente no parágrafo único do art. 163 da redação emendada, contexto em que se contém precisamente a contribuição ora examinada.

Os artigos 7º e 119 do CTN devem ser interpretados, em ordem a se ajustarem a essa nova dimensão introduzida no sistema constitucional tributário, sob pena de colidirem com a regra superior, de maior eficácia vinculatória. Precedentes deste Tribunal.

O que é indelegável in se et per se é o poder tributário, a competência tributária em abstrato, relacionada com a instituição do tributo e consequente processo de arrecadação, em que se manifesta a soberania estatal e não a titularidade do tributo, em que o sujeito ativo aparece como parte na relação jurídico-tributária, submisso à lei e em que o sujeito passivo é portador de direito oponível àquele.

Nesse contexto, é de reconhecer-se a legitimidade da EMBRAFILME para figurar como sujeito ativo da relação tributária correspondente.

Contribuição não abrangida pelo princípio da anterioridade à lei instituidora (arts. 21, § 2º, I, e 153, § 29, da CF). Precedentes deste Tribunal.

Ausência de violação ao princípio da legalidade tributária, haja vista a compatibilidade do disposto no art. 11 da Lei nº 6.281/75 e artigos 2º a 4º do Decreto nº 79.843/77 com o art. 21, § 2º, I, da Constituição Federal.

Hierarquia normativa do decreto sobre a resolução e conseqüente prevalência do critério anual do art. 7º do Decreto nº 79.843/77. Precedentes desta Corte.

Decretada a invalidade da atualização de valores constantes da Resolução nº 22/78 do CONCINE, mantidos os valores originários tabelados nos artigos 2º a 4º do decreto referido, respeitado o critério anual do art. 7º seguinte.

Deu-se provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa oficial nos termos acima enunciados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação e à remessa de ofício, 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 maio de 1986.

TORREÃO BRAZ, Presidente. **SEBASTIÃO REIS**, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: As empresas Cinema de Santos Ltda., Omega — Empresa Produtora e Distribuidora de Filmes Ltda. e FHIN-FHIN — Importadora e Exportadora Ltda. impetram Mandado de Segurança, pretendendo sejam liberadas do pagamento da contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica, apontando como autoridades coatoras o Delegado Regional do Conselho Nacional do Cinema e da Empresa Brasileira de Filmes S.A. — EMBRAFILME, pelos fundamentos de direito e de fato, abaixo resumidos:

a) O Decreto nº 79.893, de 29-6-77, estatuiu que a contribuição referida, devida por distribuidores ou produtores, seria calculada por título de filme (art. 1º), conforme valores constantes do seu artigo 2º, quando se tratasse de exibição em cinema, e, se em televisão ou em publicidade, observar-se-iam os valores previstos nos seus artigos 4º e 5º, fixação decorrente do disposto nos arts. 9º, II, e 11 da Lei nº 6.281/75;

b) Conselho Nacional do Cinema, com assento no art. 1º do decreto mencionado, baixou a Resolução nº 22, de 9-1-78, atualizando os valores constantes dos artigos 2º a 4º seguintes, aplicando o coeficiente de 1,301, fornecido pela SEPLAN, modificação prematura, que afronta o art. 7º do decreto em causa, explícito em dispor que os valores da tabela constantes dos artigos ora aludidos seriam atualizados anualmente pelo CONCINE, enquanto aqui medeia entretanto de apenas seis meses, a contar da vigência do decreto respectivo, de junho de 1977;

c) outrossim, a cobrança em tela viola o art. 153, § 29, da CF, por não ter ocorrido a previsão orçamentária correspondente; de outro lado, a EMBRAFILME, como sociedade de economia mista, não pode validamente receber delegação para arrecadar a contribuição em apreço, falecendo-lhe o poder fiscal, competência tributária ou capacidade tributária, para tanto;

d) ademais, a contribuição focalizada contraria o CTN, pois, à luz dos princípios constitucionais vigentes, in casu só se podia adequadamente instituir taxa pelo exercício do poder de polícia, sendo certo, de outro lado, que essa só pode ser exigida pela União, Estado e município (art. 177), sem legitimidade a EMBRAFILME para criar taxa ou intervir no domínio econômico.

e) a Polícia Federal, através da Divisão de Censura de Diversões Públicas, exerce a censura e só com o pagamento da contribuição em causa poderão os impetrantes, como distribuidoras, obter o certificado de liberação do filme, como exigido no art. 25 do Decreto nº 60.220, de 15-2-67.

À fl. 74, foram admitidas como litisconsortes ativos as empresas Shochiku Filme do Brasil Importadora Ltda. e Empresa Cine Niterói Ltda., habilitadas à fl. 36.

O Diretor-Geral da EMBRAFILME presta as informações de fl. 78 opondo, preliminarmente, a intempestividade do pedido, porque dirigido contra exigência originada do Decreto-Lei nº 43/66, instituída pela Lei nº 6.281/75 e Decreto de 1977, reportando-se, no mérito, a reiterados pronunciamentos deste Tribunal, no sentido da legalidade, do ato impugnado e a legitimidade da contribuição em apreço, conforme legislação, que indica.

A r. sentença de fls. 100/2 concedeu a segurança, submetendo o julgado ao duplo grau necessário, havendo apelado a Empresa Brasileira de Filmes S.A. — EMBRAFILME, e, instruído o recurso, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela reforma da decisão de primeiro grau.

Na assentada de 17-3-82, foi sobrestado o julgamento até o desfecho do incidente suscitado na AMS nº 84.462, independentemente de lavratura de Acórdão.

Em apenso, encontra-se junto o texto do Decreto-Lei nº 1.900/81 que dispõe sobre a contribuição em apreço.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Inicialmente, é de ressaltar-se que, reexaminada a controvérsia, verifiquei que o incidente suscitado na AMS nº 84.462 tem por objeto a inconstitucionalidade dos artigos 13 e 15 da Lei nº 6.281/75, matéria estranha ao presente debate, pelo que é de prosseguir-se no julgamento do feito.

Feita essa observação, primeiramente, é de anotar-se que esta egrégia Turma, na AMS nº 102.648, por mim relatada, teve ensejo de examinar a qualificação técnico-jurídica da exação referida nos artigos 9º, II, e 11 da Lei nº 6.281/75, cujos valores ora enfocados — foram, originariamente, fixados pelo Decreto nº 79.893/77 (art. 7º) e, posteriormente, pelo Decreto-Lei nº 1900/81 (art 4º), havendo, naquela oportunidade, fixado a sua natureza Tributária, sob a modalidade de contribuição instituída, tendo em vista o poder de intervenção da União na ordem econômica (arts. 21, § 2º, I, e 163 da Constituição Federal), bem como legitimidade da EMBRAFILME para figurar como sujeito ativo da relação jurídico-tributária correspondente, segundo voto que junto e conforme aresto ementado nesses termos:

«Tributário. Contribuição especial. Decreto-Lei nº 1.900/81 (art. 4º). EMBRAFILME. Sujeito ativo da obrigação tributária.

O CTN foi editado sob o regime tributário da EC nº 18/65, que alterou a CF de 1946 e, assim, inserido no seu sistema, sendo certo que, posteriormente, por força da EC nº 1/69 oposta à CF de 1967, a ordem tributária se enriqueceu com a figura das contribuições especiais (art. 21, § 2º, nº I), entre essas, as resultantes da intervenção do Estado no setor econômico, destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer, se-

gundo disposto expressamente no parágrafo único do art. 163 da redação emendada, contexto em que se contém precisamente a contribuição ora examinada.

Os artigos 7º e 119 do CTN devem ser interpretados, em ordem a se ajustarem a essa nova dimensão introduzida no sistema constitucional tributário, sob pena de colidir com a regra superior, de maior eficácia vinculatória.

Nesse contexto, legítima é a integração da contribuição instituída pelo Decreto-Lei nº 1.900/81 como receita da sociedade de economia mista respectiva e a posição dessa como sujeito ativo da relação jurídico-tributária correspondente.

O que é indelegável in se et per se é o poder tributário, a competência tributária em abstrato, relacionada com a instituição do tributo e consequentemente processo de arrecadação, em que se manifesta a soberania estatal e não a titularidade do tributo, em que o sujeito ativo aparece como parte na relação jurídico-tributária, submitido à lei e em que o sujeito passivo é portador de direitos oponíveis àquele.

Precedente deste Tribunal e doutrina aplicável.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

Nesse mesmo sentido, o r. precedente da antiga 3ª Turma desta Corte, constante da AMS nº 88.363, relatado pelo preclaro Ministro Carlos Madeira (*DJ* de 26-8-82).

De outro lado, autorizada doutrina entende que a contribuição resultante da intervenção federal na área econômica escapa ao princípio da anterioridade da lei ao exercício de cobrança, por força do § 2º, I, do art. 21 e da cláusula «demais casos previstos nesta lei» inserta no § 29 do art. 153 da Constituição Federal — Baleeiro — («Limitações Const. ao Poder de Tributar» — 5ª ed., págs. 25 e 29), Marco Antonio Greco (verbete «Anterioridade Tributária», *Encicl. Saraiva do Dir.* 6/571), Hamilton Dias de Souza (*Supl. LT* 91/73, pág. 408), Francisco de Sousa Matos (*Dir. Atualizado* 1/82), tese acolhida na AMS nº 86.196 e no verbete 193 da súmula desta Corte ao propósito do adicional do frete para renovação da Marinha Mercante e conforme entendeu a egrégia Segunda Seção no IUJ na AMS nº 104.881.

Paralelamente, não há falar-se em violação ao princípio da legalidade, haja vista a compatibilidade do disposto no art. 11 da Lei nº 6.281/75 e artigos 2º a 4º do Decreto nº 79.893/77 com o art. 21, § 2º, I, da Constituição Federal.

Admitida a legitimidade da fixação dos valores respectivos pelos artigos 2º a 4º do Decreto nº 79.893/77, por força do art. 21, § 2º, I, da Lei Maior, resta examinar-se a legalidade da atualização correspondente processada pela Resolução nº 22, de 9-1-78, do CONCINE.

Nesse particular, vê-se do decreto mencionado e seu art. 7º que os valores estabelecidos nos artigos 2º a 4º serão atualizados anualmente pelo CONCINE, segundo índices fornecidos pela Secretaria do Planejamento e, de outro lado, que a resolução em causa procedeu à atualização correspondente, com entrada em vigor imediata, decorridos apenas seis meses da fixação originária.

Considerando-se a hierarquia normativa do decreto sobre a resolução, é de concluir-se que essa, baixada seis meses apenas após a fixação primitiva, padece de ilegitimidade, por afrontar o critério anual estatuído naquele entendimento, aliás, já acolhido pelas antigas 3ª e 4ª Turmas deste Tribunal, nas Apelações em Mandados de Segurança nºs 88.363 (*DJ* de 26-8-82) e 86.196 (*DJ* de 19-9-79), ambas relatadas pelo Ministro Carlos Madeira.

Nesse contexto, assiste, em parte, razão às impetrantes, sendo de prover-se, parcialmente, a apelação, para decretar-se a invalidade da cobrança da atualização de va-

lores constantes da resolução enfocada, mantidos os valores originários tabelados nos artigos 2º a 4º do Decreto nº 79.893/77, respeitado o critério ânuo do art. 7º seguinte.

Dou provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa oficial nos termos que enunciei.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 88.317 — SP — (Reg. nº 1.316.320) — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Reis.
Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara. Apte.: EMBRAFILME — Empresa Brasileira de Filmes S.A. Apdos.: Cinemas de Santos Ltda. e outros. Advs.: Drs. Dino Farina Souza e Célio Rodrigues Pereira.

Decisão: A 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deu provimento, em parte, à apelação e à remessa de ofício. (Em 28-5-86 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.668 — SP
(Registro nº 2.309.327)

Relator: *O Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Remetente: *Juiz Federal da 6ª Vara*

Apelantes: *Ruy de Mello e Faro e outros e União Federal*

Apelados: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. José e Rangel de Alckmin e outros*

EMENTA: Tributário. Mandado de Segurança. Direito líquido e certo. Decadência. Prescrição. Sociedade Anônima. Lançamento de lucro arbitrado sobre acionistas. Descabimento.

Nada impede a anulação de lançamento fiscal por meio de Mandado de Segurança, se inexistente controvérsia em torno de fato pendente de comprovação.

Inocorrência de decadência e prescrição, se ocorreram lançamento e ajuizamento da ação dentro dos prazos legais.

Descabido, por falta de autorização legal, o lançamento sobre acionistas do lucro arbitrado em caso de sociedade anônima que teve a escrita desclassificada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação dos impetrantes e negar provimento ao recurso da União Federal, confirmando a sentença. Sustentou oralmente pelos impetrantes, o Dr. Rubens de Almeida, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de março de 1986.

PÁDUA RIBEIRO, Presidente. ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A respeitável sentença do preclaro Juiz Federal Dr. José Pereira Gomes Filho, assim relatou a controvérsia:

«Ruy de Mello Faro, Hércules de Mello Faro e Hêlcio Francisco Paulo, devidamente qualificados e representados, impetram a presente segurança contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal de Santos, alegando, em síntese, o seguinte: que foram os impetrantes intimados a pagar Imposto de Renda dos exercícios de 1968 a 1971, anos-

base de 1967 a 1970, apurado nos Processos Administrativos n.ºs 0845/09.501/72, 0845/09.502/72 e 0845/09.503/72 e decorrente de lançamento ex officio, uma vez que o Banco Faro S.A. teve sua escrita desclassificada, o que motivou o arbitramento do lucro; que, sendo os impetrantes acionistas e diretores do referido Banco, tiveram incluídos na cédula F de suas declarações apresentadas para os exercícios em causa, 100% do lucro arbitrado na entidade bancária; que, tendo os ora impetrantes apresentado impugnação no âmbito administrativo, foi a mesma acolhida em parte, o que foi confirmado pela Superintendência Regional da Receita Federal; que, inconformados, recorreram os impetrantes ao Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que lhes deu provimento para reduzir o lucro aos efetivos percentuais, decisão esta reformada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais; que, preliminarmente, indevida é a cobrança por ter ocorrido a prescrição ou a decadência do crédito tributário; que, no mérito, a tributação pelo sistema de lucro arbitrado é um sistema fictício de apuração, dependendo da existência ou não de lucro efetivo, não cabendo, assim, ao fisco distribuir lucros inexistentes nem tributar a pretendida distribuição que não corresponde à realidade; que a decisão que embasa a cobrança se refere expressamente a lucros, não podendo, portanto, atingir a sociedade anônima, a qual não distribui lucros, mas dividendos, figuras tratadas diferentemente pelo RIR; que, na verdade, o dispositivo legal que trata dos dividendos não autoriza a inclusão na cédula F do lucro presumido ou arbitrado quando não for apurado o real, incabível, outrossim, interpretação analógica ou extensiva; que, desta forma, o princípio da tributação reflexa somente é aplicável às sociedades de pessoas e não às sociedades de capital; que o Decreto-Lei n.º 1.648, de 18-12-78, criou a tributação na fonte para os lucros arbitrados nas sociedades anônimas, reconhecendo a inexistência de qualquer dispositivo legal prevendo tal tributação até então e dispondo que esta tributação se efetive na fonte e não na pessoa física do acionista. Citam jurisprudência e doutrina e juntam os documentos de fls. 33/64.

Processado o feito com liminar, foram requisitadas as informações que não vieram aos autos no prazo legal. Manifestou-se a d. Procuradoria da República, apresentando o parecer de fls. 69/81, no qual se opina pela denegação da segurança.

Requisitados os processo administrativos, foram trasladadas peças destes às fls. 140/241 pelos impetrantes, após o que foram os mesmos devolvidos à entidade de origem.

Às fls. 252/255, manifestou-se a d. Procuradoria da República, reiterando o pedido de denegação de segurança, e argüindo preliminar de carência da ação.» (Fls. 259/260).

Concedida a segurança, contra a respectiva sentença recorreu não somente a União, mas também os impetrantes.

Manifestaram-se estes inconformados com a rejeição das preliminares de decadência e prescrição que invocaram, oportunidade em que trouxeram à colação, em prol de sua tese, inúmeros julgados e ensinamentos doutrinários.

A União, de sua vez, repisou os argumentos anteriormente expendidos.

Contra-razões de ambos os apelados.

Nesta instância, oficiando no feito, reiterou a d. Subprocuradoria-Geral da República, o argumento de inocorrência de direito líquido e certo capaz de justificar o ajuizamento do Mandado de Segurança.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Tributário. Mandado de Segurança. Direito líquido e certo. Decadência. Prescrição. Sociedade Anônima. Lançamento de lucro arbitrado sobre acionistas. Descabimento.

Nada impede a anulação de lançamento fiscal por meio de Mandado de Segurança, se inexistir controvérsia em torno de fato pendente de comprovação.

Inocorrência de decadência e prescrição, se ocorreram lançamento e ajuizamento da ação dentro dos prazos legais.

Descabido, por falta de autorização legal, o lançamento, sobre acionistas, do lucro arbitrado em caso de sociedade anônima que teve a escrita desclassificada.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O recurso interposto pelos impetrantes é de todo inadmissível, por falta de interesse prático para sua manifestação, já que a sentença concedeu a segurança impetrada, sem quaisquer restrições.

Conforme ensina Barbosa Moreira («Comentários», Forense, vol. V, pág. 235), um dos fatos em que se assenta o interesse em recorrer é a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida.

No caso dos autos, não apontaram os recorrentes o proveito que uma nova decisão seja capaz de proporcionar-lhes, o que equivale dizer que não indicaram o que perderam por não ter sido reconhecida a caducidade ou prescrição do que pretendia o fisco, quando o próprio lançamento fiscal foi considerado nulo e sem nenhum efeito.

Considerando, portanto, não terem sofrido qualquer parcela de sucumbência, considero-os parte ilegítima para recorrer, não conhecendo, portanto, da apelação.

Quanto ao recurso da União, nego-lhe provimento, invocando, para tanto, os próprios fundamentos da respeitável sentença recorrida, que, com muito acerto, deslindou todas as controvérsias agitadas nos autos in verbis:

«Rejeito a preliminar, da inexistência de direito líquido e certo, argüida pela d. Procuradoria da República em sua cota de fls. 252/255. Com efeito, somente o exame do mérito é que dirá da existência ou não de tal direito a estribar a pretensão dos impetrantes. No tocante à requisição dos processos administrativos, nenhuma heresia jurídica cometeram os impetrantes, nem ato arbitrário praticou este Juízo, já que tal possibilidade vem expressamente contemplada pelo artigo 6º, parágrafo único da Lei nº 1.533, de 31-12-51, diploma básico que rege o instituto do Mandado de Segurança.

Outrossim, fica rejeitada a argüição de decadência e de prescrição intercorrente alegada pelos impetrantes na peça vestibular. Na verdade, o prazo decadencial, previsto pelo artigo 173 do Código Tributário Nacional, tem seu termo final no momento em que o contribuinte é intimado da pretensão fiscal, ou seja, no caso sub judice, no momento em que foi ele intimado do auto de infração. O tributo, contra o qual os requerentes se rebelam, é o Imposto de Renda dos exercícios de 1968/71, sendo que o lapso quinquenal decadencial terminou somente em 31-12-1973. Assim sendo, como foram os impetrantes intimados dos respectivos autos de infração em 19-12-72, de decadência não se pode falar.

Com relação por eles chamada «prescrição intercorrente», o mesmo ocorre, sendo que se trataria no caso de prescrição simples e não intercorrente, já que esta somente tem lugar em relação a casos já ajuizados e não a demoras que, por acaso, tenha praticado a administração. Dispõe o artigo 174 do Código Tributário Nacional que a prescrição tem seu termo inicial com a constituição definitiva do crédito fiscal, isto é, a partir do momento em que a administração decide, em última instância, a impugnação do contribuinte. Referida constituição definitiva se deu em 14-7-80, consoante os próprios impetrantes o informam e, assim, de prescrição somente se poderá falar a partir de 14-7-85.

No mérito, verifica-se que a desclassificação da escrita contábil do Banco Faro S.A. levou a autoridade lançadora a dividir o lucro arbitrado entre os três acionistas que detinham o seu controle acionário, na proporção da participação de cada um no

capital da empresa. Em consequência, foi aquele rendimento considerado como não incluído na cédula F das respectivas declarações dos impetrantes, resultando daí a exigência fiscal ora impugnada. Teve ela por base, coforme expressamente o diz a autoridade lançadora, o artigo 51, a, do Decreto nº 58.400/66 (fls. 50, 51 e 52). O assunto merece algumas ponderações. A desclassificação da escrita, prevista pelo artigo 149 do então vigente Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 58.400/66), dava à autoridade administrativa a possibilidade de desprezar o lucro real encontrado pelo contribuinte e fixar o chamado «lucro arbitrado», obedecidos certos parâmetros legais, vale dizer, a consequência da desclassificação da escrita era a possibilidade de ser arbitrado o lucro da empresa, para fins exclusivos de tributação pelo Imposto de Renda. Esse lucro, na verdade fictício, não poderia atingir, por reflexo, as pessoas físicas dos sócios, sob pena de admitir-se a possibilidade da tributação de rendimentos fictícios ou inexistentes.

Mas não é só. Os autos de infração e notificação fiscal de fls. 50 a 52 lançam os impetrantes pelo valor do lucro arbitrado no Banco Faro S.A. e considerado distribuído aos membros de sua diretoria, nos termos do artigo 51, e, do Decreto nº 58.400/66, combinado com o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. Esclareça-se, a princípio, que nenhuma correlação tem com o caso este último dispositivo legal, que cuida da responsabilidade tributária de terceiros e não por dívida própria, como o de que aqui se cuida. Relativamente à mencionada disposição regulamentar, maiores ponderações são necessárias. Com efeito, previa o artigo 51 do então vigente Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 58.400, de 10-5-66) duas espécies diferentes de incidência tributária: os lucros, inclusive os presumidos ou arbitrados, com relação às pessoas jurídicas de modo geral, com exceção das sociedades anônimas, já que a expressão «lucro» não é designativa da remuneração do capital aplicado em ações (item a); os dividendos e bonificações referentes às sociedades anônimas (item c), sendo que, neste último caso, não previu a lei a incidência nos casos de lucros arbitrados ou presumidos. Esse, aliás, é o entendimento da própria Fazenda Pública, conforme se verifica pelo documento trazido aos autos às fls. 62 e 63, corroborado pelo eg. Tribunal Federal de Recursos através do Acórdão de fl. 64. A respeito, menciona-se, outrossim, o Acórdão proferido na AC nº 37.387—PR, do eg. Tribunal Federal de Recursos, do seguinte teor:

«Imposto de Renda. Lucro imputado à sociedade anônima. Lançamento decorrente. Sem prova do seu efetivo reflexo no rendimento dos acionistas, não se procede a lançamento contra estes, a título de mera decorrência do lançamento contra a pessoa jurídica. (Publicado no *DJ* de 23-4-76, pág. 2684).

Assim sendo, de 1967 a 1970, anos-base a que se referem as exigências fiscais, não havia previsão legal de incidência tributária para os casos da espécie.

A possibilidade de tributação aqui pretendida pelo fisco somente apareceu com o Decreto-Lei nº 1.648, de 18 de dezembro de 1978, que assim cuidou da matéria:

«Art. 9º O lucro arbitrado se presume distribuído em favor dos sócios ou acionistas da sociedade *não* anônima, na proporção da participação no capital social, ou ao titular da empresa individual.

Parágrafo único. O lucro arbitrado atribuído a acionista da *sociedade anônima* será tributado exclusivamente na fonte à alíquota de 30%, devendo o imposto ser recolhido dentro do mês seguinte àquele em que for notificado o arbitramento pela autoridade lançadora.» (Os grifos não são do original).

Criou, pois, a lei, com vigência apenas a partir do exercício de 1979, ano-base de 1978, duas novas espécies de incidência tributária: a primeira, prevendo a tributação da pessoa física do sócio ou acionista de sociedades *não* anônimas, relativamente ao lucro arbitrado; a segunda, prevendo a tributação *exclusivamente na fonte* (não na pessoa física), quando fosse arbitrado lucro de sociedades anônimas.

Assim, ainda que fosse possível a aplicação pretérita do Decreto-Lei nº 1.648/78, não atingiria ele a pessoa física dos impetrantes, mas apenas e tão-somente a pessoa jurídica do Banco Faro S.A. de quem poderia ser exigido o imposto de fonte.

Isto posto, concedo a segurança, confirmando, em consequência, a medida liminar, para cancelar as exigências fiscais aqui impgnadas.» (Fls. 260/263).

Com essas considerações, não conheço da apelação dos impetrantes e nego provimento à da União.

VOTO

O SENHOR MINISTTRO PÁDUA RIBEIRO: De fato, com relação à apelação dos impetrantes, não havia como dela conhecer por faltar-lhe o requisito «sucumbimento».

Tenho entendimento de que a prescrição corre na via administrativa, orientação que já foi adotada em mais de um julgado nesta Turma. No caso, o Juiz não precisou desse argumento para conceder a segurança nos termos do pedido.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 92.668 — SP — (Reg. nº 2.309.327) — Rel.: O Sr. Min. Ilmar Galvão. Remte.: Juiz Federal da 6ª Vara — SP. Aptes.: Ruy de Mello e Faro e outros e União Federal. Advs.: Drs. José E. Rangel de Alckmin e outros.

Decisão: a Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação dos impetrantes e negou provimento ao recurso da União Federal, confirmando a sentença. Sustentou oralmente pelos impetrantes, o Dr. Rubens de Almeida. (Em 12-3-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros José de Jesus e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.200—PR
(Registro nº 3.361.683)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Irmãos Valcanaia Ltda.*

Advogados: *Drs. Augusto Prolik e outros, Marcos Jorge Caldas Pereira*

EMENTA: Imposto de Renda. Desclassificação de escrita. Arbitramento de lucros pelo fisco. Súmula nº 76 do TFR.

A falta de registro do inventário no livro próprio não poderia ensejar a desclassificação levada a efeito pelo fisco, tanto que foi suprida pela impetrante, tempestivamente.

O agravamento da exigência inicial, com base em fatos supervenientes, ensejaria a reabertura do prazo para impugnação (art. 20 do Decreto nº 70.235/72), o que, contudo, não se deferiu à impetrante, violando o seu direito de defesa, com a supressão de uma instância administrativa.

Sentença confirmada.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, 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 março de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: O então MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, Dr. Heraldo Vidal Correia, para conceder a segurança sumariou a espécie nestes termos (fls. 76/77):

«Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela empresa Irmãos Valcanaia Ltda., com sede na cidade de Guarapuava, neste Estado, contra ato do Sr. Chefe Delegado da Receita Federal, em Ponta Grossa, também neste

Estado, que está exigindo da impetrante o recolhimento do Imposto de Renda decorrente de procedimento administrativo ilegal, ferindo, assim, direito seu líquido e certo amparável mediante Mandado de Segurança, na forma prevista pelo § 21, do art. 153, da Constituição Federal e dispositivos da Lei nº 1.533/51.

Alega a impetrante que, em decorrência do auto de infração lavrado em seu estabelecimento, em 15 de abril de 1980, a sua escrita foi desclassificada e os seus lucros arbitrados pelo fisco, nos exercícios de 1976 a 1977, em razão da falta de escrituração do Livro «Registro de Inventário». Na fase de impugnação àquele procedimento fiscal, a impetrante sanou a omissão apontada, regularizando o Livro de Registro de Inventário, mas a autoridade de primeira instância, extrapolando da primitiva exigência, apontou outras irregularidades capazes de, a seu juízo, justificar o arbitramento de lucros nos exercícios considerados, mantendo aquela decisão. Tempestivamente, a impetrante interpôs o recurso cabível perante o egrégio 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que também manteve a decisão atacada. A impetrante se estende em longas e eruditas considerações doutrinárias, com a citação de insignes tributaristas, além de manifestações jurisprudenciais, em abono da tese que sustenta, no sentido de que, após a constituição do crédito tributário pela não-apresentação, oportuna do Livro de Inventário, não poderia o fisco acrescentar novos elementos ou fundamentos outros, senão mediante procedimento regular, com ampla defesa por parte do contribuinte, na forma das leis em vigor.

Requerendo a requisição do processo administrativo, que lhe deu origem, a impetrante pede a concessão liminar da medida impetrada, ante a ameaça iminente da inscrição do pretenso débito em dívida ativa.

O pedido veio devidamente instruído, com documentos tendentes a comprovar as alegações da requerente, tendo o ilustre Magistrado, que me antecedeu no conhecimento do feito, concedido a medida liminar, pelos fundamentos constantes do respeitável despacho de fl. 63-vº.

Tempestivamente, a autoridade administrativa apontada como coatora prestou as longas e substanciais informações de fls. 64/70, mediante as quais pretendeu justificar o acerto e a legalidade das medidas administrativas adotadas e contra as quais, injustamente, se insurge a impetrante.

Ouvido, o Ministério Público, através da manifestação de fls. 272/273, entendeu não ter havido cerceamento de defesa da impetrante, a qual poderia ter se insurgido contra as novas increpações fiscais, além daquela primitiva, relativa à inexistência do Livro de Inventário, de que se ocupou o recurso interposto perante o egrégio Conselho de Contribuintes.

De resto, a autoridade administrativa formou o seu convencimento sobre as irregularidades constatadas na escrita contábil da impetrante, na senda do art. 17 do Decreto nº 70.235/72. Por tais fundamentos, opinou pela denegação da segurança.»

A sentença foi alvo dos declaratórios opostos pela impetrante às fls. 80/82, recebidos pelo MM. Juiz para declarar que a falta de registro do inventário no livro próprio não poderia ensejar a desclassificação da escrita contábil, por ter sido, tempestivamente, suprida — fl. 83.

A par da submissão do julgado ao duplo grau de jurisdição, apela a União Federal. Aduz as razões de fls. 86/87.

Contra-arrazoado o recurso às fls. 90/96, subiram os autos.

Nesta instância, opina a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso — fls. 99/100.

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A sucinta motivação do **decisum** é a seguinte (fls. 77/78):

«O agravamento da exigência inicial — ausência de escrituração do Livro de Inventário — com a increpação de omissão de receita e de outras irregularidades, ensejaria a reabertura do prazo para a impugnação, consoante está previsto no art. 20 do Decreto nº 70.235/72, que seria o momento oportuno para discutir as outras faltas apontadas pelo fisco, e não por ocasião da interposição do recurso contra a primitiva exigência.

Não se trata, portanto, de um mero equívoco cometido pela impetrante mas a violação de seu direito de defesa com a supressão de uma instância administrativa — a primeira — que extrapolou dos fatos argüidos no auto de infração, para decidir sobre matéria não denunciada naquela peça básica.

Houve, assim, violação do direito líquido e certo da impetrante, de se defender das acusações adicionais e não cogitadas no auto de infração, motivo pelo qual concedo, definitivamente, a segurança impetrada, para o efeito de declarar nulo e insubsistente o lançamento pretendido pelo fisco, nas condições formuladas. Recorro de ofício, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição.»

Ao acolher embargos declaratórios opostos pela impetrante, o saudoso Magistrado assim decidiu (fl. 83):

«... acolher os embargos para, suprimindo a omissão apontada, declarar que a falta de registro do inventário no livro próprio não poderia ensejar a desclassificação da escrita contábil, por ter sido, tempestivamente, suprida pela impetrante.»

As razões apelatórias foram adequadamente respondidas pela apelada com base nos elementos constantes dos autos, notadamente nestes tópicos (fls. 93/94):

«O caso era de simples atraso na escrituração do Registro de Inventário, regularmente sanado, definindo-se, pois, o direito de ter o tributo apurado pelo lucro real.

Em Súmula desse e. Tribunal, sob nº 76 já está assentado que:

«*Em tema de Imposto de Renda, a desclassificação da escrita somente se legitima na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real da empresa, não a justificando simples atraso na escrita.*» (Grifamos)

Isso porque o atraso tem penalidade específica, prevista no Regulamento do Imposto de Renda, art. 539.»

.....

«Sob o outro aspecto, relacionado com os fatos novos, apurados em diligência, ficou plenamente demonstrado que não poderiam ser adotados como causa da desclassificação da escrita, posto que extemporâneos, somente surgidos após a constituição do crédito tributário em sua impugnação.

A impossibilidade decorre de exigência legal, na formação do lançamento, no sentido de que o auto de infração deve conter a narração do fato dito irregular, para que com a impugnação se instaure a fase litigiosa, o contraditório, seguindo-se a tramitação normal, com respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.»

A decisão recorrida afigura-se-me incensurável, correspondendo plenamente não apenas à prova documental produzida, mas à jurisprudência desta Corte, conformando-se ao enunciado da mencionada Súmula nº 76.

Confirmando a sentença remetida.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.200 — PR — (Reg. nº 3.361.683) — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz.
Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Irmãos Valcania
Ltda. Advs.: Drs. Augusto Prolik e outros e Marcos Jorge Caldas Pereira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial. Sustentou o Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira, pela apelada. (Em 19-3-86 — 6ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.460 — SP
(Registro nº 2.764.946)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*
Remetente: *Juizo Federal da 4ª Vara*
Apelante: *União Federal*
Apelada: *Gilardini do Brasil Ind. Com. S/A*
Advogados: *Dra. Dilma Camargo Ferreira da Silva e outros*

EMENTA: Importação. Embarque de mercadoria sem amparo de guia. Pena de perdimento (Decreto-Lei nº 1.445/76, art. 23).

Legítima a aplicação da penalidade pelo embarque desamparado pela competente guia de importação.

Ilegítima, entretanto, por inoccorrência de dano ao erário, a eventual apreensão das mercadorias, para o fim da imposição da pena de seu perdimento.

Sentença confirmada.

Improvemento da apelação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de março de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: A MMA. Juiza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, Dra. Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, assim sumariou a espécie (fls. 143/144):

«Gilardini do Brasil Indústria e Comércio S/A, devidamente qualificada, impetra o presente Mandado de Segurança contra ato do inspetor da Receita Federal no Aeroporto de Congonhas. Alega ser empresa de porte, integrante

do grupo industrial multinacional FIAT, mantendo variada linha de produção, para tanto importando toneladas de chapas de aço. Nesse sentido, obteve autorização para importar os produtos, consoante comprova o Ofício CACEX/MINER-80/ 2.370, de 20 de outubro de 1980, para importar até o limite pretendido, sendo-lhe assegurada a expedição de guias de importação desde que apresentados pedidos até 28 de fevereiro de 1981. Como houve atraso na expedição de guias por parte da CACEX, a impetrante viu-se obrigada a importar sem guia de importação, por via aérea, oito chapas de aço, embarcadas em 2 lotes iguais. Um foi desembarcado mediante o pagamento da multa cabível; o outro, inexplicavelmente, teve sua liberação impedida pelo fiscal conferente, que entendeu inexistir para a hipótese consentimento do CONSIDER para a importação, sem, porém, formalizar seu entendimento por escrito. Esclarece estar pronta a satisfazer qualquer exigência fiscal compatível com as normas de regência aplicáveis à matéria; contudo, não há que cogitar-se de pena de perdimento, pela inexistência de dano ao erário. De outro lado, a fiscalização está obrigada a cumprir o disposto na legislação vigente, inclusive no tocante à observância de prazos. Questiona tal situação anômala, não autorizada inclusive pelo GATT. Instruiu a inicial com os documentos de fls. 16/41.

Processado com liminar, a autoridade impetrada presta as informações de fls. 79/96, justificando seu procedimento.

A impetrante peticiona anexando documentos de fls. 55/70.

Pelo despacho de fl. 98 vº é determinado o traslado das peças de procedimento administrativo, que são anexadas às fls. 100/134.

A Procuradoria da República manifesta-se à fl. 141, opinando pela denegação da segurança.»

S. Exa., após fundamentar-se, concedeu a segurança para determinar, em definitivo, a liberação das mercadorias mediante o pagamento da multa cambial, considerando descabida a imposição da pena de perdimento.

Inobstante o duplo grau de jurisdição, apela a União Federal. Sustenta a legalidade da medida, de vez que a mercadoria importada o foi ao desamparo da guia de importação, pelo que caracterizada está a situação prevista no art. 23, I, do Decreto-Lei nº 1.455/76 — fls. 151/152.

Nas contra-razões, a impetrante suscita preliminares de intempestividade do apelo e de ilegitimidade do Ministério Público Federal, para, na hipótese, recorrer da sentença. No mérito, pelas razões que expende, pede a confirmação do julgado.

Subidos os autos, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo provimento do recurso — fls. 182/183.

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Transcrevo o dispositivo sentencial (fls. 144/145):

«O cerne da questão cinge-se, na verdade, ao embarque de mercadoria sem amparo de guia de importação.

A impetrante não se insurge contra a exigência de penalidade pela infração cambial; questiona, porém, a aplicação da pena de perdimento concebida pelo Decreto-Lei nº 1.445/76 (art. 23).

E, efetivamente, assiste-lhe razão.

Exorbitou a autoridade impetrada ao aplicar para a hipótese comandos previstos para os casos de dano ao erário, quando este inocorreu na espécie.

Com efeito, houve embarque de mercadoria sem amparo pela impetrante. Assim, cabível somente a imposição da penalidade estipulada pela lei.

De resto, a documentação anexada à inicial demonstra que o órgão administrativo, apto a expedir as guias de importação — CACEX, já autorizara essa expedição no tocante a pedidos formulados até 28 de fevereiro de 1981 (fl. 18). Ora, os fatos que embasam a impetração tiveram início em janeiro, no prazo, portanto, estipulado pela CACEX.

A autoridade impetrada, nas informações prestadas, não logra demonstrar a legitimidade de seu procedimento, nem qualquer justificativa eficaz para ampará-la.

Fica patenteada a inocorrência de dano ao erário, de sorte a justificar a eventual apreensão de mercadoria com a conseqüente imposição da pena de perdimento.»

I — A preliminar de intempestividade do apelo e de ilegitimidade do MP para recorrer, argüida pela impetrante, foi refutada na cota de fl. 175, cujos argumentos acolho para rejeitá-las: lê.

II — **De meritis**, estou em que a decisão **sub examine** bem apreciou a espécie, não me convencendo, **data venia** as razões aduzidas pela apelante, para intentar a sua reforma.

Confirmo a sentença remetida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

À apelação nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AMS Nº 97.460 — SP — (Reg. nº 2.764.946) — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara — SP. Apte.: União Federal. Apda.: Gilardini do Brasil Ind. Com. S/A. Adv.: Drs. Dilma Camargo Ferreira da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial. (Em 31-3-86 — 6ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.603 — RJ
(Registro nº 2.556.278)

Relator: *O Sr. Ministro Pádua Ribeiro*

Apelante: *Banco Sul Brasileiro S/A*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Henrique Octavio Velho Cirne Lima (apte.)*

EMENTA: Direito do trabalho. Mulher bancária. Jornada de trabalho: prorrogação. CLT, arts. 59, 224, 225, 373 e 374.

I — Embora seja admissível a possibilidade de ser prorrogada até 8 horas a jornada de trabalho da mulher bancária, observado o limite de quarenta horas semanais, é indispensável que as horas extras sejam pagas com acréscimo (CLT, art. 59). No caso, não restou comprovado o pagamento das horas suplementares com o acréscimo determinado em lei.

II — *Apelação desprovida.*

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, 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, 28 de abril de 1986.

PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: Leio na sentença (fls 32/33):

«O Banco Brasileiro S/A, estabelecido em Porto Alegre — RS, por advogado devidamente constituído, impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato do Sr. Delegado Regional do Trabalho, neste Estado, que entende lesivo a direito seu líquido e certo.

Assinala o impetrante que em 30 de abril de 1980, foi visitado, em sua agência centro, pela fiscalização do Ministério do Trabalho, que lavrou um auto de infração por haver verificado que duas funcionárias (caixas executivas) que percebem gratificação superior a 40% (quarenta por cento) do salário

contratado, mantinham jornada de trabalho superior a 6 (seis) horas. Não há, pondera a inicial, qualquer infração ao dispositivo em apreço e nem àqueles de nºs 225 e 373. Na verdade, existe convenção coletiva de trabalho entre os respectivos sindicatos, com vigência de 1-9-78 a 31-8-79, que inclui os caixas na jornada superior a 6 horas. O acordo foi registrado na DRT.

Por outro lado, assinala o Banco Sul Brasileiro S/A, quando da autuação, os caixas recebiam gratificação igual ou superior a 40% (quarenta por cento) do salário contratado, sendo descabida a autuação que não se ampara nem mesmo nos dizeres da Súmula nº 102 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, que cuida do aspecto meramente remuneratório. A prorrogação da jornada é legal, pois estabelecida em convenção que possui força normativa.

Dai a presente segurança para que seja tornada sem efeito a autuação.

Além da procuração de fl. 6 instruem a inicial os documentos de fls. 7/19.

Sem concessão da medida liminar (fls. 20vº) informa a autoridade impetrada que da redação da cláusula nº 5 da Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre os sindicatos pode parecer que as bancárias estejam excluídas do benefício legal relativo à jornada de 6 (seis) horas, por serem exercentes da função de caixa em que se inclui direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalente. Tal não ocorre, entretanto, pondera a autoridade impetrada, pois o simples pagamento de gratificação de 1/3 ou mais não transforma funções técnicas em funções de gestão e nem legitima se nomeie função de caixa como de confiança, consoante, tranqüila corrente jurisprudencial, capitaneada pela Súmula nº 102 do eg. Tribunal Superior do Trabalho.

O simples depósito da convenção na DRT não significa que a autoridade compartilhe com a filosofia nela expressa. Ademais, o auto de infração se refere à jornada legal das mulheres, com perfeita aplicação do disposto no art. 373 da CLT.

O representante do Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança (fl. 28).»

O MM. Juiz Federal a quo denegou a segurança, aduzindo (fls. 34/35):

«Sustenta o impetrante a ilegalidade da autuação, estribada no art. 224 da CLT, porquanto as funcionárias no auto mencionadas exercem cargos de chefia, com percepção de gratificação de função superior a 1/3 do salário contratado, amparada, a situação pela exceção prevista no § 2º, do art. 224 da CLT.

Tal não ocorre, *data venia*. O exercício da função de caixa (vide auto de infração de fl. 7) não se caracteriza como sendo de confiança, consoante dizeres da Súmula nº 102 do eg. Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

«O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Percebendo gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, esta remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta.»

Por outro lado, o pagamento em nada interfere na hipótese, pois somente em casos excepcionais pode a jornada da mulher ser prorrogada e, nestes casos, evidentemente, não se inclui os interesses patronais. Como brilhantemente sustenta o digno Procurador da República Eduardo Weaver de Vasconcelos Barros, «parece que a preocupação da lei não era a proteção da mulher, indivíduo, apesar do disposto no art. 375, mas sim do ser social, vale dizer a preservação da mulher para poder desempenhar suas outras funções na sociedade, desvinculando-a do conteúdo econômico imediato de seu trabalho. É sa-

bido que essa idéia enfrenta hoje o pensamento dominante, ao que parece, que defende a integral equiparação dos indivíduos, independentemente de sua condição sexual.»

Mostra-se assim ilegal a ampliação da jornada além das 6 (seis) horas, por convenção, sem que haja necessidade excepcional, porquanto a hipótese decorre de lei de ordem pública, insuscetível de ser convencionalizada de maneira diferente pelos interessados.»

Apelou o impetrante (fls. 39/41). Insiste em que lhe seja concedida a segurança.

Contra-arrazoado o recurso (fl. 43), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República em parecer do Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, aprovado pelo Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, pelo seu provimento (fls. 49/53).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direito do trabalho. Mulher bancária. Jornada de trabalho: prorrogação. CLT, arts. 59, 224, 225, 373 e 374.

I — Embora seja admissível a possibilidade de ser prorrogada até 8 horas a jornada de trabalho da mulher bancária, observado o limite de quarenta horas semanais, é indispensável que as horas extras sejam pagas com acréscimo (CLT, art. 59). No caso, não restou comprovado o pagamento das horas suplementares com o acréscimo determinado em lei.

II — Apelação desprovida.

O SENHOR MINISTRO PÁDUA RIBEIRO (Relator): Esta Turma tem admitido a prorrogação da jornada de trabalho da mulher bancária até oito horas diárias, não excedendo de quarenta horas semanais (CLT, art. 225), desde que o pagamento das horas extras seja acrescido de 20% (CLT, art. 59).

Nesse sentido, julgou a AMS 104.183 — RJ, cujo Acórdão ficou assim ementado:

«Trabalho. Bancário. Mulher bancária. Jornada de trabalho. Prorrogação. CLT, arts. 59, 224, 225, 373 e 374.

I — possibilidade da jornada diária de trabalho da mulher bancária ser prorrogada até 8 (oito) horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais (CLT, art. 225), desde que observado o disposto no art. 59, caput, § 1º, CLT. Inaplicabilidade da regra inscrita no art. 374, CLT.

II — Recurso provido. Segurança concedida.»

De outra parte, o Excelso Pretório, ao julgar o RE nº 107.015-3 — RJ, Relator Ministro Carlos Madeira, confirmou aresto da 5ª Turma desta Corte, com a mesma orientação, ficando o Acórdão assim ementado.

«Trabalho. Duração do trabalho da mulher. O artigo 374 somente exige convenção ou acordo coletivo, para a prorrogação da jornada de trabalho da mulher, quando tal prorrogação não é remunerada, mas compensada. Tratando-se de prorrogação com acréscimo salarial, porém, é de admitir-se o acordo individual.»

Recurso não conhecido.

Acontece que, no caso, o impetrante não comprovou que pagou as duas horas extras, além da sexta, quanto às suas empregadas referidas na autuação (fl 7). Dispõe a Súmula nº 102, do egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

«O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança.

Percebendo gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, esta remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta.»

Isto posto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 97.603 — RJ — (Reg. nº 2.556.278) — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Apte.: Banco Sul Brasileiro S/A. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Henrique Octavio Velho Cirne Lima (apte).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 28-4-86 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.251 — RJ
(Registro nº 4.707.885)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Apelantes: *DNER e outro*

Apelada: *Marina Pires Neves*

Remetente: *Juízo Federal da 9ª Vara — RJ*

Advogados: *Drs. Antônio Christiano Cavalcanti, Sérgio Sahione Fadel e outros*

EMENTA: Administrativo. Plano de Classificação de Cargos. Progressão funcional. Lei nº 5.645/70.

Com o advento da Lei nº 5.645/70, que estabeleceu novas diretrizes para a classificação de cargos do serviço ativo da União e suas autarquias, descabe invocar critérios revogados vigentes no plano anterior (Lei nº 3.780, de 12-7-60), sob pena de se desnaturar sua estrutura, violando, assim, toda a sistemática do instituto da progressão funcional.

Apelo provido.

Sentença reformada.

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 provimento ao recurso, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança, 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 1986.

JOSÉ DANTAS, Presidente. FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O Dr. Silvério Luiz Nery Cabral, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, assim relatou o feito, em síntese (fl. 50):

«Marina Pinto Neves e Ênio Betty Lutterbach, qualificados às fls. 2 e 29, respectivamente, impetraram Mandado de Segurança contra o Diretor do Pessoal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, visando compelir

dita autoridade a retificar as portarias de 11-12-81 e 22-12-81, de sua autoria, a fim de incluí-los, entre os servidores que ali obtiveram progressão funcional vertical, com as conseqüências patrimoniais daí advindas.

Alegam que através das portarias citadas, foram progredidos diversos procuradores, havendo o impetrado omitido os nomes dos impetrantes, que, assim, foram preteridos, embora levassem sobre os demais a qualificação de ter estado sempre na carreira de procurador autárquico.

Solicitadas as informações, prestou-as o impetrado, argüindo, preliminarmente, a inexistência de ato coator de sua parte, pois o ato, contra o qual se insurgem os impetrantes, é vinculado, havendo ele se limitado a cumprir as instruções normativas do DASP.»

A r. sentença de fls. 50/54 concedeu a segurança, ao fundamento de critério de desempate a que se refere o Decreto nº 84.669, de 29-4-80, art. 13, § 2º, inciso II, beneficiar os ora interessados visto que «classe» já havia no sistema de pessoal anterior, decorrente da Lei nº 3.780/60.

Irresignada, apelou a autarquia rodoviária, insistindo na legitimidade do procedimento administrativo inquinado. Vale dizer, que a «classe» a que se refere a r. decisão monocrática e concernente ao extinto Plano de Classificação de Cargos da Lei nº 3.780/60, nada tem a ver com a classe do vigente Plano de Classificação da Lei nº 5.645/70. Resposta às fls. 65/69.

Subiram os autos e, nesta superior instância a douta Procuradoria-Geral da República opina pela reforma do decisório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, adoto com razões de decidir o parecer da douta Subprocuradoria, vasado nos seguintes termos:

«De fato, tem razão o DNER, no particular, com efeito, a teor do Decreto nº 84.669/80, art. 13, § 2º persistindo o empate entre os diversos servidores concorrentes à progressão funcional (elevação vertical, à classe subsequente), terá preferência, sucessivamente, o funcionário que tenha maior tempo na referência (estavam todos na mesma situação, no caso, visto que implantados na mesma época, com a vigência do Decreto-Lei nº 1.445/76, que criou o sistema de referências); depois o maior tempo de classe (também existia perfeita equivalência, na espécie, pois para todos a data inicial da eficácia do novo plano da Lei nº 5.645/70 foi estipulado para 1-11-74) em seguida, o de maior tempo na categoria funcional (idem, idem); após, o de maior tempo de serviço público federal (onde se verificou a desigualdade de situações e que determinou a progressão de uns e não a de outros).

Destarte, não pode prevalecer a estranha interpretação da r. sentença singular, no sentido de que seja contado o tempo de classe oriundo do antigo Plano de Cargos da Lei nº 3.780/60, em face da radical mudança operada na estruturação do serviço público, com a implantação da nova sistemática do plano da Lei nº 5.645/70, uma vez que os dois conceitos não têm qualquer similitude, já que retratam posições inteiramente diversas.»

Ora, se a legislação anterior (Lei nº 3.780/60) se encontra revogada, é pela legislação revogadora que se operam os processos, no caso, de progressão funcional. A legislação vigente (Lei nº 5.645/70) que instituiu o novo Plano de Classificação de Cargos é o que deve prevalecer.

E, se a autarquia impetrada, usando dos ditames do decreto regulamentador (Decreto nº 84.669/80), posicionou os impetrantes em situação inferior aos seus colegas é porque assim a legislação o determinava, como bem demonstrou a douta Subprocuradoria-Geral da República, razão por que, dou provimento ao apelo interposto para, reformando integralmente a r. sentença de primeiro grau, cassar a segurança concedida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.251 — RJ — (Reg. nº 4.707.885) — Rel.: O Sr. Min. Flaquer Scartezini. Aptes.: DNER e outro. Apda.: Marina Pires Neves. Remte.: Juízo Federal da 9ª Vara — RJ. Advs.: Drs. Antônio Christiano Cavalcanti, Sérgio Sahione Fadel e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para reformar a sentença remetida e cassar a segurança. (Em 25-2-86 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros Hélio Pinheiro e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.782 — RJ
(Registro nº 4.369.572)

Relator: *O Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Remetente: *Juízo Federal da 6ª Vara—RJ*

Apelante: *União Federal*

Apelado: *Machado Viana S/A*

Advogado: *Dr. Celio Salles Barbieri*

EMENTA: Tributário. Imposto de Renda. Distribuição disfarçada de lucros. Lei nº 4.506/64. Decreto-Lei nº 1.598/77.

Enquanto na vigência da Lei nº 4.506/64, no caso da distribuição disfarçada de lucros a responsabilidade pelo imposto era da pessoa jurídica, a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, que ocorreu em 1º de janeiro de 1978, quem passou a responder pelo imposto e pela multa em tal caso, foi a pessoa física.

Confirmação de sentença que, considerando tal circunstância, concedeu Mandado de Segurança requerido por pessoa jurídica contra a cobrança, com tal fundamento, de tributo relativo ao exercício de 1979, ano-base de 1978.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, negar provimento à apelação, unanimemente, 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 abril de 1986.

ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Machado Viana S/A, sediada na cidade de Campos—RJ, requereu Mandado de Segurança contra a cobrança de Imposto de Renda cujo lançamento fora efetuado ao fundamento de que procedera à distribuição disfarçada de lucro a seus sócios emprestando-lhes dinheiro sem obediência ao disposto no Decreto-Lei nº 1.598, art. 60, item V, e inciso *b* do § 1º do mesmo artigo.

Argumentou que o ato da autoridade fiscal fora praticado com apoio no art. 73 da Lei nº 4.506/64, de acordo com o qual, no caso da distribuição disfarçada de lucro, o sujeito passivo da obrigação tributária era a pessoa jurídica, quando, ao serem feitos os empréstimos, em 1978, tal disposição legal se encontrava revogada, substituída que fora pelo disposto no art. 62, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77, de acordo com o qual passou a ser a pessoa física quem respondia pelo imposto e multa no caso de distribuição disfarçada de lucro, por via de empréstimo obtido da sociedade.

Prestadas informações, a segurança foi concedida, a União apelou, e, nesta instância a Subprocuradoria ofereceu parecer pelo provimento do recurso, argumentando, em resumo, que admitida como foi a irregularidade do procedimento da empresa no empréstimo procedido, a incidência tributária é legítima e inviável o «writ» vez que inexistente «direito líquido e certo» a ser amparado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): O lançamento que deu origem ao débito, cuja cobrança é atacada no Mandado de Segurança, foi efetuado por ter o impetrante, em 4-7-78, procedido a empréstimo a seus sócios, o que, de acordo com a legislação em vigor, correspondia a distribuição disfarçada de lucros, arrimando-se a autoridade para efetuá-lo, no disposto em normas do Regulamento do Imposto de Renda de 1975, c.c. os arts. 60, inciso V, e 61 do Decreto-Lei nº 1.598/77, quando as disposições regulamentares citadas, adotadas tendo em conta o que estabelecia a Lei nº 4.506/64, já não podiam ser aplicadas em atenção ao disposto no art. 62, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Rezava o art. 235 do RIR de 1975, repetindo o disposto no art. 73 da Lei nº 4.506/64:

«Sobre lucros ou dividendos disfarçadamente distribuídos, nos casos previstos no art. anterior, incidirá o imposto de 50% (cinquenta por cento), sem prejuízo do que couber à pessoa física beneficiada.»

Quando da ocorrência do fato gerador, em 4-7-78, vigorava o Decreto-Lei nº 1.598/77 que, nos arts. 60, inciso V, e 62, § 1º, estabeleceria:

«Art. 60. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

V — empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucro acumulado ou reservas de lucros.

.....
Art. 62. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica:

.....
§ 1º Nos casos do artigo 60, o lucro distribuído disfarçadamente será tributado como rendimento, classificado na cédula H da declaração de rendimentos, do administrador, sócio ou titular que contratou o negócio com a pessoa jurídica e auferiu os benefícios econômicos da distribuição, ou cujo parente ou dependente auferiu esses benefícios, o qual responderá também pelo imposto e multa que forem devidos pela pessoa jurídica.»

Do exame de tais normas vê-se que, enquanto na vigência da Lei nº 4.506/64, no caso da distribuição disfarçada de lucros a responsabilidade pelo imposto era da pessoa jurídica, a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, que ocorreu em 1º de janeiro de 1978, quem passou a responder pelo imposto e pela multa, em tal caso, foi a pessoa física.

A cobrança atacada na impetração contrariava, assim, a legislação em vigor, ferindo, conseqüentemente, direito do impetrante e daí ter sido bem concedida a segurança. Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.782—RJ — (Reg. nº 4.369.572) — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Machado Viana S/A. Adv.: Dr. Cêlio Salles Barbieri.

Decisão: A Turma negou provimento à apelação, unanimemente. (Em 28-4-86 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Pádua Ribeiro e Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 105.522 — SC
(Registro nº 6.140.610)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Apelante: *Importadora e Exportadora São Paulo — Rio Grande Ltda.*

Apelada: *União Federal*

Advogado: *Dr. Nicolau Apóstolo Pitsica*

EMENTA: Guia de importação com mais de 40 dias. Conhecimentos de transporte emitidos no prazo de validade da licença. Lei nº 6.562/78, artigo 5º.

Inexistente, in casu, a prova incontestável de que houve a entrega das mercadorias ao transportador, no momento da emissão do conhecimento de embarque, não há como aceitar-se a alegação da impetrante.

Segurança denegada, por sentença que se confirma.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª 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, 31 de março de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Para ao final denegar a segurança o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Santa Catarina, Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, assim sumariou a espécie (fls. 107/108):

«Importadora e exportadora São Paulo — Rio Grande Ltda., com sede na cidade de São Paulo impetrou Mandado de Segurança contra ato ilegal do Sr. Fiscal de Tributos Federais em Dionísio Cerqueira, que autuou a empresa requerente (AI 10926.000014/84-72) ao argumento de que infringiu ela a legislação de importação por uso de Guia de Importação (N 18-83/44166) com

mais de 40 dias, quando em verdade as mercadorias em questão foram objeto de despacho conforme conhecimento de transporte na validade da guia indicada.

Como há distinção entre manifesto e conhecimento, este último é que, para efeitos tributários, considera-se embarque (Lei nº 6.562/78).

A demora do transporte não pode autorizar a conduta impetrada que ademais erra ao considerar como acobertadas as mercadorias pelo conhecimento terrestre internacional apenas em território argentino.

A autoridade coatora fez letra morta do disposto no art. 5º da Lei nº 6.562/78 daí porque pede a liminar (fl. 7, item 11.2) e final concessão da segurança tornado nulo e sem efeito o auto de infração com cancelamento do débito. Valor Cr\$ 70.000,00.

Documentos às fls. 8/40.

Com liminar mediante fiança (fl. 47) informou a autoridade (fls. 52/55) que não houve a pretendida ilegalidade porque o conhecimento cobriu percurso Buenos Aires — B. Irigoyen e não território brasileiro, além de ser expedido mais de 100 dias antes do ingresso das mercadorias no Brasil.

Juntados os documentos às fls. 56/103.

Oficiou o MPF pela denegação (fls. 105/106)».

À sentença a impetrante opôs os declaratórios de fls. 111/114, os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 115/117.

Inconformada, interpôs o apelo de fls. 122/129.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, opina pelo improviamento do recurso — fls. 136/139.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Asseverou o MM. Juiz a quo ao fundamentar a sua decisão (fls. 108/109):

«A autoridade coatora esclarece nas informações que:

«O fisco, em momento algum, tomou conhecimento por manifesto e vice-versa. O que se pretendeu deixar claro no auto de infração lavrado contra a impetrante foi que ao referido conhecimento faltou-lhe um dos requisitos essenciais, qual seja o da entrega da mercadoria em território brasileiro, isso para nos atermos apenas a este particular, sem entrarmos no mérito do tempo decorrido entre a data constante como o da sua emissão em 18-11-83 e a da chegada da mercadoria em Bernardo de Irigoyen, ainda em território argentino, ocorrido em 29-2-84, ou seja 104 (cento e quatro) dias, o que nos parece excessivamente longo para permanecer embarcada principalmente em se tratando de mercadoria perecível segundo alega a impetrante, e mais ainda sem qualquer notícia de reajuste ou reclamação quanto ao valor do frete contratado.» (fls. 53/54).

Por sua vez, o douto parecer do órgão ministerial (fls. 105/106) escreve, verbis:

«Neste e nos outros quatro Mandados de Segurança, requeridos na mesma data contra atos idênticos da mesma autoridade, percebe-se claramente que, se os conhecimentos de transporte foram emitidos dentro

do prazo da validade da licença (sempre 1 ou 2 dias antes do vencimento), em virtude de dificuldades financeiras da impetrante, as mercadorias realmente embarcaram, apenas, após 22 de fevereiro de 1984, data em que a exportadora autorizou o seu transporte da origem, Buenos Aires, ao destino, Dionísio Cerqueira (vide correspondências de fls. 27/28). Ao nosso sentir, a expedição dos conhecimentos de transporte dois meses antes do efetivo embarque dos cereais objetivava nitidamente, e certamente de comum acordo entre vendedor e comprador, até que este resolve suas dificuldades de pagamento, burlar o art. 5º da Lei nº 6.562/78, que considera, para efeitos tributários, como data do embarque a da expedição do conhecimento internacional de transporte».

Ora, salta à evidência de que efetivamente a impetrante agiu incorretamente, ou, pelo menos, não comprovou que o fez dentro da praxe comercial o que autoriza a presunção em contrário do fisco, agora tipificada pelo MPF de fraude fiscal, ainda que mercadoria tivesse sido embarcada dentro da validade da guia de exportação.

Não é possível, se os fatos são incontrovertidos — o que não é uma certeza a arredar mais ainda a prestabilidade da via eleita — sacar da interpretação da lei efeito contrário aos seus propósitos. Tal resultado por certo não tem o abono da boa hermenêutica a indicar pelo menos outro grave defeito na argumentação da impetrante.»

Essa fundamentação foi ratificada e ampliada na oportunidade em que o douto Magistrado rejeitou os embargos declaratórios (fls. 115/117), sem que as razões recursais possam abalá-la, conforme enfatiza o douto parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 138/139) lê:

Pelos próprios fundamentos da sentença de primeira instância nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 105.522 — SC — (Reg. nº 6.140.610) — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Apte.: Importadora e Exportadora São Paulo-Rio Grande Ltda. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Nicolau Apóstolo Pitsica.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 31-3-86 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Velloso. Presidiu a Sessão o Senhor Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.018 — SP
(Registro nº 6.365.779)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Remetente: *Juízo Federal da 4ª Vara*

Apelante: *União Federal*

Apelada: *Pastificio Basilar Ltda.*

Advogados: *Drs. Mauro Barbosa e outros*

EMENTA: Mandado de Segurança. Carência. Falta de interesse de agir. O justo receio de sofrer violação do direito há de ter base em ação ou omissão da autoridade, consubstanciando ameaça objetiva. A simples possibilidade de que venha a ser praticado ato lesivo ao direito do impetrante, ausente qualquer atividade concreta, indicativa de que exista procedimento tendente a consumar a violência, não propicia seja demandada a proteção jurisdicional.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª 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.

Brasília, 24 de fevereiro de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Mandado de Segurança preventivo impetrado por Pastificio Basilar Ltda. contra ato do Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto, alegando a impetrante que tem justo receio de que lhe seja exigido recolhimento de ISTR, visto que transporta carga própria em veículo de sua propriedade, já tendo sido reconhecida a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.438/75.

Informações às fls. 51/60, em que se deduz preliminar de carência.

A sentença concedeu a segurança, citando precedentes do Tribunal sobre o tema (fls. 64/71).

Apelou a União Federal (fls. 76/77).

Contra-razões às fls. 80/85.

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A impetrante demandou segurança, alegando ter justo receio de que lhe seja exigido o pagamento do ISTR, relativamente a serviços efetuados em veículos próprios de carga de sua propriedade.

Nas informações, a autoridade indigitada coatora salientou afigurar-se-lhe que carceraria a autora do direito de pleitear concessão de segurança. Isto porque a inicial limitara-se a aventar a possibilidade de que viesse a ocorrer violação de direito, nada indicando em concreto que pudesse caracterizar início de exigência do tributo.

Considero que, efetivamente, a ação proposta não reunia os requisitos necessários a ter o mérito examinado.

Para que se possa pretender provimento jurisdicional, compondo determinado litígio, é indispensável exista o interesse de agir, ou seja, que reste evidenciado ser necessária a intervenção do Judiciário para que não sofra a parte um prejuízo. Deste modo, haverá de referir-se a determinada situação concreta, apresentada como antijurídica, a ser composta pela sentença.

Tratando-se de Mandado de Segurança, admite a lei que o justo receio de sofrer a violência é o bastante para ensejar a possibilidade de postular a proteção. Daí não se segue, entretanto, que qualquer temor subjetivo do particular, sem fundamento em atuação da autoridade, seja suficiente para abrir-lhe as vias do pedido de segurança. A ameaça haverá de ser objetiva, consubstanciada em atos que permitam concluir que se prepara a consumação da violência ao direito. Neste sentido a doutrina. Menciono alguns autores: Celso Barbi — *Do Mandado de Segurança* — 1960 — pág. 67 — Othon Sidou — «*Do Mandado de Segurança*» — *Rev. Trib.*, 3ª ed., págs. 250/251 — Cretella Jr. — «*Comentários às Leis do Mandado de Segurança*» — Saraiva — 1979 — págs. 93 e seguintes.

No caso em julgamento, limitou-se a impetrante a presumir que a autoridade administrativa haveria de invocar lei inconstitucional e exigir o tributo. Ausente condição necessária ao exame do pedido e, pois, ao julgamento do mérito, dou provimento para julgar a impetrante carecedora da ação de segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 106.018 — SP — (Reg. nº 6.365.779) — Rel.: O Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Pastificio Basilar Ltda. Advs.: Drs. Mauro Barbosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo (Em 24-2-86 — 6ª Turma.)

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Carlos Velloso e Miguel Ferrante.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro CARLOS VELLOSO.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106.292—MG
(Registro nº 6.183.654)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Apelante: *INAMPS*

Apeladas: *Luzia do Socorro Assunção e outras*

Advogados: *Amauri de Souza, Vicente Porto de Menezes e Walter de Castro Coutinho.*

EMENTA: Administrativo. Ascensão funcional. Escolaridade.

I — No instituto da ascensão funcional, a inscrição, com as exigências estabelecidas em regulamento por autorização da Lei nº 5.645/70, já integra o próprio processo seletivo.

II — Não ofende a qualquer princípio jurídico a exigência de habilitação profissional ou escolaridade no ato de inscrição.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª 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, 4 de março de 1986.

OTTO ROCHA, Presidente. COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: A questão foi assim relatada em 1º grau:

«Luzia do Socorro Assunção, GERALDA da Glória de Queiroz, Irene Martins Nogueira e Maria José Ramos, devidamente qualificadas na inicial, impetraram este Mandado de Segurança contra ato do Sr. Superintendente Regional do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social — (INAMPS), aos seguintes fundamentos:

Que foi publicado edital abrindo inscrição para concurso Interno de Ascensão Funcional a diversas categorias do INAMPS no BS/DG/193, de 8-10-84. As impetrantes são funcionárias de tal instituto. Nega-se, no entanto, suas inscrições sob fundamento de que ainda não são forma-

das. Acontece que cursam o último ano da faculdade, devendo se formarem ainda no final deste, conforme documentos anexos. Luzia do Socorro cursa a 6ª série de Medicina, as demais estão no último período de Serviço Social, faltando apenas dois meses para se formarem o que, talvez, quando da realização do concurso, já terá ocorrido. Não é justo que se lhes negue tal direito, por tão curto prazo. A conclusão do curso só pode ser exigida para a posse da nova carreira e não no concurso. Este caso se assemelha ao dos vestibulares, quando a Justiça já vem reiteradamente decidindo desta maneira. Cita jurisprudência a respeito. Requereram liminar e, após trâmites normais, a concessão do **mandamus**, reconhecendo-se-lhes o direito de fazerem o concurso em apreço.

A inicial veio ancorada nas peças de fls. 7/19. Preparo à fl. 21, onde consta, igualmente, o despacho concessivo de liminar. Informações às fls. 24/28, aduzindo que o instituto da ascensão funcional sustenta o princípio de equidade perante os servidores, desde que estes cumpram as exigências estabelecidas. Na letra *d*, subitem do Edital INAMPS — 40/84, exigiu-se a comprovação da escolaridade exigida para ingresso na categoria funcional a que concorre e a formação especializada, quando for o caso. As impetrantes não preenchem os requisitos necessários à inscrição, previstos no Decreto nº 85.654/81 e reproduzidos no edital, letra *d* referida. Cita jurisprudência que abona a posição administrativa. Aduz que os Acórdãos trazidos à colação pelas impetrantes não se adaptam à espécie, além de sequer mencionar suas fontes, para melhor exame das decisões. As formalidades da inscrição estão amarradas no edital, não sendo lícito ao instituto descumpri-las, admitindo inscrições de quem não possui os pressupostos previamente estabelecidos e amplamente divulgados. Isto não configura qualquer ilegalidade ou abuso de poder, não sendo, pois, líquido e certo o suposto direito das impetrantes. Segundo declarações da Universidade Católica acostadas à inicial, a aluna a que se refere «poderá concluir o curso» o que denota ser aleatório e incerto o evento, retirando a liquidez e certeza necessárias à espécie. Os concursos públicos para provimento das diversas categorias funcionais ficam sempre sujeitos a normas gerais estabelecidas em regulamento (Decreto nº 85.645/81) e instruções especiais (IN/DASP-119/81). Os termos do regulamento, da instrução e do edital, são claros no sentido da exigência estrita de que as impetrantes devem provar as suas habilitações em curso de nível superior, apresentando, no ato da inscrição, os diplomas de Médico e Assistente Social, o que não fizeram. Pugnou o *d. impetrado*, afinal, pela denegação da segurança.

Às informações, vieram acostadas as peças de fls. 29/41. O *d. representante* do MPF, em seu bem lançado parecer (fls. 43/5), opinou pela denegação da segurança.» (Fls. 47/49).

2. A sentença, inspirada em precedentes deste Tribunal alusivos à exigência de escolaridade para inscrição em concurso público (REO nº 88.077—RJ, Relator o eminente Ministro Carlos Madeira, e AMS nº 88.955—SP, por mim relatada, fl. 51), foi pela concessão do «writ».

3. Apelou o INAMPS com as razões de fls. 56/57, respondidas pelas de fls. 59/60.

4. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 67/69, em parecer do Dr. Nelson Parucker, aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral, Dr. A. G. Valim Teixeira, pelo provimento.

Ê o relatório.

VOTO

EMENTA: Administrativo. Ascensão Funcional. Escolaridade.

I — No instituto da ascensão funcional a inscrição, com as exigências estabelecidas em regulamento por autorização da Lei nº 5.645/70, já integra o próprio processo seletivo.

II — Não ofende a qualquer princípio jurídico a exigência de habilitação profissional ou escolaridade no ato de inscrição.

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Como bem asseverou a douta Subprocuradoria-Geral da República, apontando expressivo precedente relatado pelo eminente Ministro William Patterson, o processo seletivo interno de funcionários para efeito de ascensão funcional não se confunde de modo algum com o concurso público destinado ao primeiro provimento de cargos ou empregos públicos. No concurso público, em princípio aberto a todos os brasileiros que satisfaçam os requisitos legais (Constituição Federal, art. 97), tem entendido este Tribunal que a exigência da escolaridade se dirige ao momento da posse. Já no processo seletivo para ascensão funcional, de âmbito interno e destinado ao acesso de funcionários de uma carreira a outra, o ato de inscrição integra o próprio processo seletivo, funcionando as condições de inscrição, entre elas as de ser servidor público de determinada categoria e nível, como verdadeiros pré-requisitos.

2. O fato excepcional, alegado em contra-razões, de as provas do processo seletivo haverem sido retardadas, de modo que as impetrantes vieram a se formar antes de sua realização (fl. 59), em nada prejudica o princípio. Ao contrário, antes o reforça. Sabido como os maus precedentes costumam proliferar no serviço público, em breve teríamos não apenas a realização de provas do tipo sendo retardadas por manobras escusas como pedidos no sentido de se estender a exceção a outras exigências. Por exemplo: funcionários em vias de atingir a categoria ou nível exigido para inscrição vindicariam igual tolerância, sob a mesma alegação de virem a preencher a exigência antes das provas.

3. O instituto da ascensão funcional está regulado pela Lei nº 5.645/70, que em seu art. 6º autorizou o Poder Executivo a fixar, em regulamento, os critérios seletivos. É instituto que, como dito, não se rege pelo art. 97 da Constituição e a lei podia deferir ao poder regulamentar a fixação desses critérios.

4. No precedente referido pela douta Subprocuradoria, disse o eminente Ministro William Patterson, em voto acolhido sem discrepância pela Turma:

«Trata-se de assunto sobre o qual já me pronunciei em diversas oportunidades (cfr. AMS nº 91.633—RJ, AMS nº 87.051—PR e AMS nº 88.069—RJ), sempre prestigiando os termos da regulamentação pertinente ao processo seletivo para a ascensão funcional, principalmente quanto às exigências de escolaridade requeridas.

Demonstrou o MM. Juiz a quo, com lucidez e brilhantismo cuidar-se de concurso interno, onde as qualificações para obter inscrição já constituem seleção dos candidatos, desmerecendo, assim, invocar-se, em prol da pretensão, a norma estatutária de provimento.» (AMS nº 95.603—RJ, julgado 11-11-83).

E a ementa do Acórdão ficou assim:

«Administrativo. Funcionário. Plano de Classificação de Cargos. Ascensão Funcional. Escolaridade.

Não ofende a qualquer princípio jurídico a norma regulamentar que exige a habilitação profissional ou escolaridade no ato de inscrição do processo seletivo para ascensão funcional.

Sentença confirmada.»

Isto posto, dou provimento ao apelo para cassar o «writ».

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 106.292—MG — (Registro nº 6.183.654) — Rel.: O Sr. Min. Costa Lima. Remte.: Juiz Federal da 6ª Vara—MG. Apte.: INAMPS. Apdas.: Luzia do Socorro Assunção e outros. Advs.: Drs. Amauri de Souza, Vicente Porto de Menezes e outro, Walter de Castro Coutinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro OTTO ROCHA.

Os Senhores Ministros Otto Rocha e William Patterson votaram com o Senhor Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro OTTO TOCHA.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 109.315 — RJ
(Registro nº 7.097.212)

Relator: *O Sr. Ministro Otto Rocha*

Apelantes: *Ruy Nunes Filho e outros*

Apelada: *Fundação Cultural de Campos*

Advogados: *Drs. Macário Picanço, Fuad Naked, Alcino Guedes da Silva e outros*

EMENTA: Aluno. Matrícula. Cancelamento.

Vestibulandos do CESGRANRIO, não classificados e aproveitados em vagas ociosas da Faculdade de Odontologia de Campos por pertencerem àquela região.

Verificada a ocorrência de fraude na realização da matrícula, pela utilização de pressupostos falsos e artificios destinados a induzir a erro a entidade, decreta-se sua nulidade, devendo os alunos submeterem-se a novo exame vestibular, para preenchimento da exigência legal de habilitação e classificação para o curso escolhido, aproveitados os créditos a que fizerem jus.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª 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 maio de 1986.

OTTO ROCHA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Ruy Nunes Filho e outros impetraram Mandado de Segurança, com medida liminar, contra o Diretor da Faculdade de Odontologia — Fundação Cultural de Campos — RJ, objetivando a nulidade do cancelamento de suas matrículas, efetuado sob o fundamento de que não haviam sido classificados no vestibular do CESGRANRIO.

Afirmam que, embora não tenham obtido classificação, foram convocados a matricular-se com o intuito de preencherem vagas ociosas e evitar pedidos de transferência, já que eram alunos da região.

Agora, quando já alunos formados e outros prestes a concluir o curso, foram surpreendidos com o cancelamento de suas matrículas, sem prévia instauração de inquérito e oportunidade de defesa.

Sustentam direito adquirido visto que as inscrições tornaram-se atos perfeitos e acabados.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 9/155.

Deferida a medida liminar (fl. 156), a autoridade apontada coatora prestou as informações de praxe, arguindo, em síntese, a necessidade de classificação para que qualquer vestibulando obtenha matrícula na faculdade e a utilização, pelos impetrantes, de documentos cuja autenticidade foi negada pela Fundação CESGRANRIO.

Alegou, ainda, a existência de indícios de fraude nas matrículas, consideradas pela direção como irregulares, e juntou os documentos de fls. 173/383.

O Ministério Público Federal oficiou às fls. 387/389, opinando pelo indeferimento do «writ», tendo juntado os documentos de fls. 390/429.

Petição da Faculdade, impetrada às fls. 431/433, indagando sobre os exatos limites da medida liminar concedida.

O MM. Juiz a quo, decidindo, julgou improcedente o pedido e denegou a segurança, cassando a liminar anteriormente concedida, ressalvado aos impetrantes o aproveitamento futuro dos créditos já adquiridos após a aprovação e classificação em novo exame vestibular (fls. 435/440).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 450/451), foram os mesmos rejeitados (fl. 452).

Inconformados, apelaram os impetrantes às fls. 453/455, pleiteando a reforma da sentença para que os «já formados tenham os seus diplomas e os outros prossigam normalmente no curso que vinham fazendo».

Contra-arrazoado o recurso (fls. 457/460), os autos subiram a este e. Tribunal.

Nesta instância, os impetrantes peticionaram às fls. 500/502 requerendo a restauração da liminar, o que lhes foi negado (fl. 517).

Oficiando no feito, a d. Subprocuradoria emitiu o parecer de fls. 521/524, opinando pela confirmação da r. sentença e improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA (Relator): Diz a sentença da lavra do Dr. Henry Bianor Chalu Barbosa, ilustre Juiz Federal da 7ª Vara, da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro:

«A narração dos fatos, como feita na petição inicial, sugeria que a matrícula dos impetrantes, embora pudesse ser irregular ou vulnerar procedimentos legais, tinha sido efetivada pela Faculdade de Odontologia de Campos por motivos práticos, assumindo a entidade a responsabilidade do ato.

Neste sentido, diz a inicial que, apesar de não terem sido classificados no vestibular, «com supresa, foram convocados à matrícula». Teriam sido informados pela entidade que seriam aproveitados em vagas ociosas, «o que era melhor para a Faculdade, porque... esta estava procurando cobrir os claros com alunos da zona».

Vista a causa através deste prisma, o direito, efetivamente, parecia bom e a irregularidade parecia sanável pela situação de fato resultante do êxito dos impetrantes nos seus estudos, alguns já tendo, inclusive, colado grau.

Ocorre que, após a prestação de informações pelo impetrado e pela Fundação CESGRANRIO, verifiquemos que os fatos não ocorreram conforme alegaram os autores.

Os impetrantes obtiveram suas matrículas através de fraude que está sendo apurada pela Justiça Criminal de Campos.

Os ofícios, supostamente encaminhados pela CESGRANRIO à Faculdade para matrícula dos candidatos, eram falsos, segundo declarou a primeira entidade que não reconheceu a autenticidade da assinatura do seu gerente. Além da falsidade documental, os referidos ofícios encerram falsidade ideológica como, por exemplo, no caso do impetrante Márcio José Duarte de Almeida, cujo ofício de encaminhamento, de fl. 34, registra as seguintes notas: 859 — 432 — 439 — 516 — 600 — 472 — 468 — total: 3.789, quando, na verdade, o candidato, simplesmente, não compareceu ao vestibular (doc. de fl. 265).

Adauto Lúcio Vieira Travassos teve seu total de notas adulterado de 4.529 (fl. 274) para 4.893 (fl. 225).

Polianny Menezes Braz teve seu total de notas aumentado de 3.993 (fl. 270) para 5.374 (fl. 231).

Noutros casos, os totais foram diminuídos, resultando, entretanto, não haver coincidência de notas, as quais, aparentemente, foram inventadas pelo redator dos ofícios falsos.

Aparece como principal suspeito o ex-Secretário da Faculdade, Sr. Eduardo Henrique Rodrigues Bittencourt, destituído do cargo pelo Diretor.

Os ofícios falsos, observa-se, não se encontravam nas pastas dos alunos. Foram exigidos pela Direção ao Secretário, que os encaminhou por uma terceira pessoa à Faculdade, não mais comparecendo a partir dessa data, o que levantou as suspeitas do Diretor.

Fica assim afastada a presunção de boa-fé dos impetrantes em relação à irregularidade de suas matrículas. Surge, pelo contrário, através da prova documental e indiciária dos autos, a presunção contrária de conluio com funcionário da Faculdade e, portanto, de fraude dos mesmos impetrantes. E é este um dos motivos de nulidade dos atos jurídicos em geral e dos atos administrativos em particular.

Assim sendo, é inválida a matrícula efetuada sob pressupostos falsos e mediante artifício destinado a induzir a erro a entidade.

Entretanto, surge a tormentosa questão da situação de fato ocorrente com os alunos que, embora ilegalmente matriculados, já cursaram alguns os cinco anos do curriculum de uma faculdade, já tendo inclusive colado grau, enquanto outros se encontram em fase adiantada dos seus estudos.

As soluções dadas pela jurisprudência têm sido as mais diversas. Algumas decisões declaram sanadas todas as nulidades pela situação de fato que se consolidou com o decurso do tempo. Outras acham que nulo o ato da matrícula devem também ser considerados nulos os exames posteriormente prestados.

Adoto solução intermediária.

Efetuada com fraude a matrícula, deve o aluno submeter-se a novo exame vestibular, para preencher a exigência legal de habilitação e classificação para o curso escolhido.

Deve suportar, outrossim, as sanções penais às quais estiver eventualmente sujeito, apurados os delitos mediante processo penal.

Quanto aos créditos já adquiridos, entretanto, deverão estes ser aproveitados quando e se o aluno for aprovado em novo vestibular.

A lei formula requisitos formais para ingresso na faculdade, quais sejam aprovação e classificação no exame vestibular. Desse modo é feita apuração legal da aptidão do aluno para aproveitar o curso.

No caso dos autos, os impetrantes não cumpriram as exigências legais e por isso, em virtude do princípio da moralidade dos atos administrativos, não se lhes pode entregar o diploma final, nem permitir a frequência sob pena de fomentar a «venda» de matrículas e outras falcaturas. Terão que habilitar-se com a prestação de outro exame vestibular.

Mas, por outro lado, comprovaram aproveitamento durante o período frequentado demonstrando assim capacidade de fato até onde cursaram o *curriculum*. Assim, os créditos a que já fizeram jus devem ser futuramente aproveitados, uma vez sanada a falta de aprovação ou classificação no vestibular.

Isto posto, julgo improcedente o pedido e denego a segurança, cassando a liminar anteriormente concedida, ressalvado aos impetrantes o aproveitamento futuro dos créditos já adquiridos após a aprovação e classificação em novo exame vestibular.

Adotou o MM. Julgador, uma solução intermediária ao afirmar verbis:

«Efetuada com fraude a matrícula, deve o aluno submeter-se a novo exame vestibular, para preencher a exigência legal de habilitação e classificação para o curso escolhido».

Esta solução, dada pela sentença, obteve o beneplácito da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, através do parecer de fls. 521/524, da lavra do ilustre Procurador da República, Dr. Inocêncio Mártires Coelho, aprovado pelo digno Subprocurador-Geral, Dr. Valim Teixeira, nestes termos verbis:

«Assente que a matrícula se originou de fraude, deparou-se o digno Julgador com a realidade dos fatos consumados, no âmbito acadêmico, fatos que vão desde a aprovação dos impetrantes nas disciplinas cursadas, até a conclusão do curso, a que chegaram 2 (dois) deles.

Aí, analisada a jurisprudência, em seus dois extremos — uma que aceita a convalidação dos estudos, pela consumação dos fatos, outra que projeta a nulidade da matrícula sobre todos os atos escolares subsequentes —, optou por solução que teve por intermediária, para o fim de, anulada a matrícula por fraude no vestibular, permitir a convalidação dos estudos, inclusive conclusão do curso, se e quando os autores lograrem aprovação em novo exame vestibular, tudo como explicitado na decisão que rejeitou os embargos declaratórios.

Examinada a respeitável decisão, cujo equilíbrio é merecedor de referência especial, estamos em que deu ao caso a solução mais adequada, porque, sem premiar a fraude, reduziu seus efeitos nocivos a limites razoáveis, limites que o bom senso recomenda sejam mantidos, em obséquio à justiça concreta, que o digno Julgador procurou realizar na sentença».

Acolho, também, a prudente solução, dada pela respeitável sentença de primeiro grau.

Ademais, cuidando dos «fundamentos da impetração», dizem os impetrantes que, verbis:

«A maioria foi aprovada, mas não classificada; uns poucos não alcançaram os pontos necessários e, por isso, viram-se eliminados».

O que se recolhe dos autos é que, em verdade, nenhum dos impetrantes fora classificado no vestibular da Fundação CESGRANRIO.

No que respeita à convocação para preenchimento de supostas vagas ociosas, esta, a «convocação», não vem comprovada nos autos.

De outra parte, as alegações sobre a regularidade ou não da situação dos impetrantes não comportam apuração probatória na via estreita do Mandado de Segurança.

Foi o que decidi, quando membro da e. 1ª Turma, nos autos da AMS nº 89.160 — RJ, em Acórdão com a seguinte ementa:

«Aluno. Matrícula. Classificação.

A verificação da idoneidade dos documentos apresentados pela autoridade impetrada, para se apurar a regularidade da matrícula de diversos alunos, que o impetrante inquina de ilegal, não se comporta na via estreita do Mandado de Segurança»...

Ante o exposto confirmo a respeitável sentença monocrática, pelos seus próprios fundamentos, que se me afiguram acertados.

Nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 109.315 — RJ — (Reg. nº 7.097.212) — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Aptes.: Ruy Nunes Filho e outros. Apda.: Fundação Cultural de Campos. Advs.: Drs. Macário Picanço, Fuad Naked e Alcino Guedes da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 13-5-86 — 2ª Turma).

Os Senhores William Patterson e José Cândido votaram com o Senhor Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Alcino Guedes da Silva, pelos apelantes. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro OTTO ROCHA.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 4.838 — SP

(Registro nº 209.678)

Relator: *O Sr. Ministro Leitão Krieger*

Recorrente de Ofício: *Juízo Federal da 4ª Vara*

Recorrente: *União Federal*

Recorrido: *Walter Rodrigues Peres*

Advogados: *Drs. Nelyta Diniz da Cruz e outros*

EMENTA: Processual Civil. Recurso Ordinário não conhecido. Aplicação do art. 4º da Lei nº 6.825/80.

Não se conhece de remessa de ofício em causa de valor igual ou inferior a 100 ORTNs. Tampouco se conhece de recurso voluntário da União em causa de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs.

Devolução dos autos ao Juízo de origem.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, não tomar conhecimento da remessa de ofício nem do apelo voluntário, determinando-se a baixa dos autos à Vara de origem para que ali seja julgado como embargos infringentes.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de setembro de 1983.

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. LEITÃO KRIEGER, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LEITÃO KRIEGER: Trata-se de liquidação por artigos proposta por Walter Rodrigues Peres, fls. 70/71, perante a 7ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, que foi impugnada pela reclamada, Cia. Brasileira Cimento Perus, às fls. 86/87. Determinada perícia, as partes apresentaram quesitos, tendo o perito nomeado apresentado o trabalho de fls. 97/107, sobre o qual falaram as partes às fls. 117/vº e 125.

A Procuradoria da República, às fls. 130/131, requereu a remessa dos autos à Justiça Federal em face da incorporação e confisco, ao patrimônio da União Federal, dos bens da reclamada, pedido acolhido pelo despacho de fl. 140, tendo as partes ratificado suas manifestações anteriores, requerendo o julgamento dos artigos, após malograda a tentativa de acordo.

Deu à causa, na data do seu ajuizamento, 9 de setembro de 1970, o valor de Cr\$ 1.000,00.

Sentenciando, a Juíza Federal Dra. Ana Maria Coffi Flaquer Scartezzini, julgou procedente os artigos de liquidação, submetendo o julgado ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, a Fazenda Nacional, titular do acervo confiscado, recorreu às fls. 193/197.

Contraminutou o autor às fls. 211/214.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 221/222, de acordo com o art. 4º da Lei nº 6.825/80, opina pelo não conhecimento do recurso, por incabível.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LEITÃO KRIEGER (Relator): Cuida-se de pleito ajuizado em 9 de setembro de 1970, cujo valor foi de Cr\$ 1.000,00, sem qualquer impugnação.

A sentença que julgou procedente a ação foi exarada em 4 de maio de 1979 e ensejou apelação da União Federal.

Entretanto, com o advento da Lei nº 6.825, de 21 de setembro de 1980, com aplicação retroativa aos processos em curso, conforme entendimento deste Tribunal, consagrado pelo inciso V da Resolução nº 25, a espécie está alcançada pelo referido diploma legal, quer se considere o valor das ORTNs à data da inicial, como querem alguns (4.705 X 50 = Cr\$ 2.352,50), quer, como penso, seja tal valor aquele da data da edição da mencionada Lei nº 6.825 (644,23 x 50 = Cr\$ 32.211,50).

A esta altura já é remansoso, no colendo Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que aquela lei é aplicável aos casos em que a sentença tenha sido proferida anteriormente à sua vigência. Ao propósito, o Acórdão da lavra do eminente Ministro Aldir Passarinho, no Recurso Extraordinário nº 96.638-2 — São Paulo: «Ementa: Processual. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Lei nº 6.825/80. Aplicação imediata. Resolução nº 25, do TFR. Firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tal como já ocorria no Tribunal Federal de Recursos, que as sentenças proferidas contra a União Federal em causas cujo valor não ultrapasse os limites previstos na Lei nº 6.825/80 não se encontram obrigatoriamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição, pois os preceitos de tal diploma legal devem ter aplicação imediata, nos termos fixados na Resolução nº 25 do Tribunal Federal de Recursos, ainda que a sentença tenha sido proferida anteriormente àquela lei...»

E no venerando Acórdão, publicado no *DJ* de 22 de outubro próximo passado, são citadas outras doughtas manifestações dos eminentes Ministros do excelso Pretório: Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Neri da Silveira e Rafael Mayer.

Acentue-se, por derradeiro, que a magna decisão não faz restrição alguma, no que diz com a aplicação do art. 4º da já referida Lei nº 6.825 e da interpretativa Resolução nº 25, deste egrégio Tribunal Federal de Recursos, mesmo porque razão alguma autorizaria tal restrição, à vista dos motivos que levaram o legislador à edição de normas para maior celeridade dos feitos na Justiça Federal.

Pelo exposto, não conheço da Remessa Ex Officio por se tratar de causa de valor inferior a 100 (cem) ORTNs, como tampouco do apelo da União Federal e determino a baixa dos autos à Vara de origem, para que o MM. Juiz a quo processe o recurso como embargos, a teor do disposto no art. 4º da Lei nº 6.825, de 1980.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 4.838 — SP — (Reg. nº 209.678) — Rel.: O Sr. Min. Leitão Krieger. Recte. de Ofício: Juízo Federal da 4ª Vara. Recte.: União Federal. Recdo.: Walter Rodrigues Peres. Advs.: Dra. Nelyta Diniz da Cruz e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, não tomou conhecimento da remessa de ofício nem do apelo voluntário, determinando-se a baixa dos autos à Vara de origem para que ali sejam julgados como embargos infringentes. (Em 16-9-83 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Carlos Thibau e Washington Bolívar votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 4.838 — SP
(Registro nº 0.209.678)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Embargante: *União Federal*

Embargado: *V. Acórdão de fl. 233*

Advogados: *Drs Nelyta Diniz da Cruz e outros*

EMENTA: Trabalhista. Sentença de liquidação. Recurso Ordinário.

A liquidação precede à execução e é a sua sentença atacável por meio de Recurso Ordinário, não importando em supressão de oportunidade para, no momento próprio, após instalado o processo de execução, serem apresentados embargos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, não conhecer dos embargos, 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, 28 de fevereiro de 1986.

CARLOS THIBAU, Presidente. DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE: A União embarga o Acórdão proferido por esta Turma, em Recurso Ordinário interposto contra sentença de liquidação, em reclamação trabalhista, que decidira pela não incidência de correção monetária sobre importância que o reclamante devia devolver à reclamada.

O Acórdão não conheceu da remessa, para reexame, em virtude do duplo grau de jurisdição, nem do recurso voluntário da reclamada, ora embargante, tendo presente o valor atribuído à causa, de um mil cruzeiros, sem qualquer impugnação, de acordo com parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

Vem, porém, a embargante pleitear que a Turma corrija a sua decisão, para declarar que o recurso deveria ter sido recebido como embargos à execução desde a instância **a quo**, e, como tal, processados e julgados.

É como relato.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A omissão apontada pela embargante, ou seja, de que a Turma deveria ter apreciado a erronia do processamento do recurso interposto, para reconhecer que a respectiva petição deveria ser recebida como embargos à execução, ainda no Juízo de origem, não tem cabimento.

É ver-se: o recurso foi dirigido contra sentença de liquidação, que, nos termos do art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho, precede à execução, ou seja, não faz parte do respectivo processo, mas é fase imediatamente anterior à sua instalação, de modo que perfeitamente cabível o Recurso Ordinário, como processado.

É de notar-se que a Turma determinou que o Juiz da decisão monocrática apreciasse o recurso como embargos infringentes, a teor do art. 4º da Lei nº 6.825/80, por apresentado a tempo.

Ao contrário do que afirma a embargante, a apreciação do seu recurso não suprime a possibilidade de vir a opor embargos à execução, porquanto esta ainda está por vir.

Tratando-se de causa de alçada e, coerente com os motivos do não conhecimento do Recurso Ordinário, não conheço dos embargos, mas, em caso de eventual conhecimento os rejeitaria.

EXTRATO DA MINUTA

EmbDecl no RO nº 4.838 — SP — (Reg. nº 0.209.678) — Rel.: O Sr. Min. Dias Trindade. Embgte.: União Federal. Embgdo.: V. Acórdão de fl. 233. Advs.: Dra. Nelyta Diniz da Cruz e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Relator. (Em 28-2-86 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Relator. Não compareceu o Senhor Ministro Washington Bolivar, por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro CARLOS THIBAU.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.547 — RS
(Registro nº 3.253.970)

Relator: *O Sr. Ministro Lauro Leitão*

Recorrente: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT*

Recorrido: *Jocerlei Roberto Silveira*

Advogados: *Drs. Ademir Fernandes Gonçalves e outro (recte.) e Frederico Dias da Cruz e outros (recco.)*

EMENTA: Trabalhista. Penalidade. Dispensa

Adequação da penalidade ao comportamento do reclamante, que, precedentemente, já houvera sofrido cinco punições.

Contrariamente à decisão monocrática, presentes as causas do art. 482, da CLT.

Reincidência que torna legal a dispensa.

Recurso provido. Sentença que se modifica. Reclamação improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao recurso, para modificar a r. sentença e julgar a ação improcedente, 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 agosto de 1982.

LAURO LEITÃO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO: Jocerlei Roberto Silveira, qualificado na inicial, propôs reclamação trabalhista, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, objetivando receber aviso-prévio, 13º salário proporcional, férias proporcionais, liberação do FGTS no código 1 e pagamento dos 10% do art. 22, juros e correção monetária.

Alegou, pois, o reclamante, em resumo:

«ter sido admitido aos 3-3-77, como carteiro, tendo sido despedido, sem justa causa, aos 24-5-79».

Notificadas as partes, realizou-se a audiência de conciliação e julgamento, a que compareceram as partes.

Proposta a conciliação, ela foi rejeitada.

O reclamante e a reclamada prestaram depoimentos.

A reclamada ofereceu contestação e juntou documentos.

Foi ouvida a testemunha da reclamada.

As partes produziram razões finais.

O MM. Dr. Juiz, finalmente, decidindo a espécie, proferiu a r. sentença de fls., que tem a seguinte conclusão:

«Julgo procedente a presente reclamação trabalhista, por ausentes as causas do art. 482 da CLT e findo por condenar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a pagar a Jocerlei Roberto Silveira aviso-prévio, no valor de Cr\$ 4.230,00, 13º salário proporcional e férias proporcionais a serem calculadas, pela contadoria, na execução, uma vez que impugnados na contestação, liberação do FGTS com 10% de multa, juros de mora a partir da notificação, custas e correção monetária.»

A reclamada, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela interpôs Recurso Ordinário, perante este egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

O reclamante ofereceu contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina de acordo com os pronunciamentos de sua assistida.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LAURO LEITÃO (Relator): O MM. Dr. Juiz julgou procedente a ação, ao argumento de que a penalidade imposta era muito rigorosa.

É de ver-se, contudo, que o reclamante já havia sofrido cinco punições anteriores, advertências e suspensões. A última delas, comprova-se nos autos, decorreu de ter atrasado, por 24 horas, a entrega de correspondência.

Em esse atraso, não comunicado, para prestar imprópria e inoportuna solidariedade a colega, que teria tido problema no triciclo, resultou em evidentes prejuízos à empresa.

Acrescente-se o fato, provado, de ter o reclamante, em serviço, ingerido bebida alcoólica.

Tudo isso, pois, leva a que não se considere severa a penalidade que lhe foi aplicada; além das ocorrências, era o reclamante reincidente.

A dispensa, assim, foi feita legalmente.

Por isso, dou provimento ao recurso, para modificar a r. sentença de 1º grau e julgar a reclamação improcedente.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.547 — RS — (Reg. nº 3.253.970) — Rel.: O Sr. Min. Lauro Leitão. Recte.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Recdo.: Jocerlei Roberto Silveira. Advs.: Drs. Ademir Fernandes Gonçalves e outro (recte.), Frederico Dias da Cruz e outros (recdo.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento ao recurso para modificar a r. sentença e julgar a ação improcedente. (Em 27-8-82 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LAURO LEITÃO.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.971 — CE
(Registro nº 3.329.178)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Remetente *Ex Officio: Juiz Federal da 1ª Vara — CE*

Recorrente. *Banco Central do Brasil*

Recorrido: *Geraldo Vasconcelos do Carmo*

Advogados: *Drs. Henock Guimarães Garcia e outros e Walmyr Sá Magalhães*

EMENTA: Trabalhista. Administrativo. Ato administrativo. Motivos determinantes. Pena disciplinar.

I — Punição aplicada a supervisor de fiscalização do Departamento Regional do Banco Central, porque denunciou à administração central da autarquia irregularidade praticada pelo Chefe do mesmo Departamento Regional, consistente no depósito, em contas bancárias particulares de que era titular o denunciado, das taxas de inscrição de candidatos em concursos para preenchimento de empregos na entidade.

II — Inexistência de exorbitância na maneira como o supervisor de fiscalização apurou a irregularidade e de falta de lealdade no comportamento do denunciante para com o empregador, que lhe aplicou a mesma pena destinada ao denunciado.

III — Possibilidade de o Poder Judiciário examinar os motivos determinantes do ato impugnado, que é vinculado, por excelência, sem que, no controle jurisdicional, invada o campo da conveniência e da oportunidade de sua prática.

IV — Recursos voluntário e oficial desprovidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento a ambos os recursos, 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.

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente. CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: O então supervisor de fiscalização do Departamento Regional do Banco Central em Fortaleza, Geraldo Vasconcelos do Carmo, ora recorrido, denunciou administrativamente o então Chefe do Departamento Regional da autarquia, que teria depositado em contas bancárias pessoais de que era titular taxas de inscrições de candidatos em concursos para preenchimento de empregos que a entidade estava realizando, naquela área do Nordeste.

Em consequência da sindicância instaurada, que depois foi transformada em inquérito, foi aplicada ao denunciado a pena de censura, tendo sido ele destituído da função comissionada que exercia.

Ocorre que o denunciante, ora recorrido, também foi punido com censura e destituído de sua comissão, além de sofrer antecipadamente suspensão preventiva e suspensão da função comissionada, tudo porque a administração superior do Banco Central teria resolvido endossar as conclusões deturpadas apresentadas pelos integrantes da comissão de inquérito, que imputou-lhe faltar com lealdade ao Banco, no exercício de suas funções ao fazer uso, indevidamente, do nome do órgão para colher informações de seu interesse pessoal, mediante a devassa nas contas bancárias particulares do outro funcionário.

Por isso, objetiva, com a presente reclamação trabalhista, a declaração de nulidade da pena disciplinar que lhe foi imposta, bem como a reintegração na função comissionada a partir da data em que foi destituído, tudo com juros de mora e correção monetária, e a ser procedido de modo a não afetar o cálculo dos proventos da aposentadoria de que ora desfruta.

O MM. Juiz Federal Dr. Orlando de Souza Rebouças julgou a reclamatória procedente e recorreu de ofício (fls. 295/322).

Recorreu, então, o Banco Central, sustentando que, ao aplicar a pena de censura ao recorrido, fizera-o amparado no Estatuto dos Funcionários do Banco Central e no Manual de Serviço do Pessoal.

A sentença a quo deveria se limitar à verificação da existência dos requisitos formais para a aplicação da penalidade, não podendo adentrar no exame da conveniência e da oportunidade de sua aplicação, aliás ocorrida após assegurar-se ampla defesa ao recorrido.

Além do mais, em momento algum foram negados os fatos denunciados pelo recorrido, que foram apurados minuciosamente em inquérito administrativo, mandado instaurar em razão da denúncia apresentada pelo próprio reclamante.

O recorrido não foi punido pela denúncia apresentada, mas, sim, em virtude de ter violado o sigilo bancário, ao instruir sua peça acusatória com extratos de contas correntes bancárias do acusado nessa denúncia.

O recorrido, na ânsia de não deixar qualquer dúvida na denúncia oferecida, desfechou uma devassa nas contas bancárias do seu chefe imediato, sem que para tal estivesse autorizado pelo Banco Central do Brasil, com evidente violação do sigilo bancário (fls. 326/335).

Contra-razões às fls. 338/341.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo improvemento do recurso (fls. 382/385).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Após concluir pela possibilidade de o Poder Judiciário examinar os motivos determinantes do ato impugnado, que é vinculado por excelência, sem que, no controle jurisdicional, invada o campo da

conveniência e da oportunidade de sua prática, que é assunto da exclusividade da administração. O MM. Juiz Federal a quo, Dr. Orlando de Souza Rebouças, julgou a reclamação procedente aos argumentos de fls. 308/321.

Por sua vez, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger, opinou pela confirmação da sentença aos fundamentos seguintes:

«6. Do exame da prova, resulta claro que a motivação do ato administrativo impugnado, em verdade, inexistiu.

7. Sabedor da irregularidade praticada por Francisco das Chagas Lins de Oliveira, que depositou, em sua conta pessoal, importância pertencente à autarquia, tratou de procurar provas concretas do fato, como estabelece o Manual de Serviços do Pessoal, em seu item 12.7.3-a, letra a, junto aos Bancos da Amazônia e Estado do Ceará.

8. Após a obtenção da prova em destaque, dirigiu-se diretamente ao Presidente do Banco Central, não o tendo feito à autoridade imediatamente superior, nos termos do art. 107, X, do Estatuto e do item 12.7.2 do Manual de Serviço do Pessoal, porque se tratava do próprio denunciado, no caso o Chefe Regional de Fortaleza — CE.

9. Os dispositivos estatutários e regulamentares apontados indicam que o recorrido agiu com absoluta correção, sendo irrelevante se sua atuação escondia outros objetivos de ordem pessoal.

10. O estado de ânimo do recorrente, quando levantou provas e denunciou a irregularidade, não tem nenhuma influência no episódio, se foram observadas as vias legais e regulamentares.

11. Por outro lado, não restou comprovado que o recorrido tenha exorbitado de suas atribuições por motivos pessoais.

12. Se a irregularidade realmente existiu, resultando na punição do infrator, fica evidente que não houve excesso, nem ausência de interesse da autarquia, derrubando a alegação de que o recorrido tenha agido em seu exclusivo benefício.

13. O alegado excesso estaria no fato de o recorrido ter agido junto aos Bancos da Amazônia e Estado do Ceará, sem autorização expressa do Banco Central.

14. Ocorre, porém, que o Manual do Supervisor, função exercida pelo recorrido cumulada com o de Chefe de Unidade no Departamento Regional de Fortaleza, assegurava a este o acesso permanente aos estabelecimentos bancários de sua área (fls. 219/221), deixando evidente que inorcorreu a pretendida exorbitação de funções.

15. Sobre o episódio, as testemunhas ouvidas às fls. 272/280, inspetores aposentados do Banco Central, declararam que o recorrido agiu com estrita observância das normas vigentes na autarquia.

16. A prova coligida indica, com absoluta segurança, que inexistiram a pretendida deslealdade ao Banco e o excesso do recorrido. Nem mesmo a motivação de caráter pessoal atribuída ao recorrido, restou comprovada. Se realmente existiu, está diluída no episódio, em face da comprovação da irregularidade apontada.

17. Dessa forma, estando ausentes os motivos determinantes do ato de punição do recorrido, cabe ao Judiciário declarar a sua nulidade, exercendo o seu poder de controle dos atos administrativos, no que se refere aos seus requisitos substanciais.» (Fls. 383/385).

Também me parece acertada a sentença recorrida. O egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao iulgar os Embargos no Recurso Extraordinário nº 75.421 — BA, Relator o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, também entendeu, à unanimidade, quanto ao controle jurisdicional do ato administrativo vinculado, que

«... O exame, pelo Poder Judiciário, de sua legalidade, compreende, quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes se incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram...» (RTJ 79/478).

Apesar de ser examinado na via trabalhista, dada a relação empregatícia entre as partes, o ato é de conteúdo administrativo, devendo ser examinado à luz dos princípios que informam o Direito Administrativo.

Ademais, observe-se que a destituição da função comissionada está vinculada à pena que o recorrido sofreu, como se verifica às fls. 87/88.

Está correta a sentença.

Nego provimento aos recursos voluntário e oficial.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.971 — CE — (Reg. nº 3.329.178) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Thibau. Remte. Ex Officio: Juiz Federal da 1ª Vara — CE. Recte.: Banco Central do Brasil. Recdo.: Geraldo Vasconcelos do Carmo. Advs.: Drs. Henock Guimarães Garcia e outros e Walmyr Sá Magalhães.

Decisão: A Turnta, à unanimidade, negou provimento a ambos os recursos. (Em 8-4-86 — 1ª Turma).

O Senhores Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WASHINGTON BOLÍVAR.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 6.964 — RJ
(Registro nº 4.119.487)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *IAPAS*

Recorrida: *Maria Elza Louro*

Advogados: *Drs. Volf Ivenicki e outros, Sérgio Pinheiro Drumond*

EMENTA: Trabalhista. Adicional de insalubridade. Servidores públicos. Restabelecido o adicional de insalubridade pelo Decreto-Lei nº 1.873/81, a partir dessa vigência cabe deferimento da vantagem, incidente, porém, sobre o salário mínimo regional, e respeitada a prescrição bial.

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 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, 5 de novembro de 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Cuida-se de reclamação trabalhista contra o IAPAS, em que a reclamante, médica daquela autarquia, pleiteou e obteve a paga de adicional de insalubridade no grau máximo, calculado sobre o seu salário profissional, respeitadas a prescrição parcial e as diferenças reflexas decorrentes.

Recurso Ordinário da autarquia reclamada às fls. 98/101, pelo qual é negada a existência da insalubridade e requerida a aplicabilidade do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.341, de 22-8-74, óbice intransponível à procedência da reclamação; caso mantida a condenação, espera a recorrente seja determinado, como base de cálculo para a incidência do adicional, o salário mínimo regional.

Contra-razões de fls. 106/110, fundadas em precedentes deste eg. Tribunal, convergentes com a tese adotada pela r. sentença recorrida, no tocante à interpretação do decreto-lei aludido e, no que se refere à base de cálculo do adicional, amparadas em precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal.

O parecer da douda Subprocuradoria-Geral da República aconselha o desprovimento do recurso (fls. 118/119).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, não prospera a alegação relativa à insalubridade em si mesma, posto que, como bem salientou a r. decisão recorrida, o próprio reclamado admitiu pagar o adicional pleiteado desde que a partir de junho de 1981 (fl. 62). Assim incontroversa a matéria central, cinge-se a discussão ao cabimento da paga do adicional correspondente, em face do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.341/74.

A matéria, à luz do referido diploma legal, é antiga nesta Corte, que no mais das vezes se manifestou contrariamente à pretensão dos reclamantes, quer por suas Turmas, quer pela eg. Primeira Seção. (Ver ERO nº 4.700 — AL — Primeira Seção — *DJ* de 22-4-82, RO nº 5.311 — RJ — 3ª Turma — *DJ* de 31-5-82, RO nº 5.418 — MA — 2ª Turma — *DJ* de 16-6-83, RO nº 6.571 — RJ — 2ª Turma — *DJ* de 16-12-82, RO nº 4.275 — CE — 1ª Turma — *DJ* de 2-9-82).

Firme nesta jurisprudência, contrariamente ao que dispôs a sentença, entendo cabível o pagamento do adicional referido somente a partir de 1º de junho de 1981, desde quando foi restabelecido em favor dos próprios servidores estatutários, nos moldes dos arts 1º e 9º do Decreto-Lei nº 1.873, de 27 de maio de 1981, consoante o diz precedente desta eg. 3ª Turma (RO nº 5.930 — MG, Relator Ministro Carlos Madeira, publicado no *DJ* de 6-10-83).

Por outro lado, o adicional, embora que devido no grau máximo (pela Portaria nº 3.214, de junho de 1978, do Ministério do Trabalho), deverá incidir sobre o salário mínimo regional, conforme a tranqüila jurisprudência deste egrégio Tribunal e a Súmula nº 307 — STF; nesse mesmo sentido, aliás, parece ser agora o entendimento do eg. TST, tal a sua recente Súmula nº 228 (*DJ* de 29-4-85 — pág. 16570).

Em suma, dou provimento parcial ao Recurso Ordinário, para determinar que o pagamento do adicional pleiteado, no grau máximo, se faça a partir de 1º de junho de 1981, calculado sobre o salário mínimo regional.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 6.964 — RJ — (Reg. nº 4.119.487) — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Recte.: IAPAS. Recda.: Maria Elza Louro. Advs.: Drs. Volf Ivenicki e outros, Sérgio Pinheiro Drumond.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator. (Em 5-11-85 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Senhores Ministros Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.036 — MG
(Registro nº 4.419.189)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrentes: *João Bosco Silva Santos e INAMPS*

Recorridos: *Os mesmos*

Rec. Ex Officio: *Juiz Federal da 1ª Vara — MG*

Advogados: *Drs. Messias Pereira Donato e outros, Lucas João Peixoto Siqueira e outro*

EMENTA: Trabalhista. Justa causa para rescisão do contrato de trabalho. Condenação criminal do empregado impeditiva da continuidade da prestação do trabalho (CLT, art. 482, d).

Médico do INAMPS condenado pela prática do crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368/76, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, por sentença de 6-3-79, da qual recorreu e obteve a redução para 3 (três) anos.

O empregador, ao tomar conhecimento da infração cometida pelo seu empregado, deveria ter tomado as medidas cabíveis, em atenção ao princípio da imediatidade. No entanto, o ajuizamento do inquérito trabalhista só se deu cerca de 13 (treze) meses após o fato, quando o requerido já tinha obtido indulto.

Já que não houve imediatidade entre o impedimento da continuidade do trabalho e a instauração do inquérito, inexistiu a justa causa ensejadora da rescisão contratual.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 25 de fevereiro de 1986.

CARLOS THIBAU, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Trata-se de inquérito trabalhista proposto pelo INAMPS para apurar falta grave praticada por seu empregado estável, o médico João Bosco Silva Santos, admitido em 1-1-67, sob o regime celetista.

Em 7 de dezembro de 1978 foi o requerido denunciado na Comarca de Carangola — Minas Gerais, como incurso nas sanções do art. 12, § 1º, II, da Lei nº 6.368, de 21-10-76, pelo crime de plantação de maconha em terreno de sua propriedade. Foi condenado a 6 (seis) anos de reclusão, por sentença de 6-3-79, da qual recorreu e obteve a redução da respectiva pena para 3 (três) anos. A partir de 7-3-79, passou o requerido a cumprir pena, afastando-se de suas atividades, o que constituiu justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, nos termos do disposto no art. 482, *d*, da CLT.

Na audiência de conciliação e julgamento sustentou o requerido a inexistência da falta, posto que já havia cumprido a pena que lhe fora imposta, da qual, inclusive, fora indultado. Se a causa da falta grave é a impossibilidade física da execução do contrato de trabalho, nem essa subsistiria, vez que, cumprida a pena, cessaria tal impossibilidade e, conseqüentemente, a falta. Ademais, durante o cumprimento da pena fora autorizado judicialmente a desempenhar suas funções perante o órgão empregador.

Argüiu, a seguir, a ausência de imediatidade entre a ciência da falta ao empregador e a denúncia do contrato, eis que o requerente silenciou quando lhe foi comunicado oficialmente que o requerido estava à sua disposição, quedando-se inerte, no entanto, também, sobre o indulto, e só se manifestando através do presente inquérito quando, pela terceira vez, o requerido tentou reassumir o seu emprego, conforme pedido protocolado em novembro de 1981 (fls. 24/29).

Também na audiência o requerido apresentou reconvenção às fls. 35/36.

Foram inquiridas testemunhas às fls. 104/106.

Audiência de instrução e julgamento com razões finais às fls. 126/127.

O ilustre Juiz Federal Dr. Arnaldo Esteves de Lima, da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, julgou o inquérito improcedente e procedente a reconvenção, apenas para determinar ao reconvinido a readmissão do reconvinente, a partir do trânsito em julgado da sentença, sem direito a salários, vantagens ou tempo de serviço no período de seu afastamento (fls. 129/139).

Inconformadas, as partes recorreram com as razões de fls. 142/149 e 151/156, respectivamente.

Contra-razões às fls. 159/164 e 166/169.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, opinou pela manutenção da r. sentença a quo (fls. 175/180).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Faço minha as palavras do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, que, em seu parecer, concluiu da seguinte maneira:

«8. A nosso ver, decidiu com acerto o MM. Juiz de primeira instância. A justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, bem como a condenação e a extensão da *res judicata* criminal à área trabalhista não foram sequer contestadas pelo requerido ou ignoradas pelo douto Juiz a quo. Ocorre que, segundo S. Éxa., cabia ao empregador providências dentro de razoável espaço de tempo, a contar do momento em que tomara conhecimento da infração co-

metida pelo seu empregado, em atenção ao princípio da imediatidade. Entretanto, o ajuizamento do presente inquérito só se deu cerca de 13 meses após o fato, não obstante haja situações, mormente quando se trate de empregado estável, que recomendem ação comedida do empregador, ao pleitear a resolução contratual oriunda de falta grave. Acrescentou a isso a circunstância de que em 26-11-81, data do aforamento do inquérito, o requerido já estava indultado da pena, consoante se verifica no documento de fl. 30. Assim sendo, concluiu que:

«Tudo isto, bem sopesado, atrelado ao fator preponderante: inércia do requerente em agir, vulnerando, em seu sentido, o princípio da imediatidade, conduz à convicção no rumo da inviabilidade da resolução contratual postulada, devendo a solução ser outra.» (Fl. 136).

Convém salientar que o requerido passou a cumprir a pena de reclusão em 7-3-79 e o presente feito só foi ajuizado no dia 26-11-81, quase três anos após a condenação. O cumprimento da pena impedia a presença do empregado no serviço, porém, em 29-11-79, foi ele autorizado judicialmente a reassumir sua função de médico. Note-se que tal fato se deu dois anos antes do ajuizamento do inquérito. Nesta ocasião, o empregador, ao invés de agir, quedou-se inerte, vindo a se manifestar com a instauração deste inquérito apenas quando o requerido, já indultado, pleiteava seu retorno ao serviço, o que indiscutivelmente afasta a tese da atualidade da falta.

9. Com igual acerto decidiu sobre a reconvenção, eis que, se de um lado a inatualidade do acionamento do inquérito obsta se lhe dê procedência, de outro, a conduta culposa do reconvinte não pode ensejar a reintegração pretendida. A esse respeito, transcreveu o douto prolator da r. sentença recorrida trecho da obra do Prof. Messias Pereira Donato, que se ajusta ao caso sub *judice*, *verbis*:

«Embora comprovado o cometimento da falta argüida contra o empregado, em atenção à natureza da falta e em homenagem a seu passado funcional longo e limpo, os Tribunais, por equidade, têm negado a procedência do inquérito. Determinam a readmissão do trabalhador no emprego. Essa figura é de criação jurisprudencial. Com sua volta ao emprego, fica-lhe assegurada a integralidade do tempo de casa, anteriormente ao ajuizamento do inquérito. Pelo tempo de afastamento e até o retorno ao serviço nada lhe será reconhecido, nem salário, ou vantagem, nem tempo.» (Fl. 138).

10. Por todo o exposto, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento dos recursos, a fim de que confirmada seja a r. sentença de primeira instância por seus próprios e jurídicos fundamentos.» (Fls. 178/180).

Como bem assinalou Mozart Russomano em seus «Comentários à CLT»,

«Só servem de justa causa as condenações criminais que impedem a continuidade física da prestação do trabalho» (ob, cit., 1983, Forense, pág. 556).

A pena criminal sofrida pelo requerido não pode impedi-lo eternamente de voltar ao trabalho, sob pena de ferir-lhe um direito constitucional assegurado no § 23 do art. 153 de nossa Lei Maior.

Já que não houve imediatidade entre o impedimento da continuidade do trabalho e a instauração do inquérito, inexistente a justa causa ensejadora da rescisão contratual.

Tampouco merece acolhimento a reconvenção, como brilhantemente ponderaram o MM. Juiz Federal e o douto Subprocurador-Geral da República.

Ante o exposto, nego provimento a todos os recursos para confirmar a sentença recorrida.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 7.036 — MG — (Reg. nº 4.419.189) — Rel.: O Sr. Min. Carlos Thibau. Rectes.: João Bosco Silva Santos e INAMPS. Recdos.: Os mesmos. Rec. Ex Officio: Juiz Federal da 1ª Vara — MG. Advs.: Drs. Messias Pereira Donato e outros, Lucas João Peixoto Siqueira e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento aos recursos. (Em 25-2-86 — 1ª Turma).

Os Senhores Ministros Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Washington Bolívar por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.268 — RS
(Registro nº 2.975.424)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Hélio Pinheiro*

Relator p/Acórdão: *O Sr. Ministro Carlos Thibau*

Embargante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Embargado: *Raul da Silva Costa*

Advogados: *Drs. Nilo Arêa Leão e outros, Gil Villeroy e outros*

EMENTA: Trabalhista. Falta grave de servidor estável optante do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Indispensabilidade, para a respectiva rescisão contratual, da instauração de inquérito judicial (CLT, art. 494) em que se assegure plena defesa ao indiciado.

Tal providência, que decorre de princípio constitucional inscrito em favor das garantias dos cidadãos, não colide com o chamado sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tanto mais que será necessário observar-se o contraditório para impor-se a qualquer empregado optante a sanção a que se refere o art. 7º da Lei nº 5.107/66.

Embargos que se rejeitam.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira 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, 4 de dezembro de 1985.

GUEIROS LEITE, Presidente. CARLOS THIBAU, Relator p/Acórdão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO PINHEIRO: Trata-se de embargos de divergência (fls. 291/295) manifestados pela Caixa Econômica Federal contra o v. Acórdão da egrégia 2ª Turma que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário para modificar a situação funcional do reclamante, mantendo no mais a sentença de primeiro grau que, no processo movido contra a ora embargante, julgou procedente a reclamatória, declarando nulo e sem qualquer efeito jurídico os termos contidos na

Portaria nº 445, de 6-2-81, determinando que o reclamado proceda à readmissão do reclamante para a função que exercia, quando de sua suspensão, com todas as vantagens e direitos inerentes de empregado estável, cujos valores serão apurados em liquidação de sentença, acrescidos de juros e correção monetária.

Alega a embargante que o v. Acórdão admitiu a cumulação dos dois regimes, o da estabilidade e o do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o que é uma impossibilidade jurídica, contrariando, desta forma, decisões da Suprema Corte, bem como decisão unânime da egrêgia 1ª Turma deste Tribunal que, ao julgar os Embargos de Divergência nº 3.999 — SC, decidiu que a opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço envolve renúncia absoluta da estabilidade no emprego, eliminando também a garantia já adquirida, por serem juridicamente incompatíveis a cumulação dos dois regimes, o da estabilidade e o regulado pelo FGTS. Por conseguinte, a rescisão do contrato de trabalho com empregado que, embora estável, optou pelo FGTS, não está condicionada à apuração de falta grave em inquérito judicial, como, aliás, assinalou o eminente Ministro Costa Lima no seu voto de vista (fls. 266/267).

Aduz, ainda, a embargante que o v. aresto ora impetrado violou o art. 165, XIII, da Constituição Federal, que assegura ao trabalhador, dentre outros, o direito à estabilidade com indenização ou fundo de garantia equivalente.

Demonstrada a divergência jurisprudencial, foram admitidos os embargos, determinando-se o prosseguimento (fl. 330).

Contra-razões às fls. 332/337.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Trabalhista. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e estabilidade. Impossibilidade. Inquérito para apuração de falta grave.

I — A rescisão do contrato de trabalho com empregado que, embora estável, optou pelo FGTS, não está sujeita a inquérito para apuração de falta grave, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção, posto que esta envolve renúncia absoluta ao sistema da estabilidade no emprego, de modo que elimina também a garantia já adquirida, por serem juridicamente incompatíveis entre si os dois institutos, alternativamente equivalentes.

II — Precedentes no STF e TFR.

III — Embargos acolhidos.

O SENHOR MINISTRO HÉLIO PINHEIRO (Relator): A tese discutida nos presentes embargos é a da coexistência, ou não, dos regimes do FGTS e da estabilidade no emprego.

Na sentença, a fundamentação consistiu na consideração de que a estabilidade adquirida pelo reclamante, em que pese a opção, há que ser considerada e, assim, somente através de inquérito judicial é que o reclamante poderá ser demitido.

Quando do julgamento do Recurso Ordinário, o eminente Ministro Costa Lima, em seu voto de vista, com propriedade, ressaltou:

«Constata-se, portanto, que a despedida por justa causa não se subsume ao disposto no art. 494 da CLT. Onde, desnecessária a apuração de falta grave mediante inquérito, uma vez que o empregado, livremente, renunciou à estabilidade para integrar-se ao fundo de garantia. A coexistência dos dois sistemas é para livre escolha do empregado, repelindo a lógica a coexistência no patrimônio do trabalhador dos dois regimes jurídicos diferentes e cumulativos. Caso fosse assim, a opção ficaria praticamente sem valia alguma.» (Fl. 266).

Referido voto, todavia, foi vencido, prevalecendo entendimento do insigne Ministro Relator José Cândido, cujo Acórdão assim se apresenta, verbis:

«Reclamatória. Trabalhista. Despedida sem justa causa. Readmissão. Empregado que optou pelo FGTS após conquistar a estabilidade.

Não havendo a empresa apurado a suposta falta grave através de inquérito judicial, nula é a portaria demissória que atingiu trabalhador já com estabilidade conquistada ao tempo da opção. Determinada a sua volta ao trabalho. Sentença reformada apenas na parte relativa à qualificação funcional do reclamante, que deve voltar ao serviço como escriturário, com as vantagens do seu cargo.» (Fl. 289).

A tal julgado opôs a reclamada embargos, colimando a prevalência do voto vencido, o qual se harmoniza com decisões da Suprema Corte e da egrégia Primeira Seção deste Tribunal que, ao julgar os Embargos de Divergência nº 3.999 — SC, decidiu, à unanimidade, que a opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço envolve renúncia absoluta à estabilidade no emprego, eliminando também a garantia já adquirida, por ser juridicamente incompatível a cumulação dos dois regimes, o da estabilidade e o regulado pelo FGTS.

Entendo que razão assiste à embargante, posto que ao relatar os mencionados embargos manifestei-me no sentido de não persistir, para o empregado que optou pelo regime do FGTS, a estabilidade então alcançada, assinalando em meu voto que:

«Data venia entendo que prevalecem os elementos interpretativos que induzem à impossibilidade do FGTS e à estabilidade no emprego, sendo alternativos esses institutos, isto é, cada um estanqueamente situado, ou separado do outro, tendo preordenadamente função disjuntiva, entre estabilidade e FGTS, a conjunção *ou* insere no inciso XIII do art. 165 da Constituição Federal, verbis:

«Estabilidade com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente.»

Aí, a preposição *com* liga à estabilidade apenas a indenização, não juntando o FGTS, sem embargo de que uma vírgula antes de *ou* servisse para melhor dissipar dúvida porventura existente. De qualquer modo, trata-se de um sucedâneo equivalente.

Percebo essa ilação seguramente confirmada na regulamentação legal do FGTS, isto é, na Lei nº 5.107, de 1966. Primeiramente, aludindo o art. 1º à Consolidação das Leis do Trabalho, dispõe no caput que fica assegurado «aos empregados o direito de optarem pelo regime instituído na presente lei». No § 2º do mesmo artigo, ao ser regulada a forma, a expressão «a preferência do empregado pelo regime desta lei» corrobora a existência de duas situações distintas, em que uma pode ser preferida à outra. Entre alternativas, quando se prefere algo, opera-se a exclusão do resto.

Já o art. 16 da mesma lei, relativamente ao tempo de serviço anterior à opção pelo FGTS, dispõe:

«Os empregados que, na forma do art. 1º, optarem pelo regime desta lei terão, na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo de serviço, anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V do Título IV da CLT, calculada, porém, a indenização para os que contem 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no art. 497 da mesma CLT.»

Como se vê, esse preceito fortalece a convicção da exclusão de um regime por outro. Nota-se que, quando a lei admitiu a subsistência de algo contido na preceituação consolidada, fê-lo expressamente, aí em relação ao tempo não atingido pelos efeitos da opção. No entanto, em nenhum momento autorizou,

positivamente, a manutenção do capítulo da estabilidade, ou, mais especificamente, a intangibilidade ou não-rescindibilidade do emprego estável, como entende e pede o embargante.

O dispositivo em foco tratou de rescisão, com simples abrangência dos optantes anteriormente estabilizados.

Ainda importa assinalar que, ao se determinar o pagamento em dobro, apenas se faz aplicação expressa de uma das garantias da extinta situação estável, sem que houvesse garantia no emprego.

Enfim, se está expressa a possibilidade de rescisão, ainda que em dobro a indenização por antiguidade, em relação ao decênio até então estabilizador, não se trata mais de estabilidade.

No colendo Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento predominante, senão já pacificado, é no sentido da contraposição dos sistemas, com recíproca exclusão, garantida a equivalência, como se verifica, por exemplo, nos Acórdãos (citados no relatório do RE n.º 96.689-7 — RS) relativos ao RR n.º 4.494 (*DJ* de 9-2-79) e ao RR n.º 1.846-77 (*DJ* de 3-5-80), assim respectivamente ementados:

a) «O sistema do FGTS é incompatível com a estabilidade.

A opção do empregado pelo sistema jurídico do FGTS resulta em uma dessas consequências: se era estável ao optar, perde automaticamente a estabilidade, se não o era, jamais virá a adquirir a estabilidade.»

b) «Ora, a opção gera a perda da estabilidade ou da possibilidade de o empregado vir a adquiri-la. E a legislação do FGTS não determina o pagamento de indenização pelo tempo anterior ao ato opcional, e, sim, na despedida posterior de forma simples, se o empregado não era estável, ou dobrada se se tratar de estável. No caso, a indenização devida, que era simples, foi paga no ato resilitório.»

Neste egrégio Tribunal, é inegável que a corrente oposta está altamente prestigiada com as manifestações de vários Ministros, isto é, daqueles adeptos do entendimento de que a opção do empregado não exclui a estabilidade então já obtida.

É verdade que esta respeitável corrente, favorável à coexistência dos questionados institutos trabalhistas, se fundamenta na norma constitucional inscrita no § 3º do art. 153, segundo a qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Todavia, é lícito instituir novo regime jurídico para, em determinado campo das relações sociais, vigorar a par de outro preexistente, de modo que a opção ou preferência por um elimine o outro, com ele incompatível.

Sobre a tese também já se tem pronunciado o excelso Pretório e o entendimento sufragado é o da inconciliabilidade do FGTS e a estabilidade do sistema anterior, seja a mesma por adquirir ou já adquirida, conforme arestos a seguir transcritos:

«Empregado. Estabilidade. Opção pelo regime do FGTS.

A rescisão do contrato de trabalho com empregado que, embora estável, optou pelo FGTS, não está condicionada à apuração de falta grave em inquérito administrativo, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção e não haja sido negociada como faculta a lei. Neste caso, o período correspondente à estabilidade vale para os efeitos meramente indenizatórios. Recurso Extraordinário conhecido e provido.» (RE n.º 96.689-7 — RS — Rel.: Min. Soares Muñoz — *DJ* de 1-7-83 — pág. 9999).

«Empregado. Estabilidade e opção pelo regime do FGTS. Sistemas distintos (art. 165, inc. XIII, da Constituição Federal). A rescisão do contrato de trabalho de empregado que, sendo estável, optou pelo FGTS, não está sujeita a inquérito para apuração de falta grave, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário provido, para se restabelecer a sentença que julgou improcedente a reclamação.» (RE nº 99.747-4 — ES — Rel.: Min. Djaci Falcão — DJ de 7-10-83 — pág. 15432).

No entanto, reconhece o egrégio Supremo Tribunal Federal os direitos indenizatórios ao empregado, então estável, que veio a optar pelo FGTS, se não verificada a justa causa para o ato de dispensa.

É o que se verifica da decisão proferida no RE nº 101.465-2 — DF, com a seguinte ementa:

«Estabilidade. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Não cumulatividade. Direitos indenizatórios.

O reconhecimento do direito à indenização do empregado estabilizado que optou pelo FGTS, no pertinente ao tempo anterior à opção, sendo norma de lei (art. 16 da Lei nº 5.107/66), não implica ofensa ao art. 165, XIII, da CF.

Recurso Extraordinário não conhecido.» (RE nº 101.465-2 — DF — Rel.: Min. Rafael Mayer, DJ de 25-5-84 — pág. 8234.)»

Por outro lado, é de bom alvitre que aqui se registre, ainda que sucintamente, a vida funcional do reclamante. Foi ele dispensado da função de confiança de Caixa Executiva, que exercia na Agência São João, pela Portaria nº 277/75, de 29-1-75 (fl. 156), e colocado à disposição do Departamento de Administração da Empresa, em 2-1-75 (fl. 57), em razão da sindicância a que respondia, com o fim de apurar fatos que o envolviam na época.

Em princípio de abril de 1975, foi movimentado daquele departamento para a Seção de Material de Consumo, onde deveria desempenhar suas atividades como escriturário a partir do dia 10 daquele mês (fl. 157). Entretanto, consoante comprovam os cartões de ponto (fls. 151/155), o reclamante compareceu ao serviço, pela última vez, em 1-12-75, sem jamais apresentar atestado médico ou qualquer outra justificativa para seu afastamento. Interrompendo, pois, a seu talante, a prestação de trabalho para com a embargante.

Assim, não se pode relegar o que está devidamente comprovado nos autos, ou seja, os elementos materiais caracterizadores do abandono de emprego: a subsistência da obrigação de prestar serviço e a ausência prolongada e ininterrupta ao trabalho.

No abandono, o elemento intencional deve fluir do exame dos fatos e circunstâncias que envolvem o elemento material, isto é, deve haver o ânimo, o desejo ou a decisão do empregado de não mais retornar ao emprego. Ora, o documento de fls. 158/160 demonstra que o embargado firmou um contrato de comodato com o Movimento de Recuperação Social e Econômica, por cinco anos, a fim de explorar o Hospital Nossa Senhora de Lourdes, em Colônia de São Pedro, no Município de Torres — RS. Não bastasse isto, outro documento, o de fls. 162/163, diz respeito ao contrato de trabalho, onde ficou estabelecido que o reclamante exerceria as funções de Responsável Técnico pela farmácia do hospital, devendo ali prestar assistência diária. Ressalte-se, por oportuno, que em reclamatória trabalhista movida pelo ora embargado contra o aludido nosocômio, alega ele ter ali trabalhado desde 4-3-70, «mantendo-se à disposição do mesmo até a data de 10-2-81». (Fls. 168/170).

Pelo exposto, verifica-se que o reclamante deixara para traz a relação empregatícia que mantivera com a reclamada e, ao que parece, arrependido, ajuizou a presente reclamatória pretendendo sua readmissão ou a rescisão contratual com direito às verbas

indenizatórias, ao argumento de que, sendo estável, cabia à empresa apurar a falta que lhe atribuía através de inquérito judicial. Caso contrário, nula seria a portaria que o demitira, face à estabilidade conquistada ao tempo da opção.

Por conseguinte, acompanho o voto de vista do eminente Ministro Costa Lima, em cujo trecho assinala, verbis:

«No caso dos autos, ainda se admita o argumento do reclamante de que se encontrava à disposição da reclamada enquanto durava a ação penal, tem-se que a sentença absolutória por insuficiência de provas está datada de 23-12-80 (fl. 29), tendo transitado em julgado no dia 21-1-81 — certidão de fl. 29vº.

Ora, em sendo assim, cabia ao reclamante, tão logo intimado da sentença, apresentar-se à CEF para reassumir o emprego. Isso ele não fez. Daí a demissão pela Portaria nº 455/81, que faz referência ao Processo nº 99.99.2123/80, em cujos elementos estava configurada a falta grave. Demais disso, em Juízo o tema vultou a debate, estando comprovado que, mesmo vencendo a reclamação trabalhista, o reclamante não se apresentou para trabalhar.» (Fl. 268).

Com estas considerações, acolho os embargos para julgar improcedente a reclamação, condenando o reclamante nas custas.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, permito-me divergir do eminente Relator, porque entendo que a opção pelo fundo de garantia não implica uma renúncia absoluta aos efeitos da estabilidade que já se incorporara ao patrimônio jurídico do reclamante. É um direito adquirido do reclamante, ainda que, evidentemente, não coexistam os dois regimes. Entendo que a base de cálculo para a maior remuneração a que se refere o art. 477 da CLT será aquela correspondente à que o optante detinha no momento em que fez a opção, corrigida monetariamente, para evitar-se a desvalorização da moeda. Mas a opção não implica em renúncia absoluta. De maneira que, somente mediante inquérito judicial, em que se apure a existência da falta grave, é que se poderá rescindir o contrato desse emprego sem o pagamento daqueles direitos que já adquirira, ao optar pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, porque já era estável na ocasião.

CT — 3

O SENHOR MINISTRO CARLOS THIBAU: Agradeço a V. Exa. a generosidade das palavras. Também entendo que esse inquérito seria indispensável para se apurar se há existência, ou não, da falta grave, porque a legislação trabalhista tem que ser examinada sob o enfoque da proteção ao direito do trabalhador. É esse o aspecto que mais me preocupa na interpretação da legislação trabalhista. E, não fora assim, seria realmente ludibriar-se o trabalhador, *data venia*, porque não se lhe estaria reconhecendo aquele direito que já adquirira no momento em que fez a opção.

De maneira que, lamentando divergir do eminente Ministro Relator, rejeito os embargos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, conheço as decisões do colendo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário, e as respeito, assim como respeito os argumentos do magnífico voto proferido pelo eminente Ministro Relator, mas, *data venia*, rejeito os embargos, vez que entendo que a opção manifestada pelo regime do FGTS não despojou o empregado do direito, por ele adquirido sob o regime anterior da estabilidade, de ver-se submetido a inquérito judicial, no caso de demissão.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: O tema primeiro destes autos diz respeito à dispensa de empregado estável optante sem prévio inquérito para verificar a procedência da acusação (Consolidação, art. 494). Pelo que facilmente se percebe, o tema envolve os dois sistemas (ou regimes) que a Constituição, no art. 165, XIII, assegura aos trabalhadores para garantia do tempo de serviço: o da estabilidade, com indenização, e o do fundo de garantia.

Li, conferi e meditei sobre o material que tive em mãos, seja de ordem doutrinária, seja de ordem jurisprudencial, alias já citado, em grande parte, ou no Acórdão embargado de fls. 252/282, ou no voto do Relator destes embargos de divergência. E confesso, sem ter achegas a trazer, a minha inclinação pela posição do voto vencido de fls. 263/269, do Senhor Ministro Costa Lima, reeditada pelo Senhor Ministro Hélio Pinheiro.

Como dois são os sistemas (ou regimes), duas são as disciplinas: o da estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, está disciplinado essencialmente pelas normas contidas no diploma consolidado; o do fundo de garantia está disciplinado principalmente pelas regras da Lei nº 5.107, de 13-9-66, que o criou. Diversas, assim, as regências, a opção pelo fundo de garantia — que é direito potestativo (faculdade jurídica) — impõe a observância de preceitos e normas da lei pertinente, e não desta e também doutra, pois se assim fosse, a meu ver, estar-se-ia criando um terceiro sistema. A opção que é uma faculdade, repito — e só posso tê-la, em tese, como expressão livre da vontade, vez que, caso contrário, estaria, também em tese, julgando o legislador —, implica na renúncia a direitos estabilitários. E um desses direitos apanhado pela renúncia, porque não ressalvado pela Lei nº 5.107/66, é o contido no art. 494 da Consolidação.

Com a devida vênia dos votos em sentido contrário, recebo os embargos, qual o Senhor Ministro Relator.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, desde a assentada desses embargos que fiz recordar a minha posição antiga.

E agora, numa espécie de *hora da saudade*, como a que há pouco relembrou o Ministro Washington Bolívar, estou em pedir permissão a esta egrégia Seção para ler o voto, via do qual, no passado, na nossa saudosa 4ª Turma de antigamente, eu discordava, com respeito e admiração, dos votos de V. Exa. e do estimadíssimo Ministro Gueiros Leite.

Permitam-me, portanto, os nobres colegas — a essa altura, até como homenagem ao eminente Ministro Carlos Madeira, às vésperas de suas despedidas desta Casa — que releia aquele voto. Dizia eu: (lê, xerox anexa).

Senhor Presidente, e nessa posição permaneço, com a devida vênia dos votos discordantes. Daí porque acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO VISTA VOGAL

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: O reclamante, ao contar mais de dez anos de serviço nos quadros da Caixa Econômica Federal, manifestou opção pelo FGTS, com efeito retroativo à data em que adquiriu estabilidade, isto é, 28-5-71 (fl. 24). Veio a ser despedido sob alegação de justa causa, apurada, porém, por simples sindicância administrativa. Reclamou contra a despedida, com pedido de reintegração, desde que, por força de sua estabilidade, a rescisão do contrato de trabalho somente poderia se efetivar após inquérito judicial, conforme o art. 853 da CLT.

Deu-lhe razão o Juiz *a quo*, na esteira do precedente desta Turma, proferido no RO nº 3.062 — PR, lavra do Ministro Carlos Madeira e com adesão dos Ministros Jarbas Nobre e Gueiros Leite, posto na Súmula de que a opção pelo FGTS coexiste com a estabilidade anteriormente adquirida.

No presente recurso, relatados pelo Ministro Carlos Madeira na sessão p. passada, essa orientação está sendo mantida por S. Exa., com igual adesão do Ministro Gueiros Leite.

Pedi vista dos autos, vez que, em casos de certa semelhança com o presente, votei com o entendimento de que o optante, ao declinar preferência pelo FGTS, despede-se da estabilidade adquirida, cujos resíduos se traduzirão apenas pelo montante da indenização correspondente ao período anterior à opção — RO nº 2.770 — PE, 26-4-78; e RO nº 3.066 — DF, 10-5-78, ambos da 4ª Turma.

Examinei, pois, com detida meditação e com maior admiração, os brilhantes argumentos do voto do Sr. Ministro Carlos Madeira, avançados na asseveração básica de que, se a lei ressalvou, para efeito de indenização, a estabilidade adquirida no regime anterior à instituição do FGTS — arts. 16 e 17 da Lei nº 5.107/66, e art. 1º, § 2º, da Lei nº 5.958/73 —, «com maior razão se há de ressalvar a garantia do inqüérito judicial para apuração de falta grave».

De legis ferenda, o argumento merece aplausos.

Todavia, com a devida vênia, tenho para mim que, de *lege lata*, desde a colocação constitucional da matéria, a compreensão do direito positivo pertinente não autoriza aquela extensão da ressalva, textualmente cingida que está em guardar da estabilidade anterior do optante apenas o valor patrimonial da respectiva indenização.

Com efeito, o FGTS é sucedâneo da estabilidade, como se infere do art. 165, inciso XIII, da Constituição, ao taxar a equivalência desses direitos, dentre os que são assegurados aos trabalhadores. A partir dali, quando a lei ordinária regulou a livre opção por uma dessas garantias do trabalho, certamente que o fez na linha da incompatibilidade lógica de sua coexistência, pois que, incompatível é o tratamento jurídico da estabilidade, com o fundo de garantia — o primeiro, proibitivo da rescindibilidade compulsória do contrato de trabalho, e o segundo, ao revés, permissivo da rescindibilidade a qualquer tempo, sob a forma da prévia caução da indenização, compensação patrimonial que constitui o núcleo do regime legal das garantias trabalhistas.

Defrontada essa incompatibilidade substancial dos dois regimes instituídos com expressa equivalência, ao tratar da faculdade de escolha que lhes é necessariamente inerente, a lei ordinária permitiu a mudança do regime da estabilidade para o fundo de garantia. Fê-lo com absoluta cautela, no tema de direito interporal, ao admitir a retração cuidada no art. 1º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 5.107, como fez ao facultar a livre transação da indenização dos estáveis — art. 17. A mesma cautela foi reproduzida com as normas transitórias da Lei nº 5.958/73.

Já no tema de direito permanente, o art. 16 da referida Lei nº 5.107 traçou disciplina para a livre rescisão do contrato de trabalho dos optantes pelo fundo de garantia, aí relacionados os estáveis sem outra restrição remanescente do regime do qual se transpuseram, senão a de que a indenização não transacionada dever-se-á calcular à base do art. 497 da CLT.

Dessa única ressalva da lei, dificultoso me parece, d.m.v., poder-se construir, em face do direito positivo vigente, a simultaneidade da regência de ambos os sistemas. Para assegurar-se aos optantes estáveis uma situação híbrida, qual a de continuarem favorecidos integralmente do direito à estabilidade e seus consectários, e também do equivalente direito ao fundo de garantia, optado livremente

Fico, assim, com a caudalosa jurisprudência arrolada pela recorrente, destacando o Acórdão da eg. 1ª Turma deste Tribunal, proferido nos EDRO nº 1.546 — RJ — Sessão de 15-5-75, Relator Min. Jorge Lafayette, assim ementado:

«Embargos de Declaração: contradição. Opção pelo FGTS: Inexistência de estabilidade.

Caracterizada contradição no Acórdão que, depois de reconhecer a opção pelo FGTS, admitiu a estabilidade do reclamante, ordenando sua reintegração, recebem-se os Embargos de Declaração, a fim de ser confirmada a improcedência da declaração, face à aludida opção, e conseqüente validade do pedido de demissão.»

Para o caso dos autos, essa orientação (na qual permaneço, sem a ousadia de embargar a excelente fundamentação do voto do eminente Relator) significa que o único direito a ser postulado pelo reclamante seria o da indenização daquele tempo de serviço anterior à opção, para tanto contraprovando a inexistência da justa causa da rescisão. Disso porém, não trata a inicial, pelo que dou provimento ao recurso para julgar improcedente a reclamação, com a devida vênia dos pronunciamentos já proferidos.

É como voto.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, pedi vista dos autos para reexaminar, ainda uma vez, o tema pertinente à compatibilidade da estabilidade com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS. Desejava verificar-se, neste processo, além deste tema, outro, porventura, existiria, posto em debate.

Realmente, como assinalou o eminente Relator, o ponto jurídico relevante e em que consistiria a divergência entre algumas Turmas e decisão desta Primeira Seção é o da convivência entre aqueles dois regimes.

Vinha eu entendendo que esses regimes eram incompatíveis entre si, tendo em vista a opção. Menciono, a título de exemplo, o Recurso Ordinário nº 3.266 — ES e o Recurso Ordinário nº 3.427 — RJ, julgados, respectivamente, em 25-5-79 e 11-2-80, de que fui Relator, na 1ª Turma, em sua antiga composição; votara no sentido de que «é inviável a pretensão de ver reconhecida a cumulação dos dois regimes, o da estabilidade e o regulado pelo FGTS, que se excluem», explicitando que a opção pelo FGTS desampara a pretensão de estabilidade para os fins do inquérito previsto nos arts. 492 e seguintes da legislação consolidada.

O RO nº 3.266, do Espírito Santo, acima mencionado, teve seu Acórdão reformado, por decisão desta eg. Primeira Seção; mas, mediante Recurso Extraordinário, obteve a Caixa Econômica Federal a restauração do entendimento que eu, então, expressara e que lhe fora favorável. É, precisamente, o precedente citado pelo eminente Relator Ministro Hélio Pinheiro, em seu douto voto, o RE nº 99.747 — ES, de que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão.

Recordo-me, porém, de que mudei meu entendimento, a partir do voto vista que proferi no RO nº 4.730 — RS, em 19 de setembro de 1980, relatado pelo eminente Ministro Peçanha Martins. Louvei-me, então, nos precedentes da antiga 4ª Turma, em sua composição anterior — Recursos Ordinários nºs 3.062 e 4.456, ambos relatados pelo eminente Ministro Carlos Madeira, hoje ilustrando nossa Corte Suprema, e cujos argumentos muito me impressionaram.

Por isso foi que novamente o acompanhei, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Ordinário nº 4.473 — RS, em 8 de maio deste ano de 1985.

A temática é bastante conhecida deste Tribunal, não havendo razão para que sobre ela exponha argumentação, que, em substância, é a mesma já desenvolvida com maior brilho, por outros colegas, neste Tribunal, tanto no sentido da incompatibilidade entre os dois regimes, como na defesa do ponto de vista contrário.

Assim, limito-me a reportar-me aos meus pronunciamentos anteriores, em que adotei, como agora, o sábio entendimento do eminente Ministro Carlos Madeira. É até muito possível que me tenha deixado convencer pela generosidade implícita daquela inteligente interpretação, ampliando ou restaurando o direito de defesa, que a legislação posterior eliminara, em relação àqueles trabalhadores que, por tantos anos, serviram às respectivas empresas.

Raciocinei, então, como agora, que sendo a legislação trabalhista destinada a compor os conflitos entre o capital e o trabalho, partindo da premissa — verdadeira — de que os trabalhadores estão inferiorizados ante a força do capital e, com ele, do empregador, uma interpretação que buscasse realizar essa finalidade certamente melhor se harmonizaria com o próprio fim do Direito — a paz social, no dizer de Jhering.

Ante o exposto, com a devida vênia do eminente Relator, rejeito os embargos.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO OTTO ROCHA: Sr. Presidente, lembrarei a matéria discutida nestes embargos, fazendo a leitura do relatório da lavra do eminente Ministro Hélio Pinheiro: (lê)

A ementa do v. Acórdão embargado está assim redigida:

«Reclamatória. Trabalhista. Despedida sem justa causa. Readmissão. Empregado que optou pelo FGTS após conquistar a estabilidade.

Não havendo a empresa apurado a suposta falta grave através de inquérito judicial, nula é a portaria demissória que atingiu trabalhador já com estabilidade conquistada ao tempo de opção. Determinada a sua volta ao trabalho. Sentença reformada apenas na parte relativa à qualificação funcional do reclamante, que deve voltar ao serviço como escriturário, com as vantagens do seu cargo.»

Entendeu o voto condutor do Acórdão que não perde a estabilidade o empregado optante pelo FGTS, após 10 (dez) anos de efetivo serviço prestado à empresa e, conseqüentemente, que a falta grave a ele atribuída somente poderá ser apurada através de inquérito judicial.

Ao revés, o voto vencido, com apoio na Lei nº 5.107, de 1966, na doutrina e na jurisprudência que traz à colação, afirma, verbis:

«...a meu modo de ver, o empregado que, embora estável, optou pelo fundo de garantia pode ser despedido em havendo falta grave, independentemente de inquérito».

Edmo Lima de Marca, invocando ensinamento de Aluysio Sampaio diz que a Lei nº 5.107, de 1966, «trouxera a mais séria modificação à Consolidação das Leis do Trabalho... Afeta, assim, a própria essência do Direito do Trabalho Brasileiro, porque inseriu-lhe uma dualidade de sistemas jurídicos relativos à permanência na empresa e à rescisão do contrato laboral, facultando ao trabalhador a escolha entre um dos sistemas».

E acrescenta:

«Enquanto que, pelo sistema da CLT, a indenização pelo empregador é considerada justificada, o sistema do fundo de garantia abona ao trabalhador o direito aos depósitos efetuados em sua conta, mesmo que tenha sido apurado judicialmente que o empregado praticou falta grave».

Distintos são os sistemas, daí decorrendo a faculdade da opção.

É ainda de Marca quem ensina:

«Tanto se distinguem os dois regimes jurídicos que a Constituição Federal estabelece, in verbis:

«Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que nos termos da lei, visem a melhoria de sua condição social:

.....

.....

XIII — Estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente». (Cfr. Edmo Lima de Marca, «Base de Incidência do Percentual do FGTS», págs. 36/38).

Essa distinção foi proclamada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE nº 99.747-4, do Espírito Santo, em Acórdão com a seguinte ementa:

«Empregado. Estabilidade e opção pelo Regime do FGTS.

Sistemas distintos (art. 165, inc. XIII, da CF).

A rescisão do contrato de trabalho de empregado que sendo estável, optou pelo FGTS, não está sujeita a inquérito para apuração de falta grave, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção. Precedentes do STF. Recurso Extraordinário provido, para se restabelecer a sentença que julgou improcedente a reclamação» (Ac. unânime da 2ª Turma do STF, Relator o Exmo. Sr. Min. Djaci Falcão, *in DJ* de 7-10-83, pág. 15432).

Paralelamente, aqui no Tribunal, a eg. 2ª Turma, sendo Relator o eminente Min. William Patterson, julgando os autos do RO nº 5.181 — DF, decidiu:

«Trabalhista. Opção pelo FGTS. Homologação. Retroatividade dos efeitos. Limites. Servidor estável.

A opção pelo regime do FGTS afasta a estabilidade. A inteligência das regras que cuidam da espécie não permite conceber de outra maneira.

A opção do estável, com fulcro na Lei nº 5.958, de 1973, não pode retroagir para alcançar o decênio respectivo, a teor da regra expressa contida no § 2º, do art. 1º, do citado diploma, sem importar isso em reconhecer a estabilidade.

Motivação do preceito.

Recurso desprovido.

Sentença confirmada» (RO nº 5.181 — DF, Rel. Min. William Patterson, Ac. pub. no *DJ* de 7-5-81).

A seu turno, esta Primeira Seção, ao julgar os EDRO nº 3.999 — SC, Relator o eminente Min. Hélio Pinheiro, decidiu, por unanimidade:

«Trabalhista. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e estabilidade. Incompossibilidade.

I — A opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço envolve renúncia absoluta ao sistema da estabilidade no emprego, de modo que elimina também a garantia já adquirida, por serem juridicamente incompatíveis entre si os dois sistemas, alternativamente equivalentes.

II — Embargos rejeitados» (Ac. pub. no *DJ* de 30-8-84, pág. 13786).

Com estas considerações e pedindo vênias aos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário, dou minha adesão ao voto do eminente Ministro Relator, para, também, receber os embargos.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, de conformidade como tenho votado, tanto nesta Seção como na Turma, entendo que o in-

quérito é indispensável em se tratando de empregado que haja adquirido a estabilidade antes da opção.

Deste modo mantenho o meu ponto de vista, acompanhando o Sr. Ministro Carlos Thibau.

Rejeito os embargos, *data venia*.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, coerente com os votos proferidos na Turma e nesta Seção, recebo os embargos.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Trata-se de matéria conhecida e a respeito da qual tenho votos conhecidos na Turma e na Seção.

Como fundamento da rejeição dos presentes embargos, transcrevo decisão proferida em voto vista no RO nº 7.268—RS, do seguinte teor:

«Resume-se a questão em saber se, mesmo efetuada a opção pelo FGTS, o empregado perde a estabilidade. E, em caso negativo, se poderá ser dispensado independentemente de inquérito para apuração de falta grave, no caso o abandono do emprego (CLT, art. 482, letra j). O Ministro Relator José Cândido sustenta que não perde a estabilidade o empregado que opta pelo regime do FGTS, após dez anos de efetivos serviços prestados à empresa e que não foi, na oportunidade da opção, devidamente indenizado. A falta grave a ele atribuída não pode, pois, deixar de ser apurada através de inquérito judicial, sob pena de ser reputado irregular o ato demissório, mesmo se motivado com base em mera sindicância.

Enquanto isso, o Ministro Costa Lima firma posição diversa em seu voto vista, com a mão no art. 165, inciso XIII, da Constituição, onde estão assegurados aos trabalhadores como direitos que visam à melhoria de sua condição social, alternativamente, a estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou o fundo de garantia equivalente. Para ele, embora mantidos os Capítulos V e VII, do Título IV da CLT, que tratam da rescisão e da estabilidade, com a Lei nº 5.107/66 foi criado paralelamente o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), por cujo regime pode optar o trabalhador, quando então a despedida por justa causa não mais ficará subordinada ao art. 494, da CLT, isto é, somente possível após o inquérito em que se verifique a procedência da acusação. Eis a conclusão do Ministro *Costa Lima*: «... repelindo a lógica da coexistência, no patrimônio do trabalhador, dos dois regimes jurídicos diferentes (omissis). Caso fosse assim, a opção ficaria praticamente sem valia alguma.» (Voto, pág. 4). O eminente Ministro cita Mozart Victo Russomano («Curso de Direito do Trabalho», pág. 270), Délio Maranhão («Direito do Trabalho», 6ª ed., pág. 293), Orlando Gomes e Elson Gottschalk («Curso de Direito do Trabalho», vol. II, págs. 542, 547/8 e 550), parte da nossa melhor doutrina. Transcreve também três Acórdãos das 1ª e 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal, bem como decisão da Primeira Seção desta egrégia Corte, deste ano, nos Embargos de Divergência no RO nº 3.999—SC. Não sou daqueles que afirmam a identidade absoluta, jurídica e patrimonial, dos dois sistemas. Mantenho-me numa posição intermediária, que não repousa apenas na legislação trabalhista, consolidada ou não. Refiro-me à garantia do direito de defesa do empregado, qualquer que seja a sua condição, de instável ou estável, optante ou não, desde que seja acusado de falta grave pelo empregador. A Constituição, que paira acima de todas as normas, garante que a lei assegure

rará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não será possível admitir-se, pois, que qualquer lei disponha em contrário, o que aliás não ocorre, justiça se faça, na legislação do FGTS. Confirmam-se, a propósito, as Leis n.ºs 5.107/66 e 5.958/73. Em nenhuma delas teve o legislador a coragem de suprimir a garantia excepcional, ou seja, o direito ao processo contraditório. Foram cautelosos, embora em textos tímidos. Daí porque considero a negativa do direito de defesa ao empregado estável optante como pura criação pretoriana, com a ajuda de uma doutrina respeitável, mas limitada ao plano unicamente trabalhista, sem u'a visão abrangente dos princípios maiores e formadores do nosso sistema jurídico e até mesmo ético. Deve-se preencher pois, a lacuna dos textos novos com o disposto no art. 494, da CLT, a fim de que o acusado de falta grave tenha direito de defender-se em inquérito. Considero o art. 494 norma que consagra uma garantia excepcional, que salta do sistema da estabilidade para o do FGTS, sem infringir a equivalência exorcizada por algumas decisões da nossa Suprema Corte. Temos, como exemplo, Acórdão da egrégia 2ª Turma, da lavra do eminente Ministro Djaci Falcão, no RE n.º 99.747-4—ES, *DJ* de 7-10-83, pág. 15432. É uma decisão radical, pois não cede lugar ao inquérito na apuração de falta grave, mesmo quando a rescisão do contrato do trabalhador estável optante ocorrer por motivo de falta grave. Não é, porém, de idêntico diapasão o Acórdão da mesma 2ª Turma, no RE n.º 93.960-1—MG, da lavra do eminente Ministro Aldir G. Passarinho, onde ele diz que o STF tem mantido firme orientação da possibilidade de equivalência jurídica dos dois sistemas, mas não a identidade do quantum a que faz jus o empregado despedido (*DJ* de 1-7-83, pág. 9998). Ao meu ver, essa equivalência jurídica não prescinde da coexistência de processos comuns a ambos os sistemas. De qualquer maneira, não são os argumentos atuais os mesmos utilizados antes e que a Suprema Corte desprezou, ainda que respeitáveis. Cito, por exemplo, a diferença da linguagem do texto constitucional, nas Constituições de 1967 e 1969, com a vírgula ou sem ela, na redação do art. 165, inciso XIII. Não se pode suprimir, todavia, as repercussões no mundo jurídico de um procedimento contrário ao direito. Se o empregador deixar de instaurar inquérito, a rescisão do contrato é ineficaz e o trabalhador continuará empregado. Mas se a demissão sem inquérito mesmo assim for reputada válida, ficará o trabalhador sem o emprego e sem qualquer direito a indenização. Alguns comentaristas certamente não atentaram para essa anomalia, não somente jurídica, mas também ética. As decisões judiciais citadas também não. Mas acho que o Supremo Tribunal Federal, mesmo sem fugir aos seus precedentes, abriu caminho a uma solução razoável do problema. Trata-se de Acórdão da lavra do Ministro Soares Muñoz, no RE n.º 96.689-7—RS, em que se admite ao empregado estável optante, que tenha o seu contrato rescindido independentemente de inquérito, direito a indenização relativamente ao período correspondente à estabilidade não transacionada. É ler-se: «Empregado. Estabilidade. Opção pelo regime do FGTS. A rescisão do contrato de trabalho com empregado que, embora estável, optou pelo FGTS, não está condicionada à apuração de falta grave em inquérito administrativo, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção e não haja sido negociada como faculta a lei. Nesse caso, o período correspondente à estabilidade vale para os efeitos meramente indenizatórios. Recurso Extraordinário conhecido e provido». (RE n.º 96.689-7—RS, Rel. Min. Soares Muñoz — 1ª Turma — Unânime, *DJ* de 1-7-83 — pág. 9999). Essa decisão é a que mais se ajusta à integridade do patrimônio laboral, porque admite a indenização, ressalvada apenas a opção com transação ou negociação do direito à estabilidade; e também, porque assim está na Lei n.º 5.107/66, art. 1.º, § 5.º, onde se lê: «... não poderá retratar-se da opção exercida o empregado que transacionar com o empregador o direito à indenização correspondente ao tempo de serviço anterior à opção.» Daí se vê, a contrario sensu, que quem não transacionou tanto poderá retratar a opção co-

mo exigir o empregador indenização anterior à opção. Acrescente-se, em benefício do argumento, que os arts. 6º, 7º e 8º da mesma lei, sobre a rescisão de contratos com ou sem justa causa e suas consequências patrimoniais, não se referem, uma única vez ou mesmo por alto, aos empregados estáveis optantes. Acrescente-se, para escarmento dos recalcitrantes, o disposto no art. 16 da Lei nº 5.107/66, que é norma de sobredireito e não me parece tenha sido posteriormente alterada: «Art. 16. Os empregados que, na forma do art. 1º optarem pelo regime desta lei, terão, na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo de serviço anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V, do Título IV, da CLT, calculada, porém, a indenização, para os que contem 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no art. 497 da mesma CLT. Pelo tempo de serviço posterior à opção, terão assegurados os direitos decorrentes desta lei.» **Data venia**, só não poderemos adotar integralmente o Acórdão no RE nº 96.689-7—RS, porque há nele contradição, ao nosso ver. De fato, se o venerando Acórdão admite a rescisão do contrato de trabalho do empregado estável optante por falta grave, sem condicioná-la à apuração em inquérito, não há como pensar-se em indenização, seja nos termos do art. 16 da Lei nº 5.107/66, como, igualmente, sob a égide da CLT, Capítulo V, Título IV, arts. 492 e seguintes. Influenciado pela recomendação dos Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, citados por Carlos Maximiliano («Hermenêutica e Aplicação do Direito», Forense, 1979, 9ª ed., pág. 134) e por mim também (cf. «Conflitos Intercontextuais de Processo — Prevalência das Normas Processuais Genéricas», Freitas Bastos, 1963, pág. 12), sempre que descubro contradições, seja entre textos de contextos diversos ou mesmo entre assentos jurisprudenciais respeitáveis, o meu primeiro cuidado é desconfiar de mim mesmo, na melhor lição de Max Gmür, presumindo não haver compreendido bem o sentido de cada um dos textos, ao parecer inconciliáveis. Incumbir-me-ia, então, de fazer, antes de tudo, uma tentativa para harmonizá-los, esforço ou arte que os referidos estatutos denominavam de Terapêutica Jurídica (Estatutos, liv. II, tit. VI, Cap. VII, § 6º, apud Maximiliano, pág. 134). Por isso fiz o que estava nas minhas forças dentro da medicina da lei e na desprentensiosa tentativa de cura daquilo que se vem enfermado, pela doença que um sistema, exatamente porque é sistema, e, portanto, conjunto de princípios coordenado e lógico, não pode manter. Por tais razões acompanho o voto do eminente Relator, com as particularidades do meu ponto de vista. O mais é corolário. Sendo o reclamante empregado estável — pois começou a trabalhar na empresa em 2 de março de 1964 (fl. 13) e manifestou opção pelo FGTS em 1 de março de 1974 (fl. 25) — estou em que ele não poderia ser despedido sem inquérito judicial ou pelo menos administrativo, assegurando-se-lhe ampla defesa. É certo, ainda, que a empresa limitou-se a promover sindicância, sem qualquer defesa ao imputado e, ainda assim, depois de afastá-lo das funções que exercia em uma das suas agências. Transcrevo os trechos do voto do eminente Relator, em que os fatos são narrados e comentados em favor da reclamante, a saber: «O outro ponto a ser considerado é o de abandono de emprego, fato que teria ocorrido, conforme alega a CEF, a partir do dia 2-12-75, como deixa clara a sua contestação, à fl. 138. Advirta-se que essa falta grave é fato a ser apurado através de inquérito, quando se tratava de trabalhador estável. Mas, por incrível que pareça, a empresa, a despeito de advogar hoje o rompimento do vínculo empregatício com o reclamante, por força do que ocorreu em 1975, àquela época sustentava com ele uma demanda judicial, defendendo tese contrária, no que obteve êxito na 1ª instância e nesta Corte (reclamatória trabalhista julgada pelo Tribunal em 6-6-77). Prevaleceu o vínculo empregatício. Surgia uma situação curiosa: a CEF reconhecia a existência de fato que ela pretende negar neste processo. Posta a demanda nesta posição, veja-se que a reclamada esperou o resultado da ação penal que apurava os

ilícitos atribuídos ao seu empregado, e somente, em 6-2-81, através da Portaria nº 455/81, já absolvido da imputação que lhe era feita, era o autor demitido por justa causa. Vale dizer, por abandono de emprego. Há de entender a reclamada o erro cometido, dele resultando a esdrúxula condição do autor: afastado do emprego há vários anos, mas juridicamente vinculado à empresa até 1981, por haver defendido ela própria o vínculo empregatício com seu empregado, desde que ocorreu a falta grave de 1975.» (RO nº 7.268—RS — fl. 4). E mais adiante: «Há, entretanto, uma matéria fática que não pode deixar de ser considerada em favor da empresa: é que a Portaria nº 455/81 (fl. 24) rescindiu o seu contrato de trabalho com o postulante no *status* de escriturário, prestando serviço à Seção de Material de Consumo, de onde estava ausente há seis anos. É que, àquela época, ele já se encontrava afastado da função de confiança que exercia, de «caixa executivo» da agência São João, da CEF, por se haver envolvido em irregularidades ali ocorridas em 1974. É natural que a denúncia pela prática de presumível fraude, como falsificação de assinatura de depositante «que pseudamente pretendia fazer saque (fl. 26), viesse a determinar a perda da função de confiança então exercida pelo autor, ainda que a ação penal respectiva, anos depois, viesse a concluir pela sua absolvição por insuficiência de prova, ex vi do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. (Sentença de fls. 26/9). É que esse tipo de absolvição não o isenta do resíduo da fraude na área administrativa, o que torna impossível a sua volta ao exercício das funções de «caixa executivo» em qualquer agência da empresa. É ponto pacífico da nossa jurisprudência o entendimento de que somente nas hipóteses da ação penal concluir pela inexistência do fato criminoso ou pela prova de não ser o acusado o autor da infração, é que é possível o seu reingresso na função que exercia. Evidente que havendo somente insuficiência de prova para a condenação, subsiste o resíduo da infração administrativa que impede a readmissão do reclamante na função de confiança que exercia. Observe-se que também dela poderia ser demitido *ad nutum*. Assim definida a demanda, efetiva-se o reconhecimento do vínculo empregatício entre os litigantes, com a conseqüente responsabilidade, por parte da empresa, de pagar ao reclamante os direitos a que faz jus, no período do seu afastamento, mas tão-somente na qualidade de escriturário. Conseqüentemente, está correta a sentença, menos quanto à função exercida pelo reclamante ao tempo de seu afastamento, que era, repita-se, a de simples escriturário da empresa (docs. de fls. 151/5).»

Conforme se vê, não sou partidário de uma paridade absoluta entre os dois sistemas. Apenas não posso admitir que a transferência de um deles para o outro possa prejudicar situações constituídas.

Rejeito, pois, os embargos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDRO nº 7.268 — RS — (Reg. nº 2.975.424) — Rel. Originário: O Sr. Min. Hélio Pinheiro. Rel. p/Acórdão: o Sr. Min. Carlos Thibau. Embte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Embdo.: Raul da Silva Costa. Advs.: Drs. Nilo Arêa Leão e outros, Gil Villeroy e outros.

Decisão: A Seção prosseguindo no julgamento, rejeitou os embargos. (Em 4-12-85 — Primeira Seção).

Votaram os Senhores Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Washington Bolívar, Leitão Krieger, José Cândido, Flaquer Scartezzini e Gueiros Leite. Vencidos os Senhores Ministros Hélio Pinheiro (Relator), Nilson Naves, José Dantas, Otto Rocha, William Patterson e Costa Lima. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.380 — MG
(Registro nº 5.600.499)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT*

Recorrido: *José Antônio de Faria Duarte*

Advogados: *Drs. Antônio Monteiro Gonzaga e Leão Antônio da Silva*

EMENTA: Trabalhista. Despedida injusta.

Inquérito. Improcedente o inquérito destinado a provar falta grave motivante da despedida, a manutenção do pacto, desejado pelo empregador como alternativa da sucumbência independe de reconvenção.

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

Custas como de lei.

Brasília, 3 de dezembro de 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em atenção à jurisprudência desta Corte — sobre dizer subsistente a estabilidade adquirida anteriormente à opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — ajuizou inquérito trabalhista contra José Antônio de Faria Duarte, gerente e encarregado de valores da agência da Avenida dos Andradas — BH; alegou que o mesmo, conforme apurado em processo administrativo, além de abandonar a agência e desaparecer por vários dias, cometeu desfalque da ordem de cento e treze mil, setecentos e seis cruzeiros e quarenta centavos, ato esse suficiente à caracterização da improbidade como falta grave, ensejadora da dispensa, não obstante ter o requerido reparado o dano patrimonial.

A ata de fl. 54 registra que à audiência compareceram a requerente, representada por seu patrono, e o requerido, a quem, por tratar-se de pessoa pobre, desempregada e incapaz de produzir sua própria defesa, pelo MM. Juiz a quo foi dado defensor dativo, o qual, atendendo ao prazo, apresentou a contestação de fls. 57/59 e a reconvenção de fls. 60/62; nesta última, em face da ausência de falta grave, pleiteou a reintegração do empregado ou reconhecimento dos direitos trabalhistas cabíveis, acaso considerada indispensável a rescisão do pacto.

Contestada a reconvenção (fl. 64), a empresa autora manifestou-se sobre a contestação do inquérito (fl. 66), então arguindo a nulidade da nomeação do defensor dativo.

Na audiência (fls. 80/83), foram ouvidas as testemunhas e determinado fosse oficiado o Hospital de Base de Brasília para esclarecer se o irmão do empregado, no período em que este se ausentou do serviço, ali se encontrava internado.

A sentença do MM. Juiz Federal, Fernando Gonçalves (fls. 127/132), consigna o seguinte dispositivo:

«Pelo exposto, julgo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos carecedora do inquérito, em face da condição de optante do empregado que, por força da reconvenção apresentada e que é procedente, deverá receber, em dobro, a indenização relativa ao período anterior (1962-1975), bem como os 10% (dez por cento) devidos sobre o valor depositado a título de FGTS, que poderá ser movimentado, férias, inclusive proporcionais, e 13º salário, observada a prescrição bienal.

Juros e correção monetária na forma da lei» (fl. 132).

Os embargos declaratórios oferecidos pela ECT (fl. 134), requerendo explicitação dos motivos da rescisão indireta decretada, foram rejeitados (fl. 135).

Seguiu-se o Recurso Ordinário da empregadora reconvinada (fls. 145/152), iniciado pela preliminar de nulidade da reconvenção, porque extemporânea, em face da ilegal dilação pela irregular nomeação de defensor dativo.

Meritoriamente, nega-se a carência da ação de inquérito, consoante mesmo o entendimento desta egrégia Corte, sobre reconhecer aquela garantia devida ao empregado que optou pelo FGTS após adquirir a estabilidade do regime celetista; invoca-se o depoimento do recorrido no procedimento administrativo (fls. 30/32), como suficiente à comprovação da improbidade e, conseqüentemente, da procedência do inquerito. A improcedência da reconvenção estaria patente, não só pela ausência de justa causa patronal para o reconhecimento da rescisão indireta, como, também, pela renúncia, expressa pelo reconvinde em razões finais (fl. 117).

Contra-razões às fls. 154/160, pugnano pela manutenção integral da sentença, inclusive, porque a subsistência do contrato não é do interesse do recorrido, que se considera em condições de permanecer trabalhando para a recorrente, dadas as imputações atribuídas.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 166/171), fundado na transcrição do recurso, apresenta a seguinte ementa:

«Trabalhista. Falta grave: desfalque cometido pelo empregado. Ação pedindo rescisão do contrato. Reconvenção pedindo indenização por rescisão contratual indireta. Provenimento do recurso para julgar improcedente a reconvenção e procedente a ação de rescisão». (Fl. 166).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, não procede a irrisignação preliminar da recorrente, relativamente à extemporaneidade da reconvenção.

Deveras, se o que se ataca é a nulidade da própria nomeação do defensor dativo, certamente que a arguição deveria ter sido feita na audiência em que se deu a nomeação, e à qual compareceram o patrono da recorrente e o recorrido; naquela audiência é que se ensejara a suscitação de nulidade, na conformidade do art. 795 da CLT, sem causa impeditiva que a removesse para a oportunidade da resposta à reconvenção, ainda que a pretexto de a esta tachar de extemporânea; mesmo porque tal mácula não padece a reconvenção, oferecida precisamente no prazo de cinco dias atermado pelo Juiz (fl. 54).

Daí que, ainda quando não houvesse incorrido em preclusão, como bem o disse a sentença, seria de recusar-se argüida intempestividade.

Demais disso, quanto à nomeação em si mesma, valeria destacar a correta interpretação do *jus postulandi* atribuído em benefício das partes, no processo trabalhista, alcançada pela sentença nos seguintes termos, *verbis*:

«Por outro lado, a disposição do art. 791, da CLT, há que ser entendida, *cum grano salis*, pois não objetivou sacrificar o direito de defesa de nenhum dos litigantes, máxime o empregado, economicamente mais fraco e, necessariamente, merecedor de maior proteção.

A dispensa da presença do advogado pelo legislador da CLT foi apenas para facilitar o acesso do obreiro à Justiça do Trabalho. Foi um benefício, aliás, contrário à tradição do direito brasileiro, que não pode ser transformado em sanção, pois tanto não autoriza a *mens legis*.

Por fim, o requerido, comparecendo à audiência de prosseguimento (fl. 80) em companhia do defensor, ratificou a nomeação que é válida para todos os efeitos». (Fls. 129/130).

Em derradeira hipótese, diversamente do que assevera a recorrente, não se pode desconhecer a tempestividade da Contestação e reconvenção, apresentadas ambas no prazo deferido, em oportunidade permitida, inclusive, pelo art. 844 da CLT, quando facultada a suspensão da audiência, em atendimento a motivo relevante, designando-se nova data para a sua realização.

Já no que se refere à carência da ação de inquerito trabalhista, o entendimento adotado pela sentença não se coaduna com aquele desposado por poderosa facção deste Tribunal, no sentido da imprescindibilidade do procedimento, nos casos em que se pretenda dispensar, por falta grave, o servidor que ao tempo da opção pelo FGTS já havia adquirido estabilidade sob a égide celetista (v. Acórdão ERO nº 3.766 — ES, Relator Ministro Gueiros Leite, no EJTRF nº 42/102).

Tenho discordado dessa orientação, como me manifestei, vencido, no RO nº 4.456, 4ª Turma, em 16-11-79, pois, a meu sentir, a citada dispensa prescinde de inquérito. Todavia, não é por entender desse modo, aliás, em voto vencido, que não consinta na propositura do inquérito, a qual, ainda que prescindível seja, não me parece ilegítima pretendê-la o próprio empregador, atento ao curso contencioso da boa defesa que haja de ensejar ao empregado indicado.

Contudo, veja-se essa colocação, sobre dizer em favorecimento do empregado e não do empregador, parece prejudicada no caso dos autos.

Deveras, não obstante a carência da ação principal, a controversia de mérito — a falta grave irrogada ao indiciado — obteve o correspondente julgamento, como a decidiu com inteireza a sentença recorrida, em apreciando a reconvenção; pelo que, removida, como removo, a discutida carência, defronta-se a chamada *causa madura* factível de sentenciamento.

Em nesse mister, tenho por improvable a incriminação de improabilidade. Na verdade, o procedimento administrativo em que se diz confessado o uso do dinheiro da agência, para saldar dívidas pessoais (fl. 30), não foi corroborado em Juízo, no teor daquela versão dos fatos.

O que agora se colheu, no curso da prova oral, que ficou adstrita ao depoimento das testemunhas (fls. 81/83), foi a versão consentânea com os documentos obtidos do Hospital de Base de Brasília, como fielmente consignada na r. sentença, verbis:

«In casu, a prova revela que o empregado, com 20 anos de casa, sem prática de qualquer ato desabonador durante este período, deixou a agência que chefiava, dirigindo-se a Brasília para acudir um irmão acidentado, deixando a soma, naquele dia arrecadada, com um colega (fl. 82) para que providenciasse o depósito junto ao Banco do Brasil, o que foi feito (fl. 31).» (Fl. 132).

Se esta compreensão dos fatos da lide pode ser confrontada com a confissão administrativa, anteriormente referida, certamente o será em desfavor da pretensão da recorrente, posto cediço que a falta grave, por qualquer dos fatos previstos no artigo 482, c.c. o art. 493, imprescinde de inequívoca comprovação, requisito que não condiz com o conflito das provas administrativas e as judiciais produzidas.

Convenço-me, portanto, do acerto da decisão, a quo, no tocante à negativa de reconhecimento da falta grave atribuída ao recorrido, o que conduz ao improvimento do recurso, no particular.

Resta, assim, a análise de rescisão contratual implícita na sentença, quando julgou procedente a reconvenção.

Deveras, não entendo configurada, nos autos, qualquer das justas causas tratadas no art. 483 da CLT, a permitir a denominada rescisão indireta do contrato de trabalho.

A reconvenção apresentada (fls. 60/62), pleiteando reintegração ou pagamento de indenizações rescisórias, tem por causa de pedir a inexistência da falta grave atribuída ao empregado. Tal inexistência, todavia, é insuficiente à caracterização da despedida indireta, a qual também requer suficiente demonstração da conduta indevida do empregador, como prevista no art. 483 da CLT.

A simples improcedência de inquérito judicial de apuração de falta grave, fora das hipóteses do art. 483 consolidado, somente importará rescisão quando o grau de incompatibilidade resultante do dissídio desaconselhar a reintegração do empregado (art. 496). Contudo, a incompatibilidade ali prevista há de ser avaliada com rigor, e sua caracterização raramente se dá em casos como o dos autos, em que o empregador é pessoa jurídica, sem maior relacionamento pessoal entre as partes.

Assim, não encontrando, nos autos, demonstração de qualquer conduta da recorrente que se enquadre nas hipóteses previstas no art. 483 da CLT, e à míngua de incompatibilidade de monta a impedir a subsistência do pacto laboral (desejada pelo empregador como alternativa da sucumbência), dou provimento ao recurso para julgar também improcedente, em parte, a reconvenção. Ressalto, entretanto, que a reintegração deverá atender o pagamento de salários e vantagens pelo tempo em que durar a suspensão do contrato, uma vez que tal reparação é inerente à própria manutenção do pacto (CLT, art. 495), independentemente de reconvenção (ERO nº 2.152, T. Pleno, em 8-2-79 — Relator Ministro José Dantas in *DJ* de 27-6-79).

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO HÉLIO PINHEIRO: Pedi vista dos presentes autos após o voto proferido pelo insigne Ministro Relator, preocupado com aspecto da matéria focalizada no recurso e que, para guardar coerência como votos por mim já proferidos, entendi, como medida de cautela, melhor examinar, ou seja, o que diz com a desobrigatoriedade de instaurar-se prévio inquérito trabalhista para a dispensa, por falta grave, de servidor que, ao tempo da opção pelo FGTS, já tinha sua estabilidade assegurada

pela CLT, posição que tenho sistematicamente assumido (Embargos de Divergência no RO nº 3.999 — SC, de que fui Relator; RO nº 8.003 — RJ), com respaldo em decisões do Pretório excelso (RE nº 96.689-7 — RJ, Rel.: Min. Soares Muñoz; RE nº 99.747-4 — ES, Rel.: Min. Djaci Falcão, e RE nº 101.465 — DF, Rel.: Min. Rafael Mayer) e julgados do egrégio Tribunal Superior do Trabalho, firmes em que a rescisão do contrato de trabalho com empregado que, embora estável, optara pelo FGTS, não está condicionada à apuração de falta grave em inquérito administrativo, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção.

Na hipótese sob exame, contudo, o inquerito, que seria prescindível, foi promovido por espontânea iniciativa do próprio empregador, nenhuma objeção cabendo, então, opor à sua feitura.

Dos elementos de convicção para este carreados, entendeu o ilustre prolator da sentença recorrida que não restara provada a prática de falta grave pelo empregado e dando a empregadora como carecedora do inquerito, em face da condição de optante do requerido, mas entendendo procedente a reconvenção por este apontada, assegurou-lhe o direito de perceber, em dobro, a indenização relativa ao período anterior (1962-1975), bem como os 10% devidos sobre o valor depositado a título de FGTS, que poderia ser movimentado, e demais cominações que entendeu aplicáveis.

No recurso interposto contra essa decisão, insurge-se a recorrente contra a rescisão do contrato determinada pelo julgado, pois tanto estaria em desacordo com a pretensão do recorrido, expressamente manifestada no sentido de que fosse determinada a sua reintegração às funções que exercia na empresa empregadora, por inexistente qualquer falta ensejadora de rescisão contratual (fls. 116 a 117).

E é pelo acolhimento dessa solução que a recorrente propugna nas razões do recurso, ao sustentar que «diante do manifesto pronunciamento do empregado, a rescisão indireta nunca poderia ser decretada (fl. 152), até porque não praticara nenhum ato que justificasse dar-se como corrente qualquer das situações que, elencadas no art. 483 da CLT, possibilitam ao empregado considerar rescindido o seu contrato laboral.

No caso em exame existia um fato que se apresentava, por força do próprio comportamento adotado pelo recorrido, como caracterizando falta grave.

Se no curso do inquerito a prova terminou por lhe ser favorável, elucidando circunstância que ele antes não tivera a iniciativa de esclarecer, ao revés tendo, na esfera administrativa, prestado declarações que indiscutivelmente o comprometiam, a tanto somando-se a sua ausência não justificada do emprego, logo após a constatação de fato a ele razoavelmente imputado, descabido se apresenta concluir que a empregadora tenha praticado ato passível de ensejar ao empregado a pretensão de postular a rescisão do seu contrato de trabalho.

A reintegração do recorrido, nos termos do voto proferido pelo insigne Ministro Relator, a toda evidência, atende à pretensão por ele manifestada na reconvenção e não encontra, tal como realçado por S. Exa., qualquer incompatibilidade que impeça a subsistência do pacto laboral, a que não se opõe o recorrente.

Acompanho assim, o eminente Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 7.380 — SP — (Reg. nº 5.600.499) — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Recte.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Recdo.: José Antônio de Faria Duarte. Advs.: Drs. Antônio Monteiro Gonzaga e Leão Antônio da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator. (Em 3-12-85 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Senhores Ministros Hélio Pinheiro e Nilson Naves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.564 — MG
(Registro nº 5.629.543)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*
Recorrente: *Antônio Carlos Barbosa dos Santos*
Recorrida: *União Federal*
Advogada: *Dra. Maria Helena Bemfica Pinto*

EMENTA: Trabalhista. Contrato de trabalho. Justa causa. Caracterizada a desídia do empregado no desempenho das respectivas funções, cabe a rescisão do contrato de trabalho, pelo empregador, por justa causa. Recurso Ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, 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 novembro de 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente. NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO (Relator): Antônio Barbosa dos Santos ajuizou Reclamação Trabalhista contra a Superintendência de Campanhas de Saúde Pública — SUCAM, objetivando o recebimento de 13º salário, férias, aviso prévio e a liberação do FGTS, por ter sido dispensado por justa causa, mas que provaria não ter havido motivo para tal dispensa.

Realizou-se a audiência, ocasião em que contestou a reclamada, sustentando, em resumo, haver sido o reclamante dispensado com base no art. 482, letra e, da CLT, por haver faltado 77 vezes ao serviço sem nenhuma justificativa. Na mesma audiência, foi tomado o depoimento pessoal do reclamante, sendo ouvidas duas testemunhas deste e três da reclamada.

Sentenciando, o Dr. Juiz Federal julgou improcedente o pedido.

Recorreu o reclamante.

Contra-arrazou a reclamada.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento do recurso, para que sejam os autos baixados ao Juízo de origem, para, aí, ser o apelo julgado como Embargos Infringentes, nos termos da Lei nº 6.285/80.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ADHEMAR RAYMUNDO (Relator): Converto o julgamento em diligência, para que o digno a quo determine que o autor atribua valor à causa, aplicando subsidiariamente o art. 258 do CPC.

Baixem os autos ao Juízo de origem, independentemente de Acórdão.

É como voto.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES: Expôs a inicial que o reclamante fora admitido em 1-7-74, dispensado em 1-5-83, com fundamento no art. 482, alínea e («desídia no desempenho das respectivas funções») da Consolidação das Leis do Trabalho. «Contudo» — está ali aduzido — «pretende provar por testemunhas e outros meios permitidos em direito que não houve justa causa para sua dispensa, sendo mero ato de perseguição de seu chefe, de vez que foi sempre cumpridor de seus deveres» (fl. 3). Reclamou o autor, dessarte, as parcelas decorrentes da rescisão de seu contrato de trabalho.

A União Federal, citada, contestou a reclamação alegando:

«Durante o pacto laboral faltou 77 (setenta e sete) vezes ao trabalho sem quaisquer justificativas. Foi punido com advertência, por duas vezes, e suspenso por três dias. Nem assim, passou a demonstrar zelo pelas suas funções.

Nunca procurou assumir os serviços que lhe eram confiados. Apesar de bom datilógrafo, apresentava seus trabalhos com displicência, pelo que esses deveriam ser minuciosamente conferidos.

A 18 de abril do corrente ano, ao ser-lhe pedido pelo Chefe fossem datilografados os suprimentos de folha de pagamento, o reclamante preferiu rir e continuar lendo o jornal.

Esse fato foi o coroamento de sua negligência, razão pela qual foi despedido por justa causa.» (Fls. 20/21).

Ao cabo da instrução, a sentença houve por bem julgar improcedente a ação trabalhista.

Recorreu o reclamante às fls. 48/49.

Contra-razões à fl. 50 vº.

Esta Turma, acolhendo o voto do Senhor Ministro Adhemar Raymundo, baixou os autos à origem, para que fosse atribuído valor à causa.

Cumprida a diligência, o Dr. Juiz determinou a remessa do processo a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Em sua sentença, afirma o Juiz Federal Adhemar Ferreira Maciel:

«O reclamante, *data venia*, está sem razão. Não conseguiu provar qualquer perseguição de sua chefe. Ao contrário, do bojo dos autos ressaí claro que era desidioso, sem interesse para o serviço, insubordinado e infreqüente. Aliás, a demora em ser dispensado se deve única e exclusivamente à tolerância, proverbial, diga-se de passagem, que a Administração Pública tem para com seus servidores. Se o reclamante estivesse trabalhando para uma empresa particular, não tenho dúvidas, há muito estaria dispensado.

O reclamante correu praticamente quase todas as seções da SUCAM (Belo Horizonte) e não se adaptou (fl. 34). Foi punido com advertência por duas vezes (fls. 28 e 29). Também foi suspenso (fl. 30).

O incidente, que acabou por acarretar sua dispensa, se traduziu, para quem tinha uma péssima ficha funcional, em autêntica 'indisciplina', capaz, per se de justificar sua dispensa, a qual foi feita com o fulcro nas alíneas *b*, *c*, e *h* do art. 482 da CLT (fl. 27)». (Fls. 42/43).

Não possuo reparo a fazer ao pronunciamento de primeiro grau. Li toda a prova testemunhal, pacientemente, e nela não encontrei a verdade dos fatos em que se fundou a ação trabalhista. Ao contrário do que se argüi na inicial, deparo, nestes autos, com suficiente justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

Voto, assim, pelo desprovimento do Recurso Ordinário.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 7.564 — MG — Reg. nº 5.629.543 — Rel.: O Sr. Min. Nilson Naves — Recte.: Antônio Carlos Barbosa dos Santos — Recda.: União Federal — Adv.: Dra. Maria Helena Bemfica Pinto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 26-11-85 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Senhores Ministros José Dantas e Hélio Pinheiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 7.685 — RR
(Registro nº 5.650.844)

Relator: *O Sr. Ministro Washington Bolívar*

Rec. Ex Officio: *Juiz de Direito da Vara Cível da 1ª Circunscrição Judiciária de Roraima*

Recorrente: *Governo do Território Federal de Roraima*

Recorrido: *Reinaldo Fernandes Neves Filho*

Advogados: *Drs. Marcos Aurélio Figueiredo Gadelha e Hosmone Saraiva Grangeiro*

EMENTA: Trabalhista. Governo do Território Federal de Roraima. Rescisão contratual. Odontólogo. Prescrição. Readmissão.

I — O termo inicial dá prescrição bienal (CLT, art. 11) somente se estabeleceu após o trânsito em julgado da sentença absolutória do reclamante, fundada em que o fato a ele imputado não constitui crime (CPP, art. 386, III). Embora independentes as instâncias criminal, civil, administrativa e trabalhista, há normas prevalentes e de observância obrigatória quando determinado fato lhes é, simultânea ou sucessivamente, submetido: apurado, na esfera penal, que o fato imputado não constitui crime, ou que o denunciado não é o seu autor, ou que o fato é inexistente, não se há de perquirir, em qualquer das demais instâncias, para sacar conseqüências próprias, o que naquela tenha ficado definitivamente estabelecido, sem resíduos.

II — Ao readmitir o empregado, o empregador implicitamente confessa que não se trata de pessoa improba, como anteriormente proclamara, mas, ao revés, de servidor que preenche os requisitos para o exercício do emprego, entre os quais avulta, logicamente, além da habilitação, a probidade.

III — Recursos desprovidos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1985.

WASHINGTON BOLÍVAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Trata-se de recursos de ofício e ordinário interposto pelo Governo do Território Federal de Roraima (fls. 82/95), contra a r. sentença de fls. 74/80, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. Aluísio Antônio de Sá Peixoto, que julgou procedente, em parte, Reclamação Trabalhista ajuizada por Reinaldo Fernandes Neves Filho, objetivando a rescisão de seu contrato de trabalho, férias vencidas, gratificação natalina, salários retidos de janeiro e fevereiro de 1977 a janeiro de 1984 e FGTS, alegando, em resumo, que foi admitido no cargo de Odontólogo da Secretaria de Saúde daquele Território, em 2-2-76 e demitido por justa causa (art. 482, a, da CLT) em 25-1-78. No inquérito administrativo, que deu origem à sua demissão, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 314, combinado com 25, do Código Penal, cujos autos foram encaminhados ao Judiciário, sendo, afinal, absolvido em 26-4-82.

O reclamado foi condenado «ao pagamento dos salários de janeiro de 1977 a setembro de 1982, férias vencidas e gratificações natalinas no mesmo período, além do FGTS, incidindo juros e correção monetária sobre as citadas parcelas até o pagamento».

Com suas razões (fls. 83/95), argüi o reclamado, preliminarmente, a ocorrência da prescrição bienal das parcelas postuladas, ao argumento de que o reclamante deveria ter intentado a ação, logo que violado seu direito, e não após a decisão judicial. No mérito, pugna pelo provimento do recurso, sustentando que a reparação seria no sentido de transformar-se a rescisão por justa causa em simples rescisão, por mero ato de vontade do empregador. Aduz, ainda, que a hipótese dos autos é de servidor público, sob o regime celetista, cujo contrato pode ser a qualquer momento rescindido pelo empregador, com ou sem justa causa, ao contrário do funcionário público, que tem direito à reintegração. Finalmente, insurge-se contra o pagamento dos salários a que foi condenado, porquanto já foram pagos, conforme comprovação através das fichas financeiras (fls. 59/60).

Contra-razões (fls. 97/98), pela rejeição da preliminar argüida, e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, opinou pelo parcial provimento do recurso, para reformar a sentença, no sentido de determinar o pagamento, apenas, das parcelas a que tem direito o recorrido, com a transformação de sua dispensa, face a sentença absolutória (fls. 102/105).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR (Relator): Invocada a prescrição, deve o Juiz verificar se efetivamente incidiu, ou não, sobre o direito de agir do autor, o que se reconhece pelo fluxo de determinado prazo. Necessário, assim, fixar-se o termo inicial.

Em matéria trabalhista, o prazo é de dois anos (CLT, art. 11).

No caso dos autos, alega o recorrido que o direito de agir do reclamante iniciou-se com a sua despedida, que reputa injusta. A sentença, ao revés, proclama que somente se estabeleceu o termo inicial, após o trânsito em julgado da sentença absolutória do reclamante, fundamentada em que o fato imputado não constitui crime (CPP, art. 386, III).

Embora sejam independentes as instâncias criminal, civil, administrativa e trabalhista, há normas prevalentes e de observância obrigatória quando determinado fato lhes é, simultânea ou sucessivamente, submetido: apurado, na esfera penal, que o fato

imputado não constitui crime, ou que o denunciado não é o seu autor, ou que o fato inexistente, não se há de perquirir, em qualquer das demais instâncias, o que naquela ficou definitivamente estabelecido.

No caso dos autos, o reclamante foi demitido sob invocação de justa causa, porque se lhe atribuiu ato de improbidade (CLT, art. 482, alínea a). E como esse ato, em tese, constituiria crime, foi também denunciado, pela Justiça Pública, sendo, afinal, absolvido, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, porque se reconheceu que o fato imputado não constituía crime.

Não houve, pois, inércia do reclamante, na esfera trabalhista, onde certamente não teria condições de discutir o mesmo fato que, na instância penal, se indigitava como criminoso.

Assim, proclamado que o fato não constituía crime, logicamente daí nasceu a ação correspondente para desconstituir a motivação das despedida, cuja injustiça, só então, ficou definitivamente estabelecida.

Razão, portanto, teve o Juiz, em sua sentença, ao proclamar que assim é.

Por outro lado, não sendo o empregado estável, mas optante, é lógico que o empregador poderia despedi-lo, ainda que sem justa causa, efetuando o pagamento dos direitos trabalhistas pertinentes.

E como não existe prova do pagamento de tais direitos, é lógico que são eles devidos, até o término do contrato.

E assim ficaria a situação estabelecida se não tivesse havido a readmissão, uma vez que o empregador não estava obrigado a fazê-lo. Fazendo-o, entretanto, incide a regra do art. 453, da CLT, quanto à contagem do tempo de serviço do empregado; tanto mais quanto é certo, como no caso dos autos, que a despedida fora injusta. Correto, portanto, o entendimento do Juiz, quanto ao débito do empregador, já que o empregado somente não lhe continuou a prestar os serviços por obstáculo — injusto — que aquele criara à continuidade da relação empregatícia.

E tem razão o digno Magistrado quando também afasta as parcelas pretendidas a partir da readmissão. Ao readmitir o empregado, implicitamente confessa o empregador que não se trata de pessoa improba, como anteriormente proclamara, mas, ao revés, de servidor que preenche os requisitos para o exercício do emprego — entre os quais avulta, além da habilitação, a probidade.

Confirmo, pois, a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, negando provimento aos recursos, voluntário e de ofício.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO Nº 7.685 — RR — (Reg. nº 5.650.844) — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar. Subprocurador: Dr. Paulo A. F. Sollberger. Recte. Ex Officio: Juiz de Direito da Vara Cível da 1ª Circunscrição Judiciária de Roraima. Recte.: Governo do Território Federal de Roraima. Recdo.: Reinaldo Fernandes Neves Filho. Advs.: Drs. Marcos Aurélio Figueiredo Gadelha e Hosmone Saraiva Grangeiro.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento aos recursos. (Em 17-12-85).

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 8.140 — RJ
(Registro nº 4.138.791)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT*

Recorridos: *João Ribeiro de Souza Filho e outros*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos Martins Guimarães e outros, Ginaldo de Vasconcelos e outros, Elisabeth Camargo e outro.*

EMENTA: Trabalhista. Causa de alçada. Recurso. Servidor público. Opção pelo FGTS. Vantagem Estatutária. Matéria Constitucional. Cancelamento da Súmula nº 90 — TFR.

Conhecimento do recurso. Decidida a espécie sob o enfoque do direito adquirido, matéria constitucional por excelência, autoriza-se o conhecimento do Recurso Ordinário, ao largo da alçada estabelecida pela Lei nº 6.825/80, art. 4º.

Incidente regimental. Sobreindo reiterada orientação do Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário, aconselhou-se cancelar a Súmula nº 90 — TFR, por via de julgamento incidental (RITFR, art. 114, § 3º).

Adicional por tempo de serviço. Carência de direito adquirido a vantagens obtidas no regime estatutário anterior à opção do servidor pela CLT. Reiterada orientação do STF.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a reclamação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1985.

JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: No pleito da subsistência do direito aos adicionais por tempo de serviço, conquistados antes da opção pelo regime do FGTS,

obtiveram êxito os reclamantes arrolados na inicial, salvo os nominalmente excluídos no dispositivo da sentença (fl. 391); ao ver o MM. Juiz Armando Guedes, a exclusão da discutida vantagem funcional, cometida pela reclamada, violou o texto constitucional protetor do direito adquirido, conforme mesmo os precedentes, destacadamente o Acórdão proferido no ERO nº 3.317, Relator Ministro Carlos Velloso, TP em 25-10-79.

O recurso interposto pela reclamada, a par de insistir na tese da prescrição da ação, recusa o assentamento constitucional dado pela sentença, opondo-lhe o princípio da legalidade como causa escusatória da obrigação a que foi condenada — fl. 406.

Vencido o óbice da extemporaneidade da interposição, conforme Acórdão desta egrégia Turma no agravo apenso, o recurso foi impugnado com a pecha de inviabilidade pela alçada, visto que o valor da causa, apesar de estimado em 51 ORTNs, teria que regular-se pela divisão dessa unidade entre os vários litisconsortes passivos, assim reduzido a vulto inferior ao valor de 50 ORTNs àquela época (7-7-81).

Todavia, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República lavra do Dr. Aristides Junqueira, ressalva o óbice da alçada, em face da matéria constitucional discutida, consoante o disse o STF em caso semelhante (RE nº 89.145 — PA, in RTJ 89/306); no mérito igual vênha pede o ilustre parecerista, no tocante à Súmula nº 90 — TFR, nestes termos:

«Quanto ao mérito merece acolhida a irresignação.

Embora a r. decisão de primeiro grau esteja em harmonia com o enunciado da Súmula nº 90 desse egrégio Tribunal Federal de Recursos, é forçoso concluir que não se pode reconhecer direito adquirido, no caso em tela, como reiteradamente tem entendido o colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

«Reclamação Trabalhista. Servidor ECT. Opção pelo regime celetista. Adicional por tempo de serviço.

Não há direito adquirido aos quinquênios previstos pelo regime estatutário, do qual se desvinculou o servidor.

Recurso Extraordinário conhecido e provido» (RE nº 105.506-5 — MG, Rel.: Min. Francisco Rezek, *DJ*, 7-6-85, pág. 8893).

Pelo exposto, somos pelo conhecimento e provimento do Recurso Ordinário.»(Fl.461).

Relatei.

VOTO

1ª Preliminar

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, em voto preliminar, conheço do recurso.

Faço-o nos moldes da recente decisão unânime desta egrégia Turma, proferida na Sessão de 20 de agosto p/p, RO nº 6.552 — RS, do qual fui Relator, e pelos fundamentos a que me reporto, com promessa de juntada daquele voto, por xerocópia.

Ê que, na real verdade, demorando-se em ilustrar a conferência do direito adquirido alegado pelos reclamantes, a r. sentença recorrida foi textual quanto à aplicação do princípio constitucional ao caso; veja-se o seu fecho, *verbis*:

«Tem-se como demonstrado, portanto, que a reclamada violou o texto constitucional ao deixar de incluir no elenco dos direitos dos reclamantes a gratificação adicional por tempo de serviço, que lhe foi concedida sob a égide do regime jurídico estatutário a que eles se submeteram por algum tempo».

Ora, alusões tão explícitas como as da sentença dão fé da natureza constitucional da matéria questionada, com força bastante para ressaltar-se a alçada impeditiva do recurso do qual conheço, em voto preliminar.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Sentença do MM. Juiz Eli Goraieb condenou o IAPAS ao reajuste semestral dos salários dos reclamantes, na forma prevista pela Lei nº 6.708/79, respeitada a prescrição bienal das prestações — fl. 49; fê-lo em face de entender inconstitucional o art. 20 da Lei nº 6.708, de 30-10-79, por estes fundamentos:

«No mérito, é conhecida nossa decisão anterior a respeito da matéria. Ela não se funda no seu mérito. É certo que o art. 20, da Lei nº 6.708, exclui do reajuste semestral os servidores autárquicos regidos pela CLST. Tal discriminação é violadora do art. 165, item III, da Lei Maior, que fala expressamente, em «proibição de diferença de salários». A lei ordinária não pode, pois, deixar de observar o comando constitucional, até porque o art. 165, inciso XVII, reitera a «proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos». Diz com propriedade o prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

«A lei é, sem dúvida, um juízo comum de valor. Essa verdade prevalece também nas leis administrativas. Tanto na ordem do ser como na ordem do dever ser, tanto para a administração como para os administrados. Numa justa posição de interesses, de equilíbrio entre as partes. Quanto à apreciação desse valor, no Direito Administrativo, é qualidade de uma conduta administrativa igual confrontada com uma norma de justiça, e pressupondo que a norma de justiça e a norma positiva sejam em dado momento, simultaneamente válidas.» (Vide o Controle da Moralidade administrativa, ed. 1974, da Saraiva, pág. 115).

Assim, não há como se fugir do princípio de isonomia das categorias como custódia da política salarial, tendo em vista que o art. 165, III, da Constituição é bastante em si. (Pontes de Miranda, in Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª edição revista, Tomo VI, pág. 121). Assinala, ainda, o saudoso mestre em relação ao art. 165, inciso XVII: «A regra jurídica é cogente e bastante em si. Qualquer infração dele pela lei fá-la inconstitucional» (ob. cit., pág. 227).

Do ponto de vista histórico, outra categoria trabalhista — 13º salário, também foi vedado à área pública e coube ao Judiciário sua aplicação generalizada por via do princípio de isonomia. Nem se pense que o direito consegue paralisar a história em suas formas abstratas.

O tratamento parificado é, pois, a solução consentânea por imperativo constitucional, não se justificando o emprego de parâmetros diferenciados em função do setor público. Por tais fundamentos, dou pela inconstitucionalidade do art. 20 da Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979». (Fl. 47).

A par da remessa oficiosa, recorreu o órgão sucumbente, insistente em recusar aplicabilidade da citada lei aos servidores públicos e autárquicos, na consonância da ressalva contida em seu art. 20, em razão de cuja data de vigência estaria prescrito o direito dos reclamantes; no mérito, assevera-se a plena constitucionalidade dessa ressalva legal, tanto mais porque somente o Supremo Tribunal Federal teria competência para decidir tal arguição — fl. 52.

Contra-razões à fl. 59.

Nesta instância, o recurso obteve apoio da douta Subprocuradoria-Geral da República, via de parecer do Subprocurador-Geral Aristides Alvarenga, assim conclusivamente concebido:

«.....

Preliminarmente, somos pelo conhecimento do recurso, não obstante se tratar de causa cujo valor é inferior a 50 ORTNs, considerando-se a existência de litisconsórcio ativo, consoante firme jurisprudência dessa egrêgia Corte.

É que o disposto no artigo 4º da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980 não pode ter aplicação àquelas causas em que se discute, como no caso em tela, a constitucionalidade, ou não, da lei federal, sob pena de se estar impedindo ao Supremo Tribunal Federal o exercício de sua precípua missão, que é o julgamento das questões de natureza constitucional.

Sabe-se, em face do artigo 119, III, da Constituição Federal, que só é cabível Recurso Extraordinário contra decisão proferida por Tribunais e não por Juiz singular.

Ora, se este declara inconstitucional uma lei e se a própria Constituição Federal, no artigo 119, III, *b*, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante Recurso Extraordinário, as causas em que a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, é evidente que tal julgamento só será possível se a decisão de primeiro grau for conhecida e confirmada por Tribunal. Se conhecida e reformada, enseja-se à parte sucumbente o Recurso Extraordinário, que terá por fundamento a contrariedade a dispositivo constitucional. De qualquer sorte, portanto, o controle da constitucionalidade da lei federal, pela Corte Suprema, em casos como o destes autos, exige o conhecimento e julgamento do recurso, não podendo prevalecer a alçada estatuída na Lei nº 6.825/80.

Mutatis mutandis, cabe, aqui, a mesma solução dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 89.145 — PA, cujo Acórdão acha-se publicado na RTJ 89/306, em que se concluiu por arrear o óbice existente no processo trabalhista, quanto ao Recurso de Revista.

Há de ser, pois, conhecido o recurso.

7. Quanto ao mérito, merece acolhida a irresignação.

Se nenhuma procedência têm as arguições de prescrição e de incompetência do Juiz singular para reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, não se pode negar o desacerto da *r. sentença* recorrida, quando reputa inconstitucional o artigo 20 da Lei nº 6.708/79.

Por diversas vezes já decidiu esse colendo Tribunal Federal de Recursos, com suporte em tal norma, que os reajustes semestrais não são devidos aos servidores públicos.

Citem-se, como exemplo, os venerandos Acórdãos da egrêgia 2ª Turma, exarados nos Recursos Ordinários nºs 6.351 e 6.350, ambos do Rio Grande do Sul, em que foram Relatores, respectivamente os Ministros William Patterson e Costa Lima (*DJ* de 9-12-83, pág. 19446 e de 28-2-85).

8. Por todo o exposto, somos pelo conhecimento e provimento do Recurso Ordinário». (Fls. 66/68).

Relatei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, em voto preliminar, conheço do recurso, apesar do impeditivo valor da alçada.

É que, em foco a relevante questão constitucional solvida pela sentença — qual a declarada inconstitucionalidade do art. 20 da Lei nº 6.708/79 — será o caso de invocar-se a tradicional orientação do Supremo Tribunal Federal, no concernente a que o impedimento da alçada recursal não resiste à natureza constitucional da matéria julgada.

Dessa orientação já me vali, em despacho de admissibilidade de Recurso Extraordinário, também pertinente à interpretação do art. 4º da Lei nº 6.825, nestes termos:

«Se bem que formulado sem maiores arroubos, não há negar a inteligência do posicionamento da questão. Na realidade, suscita meditação a tese de que as normas de alçada não devam impedir o curso das controvérsias constitucionais, a estender-se até o seu destino derradeiro, isto é, até o Pretório excelso, no exercício da sua competência mais nobre. E que, convenha-se, estancado esse curso entre o primeiro e o segundo grau da jurisdição, fatalmente truncada estará a tramitação do apelo ao STF, pois que a via extraordinária impescinde de passagem da matéria por decisão de única ou última instância Tribunal — art. 119, III, da Constituição.

Aliás, dessa excogitação já se ocupou a Suprema Corte, a propósito de óbice semelhante, como acontece à vedação de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, das decisões dos Tribunais Regionais nas execuções de sentença — CLT, art. 896, § 4º; na hipótese, o Supremo Tribunal não relutou em proclamar inaplicável o veto recursal, nos casos de alegação de ofensa à Constituição, tema que serve de única excludente ao Recurso Extraordinário nas decisões do TST (Acórdão no RE nº 89.145, Pleno, 18-12-78, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, in RTJ 89/306).

.....

Convenço-me, pois, que igual exame merece a alçada ora tratada, visto que, na real verdade, a recorrente vem prequestionando o princípio da isonomia desde a inicial, passando pela sentença de recusa de seu alegado direito, e findando por reproduzi-lo, tanto no recurso ordinário frustrado como no agravo que se seguiu, para finalmente aludi-lo no extraordinário sob exame.

Por isso que, no especialíssimo caso dos autos, não hesito em reputar razoável a analisada arguição de ofensa à Constituição, na consonância os limites de apreciação permitidos ao Juízo de admissibilidade pelo RISTF, art. 326.

Pelo exposto, admito o recurso». Ag. Trab. nº 6.019 (RE) in *DJ* de 11-10-82.

Diferente não foi o pronunciamento do Pretório excelso naquele e noutros casos semelhantes, consoante assertiva constante da ementa do Acórdão no RE nº 100.100-3, neste tópico:

«3. De notar que, versando a apelação matéria exclusivamente constitucional, seria de considerar, com relação ao art. 4º da Lei nº 6.825/80, a construção jurisprudencial constante do Ag. Inst. nº 73.999 (RTJ 88/131), sob pena de interceptação do acesso da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal» — 1ª T., Rel. Min. Rafael Mayer in *DJ* de 9-9-83.

Pelo exposto, em voto preliminar, conheço do recurso.

No mérito. Com a devida vênia, não me parece prosperar a irrogação de inconstitucionalidade feita ao art. 20 da Lei nº 6.708/79.

Sem necessidade de maior pesquisa, além do simples cotejo dos institutos legais de regência do Serviço Público, veja-se que a relação de emprego público perde a pureza contratual que orienta a relação de emprego privado, a teor da CLT. O servidor público celetista consabidamente se priva da proteção pura e simples do contrato ordinário de trabalho, porquanto, pela própria natureza do serviço, o seu relacionamento com a administração tende a compensar-se pelas conotações estatutárias. Exemplifica-se a es-

pecialidade contratual desses servidores com as regras legais que lhes impedem uma série de conquista do direito laboral, a exemplo a sindicalização e o coletivismo salarial dos dissídios — institutos que se incompatibilizam com o princípio da dependência de lei para a concessão de aumento ou fixação de vencimentos no serviço público, uma vez que nessa área se confundem cargos e empregos, conforme mesmo a terminologia constitucional adotada pelo art. 109, I, da Emenda nº 1, sobre deixar a critério da lei federal o regime jurídico dos servidores públicos da União.

Vai daí, que o servidor público celetista participa das benesses desse regime — e. g., a regra do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.185/74, ao parificar os salários com a remuneração dos cargos integrantes do Plano de Classificação — pelo que, permitir-lhe a semestralidade salarial seria dar-lhe tratamento privilegiado, numa espúria soma salarial duplamente majorável.

Desse modo e alinhando-me, aliás, aos precedentes da egrégia 2ª Turma, arrolados no parecer, fico em desacolher a pecha de inconstitucionalidade de que se trata.

Assim, a sentença resulta desarmada de fundamentação, já que outra razão não se invoca para o direito aos desejados reajustes salariais semestrais.

Daí que provejo a apelação, para reformar a sentença remetida e julgar improcedente a reclamatória.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, tenho votado, também, na linha do raciocínio desenvolvido pelo Ministro William Patterson. De modo que, com a ressalva do meu ponto de vista, adiro ao voto do eminente Ministro José Dantas.

VOTO 2ª PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Numa segunda proposição preliminar, submeto à Turma a remessa do recurso, assim conhecido, à consideração da egrégia Primeira Seção, com vistas ao cancelamento da Súmula nº 90 do TFR.

Com efeito assentada aquela orientação do analisado direito adquirido, consagrada com foros de jurisprudência predominante do Tribunal, o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação divergente, a termo de reiteradas decisões de ambas as suas Turmas, em provendo Recursos Extraordinários interpostos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Reiteraram-se, a propósito, os enunciados de ementas como esta:

«Servidor estatutário. Equiparação salarial. Opção pela CLT. Vantagens (supressão) — O servidor estatutário que optou pelo regime celetista não pode pretender, sem lei expressa, vantagens emergentes do regime estatutário anterior, por ser com ele incompatível. Recurso Extraordinário conhecido e provido» — RE nº 98.402, Rel. Ministro Rafael Mayer, 1ª Turma, Seção de 14-12-82, in *DJ* de 13-5-83.

No mesmo sentido, se puseram, nos últimos três anos, os Acórdãos a seguir relacionados:

RE nº 95.899, 1ª Turma, 1-3-83, Rel. Ministro Oscar Corrêa, in *DJ* de 29-4-83.

RE nº 97.870, 1ª Turma, 29-4-83, Rel. Ministro Néri da Silveira, in *DJ* de 23-9-83.

RE nº 100.761, 1ª Turma, 25-10-83, Rel. Ministro Soares Muñoz, in *DJ* de 24-11-83 (igual ementa do RE nº 97.868, mesma Turma e Relator, in *DJ* de 6-5-83).

RE nº 101.219, 2ª Turma, 12-6-84, Rel. Ministro Djaci Falcão, in *DJ* de 6-9-84.

RE nº 105.506, 2ª Turma, 7-5-85, Rel. Ministro Francisco Rezek, in *DJ* de 7-6-85.

RE nº 102.011, 2ª Turma, 28-6-84, Rel. Ministro Décio Miranda, in *DJ* de 31-8-84.

Por isso, aconselha-se de melhor prudência — pragmatismo que deve orientar a solução dos conflitos de interpretação, no interesse de maior celeridade da solução final das causas — adotar-se por linha a jurisprudência que se tenha reiterado naquele Pretório excelso.

Aliás, assim pensando de referência à sua súmula, este Tribunal já houve por bem agir dessa maneira. Refiro-me ao Verbete nº 28 — sobre aplicar-se o preço de referência também às importações provenientes de países-membros da ALALC —, afirmativa essa negada repetidamente pelo STF; donde o seu cancelamento por decisão do Tribunal Pleno, de 5-2-81, MS nº 87.662.

Portanto, voto por que, independentemente da publicação de Acórdão, mas com as notas taquigráficas deste julgamento, encaminhe-se o presente recurso à pauta da egrégia Primeira Seção, órgão que sumulou a espécie, para os fins revisionais regulados no art. 114, § 3º, do RITFR.

É como voto.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Reproduzo o relatório feito perante a egrégia 3ª Turma, na forma da leitura que ora faço das notas taquigráficas de folhas a folhas dos autos, de aprovação da preliminar de remessa do recurso a esta augusta Seção, com vistas ao cancelamento da Súmula nº 90, assim concebida:

«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.»

Relatei.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, a rigor, seria matéria mais ou menos *interna corporis* do Tribunal adotar ou cancelar uma súmula sua. Mas, como isso terá reflexo no julgamento de um recurso, cujas partes estão presentes através de seus advogados, não vejo mal em admitir-se o debate oral, até mesmo por uma certa liberalidade sempre tolerada pelo Tribunal, nesse particular do uso de sua tribuna.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, este processo não veio à Seção por remessa do recurso a seu conhecimento; veio, sim, somente para exame de uma matéria preliminar de ordem regimental, que é o cancelamento ou a manutenção da súmula de que se trata.

O recurso, em si, da maneira como foi conhecido pela Turma, na sua competência absoluta e exclusiva para tanto, terá também o seu julgamento encerrado na Turma, conforme essa tenha que aplicar ou não a súmula, como preliminarmente decida esta Seção.

De forma que as objeções a respeito do conhecimento do recurso não têm cabimento, porque o mesmo não está aqui para ser julgado; está para receber, com a deci-

são regimental preliminar, a autorização ou não para que a Turma o julgue sem as peias da súmula que atualmente contém o predominante entendimento deste Tribunal.

Em assim sendo, em julgamento da preliminar regimental, veja-se que já destaquei no relatório o fato de não pretender-se reabrir a questão de mérito; propõe-se, apenas, por razão de conveniência, não a revisão da súmula para mudança do entendimento, mas o seu cancelamento puro e simples, aconselhado pela desaprovação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

É exclusivamente nesse campo de conveniência que o meu voto se põe pelo cancelamento do Verbete nº 90, tal como me reporto ao argumento já desenvolvido perante a 3ª Turma, o de que o Supremo, por todas as suas duas Turmas, por todos os seus Ministros, já decidiu em contrário aquele enunciado. A propósito de semelhante atitude deste Tribunal, cito o precedente da nossa primeira súmula cancelada, na exata situação em que nos encontramos a respeito da Súmula nº 90. Tratou-se da Súmula nº 28, que igualmente foi desautorizada por reiterados julgamentos do Supremo, pelo que, então, verificamos não haver razão para mantê-la em contrário a essa desaprovação da Suprema Corte.

De maneira, Sr. Presidente, que nem reabro a questão de mérito, isto é, os fundamentos, os debates que levaram à constituição da súmula ora proposta a cancelamento.

Proponho — e esse foi o real pensamento da Turma — apenas a razão de conveniência já exposta, de que não é oportuno, até mesmo por interesse das partes e celeridade do processo, insistirmos na manutenção de um entendimento que o Supremo Tribunal vem desaprovando em repetidos recursos, mas que, desde que sumulada, estamos todos presos à sua aplicação.

De maneira que nem chego a adiantar o meu pensamento a respeito do mérito.

Proponho, por estas conveniências o cancelamento da Súmula nº 90; e que, decidida essa matéria preliminar, o recurso volte à Turma para completar-se o seu julgamento.

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Sr. Ministro Relator, antes de V. Exa. proferir o seu voto, e porque se encontram presentes os advogados das partes, consultaria a Seção sobre a possibilidade de sustentação oral. A consulta tem razão de ser porque o regimento é omissivo e porque o feito foi incluído em pauta.

Vale a pena decidir-se, pois, se suplementaríamos o regimento para conceder a palavra aos advogados para falar sobre a matéria dos autos, porquanto, no concernente ao incidente revisional; trata-se de assunto da economia interna da Seção.

É o que devemos decidir, como precedente para situações iguais.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, gostaria de deixar claro, dentro do ponto de vista do eminente Ministro José Dantas, que foi também, inicialmente, o meu de que a revisão de súmula é ato estrito do Tribunal. O enunciado de uma súmula toma corpo próprio e passa a ser como uma norma editada pelo Tribunal, ainda que sem poder vinculante, tal como, aliás, as do Supremo Tribunal Federal. Por isso, estritamente para falar sobre a súmula — embora tenha o maior apreço

pelos advogados, especialmente pelo que a desejaria sustentar — entendo que não seria o caso. Se ele vai falar só sobre isso, votaria contra. Se vai falar pelo julgamento do problema, do caso específico a que tem direito de falar, então, estou também de acordo.

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Presidente): Em face da ponderação do eminente Ministro Washington Bolívar, consulto o nobre advogado se a sustentação seria no pertinente apenas à matéria residual, à matéria de julgamento da causa e não da revisão da súmula.

O DR. LUIZ CARLOS MARTINS GUIMARÃES (Advogado): Emérito Presidente, como se sabe, o caso de que se trata é um dentre muitos e ele está intimamente ligado à súmula. Por óbvio, a questão mesma da súmula haverá de ficar por conta da egrégia Corte. O que se faria seria apenas aduzir, rememorar algumas questões que dizem respeito ao caso concreto, mas que se projetam em todos os julgamentos semelhantes ao presente de que resultou a súmula.

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Presidente): Obrigado a V. Exa.

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, quer dizer que ele vai anunciar apenas o julgamento do processo. Assim sendo, estou de acordo com a sustentação.

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Sr. Presidente, estou sentindo uma dificuldade, não obstante o duto pronunciamento do eminente Relator. Não sei se devido ao encaminhamento inicial da questão ou se aos próprios textos, que talvez esteja interpretando mal.

Veja bem V. Exa. que a dúvida que se plantou inicialmente aqui foi a seguinte: conceder-se ou não se conceder a palavra aos eminentes advogados: se a questão — primeiro — fosse especificamente da súmula, seria *interna corporis*, se fosse para também tratar do processo em causa, aí então — e ouvi bem a expressão *por liberalidade* — o Tribunal deveria estender a permissão a que também abordasse, na defesa do direito do seu cliente, os aspectos pertinentes à súmula.

Este caso específico está servindo de pretexto para que o Tribunal examine esse ponto. Parece muito relevante o ponto de vista do eminente Ministro José Dantas, mas não exatamente no caso específico: é que o Tribunal não poderia suscitar coisa alguma, porque, quer por suas Turmas, quer por este Plenário, não poderia — por força de lei — tomar sequer conhecimento de sua existência, tendo em vista o óbice da alçada, ou seja, a Turma sequer poderia analisar se cabe ou não, naquele caso, cancelada...

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: DMV, esta instância regimental não é revisora de Turma, no particular. O Recurso Ordinário está conhecido pela Turma, para todos os efeitos. Agora, o que esta Seção vai julgar é, exclusivamente, a matéria regimental de cancelamento da súmula, de modo que a Turma retome o julgamento do mérito.

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Agora, veja bem: como vai o Tribunal conhecer do recurso se a Lei nº 6.825 diz, no seu art. 4º, que se houver o óbice das ORTNs, que no caso, parece que houve...

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Mas não há esse óbice. V. Exa. tem que entender que não há...

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Há, sim. Ele já foi enfrentado lá.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: O recurso merece conhecimento da Turma, em face da matéria constitucional nela tratada, pelo que se achou por bem reaver o problema da alçada.

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Já conheceu?

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Já e por razões específicas, preliminarmente.

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Agora entendi.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS: Estava percebendo que V. Exa. se impressionou com os argumentos desenvolvidos pelo advogado, da tribuna, sem o esclarecimento do prévio conhecimento do recurso pela Turma.

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: Peço licença aos eminentes Ministros para dizer que a mesma coisa aconteceu na 2ª Turma, sob a minha humilde presidência. É que, naquele caso, o Dr. Walter José de Medeiros arguiu uma preliminar de conhecimento do recurso a despeito da Lei nº 6.825, se se questionasse matéria constitucional. Deve ter sido isso o que aconteceu, também, na 3ª Turma. *Sublata causa tollitur effectus*. V. Exa. prossegue com seu voto.

O SENHOR MINISTRO WASHINGTON BOLÍVAR: Então, Sr. Presidente, tendo em vista o voto do eminente Relator — embora não convencido do acerto das decisões, no particular, da egrégia Suprema Corte — entendo que este Tribunal deva, efetivamente, cancelar a sua súmula. O próprio Supremo Tribunal Federal tem feito essa revisão dos seus enunciados. Isso não pesa a ninguém, tanto mais que compete efetivamente à Suprema Corte a interpretação das leis e da Constituição.

Com essas considerações, com ressalva do meu ponto de vista em sentido contrário — que ainda me parece exatamente o acertado — voto acompanhando o eminente Ministro Relator, ou seja, pelo cancelamento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente resisto muito à revisão da súmula e, principalmente, ao seu cancelamento, em razão de eventuais decisões do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido me pronunciei, na oportunidade do julgamento de revisão da Súmula que tratava da exigência de exame psicotécnico para os policiais. Naquele caso, arguiu-se uma única decisão de Turma da Suprema Corte, num Recurso Extraordinário, que não foi conhecido. Fiquei vencido, mas não convencido.

In casu, todavia, é público e notório que são diversas, são inúmeras, as decisões do Pretório excelso a respeito da matéria ora questionada.

Assim, não vejo por que, a esta altura, recusar jurisprudência pacífica e uniforme do STF.

Com ressalva do meu ponto de vista, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, também ressaltando o meu ponto de vista da forma como tenho votado na Turma, reconhecendo direito adquirido, acompanho o eminente Ministro Relator, em face das decisões reiteradas no Supremo Tribunal Federal, pelo cancelamento da súmula.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, quando era Juiz Federal, decidia de acordo com o Supremo Tribunal Federal, mas, quando vim para o Tribunal, passei a render-me ao entendimento da Súmula nº 90, que foi aprovada em 19 de agosto de 1981.

Sinto-me, agora, muito à vontade para votar pelo cancelamento da súmula de acordo com o eminente Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, devo também, nesta oportunidade, ressaltar o meu ponto de vista, pois que tenho votado de acordo com o enunciado da Súmula nº 90, por entender que o adicional por tempo de serviço é uma vantagem *pro labore facto*, incorporada ao patrimônio, à bagagem de direitos do empregado, independentemente da opção por ele formulada, configurando direito adquirido, assim como define o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Mas, diante das reiteradas decisões da Suprema Corte, devo render-me e acompanhar S. Exa. o eminente Relator, o Ministro José Dantas.

VOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, retomando o julgamento deste recurso — após a votação preliminar de seu conhecimento e de sua remessa à Primeira Seção, para o incidente regimental de cancelamento da Súmula nº 90 do TFR (fls. 463/487), lembro remanescer pendente a questão de mérito.

Examinando-a, tenha-se por procedente a insurgência da reclamada, desde que, conforme rol dos precedentes que forraram a preliminar de cancelamento da aludida Súmula nº 90, farta é a jurisprudência do Pretório excelso, tocante à incompatibilidade legal dos discutidos adicionais por tempo de serviço, vantagem estatutária, com o regime celetista optado pelo servidor público.

Logo, em sendo exatamente essa a espécie dos autos, e restando cancelada a súmula que dava sustento ao entendimento esposado pela sentença recorrida, fico em acolher o apelo.

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso Ordinário, para reformar a sentença e julgar improcedente a reclamação.

Omissa a juntada de xerocópia do voto no RO nº 6.552, relativamente à preliminar de conhecimento do recurso, faço-a, agora, no fecho do julgamento da causa.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 8.140 — RJ — (Reg. nº 4.138.791) — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Recte.: ECT. Recdo.: João Ribeiro de Souza Filho e outros. Advs.: Drs. Luiz Carlos Martins Guimarães e outros, Ginaldo de Vasconcellos e outros, Elisabeth Camargo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a reclamação. (Em 17-12-85 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Senhores Ministros Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

REMESSA EX OFFICIO Nº 91.338 — BA
(Registro nº 5.642.655)

Relator: O Sr. *Ministro Sebastião Reis*

Remetente: *Juízo Federal da 2ª Vara — BA*

Parte Autora: *Pecimcal — Pecuária Comércio e Indústria de Móveis e Colchões Alvorada Ltda.*

Parte Ré: *União Federal*

Advogados: *Drs. Lúcia Helena Rehen Nunes e outros*

EMENTA: Constitucional e Tributário. FINSOCIAL. Decreto-Lei nº 1.940/82. Repetição de indébito.

Idoneidade do decreto-lei para criar ou majorar tributos, observado o art. 155 da Constituição Federal.

Precedentes do alto Pretório e deste Tribunal.

Por mais de uma vez esta Corte teve oportunidade de examinar a qualificação técnico-jurídica da exação instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, fixando-se na tese básica da legitimidade constitucional de sua exigência, respeitado o princípio da anterioridade da lei instituidora ao exercício financeiro de cobrança (art. 153, § 29, da Constituição Federal).

Mandados de Segurança de nºs 97.775, 97.887 e 99.552 (Plenário do TFR).

A exação em causa encerra, subjacentemente, dois impostos, o primeiro, inominado, compreendido na competência residual da União (CF, arts. 18, § 5º, e 21, § 1º), e, o segundo, assimilável ao adicional do Imposto de Renda.

Aplicação do princípio da anterioridade da lei instituidora do tributo ao exercício financeiro de cobrança.

No que concerne à restituição pretendida, o recolhimento respectivo relaciona-se com o exercício de 1982, precisamente o ano em que foi proclamada a inconstitucionalidade da exigência, na linha de idéias já exposta, considerados os precedentes invocados; de outro lado, não há negar-se a legitimação ativa da autora para vindicar a devolução, descabendo falar-se em repasse da exação a terceiro, seja mediante destaque em nota fiscal, seja por embutimento no preço, e qualquer repercussão ocorrida estará diluída no universo dos negócios das empresas, o que afasta ofensa ao art. 166 do CNT.

Deu-se provimento, em parte, à remessa oficial, para determinar que os juros de mora sejam contados na forma do parágrafo único do art. 167 do CTN.

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 parcial à remessa de ofício; para determinar que os juros de mora sejam contados na forma do parágrafo único do art. 167 do CTN, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de maio de 1986.

SEBASTIÃO REIS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS: A MMA. Juíza Federal a quo relatou a controvérsia dos autos nestes termos (fls. 36/37):

«A empresa Pecimcal — Pecuária Comércio e Indústria de Móveis e Colchões Alvorada Ltda., através da presente demanda proposta contra a União Federal, objetiva ser declarado por sentença a inexigibilidade do FINSOCIAL no exercício de 1982, com a condenação da ré a restituir o que recebeu indevidamente.

Alega a autora que durante o ano de 1982 recolheu as contribuições do FINSOCIAL, embora considere ilegal o tributo, por violar o princípio da anterioridade, consagrado no art. 153, § 29, da Constituição Federal.

Argumenta que o FINSOCIAL foi instituído pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, e embora rotulado de *contribuição social*, é, indiscutivelmente, um tributo novo no aspecto que tange ao § 1º do art. 1º do Decreto-Lei que o instituiu e adicional do Imposto de Renda em relação ao § 2º do mesmo artigo.

De acordo com o tipo de atividade comercial desenvolvida pela autora, considera tratar-se de um tributo novo, eis que a cobrança fundamenta-se no § 1º, do art. 1º da legislação pertinente, cujo fato gerador é a venda de mercadorias.

Diz a litigante que não questiona a competência da União para instituir novos tributos. Insurge-se apenas quanto a sua exigência no exercício de 82, por violar o princípio constitucional da anualidade.

Contestando o feito, sustenta a União Federal que o FINSOCIAL não é imposto e sim contribuição social, incluída no elenco do art. 43, da Constituição, relacionada com a seguridade social, cuja competência foi outorgada pelo legislador constituinte na expressão *além de outros que*.

Afirma que ninguém pode negar que o serviço social seja um direito do homem, ligado à previdência social, o que se evidencia no Decreto nº 60.501/67, que aprovou o Regulamento Geral da Previdência Social, no qual, dentre os benefícios, está o serviço social. Aliás, tal serviço também está previsto no art. 165 da Lei Maior.

Destinando-se a contribuição questionada ao custeio da assistência alimentar, habitacional, saúde, educacional, e amparo ao pequeno agricultor, caracteriza-se como contribuição e não como imposto e escapa ao princípio da anualidade, ex vi do art. 153, § 29, da Constituição.

Afirma, para argumentar, que, mesmo sendo o FINSOCIAL considerado como imposto, fugiria ao princípio da anualidade ou da anterioridade.

Entende que o caráter de urgência que junte a contribuição analisada não poderia adequar-se ao princípio da anterioridade, por serem conceitos que se repelem.

Observa finalmente a contestante, que, se admitindo a natureza de imposto à contribuição do FINSOCIAL, tem aplicabilidade a Súmula nº 546 do STF, ou seja, somente «cabe restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de fato o quantum respectivo», bem como o disposto no art. 166 do CTN.

Considerando a União Federal a hipótese de transferência, por mera possibilidade de integrar o preço final, insurge-se quanto ao pedido de restituição.

Pediu a improcedência da demanda.

Sobre a contestação manifestou-se a autora à fl. 33)».

A ação foi julgada procedente para declarar inconstitucional, por desobediência ao princípio da anterioridade da lei inserta no § 29 do art. 153 da Constituição Federal, a cobrança do FINSOCIAL no ano de 1982, exercício em que foi criado pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 e condenar a União a restituir à autora os valores efetivamente recolhidos no ano de 1982, acrescidos de juros de mora devidos a partir do ajuizamento da ação e devidamente corrigidos a partir da data do efetivo recolhimento. Condenada, ainda, a vencer, a arcar com o ônus da sucumbência, reembolsando à autora as custas processuais e os honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor a ser apurado em liquidação.

Sem o pronunciamento do Ministério Público Federal, subiram os autos a este Tribunal, por solicitação da proponente (fl. 44) e aqui falou a douta Subprocuradoria-Geral da República (fl. 47).

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS (Relator): Por mais de uma vez este Tribunal teve oportunidade de examinar a qualificação técnico-jurídica da exação instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, fixando-se na tese básica da legitimidade constitucional de sua exigência, respeitado o princípio da anterioridade da lei instituidora ao exercício financeiro da cobrança (art. 153, § 29, da Constituição Federal), como se vê do «leading case» consubstanciado no aresto do Plenário desta Corte, tomado no Mandado de Segurança nº 97.775, Relator designado o Ministro Moacir Catunda, assim ementado:

«Constitucional. Tributário e processual.

1º) Mandado de Segurança. Lei em tese. Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 (FINSOCIAL). Portaria Ministerial nº 119, de 22-6-82, que o regulamentou. Ato individualizador da norma. Autoridade coatora.

A portaria ministerial, ao estabelecer sob pena de sanções e sem possibilidade de recuperação do que for recolhido, «o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo,

independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, consequentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição».

2º) Tributo. Instituição por decreto-lei. Constituição, art. 55, II.

Tranquilo em jurisprudência, o entendimento de que, cumprido o requisito do art. 55, II, da Constituição Federal, o tributo pode ser criado ou majorado por decreto-lei.

Antecedentes do STF e do TFR.

3º) Imposto. Contribuição. Distinção legal e doutrinária das duas figuras.

A exação instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, art. 1º e §§, formalmente denominada contribuição, em realidade não reúne os requisitos necessários para ser considerada como contribuição destinada ao custeio da intervenção do domínio econômico, ou o interesse de categorias profissionais, ou, ainda, com as que colimam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social. Constituição, arts. 21, §§ 2º, e 43, incisos I a X.

4º) Investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor, a cujo custeio a contribuição em causa se destina, pela natureza mesma deles, se situam, obviamente, no campo de atuação da União, seguindo-se porque devem ser atendidos com os recursos provenientes dos impostos previstos em competência ordinária.

5º) Sob a qualificação de contribuição, surpreende-se, no Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), dois impostos genuínos, o primeiro, inominado, mas que se compreende na competência residual da União (Constituição, arts. 18, § 5º, e 21, § 1º), e o segundo, que configura hipótese típica de adicional do Imposto de Renda, cujo recolhimento não se permite no mesmo exercício em que tenha sido instituído. Constituição, art. 153, § 29.

Segurança deferida, em parte, em homenagem ao princípio constitucional de anualidade dos tributos, para livrar os contribuintes impetrantes de recolhimento da exação no exercício de 1982» (*DJ* de 8-3-83).

No mesmo sentido, os Acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança de nºs 97.887 e 99.552, Relatores os Ministros Pedro Acioli e Carlos Madeira, respectivamente, (*Diário da Justiça* de 15-12-83 a 22-9-83).

No pertinente à restituição pretendida, o recolhimento respectivo relaciona-se com o exercício de 1982, precisamente no ano em que foi proclamada a inconstitucionalidade da exigência, na linha de idéias já exposta e considerados os precedentes invocados.

De outra parte, não há negar-se a legitimação ativa da autora para reivindicar a devolução, descabendo falar-se em repasse da exação a terceiro, seja mediante destaque em nota fiscal, seja por embutimento no preço, e qualquer repercussão ocorrida estará diluída no universo dos negócios da empresa, o que afasta ofensa ao art. 166 do CTN.

Dou provimento parcial à sentença recorrida para determinar que os juros de mora sejam contados na forma do parágrafo único do art. 167 do Código Tributário Nacional.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 91.338 — BA — (Reg. nº 5.642.655) — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Reis. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara — BA. Parte A: Pecimcal — Pecuária Comércio e Indústria de Móveis e Colchões Alvorada Ltda. Parte R.: União Federal Advs.: Drs. Lúcia Helena Rehen Nunes e outros.

Decisão: A 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deu provimento parcial à remessa de ofício, para determinar que os juros de mora sejam contados na forma do parágrafo único do art. 167 do CTN. (Em 12-5-86 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Pedro da Rocha Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Relator. Ausente, justificadamente e ocasionalmente o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS.

REMESSA EX OFFICIO Nº 99.028 — RJ
(Registro nº 2.557.576)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*
Parte Autora: *José Tadeu Gonçalves Ferreira*
Parte Ré: *Universidade Santa Úrsula*
Remetente: *Juízo Federal da 3ª Vara — RJ*
Advogado: *Dr. Nélio Freire da Silva*

EMENTA: Ensino superior. Matrícula. Prorrogação do prazo. Ato Executivo nº 046/80.

O Ato Executivo nº 046/80 da Universidade Santa Úrsula, que prorrogou o período para matrícula a todos aqueles que não o fizeram nas datas estabelecidas no calendário escolar, é de caráter geral e abrangente, impondo-se, assim, a inscrição de qualquer aluno, indistintamente, se requerida dentro do novo prazo

Remessa conhecida e desprovido.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de março de 1986.

JOSÉ DANTAS, Presidente — FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI. Adoto o relatório da douta decisão monocrática, às fls. 77/78, que assim resumiu a espécie, *verbis*:

José Tadeu Gonçalves Ferreira, devidamente qualificado na inicial, por procurador regularmente constituído (fl. 8), impetra o presente mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Santa Úrsula, visando ser matriculado no curso de História.

Segundo a inicial, o impetrante trancou sua matrícula no 2º período de 1979, para realização de estudos de aperfeiçoamento em Portugal.

Retornando ao Brasil, foi impedido de efetivar sua matrícula, sob a alegação de término de prazo de inscrição, tendo comparecido à instituição no dia 15-8-80, onde recebeu o formulário próprio e efetuou o pagamento das taxas devidas.

Sustenta lesivo o ato, pois fora o próprio impetrado quem fixou a data de 15-8-80, através do Ato Executivo nº 046/GR, de 12-8-80, para que os alunos não inscritos regularizassem suas situações, sendo certo que tal ato não distinguiu quaisquer alunos, e, portanto, de caráter geral.

Instruem a inicial os documentos de fls. 4/7.

Deferida a liminar à fl. 15, a autoridade coatora prestou informações (fls. 19/20) acompanhadas do calendário e estatuto, alegando que o período para solicitação da matrícula para alunos que pretendem cursar o segundo semestre de 1980, vai de 2 a 6 de junho, ao passo que o prazo para efetuar matrícula, inscrevendo-se em disciplinas, é de 25 a 31 de julho.

Esclareceu que a matrícula é feita em duas etapas distintas, sendo a primeira de solicitação e a segunda de efetivação, sustentando que o Ato Executivo nº 046/80, referia-se à inscrição em disciplinas, para aqueles que não a fizeram de 25 a 31 de julho, sendo necessário, porém, que tivessem solicitado a matrícula em junho.

O impetrante juntou os documentos de fls. 63, 66/67, 70/71, que comprovam o desempenho escolar do mesmo e o de fl. 74, que noticia a conclusão do curso de História.

Em seu parecer de fl. 61, o ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do «writ», manifestando-se ainda, à fl. 75 vº sobre o documento de fl. 74.»

O inclito Magistrado de Primeiro Grau, ao entendimento de que o Ato Executivo nº 046/80 reabriu o prazo para efetivação de solicitação de matrícula, concedeu a segurança, confirmando a liminar. Sujeitou a sentença ao duplo grau de jurisdição.

Sem recursos voluntários, o feito foi remetido a esta superior instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 85/86, opina no sentido do desprovemento da remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, deu azo à presente impetração, o fato do impetrante, após haver concluído o curso de aperfeiçoamento no exterior, e tentar reabrir a sua matrícula para terminar o curso de História na Universidade Santa Úrsula, da qual era aluno regularmente matriculado, teve o seu requerimento de inscrição recusado no protocolo daquela instituição, ao fundamento de que perdera o prazo estipulado no calendário escolar para matricular-se

Dão conta as provas dos autos (fls. 5/6), de que o suplicante tentou protocolizar o requerimento em 15-8-80, de conformidade com o Ato Executivo nº 046/80, de 12-8-80 (fl. 4), do próprio impetrado que diz no seu art. 1º, verbis:

«É fixado o dia 15 do corrente mês para inscrição em disciplinas pelos alunos que não a fizeram nas datas estabelecidas no calendário escolar.»

O ilustre julgador em sua decisão bem esclareceu:

«Como se vê pelo calendário de 1980, juntado pela autoridade coatora, o prazo estabelecido para matrícula, a qual postulava o impetrante, ia de 25 a 31 de julho.

A autoridade coatora ao reabrir o prazo para matrícula fora da época fixada no calendário escolar, através do Ato Executivo nº 048/80, ut doc. de fl. 4, o fez em caráter geral, sem especificar que tal prorrogação só se referia à segunda etapa da matrícula».

Ora, se o ato baixado pela forma como foi redigido, tem caráter geral, facultou a inscrição até 15-8-80, e nesta data o impetrante a requereu, não poderia a universidade recusar o requerimento por intempestivo.

Foi por assim entender, que o douto Julgador monocrático, após deferir a medida liminar, concedeu a segurança, a fim de que o impetrante se matriculasse.

As partes se conformaram com a r. decisão, vindo os autos a esta instância apenas em virtude do recurso necessário.

No meu sentir, o v. decisório a quo bem analisou e decidiu a questão versada nos autos, pelo que entendo deva ser confirmado pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com estas considerações, conheço da remessa, mas lhe nego provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 99.028 — RJ — Reg. nº 2.557.576 — Rel.: O Sr. Min. Flaquer Scartezzi-
ni. Parte A.: José Tadeu Gonçalves Ferreira. Parte R.: Universidade Santa Úrsula.
Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — RJ. Adv.: Dr. Nélcio Freire da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida. (Em 18-3-86—3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros Hélio Pinheiro e José Dantas. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSE DANTAS.

REMESSA EX OFFICIO Nº 104.137 — SP
(Registro nº 5.688.140)

Relator: *O Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Remetente: *Juízo Federal da 4ª Vara — SP*

Partes: *Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e União Federal*

Advogados: *Drs. Sérgio Tondi Junior e outros (p/autora)*

EMENTA: Tributário. Importação. Desembaraço aduaneiro. Mercadoria estrangeira sem guia de importação.

I — Estando o importador devidamente habilitado para usufruir do regime de despacho aduaneiro simplificado, como também autorizado a importar mercadoria sem a guia de importação, obedecidas as demais formalidades aduaneiras, inclusive no que pertine ao recolhimento dos tributos, afigura-se ilegal o ato praticado pelo agente fiscal de exigir carta de credenciamento para a liberação da mercadoria.

II — Remessa Ex Officio *desprovida. Sentença confirmada.*

ACORDÃO

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 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, 5 de fevereiro de 1986.

TORREÃO BRAZ, Presidente. GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL: Adoto como relatório a parte expositiva do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, nestes termos:

«Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A contra ato do Delegado da Receita Federal em Santos.

A impetrante obteve da CACEX autorização para importar, sem a respectiva guia, partes, peças, componentes e acessórios, para uso próprio, conforme consta da carta de credenciamento anexada à fl. 13. Obteve, ainda, do

Ministro da Fazenda, através do Ato Declaratório CST/DAA n.º 450, a necessária habilitação para proceder ao despacho aduaneiro simplificado de mercadorias, como pode ser visto através do documento n.º 2, anexado à fl. 12.

De posse desses documentos procedeu à importação de um rolamento de giro de guindaste, requerendo o despacho simplificado do bem. A autoridade administrativa, todavia, condicionou a liberação da mercadoria à apresentação da autorização da CACEX, exigência essa, segundo a impetrante, ilegal, tendo em vista que a importação por ela efetuada obedeceu a todos os requisitos previstos em lei.

O MM. Juiz concedeu a segurança sob o argumento de que o regime aduaneiro simplificado e o regime de dispensa da guia de importação não são incompatíveis, desde que o importador obtenha autorização para usufruí-los. Por isso, acrescenta, a exigência de autorização da CACEX para o despacho simplificado é ilegal, porquanto, se a impetrante, como se viu, está habilitada ao regime de despacho aduaneiro simplificado e se a CACEX autorizou a importação referida na inicial sem guia de importação, não há como sustentar que não possa a impetrante exercitar a habilitação ao regime simplificado pelo fato de a importação estar dispensada de guia» (fls. 41/42).

Não havendo a interposição de recurso voluntário, subiram os autos a esta egrégia Corte por força, tão-somente, da remessa oficial.

O «Parquet» Federal, em segunda instância, opinou pela confirmação da sentença monocrática.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O culto Juiz Federal da 4.ª Vara — II da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. Fleury Antônio Pires, bem decidiu a controvérsia, quando dispôs, *in litterim*:

«A impetrante obteve, através dos Atos Declaratórios SRF n.º 130/78 e CST/DAA n.º 450/81 (fl. 12), a concessão de regime de despacho aduaneiro simplificado, nas condições estabelecidas nos referidos atos. Obteve credenciamento da CACEX para importar a mercadoria referida na inicial sem guia de importação (fl. 13). A importação efetuada enquadra-se no limite previsto no item 26.1 do Comunicado CACEX n.º 56/83 que estabeleceu a dispensa de guia de importação. Foram regularmente recolhidos os tributos devidos (fls. 15/17). Ora, o impetrado não contesta que a importação referida na inicial obedeceu às disposições legais e regulamentares referidas.

O único óbice oposto pela fiscalização ao desembaraço aduaneiro é a exigência de autorização da CACEX para a aplicação do regime de despacho aduaneiro simplificado, pois que se cuida de importação sem guia de importação.

Não tem razão a autoridade impetrada. O regime de despacho aduaneiro simplificado e o regime de dispensa de guia de importação não são incompatíveis, desde que — como no caso — o importador esteja expressamente habilitado ao regime do despacho aduaneiro simplificado e, também, esteja autorizado a importar a mercadoria sem guia de importação. Aliás, tanto não são incompatíveis os regimes referidos que o próprio impetrado, em seus informes, afirma que a conciliação entre essas disposições opostas poderia ser feita através de autorização da CACEX, expressa em carta de credenciamento, que substitui a guia, ou em documento separado. Em suma, salienta o impetrado que somente poderá ocorrer compatibilização entre os dois regimes se houver autorização especial expressa da CACEX. Não é assim. Se a impe-

trante, como se viu, está habilitada ao regime de despacho aduaneiro simplificado e se a CACEX autorizou a importação referida na inicial sem guia de importação, não há como sustentar que não possa a impetrante exercer a habilitação ao regime simplificado pelo fato de a importação estar dispensada de guia. A invocação à Instrução Normativa SFR nº 19/78, feita pelo impetrado, não referenda a exigência fiscal, uma vez que a concessão da habilitação da impetrante ao regime de despacho aduaneiro simplificado (fl. 12) foi feita à luz da referida Instrução Normativa SRF nº 19/78, como se vê do Ato Declaratório CST/DAA nº 455/81 (fl. 12). Os itens 65 e 65.1, da mencionada instrução normativa, citados pelo impetrado em suas informações (fl. 25) não se aplicam quando a importação está regularmente dispensada de guia e esta circunstância não afasta a utilização do regime de despacho aduaneiro simplificado desde que — como é o caso — haja expressa concessão à impetrante à utilização desse regime especial. Em consequência, obedecidas as demais formalidades à importação, inclusive o recolhimento dos tributos devidos, segue-se que o óbice oposto pelo impetrado ao desembaraço da mercadoria referida na inicial não pode prosperar.

Em face do exposto e considerando o mais que dos autos consta, confirmo a liminar e concedo em definitivo a segurança impetrada, nos termos do pedido inicial» (fls. 31/33).

Incensuráveis as dought ponderações desenvolvidas pelo insigne Magistrado de primeira instância, as quais adoto integralmente.

Aliás, a própria Subprocuradoria-Geral da República reconhece o acerto do **decisum**, conforme exsurge do parecer da lavra da Procuradora da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Osvaldo Flávio Degrazia, ao asseverar:

«Parecem-me acertados os fundamentos da r. sentença.

A impetrante obteve autorização para utilizar ambos os regimes, ou seja, para importar mercadorias sem guia de importação e para proceder ao despacho aduaneiro pelo sistema simplificado.

Cabe observar que a competência para autorizar o despacho aduaneiro simplificado é da Coordenação do Sistema de Tributação, não sendo necessária, para a validade do ato de admissão do regime, em casos de dispensa da guia de importação, qualquer autorização da CACEX. O disposto na Instrução Normativa nº 19/78 não invalida a afirmação, porquanto ela só se aplica às situações em que a importação está sujeita à prévia ou posterior expedição de guia, o que não ocorre no presente caso.

A CACEX credenciou a impetrante a importar mercadorias sem guia de importação, afastando a incidência da referida IN nº 19/78.

Em vista do exposto, opino pela confirmação da r. sentença» (fl. 42).

Ante o exposto, nego provimento à Remessa Ex Officio e confirmo a respeitável sentença monocrática, por seus doughts e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 104.137 — SP — (Reg. nº 5.688.140) — Rel.: O Sr. Min. Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 4ª Vara — SP. Partes: Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e União Federal. Advs.: Drs. Sergio Tondí Junior e outros (p/autora).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial. (Em 5-2-86 — 5ª Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 105.147 — AM
(Registro nº 6.128.351)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Remetente: *Juízo Federal da 1ª Vara*

Partes: *Construtora SM — Com. Ind. Ltda. e União Federal*

Advogada: *Dra. Nelda Maria de Carvalho Lucena*

EMENTA: Zona Franca de Manaus. Lancha a motor, importada. Pedido de remessa para Florianópolis — SC, indeferido pela autoridade fiscal.

Aplica-se à espécie o disposto no artigo 14, § 1º, do Decreto nº 74.966, de 1974, que admite a transferência do bem em questão, desde que cumpridas as finalidades motivadoras da isenção ou redução tributária.

Desnecessidade de emissão de guia de importação, in casu.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de março de 1986.

CARLOS VELLOSO, Presidente. AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pela Construtora SM — Comércio e Indústria Ltda. contra ato do Sr. Inspetor da Receita Federal no Porto de Manaus, consistente no indeferimento de pedido formulado, visando à remessa para Florianópolis — SC de uma lancha a motor, importada pela Companhia Tropical de Hotéis da Amazônia, em dezembro de 1972, através da Declaração de Importação nº 09.850 e transferida à impetrante pela Nota Fiscal nº 000347, série B/2.

Assinala que a autoridade impetrada negou tal pedido argumentando que a importação havia sido feita com suspensão de tributos e que a Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil proibiu a emissão de guias de importação para os produtos da posição 89.01.08.03.

Após refutar esses argumentos, a impetrante ressalta que a internação da embarcação se impõe, pelas seguintes razões: a) a embarcação entrou legalmente na Zona Franca de Manaus, com isenção de tributos, respaldada pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 288/67; b) foi importada em 1972, estando amparada pelo Decreto nº 73.966/79, no tocante à redução total de impostos; c) não pode ser invocado o Decreto-Lei nº 1.455/76 contra a sua pretensão, posto que o mesmo se refere claramente contra a saída de mercadorias da Zona Franca de Manaus, após a sua vigência; e, c) sob pena de ferir direitos adquiridos.

Nas informações, sustenta o impetrado a legalidade do ato, com apoio no art. 3º do Decreto-Lei nº 288/67, e art. 6º do Decreto nº 61.244/67, concluindo que após a vigência do Decreto-Lei nº 1.455/76, excetuadas algumas hipóteses que não são aplicadas ao presente caso, as mercadorias importadas com base no citado Decreto-Lei nº 288/67, somente poderão ser internadas com o pagamento integral dos tributos.

Parecer do Ministério Público pela denegação do pedido, fl. 19.

Decidindo a espécie, o MM. Juiz Federal em exercício na Seção Judiciária do Amazonas, Dr. Silvério Luiz Nery Cabral, houve por bem conceder a segurança, apoiando-se, para tanto, em precedentes desta Corte (AMS nº 81.992 e REO nº 96.937), fls. 21/27.

Sem recurso voluntário, subiram os autos, em obediência ao duplo grau de jurisdição, manifestando-se, nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República pela manutenção da sentença, fls. 31/32.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A ilustre Procuradora da República, Cláudia Sampaio Marques, aduziu em seu douto parecer, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral, José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, estas judiciosas considerações (fl. 32):

«Parece-me que se pode deduzir a disciplina da matéria do disposto no art. 14 e respectivo § 1º, do Decreto nº 74.966, de 26-11-74, in verbis:

«Art. 14. Perderá o direito à isenção ou redução, quem deixar de empregar os bens nas finalidades que motivaram a concessão, no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do reconhecimento da isenção ou redução.

§ 1º Desde que mantidas as finalidades que motivaram a concessão, e mediante prévia decisão da autoridade fiscal, poderá ser transferida a propriedade ou uso dos bens antes de decorrido o prazo previsto neste artigo.»

A **contrario sensu**, deve-se concluir que, transcorrido o prazo de cinco anos contados do reconhecimento da isenção ou redução, a transferência do bem pode ser efetivada sem prévia decisão da autoridade fiscal e sem vinculação às finalidades que deram causa à concessão.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 105.147 — AM — (Reg. nº 6.128.351) — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Partes: Construtora SM — Com. Ind. Ltda. e União Federal. Adv.: Dra. Nelda Maria de Carvalho Lucena.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença. (Em 31-3-86 — 6ª Turma).

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