
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.000 — SP
(Registro nº 3.493.709)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Autor: Antônio José Lisboa

Réu: IAPAS

Advogados: Drs. Mauro Lúcio Alonso Carneiro e outros e Celso Renato D'Ávila e outros

EMENTA

Ação rescisória. Admissibilidade das decisões em causas de alçada (Lei nº 6.825/80). Exame de mérito.

1. A ação rescisória não é recurso e por isso mesmo é cabível nas causas atingidas pela alçada da Lei nº 6.825/80 e da Resolução nº 25/80, do TFR.

2. Admitida, inclusive por violar, em tese, normas legais e regulamentares, é improcedente no mérito, se não comprovada a concretização da vontade das normas por falta de implemento das condições exigidas.

3. Segurado previdenciário que postula a aposentadoria especial do artigo 38, da CLPS, com a garantia do artigo 127 da mesma Consolidação. Inexistência de direito adquirido a ressalvar por falta de prova do tempo mínimo de serviço na atividade exercida.

4. Improcedência da ação.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar a ação improcedente

e condenar o autor nas custas, e na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, determinando a reversão do depósito em favor do réu, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Lau-ro Leitão**, Presidente — Ministro **Gueiros Leite**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Antônio José Lisboa propõe esta ação rescisória de sentença proferida no Juízo Privativo dos Feitos das Fazendas Públicas e de Acidentes do Trabalho, da Comarca de Santos, em grau de embargos infringentes da Lei nº 6.825/80, nos autos da ação sumaríssima por ele ajuizada contra o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) para obter aposentadoria especial.

Esta ação foi proposta nos termos do art. 485, incisos V e seguintes do CPC, porque a respeitável sentença rescindenda, acolheu os argumentos da defesa da autarquia, no sentido de que o Decreto nº 53.831/64, teria sido revogado pelo Decreto nº 83.080/79, posterior ao pedido e por terem ambos o mesmo campo de incidência.

Contudo, o Decreto nº 83.080/79 não revogou o Decreto nº 53.831/64, tanto assim que, no seu art. 64, o reprimiu, *verbis*:

«Art. 64. Na forma do disposto no art. 1º da Lei nº 5.527, de 1968, as categorias profissionais que até 22 de maio de 1968 faziam jus à aposentadoria de que trata o artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na sua redação primitiva e na forma do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, mas que foram excluídas do benefício por força da nova regulamentação aprovada pelo Decreto nº 63.230, de 10 de setembro de 1968, conservam o direito a esse benefício nas condições de tempo de serviço e idade vigentes em 22 de maio de 1968» (fl. 5).

Há, portanto, duas previsões legais de categorias profissionais abrangidas pela aposentadoria especial, a

saber: a) aquela constante dos quadros anexos ao Decreto nº 83.080, de 1979, e b) aquela constante dos quadros anexos ao Decreto nº 53.831, de 1964 — para que, além do tempo de serviço peculiar — 25 — há necessidade da prova de idade mínima de cinquenta anos.

Ocorre que o Decreto nº 53.834/64, revigorado na forma enunciada, exige, para a concessão da aposentadoria especial, além do enquadramento da atividade do segurado, a comprovação da idade mínima de cinquenta anos. Em suma, o autor exerceu atividades como guarda e serviço de capatazia no porto, inseridas nos quadros do Decreto nº 53.831/64, contava cinquenta anos ao aposentar-se e trabalhara mais de 25 naquela atividade profissional.

O pedido é no sentido de que seja rescindido o respeitável decisório a quo, cumulado com a autorização prevista no art. 488, inciso I, do Código de Processo Civil, isto é, de novo julgamento da causa, a fim de que seja condenada a autarquia ao pagamento da aposentadoria especial, desde a negativa administrativa ocorrida em 27 de novembro de 1980, bem como

«... atualização de prestações vencidas pelas vigorantes à data do efetivo pagamento (Súmula nº 71, do TFR); juros de mora desde a citação em 2 de junho de 1981; e reembolso de despesas processuais motivadas e comprovadas e demais parcelas da sucumbência» (fls. 7/8).

Citada a autarquia, contestou às fls. 37/41, arguindo preliminarmente a inadmissibilidade da ação, se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (STF, Súmula nº 343); ou se, ao tempo em que foi prolatada a sentença, a interpretação era controvertida, embora depois se

tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor (TFR, Súmula nº 134).

No mérito, o Dr. Juiz, em sua sentença, após sustentar a revogação do primeiro decreto pelo segundo, adiantou que este, em seu art. 1º, condicionou o direito à aposentadoria especial à comprovação de que a atividade exercida pelo trabalhador constasse dos quadros que acompanham o Regulamento, com os Anexos I e II.

Examinando-se os referidos anexos não se vislumbra — continua o Dr. Juiz — tenha o legislador contemplado a atividade do autor como considerada penosa, insalubre ou perigosa. Se a atividade de vigilante não se encontra ali elencada, não pode ele pretender aposentar-se com fulcro no art. 38, da CLPS. O mesmo reafirmou nos embargos infringentes.

Ouvida a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, opinou no sentido da improcedência da ação, em parecer da lavra do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (fl. 48). Posta a causa em provas, não foram especificadas (fls. 51/53). O autor não apresentou razões finais, mas o réu reiterou a argumentação da defesa (fls. 55/56).

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Trata-se de ação rescisória de sentença que, por motivo da alçada da Lei nº 6.825/80, não subiu ao Tribunal, esgotada, porém, a primeira instância pelo julgamento dos embargos infringentes. Como não há impedimento legal que vede o uso da ação rescisória nestes casos, apesar do pequeno valor à mesma atribuída, não tive dúvida em admiti-la de plano, por considerar que a ação rescisória não é recurso, sendo por isso mesmo

cabível esse **remedium juris** nas causas mencionadas na Lei nº 6.825/80, assim como era no pertinente ao art. 839, do Código anterior (Cf. Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, 2ª ed. revista, vol. IV, 1963, pág. 271; Pontes de Miranda, Comentários, vol. VI, pág. 236; Coqueijo Costa, Ação Rescisória, LTR, pág. 18; José Carlos Barbosa Moreira, Comentários, Forense, vol. V, pág. 95).

No mais, pelo que se lê da respeitável sentença rescindenda, teria a mesma afrontado o disposto em vários textos legais e regulamentares, que ressalvam direitos porventura adquiridos pelo trabalhador candidato à aposentadoria especial. Consta da respeitável sentença que o Decreto nº 53.831, de 25-3-1964, fora revogado pelo Decreto nº 83.080, de 24-1-1979. E que este, no seu art. 60, inciso I, condicionou o direito à aposentadoria especial à comprovação de constar a atividade exercida pelo trabalhador dos quadros regulamentares, Anexos I e II. Examinando-se esses Anexos — continua a sentença — não se vislumbra tenha o legislador contemplado a atividade do autor como penosa, insalubre ou perigosa (fl. 22).

Vale dizer que, a par dessa indiscutível revogação, é, porém, da tradição do nosso Direito Previdenciário, no rumo que lhe vem traçando a Constituição Federal, a ressalva dos direitos adquiridos sob certas condições. O Decreto nº 83.080/79 contém essa ressalva no seu art. 64, onde se lê que as categorias profissionais, que até 22 de maio de 1968 faziam jus à aposentadoria cogitada no art. 31, da Lei nº 3.807/60 e na forma do Decreto nº 53.831, de 25-3-1964, embora atualmente excluídas do benefício, conservam o direito ao benefício adquirido nas condições de tempo de serviço e idade vigentes em 22-5-1968. Não só o texto regulamentar, mas a própria CLPS assim dispõe na parte

final do seu art. 38, quando manda observar o disposto no art. 127, que reza:

«Art. 127. Na forma do disposto no artigo 1º da Lei nº 5.527, de 8 de novembro de 1968, as categorias profissionais que até 22 de maio de 1968 faziam jus à aposentadoria de que trata o artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na sua primitiva redação e na forma do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, mas que foram excluídas do benefício por força da nova regulamentação aprovada pelo Decreto nº 63.230, de 10 de setembro de 1968, conservam o direito a esse benefício nas condições de tempo de serviço e de idade vigentes naquela data».

Admito, portanto, a presente ação rescisória, devido à violação, em tese, dos textos citados, mas não posso julgá-la procedente **de meritis** porque o autor infelizmente não comprovou haver satisfeito a principal condição integrativa do benefício, ou seja, o tempo de trabalho efetivo no desempenho da sua atividade de Guarda, da PETROBRÁS, que é de 25 anos, **ex vi** do disposto no Decreto nº 53.831, de 25-3-1964, art. 3º, e Anexo, no Código 2.5.7, Campo de Aplicação Extinção de Fogo, Guarda. Se o autor começou a trabalhar como Guarda em 27-4-1955, não dispunha ele, ainda, de 25 anos de serviço até 22-5-1968 e muito menos ao tempo em que requereu o benefício previdenciário, pois verifiquei que, nem mesmo na data do

Decreto nº 83.080/79, esse tempo havia sido completado. O autor não trouxe aos autos sequer o título de sua aposentadoria ou mesmo a prova do exercício de outras atividades que se pudesse somar ao tempo que já dispunha na atividade insalubre.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas, honorários advocatícios à base de 10% sobre o valor da causa e reversão da importância do depósito.

E como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 1.000 — SP — Registro nº 3.493.709 — Rel.: O Sr. Min. Gueiros Leite. Autor: Antônio José Lisboa. Réu: IAPAS. Advs.: Mauro Lúcio Alonso Carneiro e outros e Celso Renato D'Ávila e outros.

Decisão: A Seção, à unanimidade, julgou a ação improcedente e condenou o autor nas custas e na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, determinando a reversão do depósito em favor do réu. (Em 17-10-84 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar, William Patterson, Ademar Raymundo, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau e Costa Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Madeira, José Cândido, Flaquer Scartezini e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Lauro Leitão**.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.299 — RJ

(Registro nº 4.760.352)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Agravante: Tortuga Cia/Zootécnica Agrária

Agravada: União Federal

Advogado: Dr. Paulo Rabelo Corrêa

EMENTA

Processual Civil.

Recursos: agravo de instrumento; interposição extemporânea.

Preclusão temporal.

Aplicação dos artigos 242, § 1º e 523 do CPC.

Decidida a questão processual em audiência sem que a causa fosse na mesma ocasião julgada, o prazo para interposição de agravo começou logo a fluir.

Interposto o recurso somente onze dias depois, dele não se conhece.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer 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, 24 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Na audiência de instrução e julgamento de demanda de procedimento sumaríssimo, a autora pediu fosse a ré considerada litigante de má-fé, «por haver retirado os autos de cartório, só os devolvendo nesta oportunidade, em prejuízo do direito da autora, que necessitou de certidão comprobatória do objeto da ação e do estado em que a mesma se encontrava» (fl. 32).

O ilustre Magistrado indeferiu o pedido, por não se achar configurada a má-fé, tanto mais quanto é certo não ter havido requerimento de restituição dos autos.

A autora interpôs então o presente agravo de instrumento, regularmente processado.

Mantida a decisão, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, na mesma audiência em que foi pedida a sanção processual foi decidida a questão, na presença das partes (fl. 32), ou seja, em 6 de maio.

O recurso, no entanto, somente foi interposto em 18 do mesmo mês (fl. 2).

Cuida-se, portanto, de recurso tardiamente manifestado (CPC, arts. 242, § 1º e 523), já inadmissível, por força da preclusão.

Ante o exposto, dele não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 43.299 — RJ — Registro nº 4.760.352 — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agrte.: Tortuga Cia/Zootécnica Agrária. Agrda.: União Federal. Adv.: Dr. Paulo Rabelo Corrêa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo. (Em 24-10-84 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Carlos Velloso.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.378 — RJ
(Registro nº 4.784.464)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson
 Agravantes: José Gomes de Oliveira e outro
 Agravada: União Federal
 Advogados: Drs. Regina Gasparly Torres e outros

EMENTA

«Processual Civil. Despacho saneador. Deferimento de provas. Reconsideração.

Deferida, no saneador, a prova pericial requerida, tomando as partes as providências que lhes competiam, logo a seguir, não poderia outro Magistrado que assumiu a condução do processo, reconsiderar o despacho anterior, determinando o julgamento antecipado da lide, sem qualquer justificativa ou fundamentação.

Demais disso, a jurisprudência pretoriana vem entendendo que ocorrências dessa natureza importam em cerceamento de defesa.

Agravo provido.»

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao agravo, para reformar a decisão agravada, 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 abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: José Gomes de Oliveira e outro ajuizaram ação ordinária contra a União Federal, objetivando anular questões que compuseram as provas para o concurso de Agente Fiscal de Tributos Federais, a que concorre-

ram, alegando conter as mesmas erros grosseiros de formulação, além de serem algumas estranhas ao programa fornecido.

Na peça inaugural protestaram pela produção de prova, o que foi deferido, em despacho do Dr. José Gregório Marques, eminente Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, nestes termos (fl. 24):

«Defiro somente prova pericial. Nomeio Peritos os Drs. Oswaldo de Azevedo e Carlos Henrique de Carvalho Froes, sendo o primeiro para as perícias de Contabilidade e Economia e o segundo para a de Direito Tributário. Louvem-se as partes em assistentes técnicos e indiquem quesitos pertinentes no prazo legal.

Após o compromisso em data que a Secretaria designar, assino o prazo de 60 dias para a entrega dos laudos».

Tomadas as inciativas, como pedido de designação de perito oficial e indicação pela ré de seus assistentes-técnicos, além de formulados os quesitos pelas partes interessadas, o Dr. Henry Bianor Chalou Barbosa, em exercício na citada Vara, decidiu assim:

«Reconsiderando a decisão de fl. 230, referente à nomeação de peritos, indefiro a produção de prova pericial. Voltem os autos conclusos para o julgamento antecipado da lide.»

Inconformados, agravaram os autores, sustentando a impossibilidade de alteração do despacho anterior, porquanto o deslinde da questão estava a exigir produção de provas, sem lugar para o seu julgamento antecipado. Demais disso, saneado o processo, era defeso modificar-se essa decisão, de ofício, sob pena de grave lesão aos direitos dos ora agravantes. Ilustram o petitório com inúmeros Acórdãos em prol do que sustentam.

Contraminita às fls. 61/62.

Neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, com apoio em lições doutrinárias de Calmon de Passos e Theotonio Negrão, sobre a natureza jurídica do saneador, no novo Código, conclui pela legitimidade do despacho agravado (fls. 67/70).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Não se discute a alteração introduzida pelo vigente Código de Processo Civil em relação ao que denominava o ordenamento de 1939 «despacho saneador». Conforme adverte Wellington Moreira Pimentel («Comentários ao Código de Processo Civil», Vol. III, pág. 416):

«A decisão a ser proferida após as providências preliminares terá conteúdo predominantemente declaratório».

Não constitui o saneamento, na nova sistemática, formalidade essencial. Todavia, não estará o despacho que definiu, na oportunidade, a desnecessidade de prova pericial imune a ataques, por meio de medida adequada (agravo de instrumento), porquanto a decisão interfere no rito da demanda, podendo causar sérios prejuízos aos litigantes.

Daí por que Moreira Pimentel (ob. cit. pág. 419) proclama o cabimento do recurso, ao assinalar:

«Indeferido o pedido de realização do exame pericial, a parte que não se conformar com a decisão poderá atacá-la, interpondo o agravo de instrumento (art. 522) que subirá para imediata apreciação pelo Tribunal ou, se a requerer o agravante, poderá ficar retido nos autos a fim de que dele conheça o Tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação (art. 522, § 1º).»

É certo que o juiz tem poderes para orientar o processo, na condução das provas, consoante estabelece o art. 130, do CPC, ao atribuir-lhe autoridade para indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Isso, porém, não significa limitação ou restrição à capacidade da parte, nesse ponto. Comentando a espécie, diz Hélio Tornaghi («Comentários ao CPC», vol. I, pág. 402):

«Em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual. O juiz não é mero espectador de luta de partes; ele dirige e polícia «determina as provas necessárias à instrução do processo», indefere as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que faz

a seleção das requeridas e diz quais são as necessárias à instrução do processo.

Convém, entretanto, salientar que a prova não se faz exclusivamente para o juiz; não se poderia ressuscitar a máxima *Iudici fit probatio*, nem afirmar como outra se fazia, que destinatário da prova é o juiz e não o adversário (**Fides seu probatio est facienda iudici non adversario**). Cada uma das partes tem o direito de conhecer e criticar a prova produzida pela outra e pode até convencer o adversário de boa-fé. Por isso, deve o juiz agir com prudência na exclusão de provas».

No mesmo sentido leciona Celso Agricola Barbi («Comentários ao Código de Processo Civil», vol. I, pág. 531).

Como visto, o juiz, no vigente quadro jurídico, pode interferir nesse aspecto. A posição que tomar, porém, representa a formação de um juízo de valor sobre a necessidade ou não desse elemento. No particular, a prova pericial requerida foi julgada necessária pelo Magistrado que fez a declaração de saneamento, ao deferi-la, nas condições explicitadas (fl. 24). Nesse momento definiu o modelo de instrução do processo, convencido, decerto, da impossibilidade de decidir o pleito sem o auxílio do material probatório. As partes, daí por diante, passaram a tomar as providências que lhes competiam. De salientar, ainda, que a ré nada alegou nem se insurgiu contra a decisão.

Posteriormente, outro digno juiz, ao assumir o processo, reconsiderou o despacho referenciado, indeferindo a produção de prova pericial, determinando que os autos lhe fossem conclusos para julgamento antecipado da lide. Isso significa que entendeu ser a questão de mérito unicamente de direito, ou, então, desme-

recer prova (art. 330, I, do CPC). Patenteou um novo juízo de valor sobre esse ponto, discordando do colega. Todavia, não esclareceu nem fundamentou o ato, como seria de exigir-se, em tais circunstâncias, principalmente quando se tratava de apreciar manifestação de outrem que já produziu efeitos.

No tocante ao debate sobre ser possível ou não reconsiderar o despacho que admite ou inadmite provas, embora as condições especiais deste caso, conforme salientado, independa dessa colocação, forçoso é reconhecer que a jurisprudência pretoriana favorece a tese dos agravantes, consoante se lê dos Acórdãos trazidos a conhecimento, verbis:

«Ação de Reivindicação. Despacho saneador ordenando a citação de litisconsortes necessários, originando agravo no auto do processo, afirmando a necessidade de produção de provas.

II — Não pode prevalecer decisão que, surpreendendo as partes sem realização de audiência, num só veredito, alterou aquelas determinações, decidindo o mérito das três ações.

III — A tal procedimento se opõem os arts. 330, I, última parte, e 471 do Código de Processo Civil, este segundo a Súmula nº 424.

IV — Recurso extraordinário conhecido e provido». (RE nº 89.221, 1ª Turma, unânime, Rel.: Min. Thompson Flores, RTJ nº 95/271).

«Saneador. Julgamento antecipado. Impossibilidade. Saneado o processo, deferindo-se as provas a serem produzidas, não pode o juiz antecipar o julgamento da lide, mas sim designar e realizar a audiência de instrução e julgamento (Código Processual Civil, arts. 331, II, e 446, II)». (RE nº 81.767, 1ª Turma, unânime, Rel.: Min. Bilac Pinto, RTJ, nº 76/305).

«Julgamento antecipado da lide. Matéria de fato. Prova testemunhal. Cerceamento de defesa. O julgamento antecipado da lide, pela improcedência da ação, importa em cerceamento de defesa, se evidenciada a necessidade de produção de provas em audiência, recusada pelo juiz contra o intento das partes. Recurso extraordinário provido». (RE nº 94.323-4 — RJ — 1ª Turma, unânime — Rel.: Min. Rafael Mayer — DJ de 21-5-82, pág. 4871).

Nesse mesmo sentido, copioso o auxílio jurisprudencial do E. Tribunal Federal de Recursos:

«Ementa: Processual. Cerceamento de direito probatório.

Sentença de julgamento antecipado da lide, sem atendimento a que a embargante argüira questões de fato e protestara pela realização de provas. Inobservância dos arts. 598, 740 e 745, do CPC.» (AC nº 41.890-DF — 5ª Turma. Unânime — DJ de 26-2-82, pág. 1319).

«Ementa: Execução fiscal. Contribuições previdenciárias. Penhora em bem de terceiro.

Tendo o MM. Juiz a quo recebido liminarmente os embargos, de cuja inicial consta protesto pela produção de provas, não podia julgá-los de plano, sob a invocação do inciso I, do art. 330 do CPC. Essa norma, inaplicável na espécie, há de ser temperada pelas disposições dos arts. 1.050, § 1º, apud 326, 327 e 396 da lei adjetiva. Manifesto o cerceamento de defesa, anula-se a decisão recorrida, para ensejar ao embargante a produção de provas cabíveis. apelação provida.» (AC nº 75.141-SP — 6ª Turma. Unânime. Rel.: Min. Américo Luz — DJ de 13-5-82, pág. 4532).

«Processual. Nulidade. Sentença que se anula em virtude do cerceamento de defesa do executado.

Acórdão

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso para anular o processo desde a sentença e determinar que outra seja proferida após a realização da perícia, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.» (AC nº 43.576-SP. Rel.: Min. Justino Ribeiro — DJ de 3-6-82, pág. 5404).

«Ementa: Processual. Execução fiscal. Embargos. Protesto por prova pericial deferida e posteriormente denegada, com preterição do direito de defesa. No caso, o título exequendo não contém os atributos de liquidez, certeza e exigibilidade. Recurso provido.» (AC nº 42.233-MG — 5ª Turma. Unânime. Rel.: Min. Moacir Catunda. DJ de 3-6-82, pág. 5403).

«Ementa: Processual Civil. Embargos. O julgamento antecipado da lide que abrange questões de fato e de direito constitui cerceamento de defesa, quando realizado à margem de prova requerida pela parte. É nula a sentença quando o juiz não se pronuncia sobre pedido expresso de requisição de procedimento administrativo, deferindo-o ou indeferindo-o. Apelação provida.» (AC nº 58.399-SP — 6ª Turma. Unânime. Rel.: Min. Miguel Ferrante. DJ de 31-5-82, pág. 5224).

Ante o exposto, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 43.378 — RJ — Registro nº 4.784.464 — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Agrtes.: José Gomes de Oliveira e outro. Agrda.: União Federal. Advs.: Drs. Regina Gasparly Torres e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, para reformar a decisão agravada. (Em 19-4-83 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.858 — RJ

(Registro nº 4.308.913)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Agravante: Maria José de Souza Gomes

Agravados: Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. — TELERJ e José Antônio Simão e outros

Advogados: Drs. Estellito Rangel e outro (agrite.), Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Ana Maria José Silva de Alencar e outros e Jorge Luiz Schmall (agrds.)

EMENTA

Contitucional e Processual Civil. Desapropriação. Interesse jurídico e assistência formal da União indemonstrados. Incompetência absoluta da Justiça Federal para o processo e julgamento da ação. Competência da Justiça Comum Estadual.

I — Se a União não intervém no feito, como assistente, falece competência à Justiça Federal para processar e julgar ação de desapropriação promovida por concessionária de serviço público de telefonia. Inteligência e aplicação da Súmula nº 62 do TFR.

II — «Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.» — Súmula nº 61 do TFR.

III — Agravo provido, no sentido de declarar-se a incompetência do Juízo Federal para processar e julgar a desapropriação promovida pela TELERJ, cujos autos deverão ser remetidos à Justiça Comum Estadual, com prejuízos dos atos decisórios já praticados.

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 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, 21 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Sebastião Reis**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Geraldo Sobral**: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Maria José de Souza Gomes da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da Sétima Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que determinou o desentranhamento das peças da agravante, por considerá-la parte ilegítima **ad causam** nos autos da desapropriação movida pela Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. — TELERJ contra José Antônio Simão e outros, visando área destinada a uso comum para acesso a Vila, constante de onze (11) casas.

Em suas razões de fls. 4/5, a recorrente alega, também, a incompetência absoluta da Justiça Federal, para processar e decidir a ação expropriatória, face à inexistência de intervenção formal e qualificada da União Federal.

Formado o instrumento do agravo, com as peças indicadas e as obrigações, a empresa recorrida apresentou sua resposta (fls. 139/140).

À fl. 147, o ilustre Juiz **a quo** manteve a decisão agravada e remeteu os autos a este egrégio Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo improvido do recurso (fls. 164/165).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Geraldo Sobral** (Relator): Senhor Presidente, de conformidade com a orientação da Súmula nº 62 desta Corte, «**compete à Justiça Federal processar e julgar ação de desapropriação promovida por**

concessionária de energia elétrica, se a União intervém como assistente.»

No caso em tela, a agravante junta vasta documentação, em que ficou demonstrada a competência estadual para apreciar ações idênticas.

Cita-se, *verbis gratia*, o Agravo de Instrumento nº 40.614 — Rio de Janeiro, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho, junto à colenda e antiga 3ª Turma deste Tribunal, com decisão, assim, ementada:

«Competência. Assistência da União. Não requerendo a União seu ingresso em ação de desapropriação promovida pela TELERJ, mas, antes, manifestando ela ser a competência da Justiça Estadual, não é realmente cabível seja a demanda processada e julgada na Justiça Federal.

Não se tratando, no caso, de litisconsórcio necessário, é preciso, para que a União figure na demanda que requeira seu ingresso assistencial. Embora seja estranho que em casos iguais peça em uns a União sua admissão como assistente e em outros não, e embora possa achar o Juiz que seria cabível tal assistência, não pode ele fixar a competência na Justiça Federal se não há tal assistência. É questão que, por certo, merecerá fixação de critério uniforme por parte da Procuradoria da República.» (fl. 12).

Venho defendendo, nesta Egrégia Turma, o entendimento de que a mera assinatura do Procurador da República, na inicial, em conjunto com o patrono da sociedade de economia mista, seguida da simples alegação de interesse na causa, não configura, por si só, aquela intervenção qualificada da União, que se caracteriza pela sua participação na relação de direito material litigiosa, tendo em vista os efeitos da sentença a

ser proferida, e sua admissão formal, no feito, integrando a relação jurídica processual, como assistente.

Na espécie sob julgamento, restou indemonstrada a assistência da União Federal, no processo principal de desapropriação.

Se a incompetência absoluta, como no caso, deve ser declarada de ofício (CPC, art. 113), impõe-se o acolhimento das razões aduzidas pela recorrente, neste sentido, ficando prejudicada a questão relativa a sua legitimidade para o feito, o que será solucionado pelo Juízo estadual, competente.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo e declaro a incompetência do Juízo Federal para processar e julgar a desapropriação promovida pela TELERJ contra José Antonio Simão e outros, devendo os autos da referida ação ser remeti-

dos à Justiça Comum Estadual, com prejuízo dos atos decisórios já praticados.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 43.858 — RJ — Registro nº 4.308.913 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Maria José de Souza Gomes. Agrdos.: Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. — TELERJ e José Antônio Simão e outros. Advs.: Drs. Estellito Rangel e outro (agрте.), Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Ana Maria José Silva de Alencar e outros e Jorge Luiz Schmall (agrds.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 21-5-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Costa Lima votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.016 — SP (Registro nº 4.190.033)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Agravante: Ricardo José Secchieri

Agravada: União Federal

Advogado: Dr. Carlos Alberto Lorenzetti Bueno

EMENTA

Processual Civil. Apelação. Embargos rejeitados liminarmente. Efeitos da apelação. CPC, artigo 520, V.

I — A apelação interposta contra decisão que rejeita, liminarmente, embargos à execução, deve ser recebida apenas no efeito devolutivo.

II — Inteligência do artigo 520, V, CPC. Precedentes do STF.

III — Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Velloso**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O Dr. Juiz Federal rejeitou liminarmente os embargos apresentados por Ricardo José Secchieri à execução fiscal que lhe move a União Federal, sob a alegação de que não recolhera as custas processuais em tempo hábil. Da sentença que rejeitou os embargos, o agravante interpôs recurso de apelação, solicitando expressamente o seu recebimento em ambos os efeitos, mas o Dr. Juiz acolheu o apelo apenas no efeito devolutivo. Daí o presente agravo, em que pleiteia o agravante a reforma da decisão, a fim de que a apelação interposta seja recebida também no efeito suspensivo. Invoca o art. 520 do CPC, e sustenta que a jurisprudência e a doutrina têm sido acordes em estabelecer que as apelações interpostas de sentenças que rejeitam liminarmente os embargos à execução devem ser recebidas no duplo efeito.

A agravada não respondeu e o Dr. Juiz manteve o despacho agravado (fl. 30v.).

Subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República ofereceu o parecer de fls. 34/36, em que opina pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): O Egrégio Plenário, no MS nº 88.847-SP, Relator o Sr. Ministro Torreão Braz, decidiu no sentido de que «o art. 520, V, do CPC, ao conferir efeito apenas devolutivo à apelação interposta da sentença que julgar improcedentes os embargos opostos à execução, não incide na hipótese de apelo da decisão que os rejeitar liminarmente, visto como, em se tratando de norma de exceção, deve ser interpretado, restritivamente». (DJ de 6-8-80).

Na oportunidade do julgamento do citado MS nº 88.847-SP, divergi da orientação da doughta maioria.

Disse eu, então, ao votar:

.....
«No mérito, com a vênia devida ao Sr. Ministro Relator, cujas opiniões e votos temos o costume de respeitar, indefiro a segurança.

Reitero, aliás, no particular, voto que proferi, neste Egrégio Plenário, por ocasião do julgamento do MS nº 87.655-DF, Relator o Sr. Ministro W. Bolívar. Embora tenha ficado vencido e reconheça que, na oportunidade, o nosso douto Colega, Ministro W. Bolívar, proferiu brilhante voto, persisto no entendimento de que a apelação interposta contra sentença que julga os embargos do devedor, seja esse julgamento de mérito, ou não, deve ser recebido só no efeito devolutivo, na forma do que dispõe o art. 520, V, CPC.

Justifico.

O CPC, art. 520, V, é expresso no estatuir que será recebida só no efeito devolutivo a apelação interposta de sentença que julgar improcedentes os embargos opostos à execução.

Ora, se a decisão rejeita os embargos, porque intempestivos, ou

porque não foram preparados (e o preparo é, realmente, necessário, já que os embargos do devedor constituem ação, incidental), parece-me um absurdo, **data venia**, conferir a essa apelação os dois efeitos, suspensivo e devolutivo, por isso estar-se-ia conferindo um privilégio a essa decisão.

Theotônio Negrão em nota ao art. 520, V, escreve:

«Mas, em que efeitos deverá ser recebida a apelação contra decisão que rejeita liminarmente embargos à execução? Em ambos, parece absurdo, porque ficaria em posição mais privilegiada que o recurso contra a sentença de mérito; se entendermos que apenas no efeito devolutivo, teremos contra essa conclusão o histórico do dispositivo e o argumento de que, sendo excepcional o efeito restrito da apelação, deve ser expressamente previsto.

Preferimos, em homenagem ao sistema do CPC em matéria de recursos, concluir que seria ilógico dar recurso com efeito suspensivo, quando não se aprecia o mérito, sem esse efeito, na hipótese contrária. Se assim fosse entendido, seria mais vantagem para o executado oferecer embargos inadmissíveis do que cabíveis, em tese: aqueles, rejeitados **in limine**, comportariam apelação com efeito suspensivo; estes, repelidos a final, somente admitiriam apelação no efeito devolutivo». («CPC e leg. Proc. em vigor». RT, São Paulo, 7ª ed., 1978, pág. 127).

As interpretações que conduzem a um absurdo, as que não condizem com o sistema da lei, devem ser afastadas. Se as causas são as mesmas, os mesmos devem ser os resultados, mesmo porque o direito é ciência da vida. O direito há de ser considerado, como bem sus-

tentam os adeptos da escola do realismo legal, «mais como instrumento social e menos como exercício intelectual», por isso que importa, mais do que tudo, o significado social do resultado (A. Lewis, «Gildeon's Trumpet», pág. 49).

Pergunto: por que o efeito devolutivo, apenas, quando se trata de apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos?

Porque o CPC quer emprestar ao título líquido e certo o exato valor que lhe dá a lei material: não honrado, a tempo e modo, quer o Código conferir ao seu titular um mecanismo rápido de tutela jurisdicional, evitando-se a procrastinação, as chicanas, então, se os embargos são improcedentes, prossegue-se na execução. Evidentemente que o mesmo deve ser dito no caso dos embargos não serem cabíveis.

O excesso de direito, que é poluidor das decisões judiciais, resulta, invariavelmente, do literalismo. Cumpre evitá-lo, presente o princípio de que cumprir a lei não significa que se deve aferrar-se, servilmente, a sua letra, a sua expressão literal; cumprir a lei é, numa palavra, fazer valer os objetivos da lei.

Com estas breves considerações, meu voto, com a vênua devida ao eminente Ministro Relator, cujas opiniões respeito, como suso deixei expresso, é no sentido de indeferir a segurança.»

No MS nº 87.655-RJ, Relator o Sr. Ministro Washington Bolívar, reafirmei o entendimento manifestado no MS nº 88.847-SP e fiquei vencido.

Acontece que o MS nº 88.847-SP, suso mencionado, subiu ao Egrégio Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário — RE nº 96.885-SP, Relator o Sr. Ministro Oscar

Corrêa. (DJ de 2-9-83; Ementário nº 1.306-1). Decidiu, então, a Corte Suprema:

«Apelação contra decisão que rejeita, liminarmente, embargos à execução. Efeito apenas devolutivo. CPC, artigo 520, V (interpretação). Recurso Extraordinário conhecido e provido.»

No RE nº 95.201-RJ, Relator o Sr. Ministro Cunha Peixoto, outro não foi o entendimento da Corte Suprema.

«Recurso de apelação em embargos do devedor julgados intempestivos. Efeito apenas devolutivo. Recurso Extraordinário conhecido e provido.» (DJ 6-11-81; Ementário nº 1.233-3).

No voto que proferiu no julgamento do RE nº 96.885-SP, o Sr. Ministro Oscar Corrêa indica, além do RE nº 95.201, Relator o Sr. Ministro Cunha Peixoto, no sentido do efeito apenas devolutivo da apelação de sentença que rejeita liminarmente os embargos, mais o RE nº 97.647, Relator o Sr. Ministro Soares Muñoz (DJ de

15-10-82). Neste o eminente Ministro Muñoz, Relator, assim se pronunciou:

«Embargos do devedor rejeitados liminarmente por apresentados fora do prazo. A apelação interposta contra tal decisão não tem efeito suspensivo, porque os próprios embargos não suspenderam a execução. Recurso extraordinário conhecido pela letra d e desprovido.»

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.016 — SP — Registro nº 4.190.033 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Agrte.: Ricardo José Secchieri. Adv.: Dr. Carlos Alberto Lorenzetti Bueno. Agrda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 23-11-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.079 — RJ (Registro nº 5.203.805)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Agravante: Maria Ceris

Agravada: União Federal

Advogados: Drs. Cesar Augusto Sotto Maior e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo de instrumento. Intimação. Advogados.

— Se não denunciada nos autos a sucessão processual, é correta a publicação com o nome das partes primitivas, sendo desnecessária a intimação de todos os advogados constantes da procuração. A indicação de apenas um afasta a nulidade a que se refere o § 1º do artigo 236 do CPC.

— Agravo 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, 27 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Flaquer Scartezini**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezini: Adoto e transcrevo o relatório da lavra do douto Subprocurador-Geral da República, Dr. A. J. Valim Teixeira, nestes termos:

«Maria Ceris inconformada com a decisão prolatada pelo julgador de 1ª instância (fl. 18), que declarou deserto o recurso apelativo interposto pela autora, vem de promover o presente agravo de instrumento, para ver reformado aquele despacho. Esclarece que a falta de preparo de seu recurso apelativo deveu-se ao fato de que a intimação para o referido preparo, deu-se em nome do primeiro procurador da autora e que, no entanto, como consta à fl. 13, havia sido inscrito novo instrumento de outorga, de outros advogados, mantendo-se o primeiro somente por questão de ética, porém, em situação secundária. Tal substituição ocorreu em virtude de o primeiro advogado ter celebrado contrato de trabalho, com órgão vinculado à União Federal. Em decorrência dos eventos acima narrados, ficou a autora privada de promover o preparo e, por consequência, a sua defesa (fls. 2/20).

A União, agravada, pronunciou-se pela manutenção do despacho (fl. 22v.).

O Dr. Juiz a quo manteve a decisão agravada, por seus próprios fundamentos (fl. 24).

Subiram os autos e, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República é de parecer no sentido do não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezini: Sr. Presidente, o presente agravo tem como fundamento desconstituir despacho do Dr. Juiz de primeiro grau, que julgou deserto o recurso de apelação da autora por falta de preparo.

Sua fundamentação básica está em que a intimação foi incorreta; pois deu-se em nome do primeiro procurador da autora que assinou a petição inicial e a réplica e até a decisão que julgou deserta a apelação, não havia nos autos qualquer alegação de que estivesse impedido de advogar.

Entendo que a razão está com o Dr. Juiz. De fato, a autora passou procuração em nome de outros dois advogados, mantendo na mesma procuração o nome do Dr. José de Souza, que foi quem assinou a peça inicial e a réplica.

Não consta dos autos, até a decisão que julgou deserto o recurso, qualquer alusão, estivesse o referido advogado, impedido de advogar, razão que teria levado a autora a outorgar procuração a dois outros causídicos, mesmo porque, o seu nome continuou a figurar na nova procuração, numa prova inequívoca de seu total desimpedimento.

À evidência, se a alguém se pode inculcar qualquer culpa por certo

será à própria agravante, que não diligenciou no sentido de informar ao Juízo, o impedimento de seu advogado.

Por tais razões, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.079-RJ — Registro nº 5.203.805 — Rel.: O Sr. Ministro Fla-

quer Scartezzini. Agrte.: Maria Ceris. Agrda.: União Federal. Advs.: Drs. Cesar Augusto Sotto Maior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 27-4-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.166 — MG

(Registro nº 4.425.421)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Agravante: União Federal

Agravados: CISA S.A. e outros

EMENTA

Processual Civil. Medida cautelar. Depósito em juízo. Valor da causa. Artigo 801 do CPC.

In casu não se cuida de cautelar preparatória, no sentido de constituir condição de procedibilidade da ação principal, tanto assim, que a medida poderia ter sido pleiteada na ação principal, seja na sua inauguração, seja no curso dela, sendo de acentuar-se, de outro lado, que o CPC vigente não disciplinou os depósitos dessa natureza, e, à luz dessas premissas, estamos diante de uma medida cautelar administrativa, voluntária, sem implicar, necessariamente, em lide.

A tutela objetivada na ação principal e na cautelar não se identifique; não há equiparar-se o valor da causa numa e noutra, mesmo porque, na cautelar, ainda que jurisdicional, o objetivo se restringe à segurança contra evento futuro e incerto.

Admito o valor arbitrado pelos requerentes.

Precedentes desta Corte (AI nº 46.029).

Negou-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimida-

de, 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, 10 de dezembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Nos autos de incidente de impugnação ao valor da causa, suscitado no processo de medida cautelar ajuizada por CISA S.A. e outras contra a União Federal agrava esta de instrumento da r. decisão trasladada à fl. 37, que deu pela improcedência do incidente levantado, argüindo a agravante:

a) ajuizada a medida cautelar pela requerente supranomeada e seis outras litisconsortes ativas visando a sustar a exigência de contribuição para o FINSOCIAL, além de depositar em Juízo as importâncias respectivas concernentes ao mês de julho/82 e requerer quanto aos meses subseqüentes, até decisão final da declaratória principal a ser proposta, atribuiu à causa o valor de Cr\$ 100.000 (cem mil cruzeiros), havendo sido recolhidas as custas sob essa base e depositadas as prestações concernentes ao mês de julho, no montante de Cr\$ 2.275.007 (dois milhões, duzentos e setenta e cinco mil e sete cruzeiros), havendo a União Federal impugnado o valor da causa, com fulcro nos arts. 258 e 259, II, do CPC, impugnação recusada aos fundamentos de tratar-se de ação cautelar, sendo o preparo pretendido pela impugnante devido não aqui, mas na ação principal, sob pena de duplicidade da exigência:

b) a decisão agravada não pode prevalecer, pois, embora o processo cautelar seja dependente do processo principal (art. 796 do CPC), as duas ações não se confundem, porque diversa a tutela jurisdicional invocada e distinta a relação processual que se instaura (Frederico Marques — Manual de Direito Processual Civil, vol. 4.º, pág. 357); sendo

o valor da causa requisito essencial da inicial, seu quantum há de ser fixado, tendo em vista as determinações dos artigos 258 e 259 referidos;

c) in casu ocorre cumulação objetiva e subjetiva dos pedidos (art. 259, II, do CPC) pelo que o valor da causa deve corresponder à soma dos valores de todos eles, abrangendo os depósitos relativos às parcelas vencidas e vincendas, como requerido, o caráter acessório da ação não dispensa a veracidade do seu conteúdo econômico, traduzível, na espécie, pela proporcionalidade mínima entre o valor da causa principal e o da medida cautelar que objetiva evitar se fruste o resultado do processo de que é acessório; autônomas as duas ações, não há falar-se no bis in idem admitido na decisão agravada, lembrando, ainda, ao propósito, a jurisprudência do Alto Pretório, no tocante à alçada para recurso extraordinário e tratamento autônomo conferido;

d) impõe-se a reforma da decisão agravada, para fixar-se o valor da cautelar à luz dos parâmetros ora defendidos — valor das parcelas já devidas, ou em quantia correspondente ao total das contribuições vincendas até dezembro do ano em curso, em ordem a permitir a proporcionalidade mínima entre o valor dos depósitos mensais de contribuição (ou de sua sustação) e o pedido formulado na cautelar.

Instruído o recurso, mantida a decisão agravada, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): Controverte-se nos autos acerca do valor da causa, no relativo a depósitos concernentes a parce-

las à conta de contribuição para FINSOCIAL, com vista à ação declaratória pertinente a ser ajuizada, havendo a r. decisão agravada entendido que, em se tratando de medida cautelar, o preparo, nos termos pretendidos na impugnação, é de ser pago na ação principal, não se justificando a sua duplicidade (fl. 57), enquanto a agravante sustenta a autonomia da ação cautelar, em face da ação principal, tendo em vista a tutela objetivada numa e noutra, não se podendo ignorar a expressão econômica da primeira; as requerentes deram ao pedido, para efeitos fiscais, o valor de Cr\$ 100.000 (cem mil cruzeiros), contra o qual se levantou, em impugnação, a agravante, pretendendo, para tal, alternativamente, ou o valor do depósito inicial ou o correspondente aos vários depósitos, até dezembro do ano corrente.

Sem embargos da douda sustentação da agravante; por primeiro ano-to que in casu não se cuida de cautelar preparatória, no sentido de constituir condição de procedibilidade da ação principal, tanto assim, que a medida poderia ter sido pleiteada na ação principal, seja na sua inauguração, seja no curso dela, sendo de acentuar-se, de outro lado, que o CPC vigente não disciplinou os depósitos dessa natureza, e, à luz dessas premissas, estamos diante de uma medida cautelar administrativa, voluntária, sem implicar, necessariamente, em lide.

Ainda que se considere a medida como cautelar jurisdicional, lembro que espécie semelhante, ligada a depósitos de prestações de mutuário,

em face do BNH, foi objeto de apreciação pela Egrégia 6ª Turma deste Tribunal, no AI nº 46.029, havendo ali, no particular, prevalecido a tese que favorece a parte agravada, como se vê do doudo voto do Relator Ministro Torreão Braz, acompanhado por seus pares, do teor seguinte:

«O art. 801 do CPC não alude a valor da causa, ao contrário do art. 282, que inclui entre os requisitos da petição inicial no procedimento ordinário. Isto significa que, no processo cautelar, não é necessário se atribua valor à causa.

Todavia, ainda que se considere indispensável esse valor na cautela jurisdicional, é evidente que não pode ele equiparar-se ao da causa principal, visto que, naquela, o objeto se restringe à segurança contra evento futuro e incerto.»

Em face desses pressupostos, confirmo a decisão agravada, na sua conclusão.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 44.166 — MG — Registro nº 4.425.421 — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Agrte.: União Federal. Agrdos.: CISA S.A. e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 10-12-84 — 5ª Turma).

Os Senhores Ministros Pedro Acio-li e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sebastião Reis. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.352 — PR (Registro nº 4.444.949)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Agravante: Mundial de Serviços Marítimos Ltda.

Agravada: União Federal

Advogado: Dr. Prentice Pereira Pesch

EMENTA

Processual Civil. Medida cautelar provisória. Artigo 798 do Código de Processo Civil.

Há nítida distinção entre as medidas cautelares de caráter administrativo adotadas pelo juiz, de que trata o artigo 797 do Código de Processo Civil, e as medidas provisórias de natureza jurisdicional, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão grave e difícil reparação, previstas no artigo 798. Naquelas, age o juiz independentemente da vontade das partes, face da indisponibilidade de valores que protege; nestas, tem o dever de examinar o interesse da parte e a aparência de direito para decidir segundo os princípios.

Se o pedido foi feito com base no artigo 798 do Código de Processo Civil, não pode o juiz invocar na excepcionalidade da medida provisória, para indeferir-lhe liminarmente.

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 agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Mundial de Serviços Marítimos Ltda. teve indeferida, liminarmente, medida cautelar requerida contra a União Federal, com o seguinte despacho do Juiz Federal da 2ª Vara do Paraná:

«I — A suspensão liminar inaudita altera parte tem a característica de excepcionalidade que não divisei, **prima facie**, no caso trazi-

do à apreciação judicial. Daí porque, entendendo que não ocorre a excepcionalidade de que fala o art. 797, C. P. Civil, indefiro a pretendida cautelar sem audiência da requerida. Intime-se a requerente.

II — Determino o seguimento do pedido com a citação da União Federal. Negada a liminar, perdeu objeto o requerimento contido no item 3º (fl. 20)» (fl. 79).

Contra essa decisão interpôs a entidade estivadora agravo de instrumento, com apoio nos arts. 496-II e 512 do CPC, preliminarmente porque o fundamento invocado (art. 797 do CPC), contrariou o disposto no art. 798 do CPC, não devendo ser aplicado rigidamente sem ser considerado em conjunto com os demais dispositivos do Código, além de que, estando constituída como Agência de Navegação e Entidade Estivadora, registrada na DRTM do Paraná, para prestação dos serviços nos portos de Paranaguá e Antonina, está impedida de trabalhar, face a errônea interpretação da lei por parte do seu órgão de classe, o Conselho Superior do Trabalho Marítimo, com a edição

da Resolução nº 912/81 que convalidou a Resolução nº 22/80-DTM, aplicando as disposições do art. 255, § 2º da CLT, revogadas pelo Decreto-Lei nº 127/67, o qual, posteriormente, foi revogado pela Lei nº 5.480/68. No mérito, evidencia-se a excepcionalidade da medida não em face do art. 797 do CPC, mas nos demais dispositivos do Código, da farta documentação instruindo o pedido e da violação do direito líquido e certo da recorrente, consubstanciado no art. 153, § 3º DA CF.

Pediu o deferimento da medida liminar, para que fosse autorizada a execução normal de suas atividades como entidade estivadora, no Porto de Paranaguá, restabelecendo-se os seus direitos injustamente violados.

Formado o instrumento, contramituiu a União Federal.

O juiz manteve sua decisão e os autos subiram, opinando a Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O pedido fundou-se no art. 798 do CPC, que autoriza ao juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão grave e de difícil reparação. São as chamadas cautelares inominadas, de caráter jurisdicional, distintas das medidas de natureza administrativa, do art. 797 do CPC.

Comentando o art. 798 do CPC, diz Galeno Lacerda que «a notável liberdade discricionária que a lei concede ao juiz para adotar as medidas atípicas, mais adequadas para conjurar a situação de prêmio representada, a nosso ver, o momento mais alto e amplo da criação do direito em

concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental, como o nosso. Claro que o juiz não cria, aí, o direito material em abstrato. Mas as providências variadas e imprevisíveis, impostas pela força dos fatos, fazem com que os decretos do magistrado assumam o caráter de normas e imperativos concretos de conduta, que significam, na verdade, autêntica obra de descoberta e criação singular do direito, emanada do fato, colada ao fato, nascida para o fato». (Comentários ao CPC da Editora Forense, Vol. VIII, Tomo I, págs. 156/157).

A medida cautelar provisória, pretendida pela agravante, para que possa voltar a desempenhar suas atividades de entidade estivadora no Porto de Paranaguá, se inclui entre aquelas que o juiz pode conceder, desde que se configurem a aparência de direito, o perigo de mora e o receio de lesão.

O juiz apreciou o pedido como preensão excepcional, fundada no art. 797 do CPC. Mas a hipótese do art. 797 é de cautela de ofício, de natureza administrativa, emanada do poder de polícia do juiz, no resguardo de bens e pessoas confiados por lei à sua autoridade. Essa cautela, aliás, é adotada comumente no curso de processos judiciais, sempre que neles se verifica a necessidade de proteção direta do juiz.

O pedido foi feito, porém, à luz do art. 798, que trata de medidas cautelares de caráter jurisdicional. E a requerente tratou de demonstrar o que entende como aparência de direito em seu favor, bem como o perigo de mora e o receio de lesão que a decisão administrativa, de desautorização do exercício de suas atividades de entidade estivadora lhe acarretará.

Não viu o juiz, porém, nessa cessação de atividades, a lesão a re-

ceiar ou a mora eminente a temer, de modo a caracterizar a excepcionalidade.

Mas a excepcionalidade de que trata o art. 797 do CPC, diz respeito exatamente ao poder do juiz de acautelar valores indisponíveis, agindo de ofício, em caráter administrativo. A excepcionalidade significa que as medidas cautelares a serem determinadas fogem ao princípio dispositivo, não ficando o juiz subordinado à vontade das partes.

Se se trata de pedido em que a parte invoca o receio de lesão, o *periculum in mora* e a aparência de direito, o juiz tem o dever de apreciá-lo, com vista ao interesse específico da parte, configurado nas duas primeiras condições, e ao próprio mérito, constituído pelo *fumus boni juris*. Trata-se de pedido de

cautela provisória, de natureza jurisdicional e não de medida administrativa.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo, para reformar a decisão recorrida.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.352 — PR — Registro nº 4.444.949 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Agrte.: Mundial de Serviços Marítimos Ltda. Agrda.: União Federal. Adv.: Dr. Prentice Pereira Pesch.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 20-11-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Hélio Pinheiro votaram de acordo com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ademar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.880 — SP

(Registro nº 5.545.501)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Agravante: União Federal

Agravado: Hiroo Tanaka

Advogados: Drs. Antônio Ozório Mendes da Silva e outro

EMENTA

Bens do domínio da União. Terrenos de extintos aldeamentos de índios. Usucapião.

Os terrenos dos extintos aldeamentos de índios não são devolutos, pois foram incorporados aos próprios nacionais, no governo imperial, excetuados os em que se fundaram vilas e povoados e os que se destinassem a logradouros públicos.

Não sendo devolutos, não estão incluídos entre os que foram distribuídos aos Estados, por força do artigo 64 da Constituição de 1891.

No regime republicano, a União sempre proclamou seu domínio sobre os terrenos referidos, salvo os que tenham sido legalmente transferidos para o

domínio dos Estados e Municípios (Decreto nº 22.250, de 23-12-32, artigo 4º, letra c, Decreto-Lei nº 710, de 17-9-38, artigo 1º, letra c, Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, artigo 1º, letra h). Quanto aos terrenos do extinto aldeamento São Miguel — Guarulhos —, o Governo Federal expressamente o reconheceu como do domínio da União, ao ceder ao Estado de São Paulo o domínio direto das áreas descritas no Decreto-Lei nº 1.854, de 10-2-81.

Tratando-se de terras públicas, e não demonstrada a prescrição aquisitiva anterior ao Código Civil, não são mais suscetíveis de usucapião. (Súmula nº 340 do STF).

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª 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, 30 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Proposta ação de usucapião de imóvel situado na Comarca de Mairiporã-SP, o qual constituía aldeamento de índios de São Miguel e Guarulhos, foi a Procuradoria da República no Estado intimada, comunicando, então, o interesse da União no feito, por ser o imóvel usucapiendo bem do seu domínio, por força do disposto no Decreto-Lei nº 9.780, de 5-4-46, artigo 1º, letra h, argüindo a incompetência do Juiz e pedindo a remessa dos autos à Justiça Federal.

Juntou documentos e informação do Serviço de Patrimônio da União.

Prosseguiu-se no feito e o Juiz de Direito, considerando o disposto no art. 125, I, da Constituição Federal, acolheu o pedido e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

O Juiz Federal Alcindo Noletto Rodrigues, por despacho, não reconheceu o interesse da União Federal e declinou da competência, remetendo os autos à Justiça do Estado de São Paulo, alegando que:

«O que me foi dado ler sobre esses antiqüíssimos aldeamentos indígenas convenceu-me de que eles passaram para o domínio dos Estados-Membros ex vi de também antiqüíssimos diplomas legais e, na pior das hipóteses, o teriam feito ex vi do art. 64 da Constituição de 1891.

Saber se, posteriormente, se trasladaram para o domínio privado é questão a decidir-se na Justiça local».

Ante essa decisão, interpôs a União o presente agravo de instrumento, contraminutado pelo agravo.

Formado o instrumento, manteve o Juiz o despacho agravado.

A Subprocuradoria-Geral da República, considerando que «a exclusão do interesse da União Federal no feito, cerceia aprioristicamente o seu direito de comprovar na fase própria a sua dominialidade sobre o bem em questão», opinou pelo provi-

mento do agravo, para reformar a r. decisão agravada, confirmando-se a competência do MM. Juiz Federal, o qual deve prosseguir a instrução e decidir como entender de direito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A questão do domínio sobre as terras dos extintos aldeamentos de índios tem sido diversas vezes examinada neste Tribunal, principalmente a propósito das do aldeamento São Miguel e Guarulhos.

No presente caso, o Juiz considerou que referidas terras passaram para o domínio dos Estados, por antiqüíssimos diplomas legais ou por força do art. 64 da Constituição de 1891.

Data venia, não é essa a realidade.

O Aviso de 21 de outubro de 1850, renovado pelo de 21 de julho de 1858, mandou incorporar aos bens nacionais as terras dos índios que já não vivessem aldeados, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilizada. E sobre a parte dessas terras acaso aforadas, determinou que de modo algum seriam renovados os respectivos contratos (Teixeira de Freitas, Livro das Terras, edição de 1860, pág. 13).

Posteriormente, a Lei nº 2.672, de 20 de outubro de 1875, permitiu ao governo a alienação das terras dos extintos aldeamentos que estivessem aforadas e transferiu para os municípios as em que tivessem sido fundadas vilas e povoações. (Rodrigo Otávio, Domínio da União e dos Estados, edição de 1897, pág. 66).

O Decreto nº 10.105, de 5 de março de 1913, que regulamentou as terras devolutas da União, considerou como tal as áreas de extintos aldeamentos de índios não encravadas que não se achassem no domínio

particular ou aplicadas a algum uso público federal ou municipal (art. 2º).

O Decreto nº 22.250, de 23 de dezembro de 1932 arrolava como bens de domínio da União, os terrenos dos antigos aldeamentos de índios que não tivessem passado legalmente para o domínio dos Estados e dos Municípios (art. 4º, alínea c). O Decreto-Lei nº 710, de 17 de setembro de 1938 reproduz essa disposição, no seu art. 1º, alínea c. Igualmente, o Decreto-Lei nº 6.871, de 15 de setembro de 1944, no seu art. 2º, inciso II. Finalmente, o art. 1º, letra h, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, ainda vigente, inclui entre os bens imóveis da União os terrenos dos antigos aldeamentos de índios, na forma estabelecida na legislação anterior, supracitada.

Os terrenos do antigo aldeamento de São Miguel — Guarulhos não foram transferidos pela União ao Estado de São Paulo ou a qualquer município. Continuou, pois, como bens da União.

Na AC nº 49.107, São Paulo, a propósito desses terrenos, assim resumi, na ementa do acórdão, a questão:

«Bens do Domínio da União. Terrenos de extintos aldeamentos de índios. Usucapião.

Os terrenos dos extintos aldeamentos de índios não são devolutos, pois foram incorporados aos próprios nacionais, no governo imperial, excetuados os em que se fundaram vilas e povoados e os que se destinassem a logradouros públicos.

Não sendo devolutos, não estão incluídos entre os que foram distribuídos aos Estados, por força do art. 64 da Constituição de 1891.

No regime republicano, a União sempre proclamou seu domínio sobre os terrenos referidos, salvo

os que tenham sido legalmente transferidos para o domínio dos Estados e Municípios (Decreto nº 22.250, de 23-12-32, art. 4º, letra c, Decreto-Lei nº 710, de 17-9-38, art. 1º, letra c, Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, art. 1º, letra h). Quanto aos terrenos do extinto aldeamento São Miguel — Guarulhos, o Governo Federal expressamente o reconheceu como do domínio da União, ao ceder ao Estado de São Paulo o domínio direto das áreas descritas no Decreto-Lei nº 1.854, de 10-2-81.

Tratando-se de terras públicas, e não demonstrada a prescrição aquisitiva anterior ao Código Civil, não são mais suscetíveis de usucapião. (Súmula nº 340 do STF)» (fls. 7/8).

Dou provimento ao agravo, para determinar o retorno dos autos da

ação de usucapião à Justiça Federal em São Paulo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.880 — SP — Registro nº 5.545.501 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Agrte.: União Federal. Agrdo.: Hiroo Tanaka. Advs.: Drs. Antônio Ozório Mendes da Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 30-11-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Flaquer Scartezini e Hélio Pinheiro votaram de acordo com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ademar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.363 — MS

(Registro nº 5.630.916)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Agravante: Cia. de Financiamento da Produção — CFP

Agravado: Otônio Alves de Souza

Advogados: Drs. Moacir Felix Ferreira e outro e Otônio Alves de Souza

EMENTA

Processual Civil. Prova. Depoimento pessoal. Utilidade e admissibilidade.

Ao juiz processante cabe decidir da utilidade e admissibilidade da prova requerida, dizendo, melhor que ninguém, da necessidade da prova à cabal cognição. Na formação desse juízo de conveniência e utilidade, é preferível ao julgador usar de liberalidade que de avareza, inclusive para afastar qualquer ressaibo de cerceamento de defesa.

Improvemento do agravo.

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Pedro Acioli**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Pedro Acioli**: Companhia de Financiamento da Produção — CFP, sucessora da Comissão de Financiamento da Produção — CFP, por seu mandatário Banco do Brasil S.A. Agência de Campo Grande-MS, agravou de decisão proferida nos embargos do devedor promovidos por Otônio Alves de Souza, deferindo a produção de depoimentos pessoais e de prova testemunhal.

Sustenta a agravante que nenhum subsídio traria ao julgamento dos embargos, uma vez que os depoimentos pessoais jamais poderiam desconstituir o título em execução, revestido de liquidez, certeza e exigibilidade, como bem demonstrou com a inicial da execução e com a impugnação dos embargos. Tais medidas visam, apenas, retardar o resultado da execução, ação esta que se rege pelo princípio da economia processual, eficácia e rapidez do processo.

Contraminutado e mantida a decisão agravada, subiram os autos a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Pedro Acioli** (Relator): Seguramente, a decisão atacada não merece censura. Com efeito, justificou o Dr. Juiz a manutenção:

«Mantenho por seus fundamentos, o despacho de fl. 8, objeto do agravo, pelo qual foi declarado saneado o processo, deferindo-se provas e marcando-se audiência para o dia 23-5-84, às 15:00 h.

É de jurisprudência tranqüila que «o depoimento pessoal da parte, como qualquer outra prova,

submete-se ao requisito de sua utilidade e admissibilidade pelo Juiz» RT nº 502/56.

Ora, se o juiz houve por bem em admitir a prova pleiteada, é porque a mesma, certamente, tem pertinência com o tema a ser decidido, devendo, por isto, ser colhida, para evitar, inclusive, cerceamento de defesa.

Por outro lado, o julgamento antecipado da lide, tal como previsto pela segunda parte do inciso I, do art. 330, constitui faculdade judicial, não sendo legítimo que a parte, como quer a agravante, impinja ao Juiz a sua adoção, pois é certo que é este que tem que formar a sua convicção, para decidir — JTA nº 39/54. Inviável, assim, o recurso; todavia, a seu respeito melhor dirá o Eg. TFR, para o qual os autos devem ser remetidos, após anotações e desapensamento, trasladando-se cópia deste despacho e fazendo-se a certidão necessária, nos autos principais, antes da remessa.

Intime-se.

Campo Grande, 27 de março de 1984, **Arnaldo Esteves Lima**, Juiz Federal, em exercício» — fl. 50.

O juízo da utilidade da prova é, muitas vezes, como no caso, de índole subjetiva. O Dr. Juiz asseverou que julga útil o depoimento pessoal. Não há como afastar a decisão, mesmo porque, em tese, é admissível a prova testemunhal, como o depoimento pessoal, no processo de embargos.

Tratando de situação semelhante, no AI nº 40.732-SP (1.350.137), **DJ** de 11-9-80, de que fui Relator, decidiu esta 5ª Turma:

«É razoável a alegação de necessidade da prova testemunhal para comprovar o uso da marca questionada.

É certo que o julgador, melhor que ninguém, pode dizer do que é

necessário a sua cabal cognição. Mas em matéria de prova, antes deve-se usar de liberalidade que de avareza».

Não vendo motivo ou razão suficiente que justifique a reforma da decisão agravada, nego provimento ao agravo.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.363 — MS — Registro nº 5.630.916 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro

Acioli. Agravante: Cia. de Financiamento da Produção — CFP. Agravado: Otônio Alves de Souza. Advogados: Drs. Moacir Félix Ferreira e outro e Otônio Alves de Souza.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao agravo (Em 13-6-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Moacir Catunda votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Moacir Catunda**.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.644 — RJ

(Registro nº 5.332.877)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Agravante: Marquesa Com. Ind. de Móveis Ltda.

Agravada: Vulcan Material Plástico S.A.

Advogados: Drs. Guilherme Dauer Filho e Luiz Gonzaga Moreira Lobato e outros.

EMENTA

Processual Civil. Ação principal e medida cautelar. Apelação. Efeitos.

A sentença de nulidade de marca proferida na ação principal é indissociável da exarada na medida cautelar que suspendeu os efeitos dos mesmos registros; de outro lado, o artigo 520, V, do CPC é expresso em dispor que a apelação, na medida cautelar, só será recebida, em seu efeito devolutivo.

Nesse contexto, ante a incidibilidade apontada, comunicar à apelação interposta o efeito duplo pretendido pela agravante é retirar da sentença concessiva da cautelar o seu efeito imediato, perseguido no item V, do artigo 520 do estatuto processual vigente, e, daí, a adequação do despacho agravado.

Negou-se provimento ao agravo.

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 ao agravo, na forma do relatório e notas taquigrá-

ficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Marquesa — Comércio e Indústria de Móveis Ltda. agrava de instrumento do r. despacho trasladado à fl. 21 que recebeu apenas em efeito devolutivo a apelação por ela interposta nos autos da ação que lhe move Vulcan Material Plástico S.A. com vista à anulação de registros de marca ali especificada, sustentando basicamente que se impõe o recebimento respectivo, no duplo efeito, considerando-se, em especial que, para aqueles fins, é de prevalecer o regime da ação principal e não o da medida cautelar, tudo conforme leio da inicial.

Instruído o recurso, mantida a decisão agravada, neste Tribunal, dispensei parecer.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): Consoante se vê do traslado de fl. 41, a ação de nulidade de registro foi julgada, em parte, procedente para anular os registros das marcas respectivas, afastado o pedido de perdas e danos, concedendo, paralelamente, a medida cautelar, para suspender os efeitos dos registros, enquanto não transitar em julgado a sentença.

No caso concreto, a sentença de nulidade de marca proferida na ação principal é indissociável da exarada na medida cautelar que suspendeu os efeitos dos mesmos registros; de outro lado, o art. 520, V, do CPC é expresso em dispor que a apelação, na medida cautelar, só será recebida, em seu efeito devolutivo.

Nesse contexto, ante a incidibilidade apontada, comunicar à apelação interposta o efeito duplo pretendido pela agravante é retirar da sentença concessiva da cautelar o seu efeito imediato, perseguido no item V do art. 520 do estatuto processual vigente, e, daí, a adequação do despacho agravado, pelo que o confirmo.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.644 — RJ — Registro nº 5.332.877 — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Agrte.: Marquesa Com. Ind. de Móveis Ltda. Agrda.: Vulcan Material Plástico S.A. Advs.: Drs. Guilherme Dauer Filho e Luiz Gonzaga Moreira Lobato e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 28-11-84 — 5ª Turma)

Os Senhores Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.656 — SP

(Registro nº 5.660.866)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Agravante: Prefeitura Municipal de Santos

Agravado : IAPAS

Advogados: Drs. Cristina Lino Moreira e Pascal Leite Flores

EMENTA

Processual Civil. Execução. Fazenda Pública. CPC, artigo 730. Lei nº 6.830/80.

Não invalida a execução contra a Fazenda Pública a mera irregularidade (fruto do automatismo), consistente no fato de o IAPAS requerer, na inicial, citação do Município para pagar a dívida, no prazo de cinco dias, ou oferecer bens à penhora (Lei nº 6.830/80, artigo 8º, caput), cabendo ao juiz, na qualidade de presidente do feito e fiel aplicador da lei, adotar a medida legal adequada (CPC, artigo 730 e seguintes), por impulso oficial.

Improvemento do agravo.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: A Prefeitura Municipal de Santos — SP recorre da sentença que indeferiu liminarmente a petição de fls. 8/9, apresentada nos autos da Execução Fiscal nº 1.560/83, determinando o prosseguimento da execução, na conformidade do art. 730, incisos I e II do CPC.

Quer a recorrente a reforma da decisão objeto do agravo, «a fim de que seja convertido o rito processual a partir da citação na estrita e correta observância do art. 295, V do CPC, e devolvido à municipalidade o prazo para apreciação dos embargos» (fl. 5).

Razões do agravado pela manutenção integral da decisão (fl. 52).

Dispensada a vista da SGR, na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): A decisão agravada é do seguinte teor:

«A manifestação de fls. 8/9 fica liminarmente indeferida à mingua de respaldo legal.

A petição inicial está formalmente em ordem, e reúne todos os requisitos exigidos pelo artigo 6º da Lei nº 6.830/80, o mesmo ocorrendo com a certidão de inscrição da dívida ativa que a integra.

Ressalte-se que a origem, a natureza e o fundamento legal do débito constam expressamente do título executório, pois no campo «fundamento legal» há remissão ao item 11, e no verso do item 11 transcreve o histórico da infração, ou seja, «infração do art. 142, inciso IV da CLPS, expedida pelo Decreto nº 77.077, de 24-1-76, por não haver recolhido, na época própria, as cotas de previdência». O período de contribuição, com seus respectivos valores, constam do demonstrativo anexo à certidão.

De outro lado, o fato de a devedora ser Fazenda Pública não a impede de figurar no pólo passivo da relação processual executória,

até porque as execuções contra a Fazenda Pública estão disciplinadas no art. 730 do CPC.

«O requerimento contido na inicial (padronizada) para a executada «pagar a dívida em cinco dias ou nomear bens à penhora» constitui irregularidade sem maior significância, não tendo o condão de tornar o pedido juridicamente impossível e nem tampouco pode servir de motivo para a extinção do processo.

Isto porque, é de sabença comum, que nas execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, dispensável a garantia da execução como pressuposto de admissibilidade de embargos, ex vi do disposto no art. 730 do CPC. Ela é citada apenas para opor embargos no prazo de 30 dias (art. 16 da Lei nº 6.830/80), independentemente de penhora ou qualquer outra garantia.

Portanto, se a Municipalidade pretendesse desconstituir o crédito em execução, bastaria, após o chamamento, interpor embargos no prazo acima mencionado, deduzindo toda e qualquer matéria de fato e de direito que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. Ora, como assim não procedeu, limitando-se a peticionar singelamente e sem caráter de embargos, conforme ela própria afirma, insurgindo contra meras irregularidades formais do título executório, nada mais resta senão prosseguir na execução, na conformidade do art. 730, incisos I e II do CPC.

Remetam-se os autos ao contador para a elaboração da conta, fixando-se a verba honorária em 10% sobre o valor do débito corrigido.

Registre-se e intime-se.

Santos, 5 de dezembro de 1983 —
Eleutério Dutra Filho, Juiz de Direito» (fls. 47/49):

À parte o entendimento do Dr. Juiz a quo, no sentido de que o prazo para a Fazenda embargar é de 30 dias, mantenho a decisão. Com efeito, a mera irregularidade da inicial, produto do automatismo, não prejudica a execução e não impede ao juiz, como presidente do feito, determinar as providências próprias do impulso oficial e adequados ao procedimento previsto em lei.

A extinção do processo, sem julgamento do mérito, por defeito de articulação processual, é medida que, por seu intenso efeito, somente deve ser imposta diante de falha grave. Observe-se que, a propósito, o atual Estatuto de Processo Civil, menos ortodoxo, não prestigia a forma pela forma, aproveitando o ato processual que, embora realizado de modo diverso do previsto em lei, alcançar a finalidade, desde que não prescreva a lei cominação alguma (CPC, art. 244).

Assim, requerendo o Instituto, na inicial, a citação do município para pagar a dívida dentro de cinco (5) dias ou nomear bens à penhora, o juiz, como fiel aplicador da lei, pode e deve adequar o procedimento executório aos termos do art. 730 e seguintes do CPC.

O município, ao sustentar, no caso, a imprestabilidade da inicial e nulidade da execução, orça pelo preciosismo, sendo de afastar-se tal posição extrema, incompatível com o atual espírito do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.656 — SP — Registro nº 5.660.866 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Agravante: Prefeitura Municipal de Santos. Agravado: IAPAS. Advogados: Drs. Cristina Lino Moreira e Pascal Leite Flores.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao agravo. (Em 12-9-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral e Moacir Catunda votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.756 — PR

(Registro nº 5.666.864)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Agravante: Banco Nacional da Habitação

Agravados: Drs. José Goes e outros

Advogados: Drs. Roberto Luiz Alves de Vasconcellos e outros, Cornélio Afonso Capaverde e outros

EMENTA

Processual Civil.

Ação cautelar inominada.

Valor da causa.

Impugnação.

Aplicação do artigo 260 (e não do artigo 259) do CPC.

Recurso: agravo de instrumento; desprovimento. Precedente.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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, 10 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Bueno de Souza**, Relator.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Banco Nacional da Habitação agravou de instrumento de decisão (fl. 10) proferido pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara do Paraná, que, nos autos da medida cautelar inominada movida por José Goes e outros contra o ora agravante, julgou improcedente a impugnação do valor da causa.

Contraminutado o recurso e mantida a decisão, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Os autores da Ação Cautelar

inominada, acessória (ao que parece, de depósito) proposta na pendência da demanda principal em que se discute sobre o valor das prestações estipuladas em contrato de financiamento, deram-lhe o valor correspondente a prestações de um ano, por entenderem que, inaplicável à espécie o art. 259 do CPC, a disposição que mais se lhe aproxima é a do art. 260.

Outra não foi a compreensão adotada pelo d. Juiz da causa, ao escrever (fl. 10):

«À ação questiona o último reajuste (130,42%), descogitando dos reajustes passados ou futuros. Logo, não parece procedente a pretensão de levar em consideração o valor do contrato, que é o resultado da multiplicação das prestações pactuadas. Demais, se procedente a ação, a decisão se vinculará às prestações questionadas por causa do percentual malsinado (130,42%), sem a abrangência divisada pelo impugnante. Some-se que o pedido cautelar tem natureza distinta daquele derivado de relação jurídica de direito material. Por isso, como pretensão autônoma, não se confunde com a pretensão denominada «principal». De qualquer modo, a teor do art. 40, Lei nº 6.825/80, será cabível eventual apelação».

2. Tenho como correta a decisão.

Em verdade, há até excesso de valor, posto que a cautelar nem mesmo comporta decisão sobre prestações, senão apenas quanto à necessidade da providência quanto a elas requerida.

Acresce que a questão não tem ressonância em tema de competência.

3. Em hipótese semelhante assim também decidi esta 4ª Turma (Ag nº 45.211 — PR, Relator Ministro Pádua Ribeiro, unânime, DJ 31-5-84).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.756 — PR — Registro nº 5.666.864 — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agravante: BNH. Agravados: José Goes e outros. Advs.: Drs. Roberto Luiz Alves de Vasconcelos e outros.

Decisão: Negou-se provimento ao agravo, unanimemente. (Em 10-9-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg participaram do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Armando Rollemberg**.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.841 — SC

(Registro nº 6.116.035)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Agravantes: Antenor Chinato Ribeiro e cônjuge

Agravado: BESC S.A. Crédito Imobiliário

Advogados: Drs. João Zanotto Filho e outros, Neusa Maria Zanetti e outros

EMENTA

Competência. Ação de rescisão contratual. Imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Discutindo-se reajustamento de prestação de apartamento financiado pelo Banco Nacional da Habitação,

impõe-se seu chamamento à lide como litisconsorte necessário, cabendo à Justiça Federal o processo e julgamento do feito.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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, 3 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Armando Rollemberg**: Antenor Chinato Ribeiro e sua mulher Sonia Regina Chinato Ribeiro, ajuizaram, na Justiça do Estado de Santa Catarina, ação contra BESC S.A. — Crédito Imobiliário, para obtenção de rescisão de contrato de imóvel adquirido da ré, que, na contestação, sustentou a necessidade de ser chamado ao processo, como litisconsorte, o Banco Nacional da Habitação, por ter sido quem efetivamente financiara a alienação do imóvel, requerimento de cujo deferimento resultou afirmar-se o juiz estadual incompetente para presidir ao processo, remetendo-o, por isso, à Justiça Federal.

Irresignados os autores interpuseram Agravo de Instrumento, alegando:

«3º) Os agravantes discutem a exorbitância do aumento das prestações, que quebra o vínculo contratual, firmado entre as partes qualificadas na Peça Vestibular, e não os critérios e alterações adotados pelo SFH;

4º) A agravada não busca o suporte do BNH quando executa os devedores e lhes toma os imóveis hipotecados. É justo, pois, que com a mesma independência respondam quando são colocados no outro pólo do vínculo, responsabilizados passivamente pela infração contratual. O Banco Nacional da Habitação não firmou contrato com os agravantes, não lhes cobra a prestação e nem lhes executa o débito. Logo, não pode ser parte no feito, razão porque a competência persiste sendo da Justiça Estadual».

Formado o instrumento o dr. juiz manteve a decisão recorrida pelo despacho seguinte:

«Mantenho o despacho agravado de fl. 20 por seus próprios fundamentos e, ainda, com base nos arts. 16 e 25, da Lei nº 4.380, de 21-8-64, que declara o Banco Nacional da Habitação pessoa jurídica de direito público, com capital integral da União Federal, sendo, portanto, este juízo incompetente para determinar a citação do referido estabelecimento bancário para intervir no feito como litisconsorte necessário como requer a contestação de fl. 24, inciso 4º».

Os autos foram ter ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que os remeteu a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Armando Rollemberg** (Relator): O Banco Nacional da Habitação tem, sem dúvida, interesse no julgamento de ação na qual se discute o reajustamento da prestação de imóvel por ele financiado, impondo-se o seu chamamento à lide como litisconsorte, e, assim,

acertadamente decidiu o julgado recorrido, ao considerar que a competência para processar e julgar o feito era da Justiça Federal.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.841 — SC — Registro nº 6.116.035 — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Agrte.: Antenor

Chinato Ribeiro e cônjuge. Agrdo.: BESC S.A. — Crédito Imobiliário. Advs.: Drs. João Zanotto Filho e outros e Neusa Maria Zanetti e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 3-10-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Armando Rollemberg**.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.876 — SP (Registro nº 6.395.414)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Agravante: Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A.

Agravados: Adevar Breda e outros

Advogados: Drs. Rechele Paschino Taddeu, outro e Jacinta Maria Martins da Fonte Gunther

EMENTA

Processual Civil. Medida cautelar tendo como objeto depósito judicial de prestações decorrentes de contratos de aquisição de casa própria. Confirmação de despacho que a concedeu, porque manifesta, no caso concreto, a existência de periculum in mora, e inegável a aparência de bom direito dos autores.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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, 26 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Armando Rollemberg**: Na Seção Judiciária do Es-

tado de São Paulo foi requerida medida cautelar, consistente no depósito judicial de prestações decorrentes de contratos de aquisição de casa própria, ao fundamento de que ditas prestações haviam sido reajustadas por índices incabíveis, porque correta a aplicação, ao caso do Plano de Equivalência Salarial.

Distribuído o processo, o Dr. Juiz proferiu o despacho seguinte:

«1. Entendo configurados os requisitos que autorizam a concessão da medida liminar. Com efeito, no caso em exame, pretende-se efetuar judicialmente o depósito das prestações devidas ao BNH mas na mesma proporção ou correspondência existente entre a prestação e a renda familiar, à época da celebração do contrato.

2. O exame perfunctório da prova indica possibilidade de eventual quebra do equilíbrio entre a renda e a prestação, pela inobservância de teto que enseje compatibilidade entre o valor das prestações e os ganhos do mutuário ou mutuários. Assim, a fumaça do bom direito é patente tal qual é o perigo da demora.

3. Essas considerações, a título de fundamentação, apenas justificam a concessão da liminar inaudita altera parte e não representam qualquer juízo de libação mesmo porque somente o exame de mérito, na ação de conhecimento, dirá configurado ou não o direito reclamado.

4. Por tais motivos, **quantum satis**, concedo a medida liminar para que os requerentes depositem as prestações nos valores indicados às fls. 7/8, suspendendo-se, **si et in quantum** a cobrança noticiada.

5. Expeçam-se guias de depósito. Após, citem-se».

Inconformada apelou a ré, Caixa Econômica do Estado de São Paulo, argumentando:

«Em que pesem as liminares concedidas, há ausência total dos pressupostos imprescindíveis à concessão da Medida Cautelar, que repousam na existência do **periculum in mora** e do **fumus boni juris** a exigirem a proteção jurisdicional prévia, tendo em vista que os autores não conseguiram demonstrar em que consistiu a violação de seus pretensos direitos, limitando-se, como se vê na inicial, a atacar a política salarial imposta pelo Governo Federal.

A equivalência salarial estabelecida pelos autores entre os seus rendimentos e o valor das prestações, tanto as iniciais quanto as atuais, nada têm a ver com o PES (Plano de Equivalência Salarial)

cujas características são outras, definidas na RC nº 36/69, do BNH, instituidora do referido Plano.

A escolha do PES foi, tão-somente, em relação à época dos reajustes das prestações mensais, que pelos termos contratuais, se dariam 60 (sessenta) dias após o aumento do salário mínimo. Não havendo portanto, qualquer relação entre o percentual de reajuste e o percentual do aumento do salário mínimo, quanto mais com relação aos salários percebidos pelos autores.

A requerente jamais se recusou a receber os valores das prestações, desde que, é evidente, sejam pagas com base no novo índice aplicado, já que a ela não se permite alterar os índices baixados pelo Governo Federal, os quais estão inteiramente de acordo com o determinado pela Lei nº 6.423/77, que assim estabelece no seu art. 1º:

«A correção monetária, em virtude de disposição legal ou estipulação do negócio jurídico, de expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da ORTN (Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional)».

Formado o instrumento, a decisão agravada foi mantida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): É manifesta a existência, no caso de que tratam os autos, de **periculum in mora**, pois, se os requerentes da medida cautelar não tiverem condições de pagar as prestações das casas de que são adquirentes com o reajuste efetuado pelos réus, podendo fazê-lo, contudo, de acordo com o aumento salarial que obtiveram no período, do fato de serem obrigados ao pagamento maior

resultará a sua não efetivação, e, conseqüentemente, mora.

De outro lado, não há como negar-se que o direito dos autores tem aparência de bom, o que, entretanto, somente será apreciado em definitivo no julgamento da ação a ser ajuizada a propósito.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.876 — SP — Registro nº 6.395.414 — Rel.: O Sr. Ministro Ar-

mando Rollemberg. Agrte.: Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A. Agrdo.: Adevar Breda e outros. Advs.: Drs. Rechele Paschino Taddeu, outro e Jacinta Maria Martins da Fonte Gunther.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 26-9-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Armando Rollemberg**.

AGRAVO DE PETIÇÃO TRABALHISTA Nº 7.353 — MG (Registro nº 5.598.605)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Agravante: Sérvio Túlio Raposo Lima

Agravada: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Drs. Jadyr Britto da Silva e João Baptista Ardizoni Reis

EMENTA

Trabalhista. Inquérito. Improcedência. Execução. Parcelas patrimoniais.

A teor do artigo 495, da CLT, a decisão que julga improcedente inquérito trabalhista ajuizado para rescindir contrato de empregado estável, sem que estabeleça, de modo explícito, qualquer restrição aos direitos destes nem determina a conversão da reintegração em efeitos indenizatórios (artigo 496, da CLT) importa em acolher o ressarcimento remuneratório ali previsto, circunstância que autoriza a execução nos próprios autos.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **William Patterson**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: A r. sentença de fls. 664/668 expõe a matéria discutida nos presentes autos, **verbis**:

«Trata-se de liquidação de sentença por artigos, em obediência ao despacho de fl. 519, pretendendo o requerido, ora exequente, receber as rubricas discriminadas às fls. 522/523, tudo no total de Cr\$ 9.768.109,15 (nove milhões, setecentos e sessenta e oito mil, cento e nove cruzeiros e quinze centavos).

Alega o exequente que saiu vitorioso no inquérito judicial para apuração de falta grave de estável, a ele movido pela executada, Caixa Econômica Federal, eis que tanto a sentença de primeira instância quanto o Acórdão do Eg. Tribunal Federal de Recursos deram o inquérito como improcedente.

Acrescenta o liquidante que a CEF, além de dispensá-lo da função de gerente, transferiu-o de Caratinga para Belo Horizonte, manteve-o afastado por aproximadamente sete anos, lançando-lhe acusações desmoralizantes, tomou-lhe o apartamento, cujo pagamento em prestações havia se tornado impossível, e suprimiu-lhe o auxílio-alimentação e a proteção assistencial do SASSE, deixando-o, em suma a sua própria mercê.

Sustenta o empregado que «ficou mais do que caracterizado seu afastamento definitivo dos serviços da empresa», pelo que a CEF teria se tornado devedora das parcelas pretendidas, cujos valores apresenta (fls. 521/526).

Citada (fl. 528), a Caixa Econômica Federal contestou os artigos de liquidação, negando em síntese, a procedência das parcelas pretendidas, especialmente a parte referente a salários atrasados, entendendo que a decisão exequenda reconheceu, expressamente, que o requerido cometera várias faltas, mas não as considerou de tal gravidade a justificar seu despedimento por justa causa, optando por sua «readmissão» pura e simples, e não

por sua «reintegração», com direito aos salários concernentes ao tempo de tramitação do inquérito.

Aduziu a executada que, como medida de justiça, deveria o empregado ser intimado a retornar aos quadros da empresa, indeferindo-se-lhe as importâncias que está a pleitear (fls. 529/538).

Na fase probatória, foram juntados documentos (fls. 542/554) e realizada a perícia, cujo laudo foi acostado às fls. 572/73, com os anexos de fls. 574/590, com vista às partes.

Pelo despacho de fl. 65, acatou-se a preliminar de fl. 598, permitindo-se ao assistente-técnico do exequente elaborar seu laudo e juntá-lo aos outros, o que ocorreu às fls. 620/626, com os anexos de fls. 627/632.

Os peritos manifestaram-se, em conjunto, à fl. 637, tendo as partes se pronunciado novamente, realizando-se a audiência de fl. 648, e juntando-se os memoriais de fls. 649/653 e 658/663.

Anteriormente, em atendimento ao requerimento de fl. 556, determinou-se a expedição de «mandado de reintegração no emprego» (fl. 560), cujo cumprimento foi frustrado (fls. 563/594), tendo o exequente afirmado nesta última petição que a «proposta está antecipadamente recusada...».

Sentenciando, o Dr. João Batista de Oliveira Rocha, eminente Juiz Federal da Quarta Vara do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente os artigos de liquidação.

Inconformado, o exequente inter pôs recurso ordinário (fls. 674/687), que foi recebido como Agravo de Petição (fl. 688).

A executada, Caixa Econômica Federal, ofereceu contra-razões de fls. 690/694, que obtiveram, nesta instân-

cia, a adesão da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fl. 703).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O MM. Juiz a quo resolveu a controvérsia com essa fundamentação:

«O dispositivo da sentença exequente está vazado nos seguintes termos:

«Por estas considerações, entendendo não configurada a falta grave atribuída ao empregado estável Sêrvio Túlio Raposo Lima, deixo de acolher a pretensão da Caixa Econômica Federal, manifestada no presente inquérito trabalhista e a condeno ao pagamento das custas respectivas» (fl. 438).

Por outro lado, o v. Acórdão de fl. 495 limitou-se a negar provimento ao recurso interposto pela CEF afirmando na ementa:

«Falta que apenas justifica a destituição da função de confiança, já providenciada pela própria empresa».

O Acórdão unânime baseou-se no voto do eminente Ministro Justino Ribeiro (fls. 492/493).

Como se verifica, a sentença exequenda é meramente declarativa. Ao decidir o inquérito judicial, nem a primeira instância nem a segunda se pronunciaram sobre verbas porventura devidas ao empregado requerido, restringindo-se a considerar improcedente o inquérito, negando à empresa o direito de rescindir o pacto laboral do empregado.

Em face da omissão da sentença, deveria o requerido, **data venia**, ter interposto embargos de declaração, na primeira ou na segunda instância para o fim de esclarecer-se a decisão, na verdade, implicava a

readmissão (volta ao emprego sem salários atrasados) ou reintegração do servidor (retorno ao emprego, com o pagamento dos salários referentes ao tempo da suspensão).

O esclarecimento era imprescindível, pois, como é ressabido.

«Na liquidação, não se poderá modificar ou inovar a sentença liquidanda, nem discutir a matéria pertinente à causa principal» (art. 879/CLT).

Como a sentença foi meramente declaratória (declarou não terem sido graves as faltas imputadas ao obreiro, negando permissão à empresa para despedi-lo), não há o que liquidar, exceto as custas, pena de inovar-se a sentença, em desapreço à determinação legal já aludida.

No caso presente, além das ponderações feitas há que se considerar que as fundamentações da sentença e do Acórdão não permitem qualquer ilação em prol do obreiro, vez que há, nas duas peças, considerações em desfavor do requerido.

Com efeito, tanto a sentença quanto o Acórdão aludem expressamente ao cometimento de faltas pelo requerido (fls. 438/449), o que levaria o julgador à conclusão de que as faltas existiram ainda que não suficientemente graves para o despedimento do estável. Neste caso, a jurisprudência e a doutrina criaram a figura da «readmissão» em lugar da «reintegração» (art. 495/CLT), ou seja, dá-se a volta ao emprego por parte do obreiro faltoso, mas sem os salários atrasados e demais consectários trabalhistas. A readmissão é fruto exclusivo da consideração de circunstâncias benéficas ao empregado.

Diante da argumentação já expandida, desnecessário será qualquer pronunciamento sobre as parcelas pretendidas pelo requerido.

Refrise-se, de todo modo, ad nauseam que os salários atrasados só são devidos em caso de «reintegração» e não no de «readmissão», ou seja, quando se reconhece a existência de faltas, mas insuficientemente graves para a despedida do estável, levando-se em conta sobretudo a boa vida funcional do empregado e exclusivamente em homenagem a esta e a outras circunstâncias.

E, quanto à indenização, não haveria sequer como dela cogitar-se, se nem a r. sentença nem o v. Acórdão se pronunciaram sobre a possível incompatibilidade entre o empregado e a empresa (art. 496/CLT), circunstância inaceitável em se tratando de empresa pública federal, com tantos estabelecimentos no Estado e cuja direção não se personifica em empresários particulares, mas em meros prepostos da própria União.

Conclusão.

Por tais fundamentos, julgo improcedentes os artigos de liquidação oferecidos por Sérgio Túlio Raposo Lima.

Custas e honorários periciais pelo requerido exequente».

Em que pesem os lúcidos argumentos contidos na peça sentencial, peço vênha para colocar-me em sentido oposto, quanto às teses jurídicas postas em destaque.

O trabalhador que goza de estabilidade, ao ser submetido a inquérito trabalhista, para fins de rescisão de contrato, sob a alegação de cometimento de falta grave, estará sujeito às seguintes consequências desse procedimento: a) ser demitido em razão da procedência do inquérito, circunstância que não lhe dá direito a qualquer reparação; b) retorno aos quadros da empresa, por força da improcedência do inquérito, com direito a ser ressarcido da remunera-

ção salarial pelo período em que esteve afastado e; c) indenização dobrada se a volta for desaconselhada, ante a manifesta incompatibilidade resultante do dissídio.

No particular, a decisão judicial favoreceu o empregado. A sentença de primeiro grau, ao julgar o mérito, concluiu, nestes termos:

«Por estas considerações entendido não configurada a falta grave atribuída ao empregado estável Sérgio Túlio Raposo Lima, deixo de acolher a pretensão da Caixa Econômica Federal manifestada no presente inquérito judicial trabalhista e a condeno ao pagamento das custas respectivas».

Acórdão deste Egrégio Tribunal Federal de Recursos confirmou o v. Decisório, ao negar provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal (cfr. fl. 495). A execução, desde quando nenhuma restrição ou esclarecimento explícito restou anotado, teria que ser feito nos exatos termos dos comandos legislativos aplicáveis, no caso, às disposições consolidadas que disciplinam a espécie, *verbis*:

«Art. 495. Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte».

O ilustre sentenciante procura dividir nas expressões «readmissão» e «reintegração», insertas nos dispositivos transcritos, sentido diverso quanto aos direitos resultantes da volta ao trabalho. É verdade que tais expres-

sões constituem institutos diferentes no âmbito da legislação pertinente ao funcionalismo público, sendo de lembrar que a primeira (readmissão) já foi expungida do ordenamento. Todavia, embora inseridas nos arts. 495 e 496, da CLT, e admitida a distinção por tratadistas de nomeada (cfr. Mozart Russomano, in «Comentários à CLT», 9ª edição, pág. 596) forçoso é reconhecer que têm elas, nesse caso específico, o mesmo significado. Não foi feliz o legislador ao empregar os dois termos, ao tratar do retorno do empregado estável ao serviço. Daí, porém, a querer estabelecer um marco divisório, com vistas aos direitos do trabalhador, não me parece correto. Mesmo que isso fosse possível, **ad argumentandum**, a readmissão, como definida no art. 495, importará em pagamento dos salários correspondentes ao período de suspensão. Para que a responsabilidade fosse desautorizada precisaria que o **decisum** assim o declarasse. Não o fazendo, a reparação impõe-se, quer se trate de readmissão, quer se cuide de reintegração, na espécie.

Alude-se ao reconhecimento da prática de faltas, o que eximiria a empresa dos encargos. O que se está julgando é um inquérito trabalhista e, como é óbvio, discutindo-se situação de empregado estável. Se as faltas apuradas não convenceram os julgadores da necessidade da rescisão contratual, por não atingirem o nível de gravidade exigido, a volta ao trabalho não pode sofrer a restrição salarial desejada, pois a isto se opõe o art. 495, da CLT.

A propósito, trago à colação o magistério de João Regis Fassbender Teixeira e Zeno Simm (in Teoria de Prática do Direito do Trabalho, págs. 162/163):

«Ao propor inquérito para apuração de falta grave, o empregador pode fazê-lo mantendo ou não o empregado em serviço. Uma vez pro-

cedente a ação, nada a discutir, vínculo desfeito, nenhuma indenização a ser paga.

Mas, se improcedente, prossegue o contrato a vigor como se nada houvesse ocorrido: existente a opção de afastamento, o período será de interrupção, e o empregado terá direito à percepção de todos os salários referentes ao período de ausência, como se trabalhando estivesse, e mais às vantagens peculiares às interrupções, que já estudamos, sendo imposta ao empresário a reintegração do empregado».

A sentença agravada está correta, porém quando recusa a indenização. Esta só seria devida se a decisão judicial exequenda tivesse declarado a incompatibilidade resultante do dissídio, desaconselhando a reintegração (art. 496, da CLT), hipótese inócua, no particular.

Quanto à possibilidade de execução das parcelas patrimoniais, nenhuma dúvida pode pairar acerca do seu cabimento, tendo em vista que a natureza do litígio e as consequências do seu resultado impõem o reconhecimento dessas prestações, **ex vi legis**. O fato de a sentença ser omissa quanto a tal aspecto é irrelevante, pois a simples improcedência do inquérito confere ao empregado o direito de promover a execução, nos moldes e condições que a lei lhe assegura.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo, para que prossiga a execução no tocante à remuneração devida por força do art. 495, da CLT, excluída, evidentemente, qualquer parcela de caráter indenizatório.

EXTRATO DA MINUTA

AgTb nº 7.353 — MG — Registro nº 5.598.605 — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Agravante: Sérvio Túlio

Raposo Lima. Agravada: Caixa Econômica Federal — CEF. Advogados: Drs. Jadyr Britto da Silva e João Batista Ardizoni Reis.

agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 16-3-84 — 2ª Turma).

Decisão: A 2ª Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.605 — SP

(Registro nº 914)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Recorrente: Juízo Federal da 1ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Hamburg — Sud Agências Marítimas S.A.

Advogado: Dr. João Bento de Carvalho

EMENTA

Anulatório de débito fiscal. Imposto de consumo. Multa do artigo 60, I, da Lei nº 3.244/57. Multa do artigo 44 do Decreto nº 49.977/61, modificado pelo Decreto nº 1.640/62.

Mercadoria inexistente, em descarga de navio, não pode ser considerada entregue ao consumo para efeito de incidência do imposto de consumo. A multa do artigo 60, I, da Lei nº 3.244/57, não tem aplicação à hipótese, posto que a mercadoria não foi importada sem licença ou além dos limites da licença. Havendo fatura comercial é inaplicável os preceitos do Decreto nº 49.977/61, modificado pelo Decreto nº 1.640/62. Devida a taxa de despacho aduaneiro, adicional que é do imposto de importação. Sentença que se mantém. Apelo 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 aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de junho de 1981 (Data do julgamento) — Ministro **José Dantas**, Presidente — Ministro **Miguel Ferrante**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Hamburg — Sud Agências Marítimas S.A., qualificada nos autos, move a presente ação contra a Fazenda Nacional, objetivando anular, afora o imposto de importação, as parcelas relativas à cobrança da taxa de despacho aduaneiro, imposto de consumo e multa, multa do art. 60, I, da Lei nº 3.244/57, e multa do art. 44 do Decreto nº 49.977/61, que lhe estão sendo exigidas em razão de falta de mercadorias na descarga do navio

«Arabela», entrado no porto de Santos em 5-1-66, e do qual foi agente consignatário.

As fls. 53/57, a ação foi julgada em parte procedente, considerado devido o imposto de importação acrescido de 5% correspondente à taxa de despacho aduaneiro, excluídas as demais parcelas exigidas.

Há recurso de ofício.

Apelou a ré com as razões de fls. 60/62.

Contra-razões às fls. 72/74.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República às fls. 78/81, no sentido do provimento do recurso.

Pauta sem revisão, nos termos do art. 90, § 1º, da Lei Complementar nº 35, de 1979.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: A sentença, da lavra do MM. Juiz Federal Dr. Luiz Rondon Teixeira de Magalhães, é de ser mantida a teor de sua fundamentação que transcrevo:

«Dificilmente seria possível equiparar as mercadorias desaparecidas àquela que é incorporada à economia do país e aqui vendida ou transformada. A mercadoria desaparecida pode ter sido subtraída ou no porto de origem do embarque, ou durante o percurso ou no próprio porto de entrada da mercadoria, sendo em conseqüência irrelevante o raciocínio da contestante no sentido de que as mercadorias faltantes poderiam ser objeto de descaminho ou contrabando. Em verdade, há decisão administrativa no sentido de que o extravio comprovado antes da nacionalização da mercado-

ria, ou melhor, antes de sua entrada em território nacional, impede a incidência do imposto de consumo.

Por outro lado as multas do art. 60, I, da Lei nº 3.244 referem-se às mercadorias importadas sem licença ou além dos limites da licença e no caso houve licença para importação das mercadorias consignadas, parte das quais foi extraviada de forma não apurada. Além disso, não há falar na inexistência de fatura. Fatura houve; o que inexistiu foi falta de parte dos efeitos consignados à importadora, por extravio, roubo ou outra razão qualquer não determinada, isto significando que também nesta parte é inaplicável os preceitos do Decreto-Lei nº 49.977/61 modificado pelo Decreto nº 1.640/62. Nestas condições, julgo devidos apenas os direitos de importação, no valor de Cr\$ 158.278,00 — acrescido de 5% correspondente à taxa de despacho aduaneiro — esta no valor de Cr\$ 13.189,00 e isto porque sendo a taxa de despacho aduaneiro adicional do imposto de importação é ela devida. Quanto ao mais, imposto de consumo, no valor de Cr\$ 39.463,00 e a multa dele decorrente também de Cr\$ 39.463,00; multa do art. 60, I, da Lei nº 3.244/57, no valor de Cr\$ 264.513,00; e multa de fatura comercial, art. 44, do Decreto nº 49.977/61, no valor de Cr\$ 52.759,00, julgo tais quantias indevidas, em face dos argumentos já expendidos nesta sentença. Sobre a quantia depositada pagará a ré juros de mora a partir da citação, com exclusão da parte referente à taxa de despacho aduaneiro e da mesma forma honorários de advogado desde logo arbitrados em 15% sobre o valor da causa dado o princípio da sucumbência» (fls. 56/57).

Nego, pois, provimento à apelação, mantida a sentença remetida por seus próprios fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 29.605 — SP — Registro nº 914 — Rel.: O Sr. Min. Miguel Ferrante. Recte.: Juízo Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Hamburg — Sud Agências Marítimas S/A. Advogado: Dr. João Bento de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos (Em 3-6-81 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Américo Luz e José Dantas votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.346 — SP
(Registro nº 108.022)

Relator: O Sr. Minsitro Miguel Ferrante

Recorrente: Juízo de Direito da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Nacional

Apelante: União Federal

Apelada: Válvulas Schrader do Brasil S/A

Advogado: Dr. Edmundo Zenha

EMENTA

Imposto de Consumo. Importação de bens destinados à incorporação do capital da empresa. (Instrução 113 da SUMOC). Tranquilizada a jurisprudência sobre não se conceituar como venda a incorporação dos bens do capital de empresa, não incidia o imposto de consumo sobre a diferença entre o preço da importação e o da avaliação levada a cabo para efeitos da incorporação (artigo 154, I e II e 156 do Regulamento nº 45.422/59). Sentença que se mantém. Apelação improvida.

ACÓRDÃO**RELATÓRIO**

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 retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de junho de 1981 (Data do julgamento) — Ministro **José Dantas**, Presidente — Ministro **Miguel Ferrante**, Relator.

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, de fls. 81/82, assim resume o caso vertente:

«Trata-se de saber, na espécie se, em aumento de capital de empresa brasileira, a subscrição de ações por empresa estrangeira, mediante incorporação de bens importados com isenção de tributos, está ou não sujeita ao imposto de consumo.

A r. sentença de primeira instância decidiu pela não-incidência, no caso, do referido imposto, ao funda-

mento nuclear de que a incorporação de bens ao capital da sociedade não caracteriza ato de venda e compra, mas simples transferência, não existindo, por outro lado, quer na Lei nº 3.520, de 1958, quer no Decreto nº 45.422, de 1959, qualquer menção abrangendo, explícita ou implicitamente, a incorporação de bens ao capital social, como fato gerador do imposto de consumo».

A seguir, opina pelo provimento da apelação, que interpôs a ré, às fls. 69/70, em suma perseguindo a reforma da sentença, para ser a ação julgada improcedente.

Contra-razões às fls. 73/74.

Há recurso de ofício.

Pauta sem revisão, nos termos do art. 90, § 1º da Lei Complementar nº 35, de 1979.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: A sentença de primeiro grau está assim fundamentada:

«O imposto de consumo não incidia, de modo geral, sobre toda e qualquer transferência da propriedade de coisas móveis ou produtos industrializados.

Incidia, sim, sobre produtos industrializados destinados ao consumo.

Ora, equipamentos industriais, importados sem cobertura cambial porque se destinam a aumentar ou aperfeiçoar a produção, não se destinam ao consumo.

Incorporados que foram ao capital da sociedade, não foram, em exata acepção jurídica, vendidos ou comprados, mas simplesmente transferidos.

A equiparação da responsabilidade do incorporador à do vendedor reconhece, implicitamente, a distinção.

Equipara-se para determinados efeitos legais aquilo que não é, em si mesmo, idêntico. D'outra forma desnecessária seria a equiparação.

Mas a simples equiparação constante da lei das sociedades anônimas, dirigida particularmente a responsabilidade do vendedor, não é ampliável, automaticamente, ao direito tributário ou à esfera de incidência de determinado tributo.

Poderia sê-lo por dispositivo especial da lei, mas quer na de número 3.520, de 1958, quer no seu extenso regulamento, baixado com o Decreto nº 45.422, de 12 de fevereiro de 1959, nenhuma menção se depara abrangendo, explícita ou implicitamente, a incorporação de bens ao capital social, como fato gerador do imposto de consumo.

Estaria implícita a inclusão a que se tratassem de bens móveis destinados à revenda, mas não se poderia da mesma forma concluir, em se tratando de equipamentos destinados à imobilização, como é de presumir-se da autorização para importá-los sem cobertura cambial».

Essas razões de decidir se harmonizam com a jurisprudência desta Corte, tranqüilizada no sentido da falta de suporte legal, na hipótese, para a incidência do antigo imposto de consumo, por não se configurar como venda a incorporação ao capital de bens importados com isenção de direitos, e destinados à imobilização. A propósito, cito os Acórdãos proferidos nos julgamentos das AC nº 24.382 — SP e 24.423 — SP, ambas relatadas pelo ilustre Ministro José Dantas, e com idênticas ementas:

«Imposto de Consumo. Importação de bens destinados à incorporação do capital de empresa (Instrução 113 da SUMOC).

Tranqüilizada a jurisprudência sobre não se conceituar como venda a incorporação dos bens ao capital de empresa, não incidia o imposto de consumo sobre a diferença entre o preço da importação e o da avaliação levada a cabo para efeitos da incorporação (art. 154, I e II, e art. 156, do Regulamento nº 45.422/59)».

Em conseqüência, nego provimento à apelação, mantida a sentença remetida por seus próprios fundamentos.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 30.346 — SP — Registro nº 108.022 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Recte.: Juízo de Direito da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Nacional. Apte.: União Federal. Apda.: Válvulas Schrader do Brasil S.A. Adv.: Dr. Edmundo Zenha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 10-6-81 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Américo Luz e José Fernandes Dantas votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.396 — SP

Relator: O Sr. Ministro Godoy Ilha (Designado)

Relator: O Sr. Ministro Jarbas Nobre (Originário)

Revisor: O Sr. Ministro Godoy Ilha

Recorrente: Juízo Federal da 6ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: João Pires de Oliveira Dias

Advogado: Dr. Antônio Brás Cardoso

EMENTA

«Imposto de Renda. Dupla declaração de rendimentos relativos ao ano base de 1953, feita pelo marido, uma compreendendo os rendimentos auferidos pelo casal e, outra, os rendimentos do seu próprio trabalho, como permitiam o artigo 67 e seu § 2º, do Decreto nº 24.239, de 22-12-1942 (Regulamento do Imposto de Renda), então em vigor.

Mantém-se a sentença de primeira instância, contra o voto do Relator».

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, contra o voto do Sr. Ministro Jarbas Nobre, negar provimento aos re-

ursos, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de agosto de 1973 (Data do julgamento) — Godoy Ilha, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: No exercício de 1954, o autor apresentou declarações de rendimentos, separadas. Uma, do seu casal e outra, dos rendimentos do seu trabalho.

A repartição unificou as declarações e, em razão do resultado que apurou exigiu maior porção do imposto complementar progressivo.

Na discussão ferida na esfera administrativa, não obteve sucesso.

Por esta ação ordinária, pretende ver anulada a decisão administrativa e repetido o valor do depósito que fez.

A ação foi julgada procedente (54/67).

Há recurso *ex officio* e apelo da União.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Pelo Decreto nº 24.239/47, vigente à época, como disposto no *caput* do artigo 67.

«Na constância da sociedade conjugal, os cônjuges deverão fazer declaração conjunta de seus rendimentos, inclusive das pensões de que tiverem o gozo privativo».

Seu § 1º, admitia declarações separadas, no regime de separação de bens, e, o § 2º, permitia declarações, também separadas, para os rendimentos gravados com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, assim como o rendimento do trabalho do cônjuge não cabeça do casal.

A regra geral era a da unidade individual ou familiar do contribuinte.

Bulhões Pedreira («Imposto de Renda», § 23.31 (10) exemplifica:

«Cada pessoa solteira, viúva ou desquitada sem filhos menores, é contribuinte individual. As pessoas casadas, todavia, somente nos casos expressamente previstos na lei estão autorizadas a apresentar declarações em separado».

Os casos em que se permite dupla declaração, são aqueles previstos nos §§ 1º e 2º, acima aludidos: quando o regime do casal é o da separação; quando os bens, do marido ou da mulher, são gravados com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade e quando o rendimento da mulher resultar do trabalho.

No caso dos autos, o autor apelado fez declaração em separado do produto do seu trabalho, quando a lei só assim permitia quando tal rendimento resultasse do trabalho do cônjuge não cabeça do casal não podia fazê-lo, por contrário à lei.

A propósito, vale citar o Acórdão na Apelação Cível nº 20.012, por sinal de interesse do mesmo autor, publicado no DJ de 8-9-69, pág. 3.978, cuja ementa reza:

«Imposto de Renda. Casal. Dualidade de declarações. Não pode o marido, como cabeça do casal, apresentar duas declarações, uma relativa aos rendimentos do casal, e outra aos de seu trabalho. Permissível é apenas, a apresentação de uma declaração pelo marido e outra pela mulher».

Reformo a sentença.

Dou provimento ao recurso.

Verba honorária de 10% sobre o valor da causa.

VOTO

O Sr. Ministro Godoy Ilha: Data venia de V. Exa., mantenho a bem fundada sentença de primeira instância.

O autor, no estado civil de casado, fez as suas declarações de rendimentos, no exercício de 1954, apurados no ano-base de 1953, ambas em seu nome, uma delas abrangendo os rendimentos do casal e outra, os rendimentos do seu trabalho.

Isso era permitido pelo art. 67, e seu § 2º, do Regulamento do Imposto de Renda então em vigor, **verbis**:

«Na constância da sociedade conjugal, os cônjuges deverão fazer declaração conjunta de seus rendimentos, inclusive das pensões de que tiverem o gozo privativo».

«É facultado também, a qualquer dos cônjuges no regime da comunhão de bens apresentar declaração em separado relativamente aos rendimentos do trabalho, bem como dos provenientes de bens gravados com as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade».

Neste sentido, sempre decidiu o Tribunal, como se vê, entre tantas, da proferida no julgamento da Apelação Cível nº 17. 396, ut documentos de fls. 33/34.

Nego provimento aos recursos.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.396 — SP

(Registro nº 332.151)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Embargante: União Federal

Embargado: João Pires de Oliveira Dias

Advogados: Drs. Antônio Brás Cardoso e outros

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Casal. Dualidade de declarações.

A regra que permite a apresentação de uma declaração pelo marido e outra pela mulher não autoriza àquele, como cabeça da sociedade familiar, apresentar duas declarações, uma relativa aos rendimentos do casal e outra aos do seu trabalho.

Embargos acolhidos.

VOTO

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin: Data venia do Sr. Ministro Relator, fico com o voto do Sr. Ministro Godoy Ilha. Ao tempo do Decreto nº 24.239/47, a interpretação que prevaleceu nos Tribunais, inclusive com o meu voto, foi de que a ambos os cônjuges a lei concedia a possibilidade de declaração em separado.

EXTRATO DA ATA

AC nº 30.396 — SP — Rel.: Sr. Min. Jarbas Nobre. Rev.: Sr. Min. Godoy Ilha — Recte.: Juiz Federal da 6ª Vara Apte.: União Federal — Apdos.: João Pires de Oliveira Dias. Adv.: Dr. Antônio Brás Cardoso.

Decisão: Contra o voto do Sr. Ministro Relator, negou-se provimento aos recursos. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Godoy Ilha (Em 3-8-73 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro Amarílio Benjamin votou com o Sr. Ministro Godoy Ilha. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Décio Miranda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Godoy Ilha.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, receber os 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, 30 de setembro de 1980 (Data do julgamento) — Ministro **Jarbas Nobre**, Presidente — Ministro **Pedro Acioli**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Trata-se de embargos infringentes opostos por União Federal, contra decisão da antiga 2ª Turma tomada por maioria, contra o voto do Sr. Ministro Relator, que deu provimento aos recursos, entendendo cabível a dupla declaração de rendimentos feita pelo marido, uma compreendendo os rendimentos do casal e a outra, os rendimentos do seu próprio trabalho. Eis a ementa do Acórdão:

«Imposto de Renda — Dupla declaração de rendimentos relativos ao ano-base de 1953, feita pelo marido, uma compreendendo os rendimentos auferidos pelo casal e, outra, os rendimentos do seu próprio trabalho, como permitiam o art. 67 e seu parágrafo 2º, do Decreto nº 24.239, de 22-12-1942 (Regulamento do Imposto de Renda), então em vigor. Mantém-se a sentença de primeira instância, contra o voto do Relator» (fl. 90).

Admitidos os embargos que não sofreram impugnação.

Sem revisão (RI, art. 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): Eis o teor do voto vencedor, proferido pelo eminente Ministro Godoy Ilha:

«O Sr. Ministro Godoy Ilha: **Data venia** de V. Exa., mantenho a bem fundada sentença de primeira instância.

O autor, no estado civil de casado, fez as suas declarações de rendimentos, no exercício de 1954, apurados no ano-base 1953, ambas em seu nome, uma delas abrangendo os rendimentos do casal e outra, os rendimentos do seu trabalho.

Isso era permitido pelo art. 67, e seu § 2º, do Regulamento do Imposto de Renda então em vigor, **verbis:**

«Na constância da sociedade conjugal, os cônjuges deverão fazer declaração conjunta de seus rendimentos, inclusive das pensões de que tiverem o gozo privativo».

«É facultado também, a qualquer dos cônjuges no regime de comunhão de bens, apresentar declaração em separado relativamente aos rendimentos do trabalho, bem como dos provenientes de bens gravados com as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade».

Neste sentido, sempre decidiu o Tribunal, como se vê, entre tantas, da proferida no julgamento da Apelação Cível nº 17.396, ut documentos de fls. 33/34.

Nego provimento aos recursos» (fl. 86).

O voto vencido de lavra do Em. Ministro Relator Jarbas Nobre, está assim copiado:

«No caso dos autos, o autor apelado fez declaração em separado do produto do seu trabalho, quando a lei só assim permitia quando tal

rendimento resultasse do trabalho do cônjuge não cabeça do casal não podia fazê-lo, por contrário à lei.

A propósito, vale citar o Acórdão na Apelação Cível nº 20.012, por sinal de interesse do mesmo autor, publicado no DJ de 8-9-69, pág. 3978, cuja ementa reza:

«Imposto de Renda. Casal. Dualidade de declarações. Não pode o marido, como cabeça do casal, apresentar duas declarações, uma relativa aos rendimentos do casal, e outra aos de seu trabalho. Permissível é apenas, a apresentação de uma declaração pelo marido e outra pela mulher».

Reformo a sentença.

Dou provimento ao recurso.

Verba honorária de 10% sobre o valor da causa» (fl. 85).

Nos seus embargos, a União Federal pede o provimento do recurso a fim de que prevaleça a orientação do Sr. Ministro Relator.

Ante a dissidência da dupla orientação, conheço dos embargos.

Compulsando os autos, observei pelos precedentes coligidos que a maioria é de entendimento que não pode o marido, como cabeça do casal, apresentar duas declarações, uma relativa aos rendimentos do casal e outra aos de seu trabalho.

O art. 67 e seu parágrafo 2º, do Decreto nº 24.239, de 22-12-42 (Regulamento do Imposto de Renda então em vigor) autoriza — isto sim — a declaração de rendimentos da mulher em separado nos casos em que aquela norma prevê.

A prevalecer a orientação de que permissível fosse a declaração conjunta dos rendimentos do casal e uma outra dos rendimentos do trabalho do varão, também o seria a declaração de rendimentos do casal e declaração em separado dos rendimentos do trabalho de cada cônjuge, isto é, três declarações. Estaria, assim, afetada a regra que informa o Regulamento do Imposto de Renda da unidade individual ou familiar do contribuinte.

Assim, acolho os embargos para, reformando a sentença, julgar improcedente a ação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 30.396 — SP — Registro nº 332.151 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Embargante: União Federal. Embargado: João Pires de Oliveira Dias. Advs.: Drs. Antônio Brás Cardoso e outros.

Decisão: Por unanimidade, receberam-se os embargos, nos termos do voto do Relator (Em 30-9-80 — Segunda Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, José Dantas, Carlos Velloso, Justino Ribeiro, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Ferrante votaram de acordo com o Relator. Ausente, por se achar licenciado, o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.015 — PR

Relator: O Sr. Ministro Jarbas Nobre

Revisor: O Sr. Ministro José Dantas

Apelantes: Produtos Eletrônicos Frata Ltda. e José Manoel F. Rodriguez

Apelados: Os mesmos e União Federal

Advogados: Drs. Rubens G. Aranha de Macedo Vieira (1º Apte.) e José Luiz Clerot (2º Apte.)

EMENTA

Propriedade industrial.

Ação de nulidade de patente.

«Bateria portátil, com características especiais, para ser usada por fotógrafos em substituição aos «flashes» comuns».

Comprovado, através de perícia, o requisito da novidade, consistente no dispositivo «antivazão», modificado e aperfeiçoado pelo réu, suscetível de utilização industrial.

Porque até a data do depósito do pedido de patente, com o efeito técnico alcançado, não tinha sido usado publicamente, descrito em publicações de modo que pudesse ser realizado, tem-se como improcedente a ação proposta para anular o privilégio.

Sentença confirmada nesta parte.

Reformada no que toca à reconvenção, para dar pela sua procedência.

A autora não acatou a autorização concedida pelo INPI ao réu, através de ato legítimo e inatacável, ao fabricar e vender as baterias patenteadas.

Recurso do réu, provido, prejudicado o da autora.

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 de votos, negar provimento ao agravo no auto do processo e, também por unanimidade, negar provimento à apelação da autora e, por maioria, dar provimento à apelação do réu, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de dezembro de 1978 (Data do julgamento). — Jarbas Nobre, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Ação de nulidade de patente concedida a

José Manoel F. Rodriguez sob o título «Bateria Portátil, com características especiais, para ser usada por fotógrafos em substituição aos «Flashes comuns», cumulada com perdas e danos, ao argumento central de que este produto não preenche o requisito da novidade, como exigido pelo artigo 7º e seus parágrafos do Código de Propriedade Industrial então em vigor (Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945), vez que é conhecido há mais de um século além do que seu título não corresponde ao seu verdadeiro objetivo e, ainda, porque pontos característicos não delimitam os direitos do inventor.

Alega o autor que quando de depósito que se transformou em privilégio, a matéria não foi examinada pelos técnicos do DNPI, pois que no terceiro parágrafo da patente, alude-se a que o miolo da massa, em estado pastoso, é composto de chumbo puro,

denominado litarxírio, preparada com ácido sulfúrico, o que é inaceitável visto como chumbo puro é denominação empregada para indicar o metal sem misturas ou combinações, enquanto que o litarxírio é um óxido de chumbo, de fórmula PbO (sal de chumbo) que não pode ser preparado com ácido sulfúrico.

Ao negar ao autor a condição de inventor da bateria cujo privilégio lhe foi deferido, argúi que o ponto característico da novidade do produto seria a capacidade de produzir e transformar a energia química potencial em energia elétrica, circunstância que não constitui novidade uma vez que, na citação que faz da «Enciclopédia Abril-Ciência Ilustrada», o «ácido sulfúrico diluído que configura o eletrólito, ataca o Óxido de Chumbo (PbO), em forma de massa que preenche as placas reticuladas de chumbo e o transforma em sulfato de chumbo e água».

Adianta que o depósito que gerou a patente anulanda, seu próprio título contém verdadeira heresia químico-física pois que, mesmo nos países mais avançados tecnologicamente não foi possível modificar a bateria chumbo-ácido, inventada por Gaston Planté em 1860, a não ser fazendo-se modificações de ordem material, tal como substituir a baquelite por plástico, reduzir suas dimensões e dar à caixa elementos que indiquem sua carga e impeçam o seu derrame.

Enfatiza à fl. 24 que «as atuais baterias são idênticas àquelas criadas há um século atrás. Desta forma é incompreensível que um modesto mecânico, e nessa expressão «modesto», não vai qualquer desdouro, mas uma pessoa limitada a uma profissão manual, sem laboratório ou centro de pesquisas, nunca poderia inventar alguma coisa com o título: «Bateria portátil com características especiais, para ser usada por fotógrafos, em substituição aos «flashes» co-

muns». Poder-se-ia entender como sendo uma bateria, com características especiais, para substituir os «flashes», ou relâmpagos, a fim de obter fotografias, se tal bateria fosse capaz de se tornar tão luminosa que iluminasse uma cena qualquer a ponto de impressionar os filmes fotográficos... Tal heresia químico-física foi continuamente repetida em todos os pontos característicos da patente e, apesar disso, ou talvez porque apenas reproduziu um título absurdo, conseguiu passar pelos exames feitos no DNPI».

Ataca os alegados pontos característicos do produto (capacidade de produzir e transformar energia química em elétrica para ser usada em substituição aos «flashes» comuns, impedimento de vazamento através de labirinto) e assevera que tais pontos já eram conhecidos desde 20 de novembro de 1958, donde não constituir novidade.

Reconvenção para que a autora seja condenada a ressarcir danos pela fabricação do invento durante o período do privilégio, sem autorização do seu inventor.

Por ocasião da audiência de instrução e julgamento, a autora pediu a juntada de nova prova documental, e de decisão proferida pela Justiça de São Paulo, o que não foi admitido por inoportuno e intempestivo.

Contra esse despacho foi interposto agravo no auto do processo (fl. 528).

Pela sentença de fls. 629/639, a ação foi julgada improcedente o que se deu também com a reconvenção, assim justificada:

«atendendo que a autora, por ter exercitado o direito de promover uma ação judiciária, pelo fato de ser vencida, feita a pesquisa de todas as circunstâncias que rodearam o caso, mesmo as de caráter subjetivo, indemonstrado o uso

anormal ou malicioso de direito suscitado, sem o vislumbre de intenção ilícita, não deve ser responsabilizada por danos e perdas como consequência da im procedência da ação intentada. Pois, «... a simples im procedência de ação por falta de prova do alegado e iliquidez do pedido não justifica a condenação do autor ao pagamento de perdas e danos por abuso de direito».

Assim, asseverando, fica sem procedência a reconvenção, pleiteando indenização por atos ilícitos.

Tudo encaminhado, inculpidas essas razões e fundamentos, consoante a exposição decisória, não incidindo, na espécie levantada, as previsões que podem sustentar um pronunciamento de nulidade (art. 83, 1º a 4º — Decreto-Lei nº 7.903/45), considerando tudo o mais que dos autos consta, hei por bem, em julgar im procedente a ação, consequentemente, ficando intangida, em seus efeitos, a Patente de Invenção nº 69.184 (doc. fl. 66). Também julgo im procedente a reconvenção promovida pelo requerido.

Desprocedendo a ação, pelo princípio da sucumbência, ficando condenada, arcará com o pagamento de honorários advocatícios, considerado o valor dado à causa, arbitrados em Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros); bem assim, pagará os estipêndios devidos aos peritos, respectivamente, fixados em Cr\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos cruzeiros) para cada um. Ressalvo que, caso tenha feito outro contrato de salários com o seu perito — Luiz Esteves Ortega —, ou já o tenha pago, prevalecerá o seu acerto particular.

Outrossim, im procedente a reconvenção, pelo mesmo princípio da sucumbência, condeno o réu, em favor dos advogados da autora, qualificados nos autos, a pagar ho-

norários profissionais, atendendo o valor dado à mesma (fl. 107), que ficam arbitrados em Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros)».

Apelam as partes.

A autora às fls. 646/686, para que

«a) seja admitida a certidão informativa apresentada pela autora, ora apelante, e indeferida a sua juntada por S. Exa.;

b) que seja reconhecida e decretada a nulidade, de pleno direito, da Patente de Invenção nº 69.184, de 26 de fevereiro de 1964, sob o título «Bateria Portátil, com características especiais, para ser usada por fotógrafos em substituição aos «Flashes» comuns» e resultante do Termo de Depósito nº 111.412, de 29 de junho de 1959, condenado o apelante nas cominações pedidas na peça inicial».

O réu (fls. 687/690) com o objetivo de ver julgada procedente a sua reconvenção, condenada a autora em perdas e danos, elevada a verba honorária.

A Subprocuradoria-Geral da República, em preliminar, pede o improviamento do agravo no auto do processo à alegação de que com a recusa da juntada do documento nenhum prejuízo foi causado à autora, já que esta logrou fazer conhecido o seu conteúdo através da petição de fls. 621/627.

No mérito, é pela confirmação da sentença.

No que se refere ao privilégio, porque,

«conforme ficou provado nos autos, a bateria patenteada apresenta um dispositivo antivazão diferente do encontrado nas demais baterias, e isto porque «parte do mesmo está na tampa, permitindo, assim, que o líquido possa facilmente ser colocado ou retirado com auxílio de uma seringa, evitando que a bateria se

inutilize devido à permanência do ácido sulfúrico; a bateria pode ser lavada com água desionizada e guardada» (fl. 445).

Segundo o perito do réu, tal dispositivo «constitui um importante melhoramento, pois não permite que as partículas de metal desprendidas possam curto-circuitar placas. Além disso os respingos produzidos pelos gases em ascensão, são desviados para os lados, não atingindo o orifício central» (fl. 445)».

Quanto ao pedido de perdas e danos contidos na reconvenção assinala que quem

«fabrica ou vende produto garantido por patente, dificilmente pode invocar boa-fé. O privilégio presume-se de todos conhecido e a mais rudimentar prudência aconselha a quem vai explorar um produto que previamente se certifique da existência de algum privilégio. Assim, escusa da boa-fé dificilmente pode ser aceita (Gama Cerqueira, Tratado da Propriedade Industrial Vol. II, Tomo I, Parte II, pág. 331, nº 223).

Todavia, no caso concreto há um aspecto relevante a considerar: as deficiências na descrição do invento e na redação de seus pontos característicos. Tais falhas são admitidas pelo próprio perito do réu, que as atribuiu às dificuldades do réu em se fazer entender na língua portuguesa, por ser espanhol. Nos pontos característicos do invento, além de ter reivindicado detalhes já do domínio público, o réu não ressaltou devidamente aquilo que de fato constitui novidade na sua bateria, isto é, as novas características apresentadas pelo dispositivo anti-vazão.

Essas deficiências, se examinada a matéria com rigor, talvez fossem de molde a acarretar até mesmo a nulidade do registro.

Isto, no entanto, importaria numa pena demasiadamente severa para o réu, pois viria anular os esforços de anos de trabalho, impedindo-o de gozar dos frutos de sua inventiva.

Todavia, se, por um lado, as referidas falhas não são consideradas capazes de afetar o registro; do outro, forçoso será admitir que as mesmas possam ter contribuído para que a autora não tivesse tomado pleno conhecimento de todas as características da bateria patenteada pelo réu. Por isso pode-se aceitar, no caso, a escusa da boa fé».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Nego provimento ao agravo no auto do processo pelos motivos expostos à fl. 623 pelo Dr. Juiz, isto é, no despacho saneador, irrecorrido, ter ficado explicitado que não seria admitida a junta de novos documentos.

Ademais, como aí se assinala,

«conformada àquela decisão (fl. 504 — verso — item 4), a autora, que, em momento algum, alegara «motivo de força maior» ou que traria outra prova contrária (art. 223, I, CPC), afrontando matéria preclusa, segundo o indeferimento recorrido, desapojada de fulcro legal, não poderia juntar, como quis, em audiência, novos documentos».

Ocorre, ainda, e isto está focalizado no parecer da Subprocuradoria-Geral da República às fls. 727/728 o documento em boa hora recusado, não trouxe qualquer prejuízo à causa, além do que ele, a final, veio a ser conhecido através de petição elucidativa de fls. 621/7.

O réu José Manoel F. Rodriguez teve patenteada invenção sua consistente em bateria portátil para ser usada em substituição aos «flashes» comuns.

São apontados como pontos característicos: 1. miolo de chumbo da grade, composto de 9% de antimônio que lhe dá o necessário endurecimento, enquanto que o miolo da massa, em estado pastoso, se compõe de chumbo puro denominado litaxírio, massa que é preparada com ácido sulfúrico diluído; 2. processo de isolamento das placas positivas, lâmina de madeira, placas negativas e recobrimento de plástico.

É como se explica à fl. 68:

«A lâmina de madeira, lisa, porosa, ... junto com a lâ de vidro, forma um separador completo. A lâmina de madeira, nas placas negativas, serve de filtro ao ácido e segura, ao mesmo tempo, a matéria ativa das placas; a lâ de vidro entre a lâmina de madeira e as placas positivas dá passagem ao ácido em todos os sentidos e, ao mesmo tempo, segura a massa das placas positivas; além disso, a lâ de vidro está sempre embebida de ácido, com o que segura grande quantidade do mesmo, evitando, dessa forma, que o ácido extravase seja qual for a posição em que se coloque a bateria, pois a pequena quantidade de ácido que se acumula na tampa não atinge os furos do cubo que cobre o labirinto. O vazamento não se verifica nem quando se retira a tampa rosqueada. O recobrimento de plástico é também um dos fatores que impedem que haja extravasamento de ácido, pois é ele colocado na superfície das placas e preso pela ponta presilha; a bateria virada com a parte superior para baixo não deixa, assim mesmo, cair nada de ácido em nenhum dos furos do cubo que envolve o labirinto. As características em apreço impedem a entrada de corpo estranho no interior da bateria, que poderia estabelecer contato entre as placas».

O terceiro ponto característico, é o invólucro de malha de lâ de vidro que, é explicitado à fl. 68,

«se destina a manter em seu respectivo lugar toda a matéria ativa da superfície dos elementos, e ainda, a manter, os mesmos, comprimidos, para evitar a possível caída de alguma partícula de matéria ativa das placas. Esta bateria, pela necessidade de torná-la do menor tamanho possível, não contém os depósitos no fundo do recipiente, para o sedimento que se desprende das placas, como acontece nas baterias comuns. Os protetores já evidenciados evitam a caída de sedimentos que se desprendem das placas e, ao mesmo tempo, afastam a possibilidade de circuito. As circunstâncias em tela demonstram que a bateria poderá se manter do começo ao fim com uniformidade de potencial isso em virtude de a matéria ativa se conservar em seus respectivos lugares, sempre em ação».

A autora pretende que a patente deferida ao réu é nula pela ausência do pressuposto da novidade.

A matéria ficou exposta no relatório.

Assim é que relativamente ao ponto «2» assevera que o que foi reivindicado não foi a parte mecânica ou sua disposição construtiva, mas o funcionamento do medidor, pois que em todas as baterias, é idêntico o sistema adotado.

Diz à fl. 31 que o medidor de carga apresentado pelo réu, «não passa de simples indicador de carga... que, por coincidência, é igual aos indicadores de carga de baterias alemãs para «flashes»».

Assinala que

«não foi reivindicado aquilo que impediria o vazamento, sua disposição construtiva que evitasse o extravasamento do líquido (eletrolito), mesmo quando colocada em posição invertida, mas tão-somente o fato de não vazar. Ora, inúmeros

e incontáveis dispositivos já foram feitos para impedir tal vazamento em baterias portáteis e todos eles com esse denominador comum:

«Por serem à prova de vazamento, ainda que se retirem as tampas e se coloque em posição que se deseje».

Quanto à terceira reivindicação, que se refere ao vazamento (ponto presilha de plástico ou labirinto), quer a autora que se trate de cópia de bateria já fabricada, inclusive por ela própria.

Escreve à fl. 34:

«Todos os fotógrafos que lidam com baterias «sonneschein», «Raio Solar», de fabricação alemã, e que fazem parte integrante dos «flashes» Braun e Mecablitz, como também a própria suplicante, que fabrica tais baterias, com assistência técnica da «Sonneschein», empregam a expressão «labirinto» para designar o dispositivo formado por inúmeras câmaras convenientemente dispostas e que evitam o vazamento da bateria. Tais câmaras, na falta de expressão melhor foram apelidadas de «labirinto» apelido que hoje é notório e que o «inventor» também copiou pura e simplesmente, sem ao menos se dar ao trabalho de dizer o que é, como funciona, mas unicamente reivindicando a sua aplicação para o fato de não deixar a bateria vazar...».

A sentença após assinalar que como novidade se entende não somente a invenção do produto, da bateria, propriamente dita, mas, também, os meios ou processos nele introduzidos, passa a examinar em detalhes o dispositivo antivazão, antiespirro ou anti-respingo oferecido como reivindicação, conclui, com base na prova pericial, que ele é diferente dos demais já conhecidos, eis, enfatiza à fl. 635, «porque permite» ... «que o líquido possa facilmente ser colocado ou retirado com auxílio de uma seringa,

evitando que a bateria se inutilize devido a permanência do ácido sulfúrico; a bateria pode ser lavada com água desionizada e guardada».

Escreve:

«Apegando-se às especificações técnicas, sem delas escapar, de vez que o problema não é só jurídico, mas eminentemente técnico, ressurge a conclusão, inafastável, sustentando que o réu, com novos aperfeiçoamentos («novidade»), tornou mais fácil ou mais útil a invenção da bateria (art. 10, § 2º). Não se procure rebater que o dispositivo «antivasão», introduzido pelo réu, foi simplesmente alterado ou apresentado com novas proporções ou formas. Pelo contrário, nota-se que a peça nº 12 (fl. 445), constitui significativo aperfeiçoamento não permitindo que «... partículas de metal desprendidas possam curto-circuitar placas. Além disso, os respingos produzidos pelos gases em ascensão, são desviados para os lados, não atingindo o orifício central».

É, na verdade, o que está dito no laudo de fl. 445 e onde se esclarece que tal dispositivo, «constitui um importante melhoramento, pois, não permite que partículas de metal desprendidas possam curto-circuitar placas. Além disso, os respingos produzidos pelos gases em ascensão, são desviados para os lados, não atingindo o orifício central».

Do que se vê, a bateria fabricada pelo réu, possui dispositivo não contraditório na produzida na Alemanha, pelo que, por constituir novidade, como conceituada pela lei brasileira, podia ser patenteada, como o foi.

Daí decorre o acerto da sentença quando sustenta que não obstante a existência de publicações anteriores ao patenteamento do produto do réu cuidando de baterias, nenhuma delas «descreveu o dispositivo antivazão ou

mostrou pormenorizado desenho técnico que favorecesse a cópia ou a fabricação».

Trata-se, pois, está dito à fl. 636

«o dispositivo «antivazão», modificado e aperfeiçoado pelo réu, de invenção privilegiável suscetível de utilização industrial, que, até a data do depósito do pedido de patente, com o efeito técnico alcançado, não tinha sido usado publicamente, descrito em publicações de modo que pudesse ser realizado (art. 7º, § 1º, «a», «b», Decreto-Lei nº 7.903/45). Ademais não incide nas proibições do art. 8º, Decreto-Lei refe.».

Até aqui, fico por inteiro com a sentença.

Dela discordo, **data venia**, no que diz respeito à reconvenção.

O réu reconvinde detinha o privilégio de fabricar e vender as baterias, por ato legítimo e inatacável do INPI, ato que se confirma nesta oportunidade.

A autora, no entanto, não acatou tal autorização e passou a fazer concorrência ao fabricar e vender igual produto, o que não lhe é lícito fazer.

Isto posto, neste passo reformo a sentença para julgar procedente a reconvenção e, via de consequência, condená-la em perdas e danos a serem apurados em execução, e em honorários advocatícios no percentual de 10% calculados pela sucumbência na ação que moveu e pela reconvenção que agora é deferida.

No demais, matenho o decisório.

Dou provimento ao recurso do réu, prejudicado o interposto pela autora.

VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Revisor): Senhor Presidente, nego provimento ao agravo no auto do processo (fl. 528). Deveras, o saneador incorrido é que consignou não ser ad-

mitida mais nenhuma juntada de documentos, assim conformadas as partes. Ademais, é certo que a pretendida «petição elucidativa» fundou juntada aos autos (fls. 621/27), servindo aos fins pretendidos pela autora, tal como afirmado pela douta Subprocuradoria-Geral da República (fl. 728).

No mérito, anote-se que o depósito que resultou no registro da Patente nº 69.184 foi regularmente processado sem oposição dos interessados. A controvérsia, pois, está na exclusiva indagação de natureza técnica, qual a de saber-se da constituição de novidade patenteável. A esse propósito, o perito desempatador (laudo de fls. 493/500), em louvando a excelência do laudo do assistente do réu, forneceu elementos de convicção que autorizam estas assertivas básicas da sentença:

«Firmadas essas considerações gerais, compreendendo-se o alcance do Título da Patente (Bateria Portátil, com características especiais, para ser usada por fotógrafos em substituição aos «flashes» comuns — doc. fl. 66, clareia que, recordada a bateria, como um todo, cujo princípio — chumbo ácido —, pela anterioridade, sem novidade, obviamente, não poderia ser patenteada, se apercebe que o ponto característico (dá a explicação do título: «...com características especiais...»), como novidade, como objeto que autorizou a patente, foi o «dispositivo antivazão», inventado com efeitos técnicos originais. Logo, não foi patenteada, como insinuou a Autora, a Bateria Portátil, com anterioridade, usada publicamente; mas o dito «dispositivo antivazão», (ilustração descrita às fls.... 445), aperfeiçoado, permitindo melhor uso, o melhor efeito técnico. Enfim, as particularidades dos problemas técnicos, mostram que a patente anulanda, espelha-se, inclusive, como aquele que se afeiçoa à

combinação, isto é, reunião de meios já conhecidos, mas que, combinados, em aperfeiçoamento técnico desenvolvido, com efeitos antes desconhecidos, passando a constituir um todo ainda não anteriormente obtido» — fl. 636.

Correta a sentença nesse ponto central, menos correta não se oferece ao ter por improcedente a reconvenção. Com efeito, vem ao caso a observação do parecerista. Procurador Paulo Sollberger, concernente a que a descrição do «invento» do réu deixou a desejar em detalhes, razoável, portanto, que a autora não se apercebesse da novidade patenteada, naquela característica do dispositivo antivazão, pelo que seria de aceitar-se a boa-fé, bastante a escusá-la dos danos reclamados em reconvenção.

Em suma, tenho por incensurável a sentença a teor de sua própria fundamentação, pelo que nego provimento a todos os recursos.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Sr. Presidente, desde que a autora reconheceu a utilidade técnica e a utilizou, até mesmo antes da propositura da ação, tenho que a reconvenção é procedente.

Por essas razões, acompanho integralmente o voto de V. Exa., data venia do Sr. Ministro Revisor.

EXTRATO DA ATA

AC nº 37.015 — PR — (Agravo no Auto do Processo) — Rel.: O Sr. Min. Jarbas Nobre. Rev.: Sr. Min. José Dantas. Aptes.: Produtos Eletrônicos Frata Ltda. e José Manoel F. Rodriguez. Apdos.: Os mesmos e União Federal. Advs.: Drs. Rubens G. Aranha de Macedo Vieira e José Luiz Clerot.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo no auto do processo. Ainda, por unanimidade, negou provimento à apelação da autora, e, por maioria, vencido o Revisor, deu provimento à apelação do réu para incluir, na condenação, perdas e danos argüidos na reconvenção. Sustentou, oralmente, pelo apelante, José Manoel F. Rodriguez, o Dr. José Luiz Clerot. Usou da palavra, pela Subprocuradoria-Geral da República, o Exmo. Sr. Geraldo Andrade Fonteles. (Em 13-12-78 — 4ª Turma).

O Sr. Ministro Carlos Madeira votou *in totum* com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.015 — PR (Registro nº 3.181.103)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Embargante: Produtos Eletrônicos Frata Ltda.

Embargado: José Manoel F. Rodriguez

Advogados: Drs. Luiz Carlos Bettiol e outros (Embte.), José Luiz Clerot (Embdo.)

EMENTA

Propriedade industrial. Ação de nulidade de patente, seguida de reconvenção.

I — Se a autora assumiu o risco de produzir o produto patenteado, não obstante tivesse conheci-

mento do privilégio, tanto que propôs ação de nulidade julgada improcedente, impõe-se que indenize o réu-reconvinte pelos prejuízos que lhe causou (Código Civil, artigo 159).

II — Embargos rejeitados.

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, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1984 (Data de julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Pádua Ribeiro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Trata-se de embargos infringentes opostos por Produtos Eletrônicos Frata Ltda. ao Acórdão da antiga 4ª Turma, assim ementado (fl. 764):

«Propriedade industrial.

Ação de nulidade de patente.

«Bateria portátil, com características especiais, para ser usada por fotógrafos em substituição aos «flashes» comuns».

Comprovado, através de perícia, o requisito da novidade, consistente no dispositivo «ativazão», modificado e aperfeiçoado pelo réu, suscetível de utilização industrial.

Porque até a data do depósito do pedido de patente, com o efeito técnico alcançado, não tinha sido usado publicamente, descrito em publicações de modo que pudesse ser realizado, tem-se como improcedente a ação proposta para anular o privilégio.

Sentença confirmada nesta parte.

Reformada no que toca à reconvenção, para dar pela sua procedência.

A autora não acatou a autorização concedida pelo INPI ao réu, através de ato legítimo e inatacável, ao fabricar e vender as baterias patenteadas.

Recurso do réu, provido; prejudicado o da autora».

Preconiza a embargante (fls. 767/771) a prevalência do voto vencido, de lavra do Ministro José Dantas, Revisor, que ao negar provimento à apelação do réu José Manoel F. Rodriguez, mantinha a sentença, que dera pela improcedência da reconvenção por ele ajuizada, ao contrário dos votos do Relator, Ministro Jarbas Nobre, e do Ministro Carlos Madeira, que davam provimento àquele recurso, para julgar procedente a referida reconvenção.

Os embargos foram impugnados (fls. 789/791), vindo-me os autos, a seguir, conclusos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): O dissídio entre os doutos votos vencedores e o vencido concerne apenas à apelação interposta pelo réu, visando à procedência da sua reconvenção, que aforou na ação de nulidade de patente contra ele ajuizada. Ao julgar aquele recurso, o Sr. Ministro Relator, deu-lhe provimento para reformar a sentença e julgar procedente a reconvenção, nestes termos (fls. 756/757):

«Até aqui, fico por inteiro com a Sentença.

Dela discordo, **data venia**, no que diz respeito à reconvenção. O réu reconvinte detinha o privilégio de fabricar e vender as baterias, por ato legítimo e inatacável do INPI, ato que se confirma nesta oportunidade.

A autora, no entanto, não acatou tal autorização e passou a fazer concorrência ao fabricar e vender igual produto, o que não lhe é lícito fazer.

Isto posto, neste passo reformo a sentença para julgar procedente a reconvenção e, via de consequência, condená-la em perdas e danos a serem apurados em execução, e em honorários advocatícios no percentual de 10% calculados pela sucumbência na ação que moveu e pela reconvenção que agora é deferida.

No demais, mantenho o decisório.

Dou provimento ao recurso do réu, prejudicado o interposto pela autora».

No mesmo sentido, votou o Ministro Carlos Madeira, aduzindo (fl. 761):

«Sr. Presidente, desde que a autora reconheceu a utilidade técnica e a utilizou, até mesmo antes da propositura da ação, tenho que a reconvenção é procedente.

Por essas razões, acompanho integralmente o voto de V. Ex.^a., **data venia** do Sr. Ministro Revisor».

Ficou vencido o Ministro José Dantas, Revisor, que, assim votou (fls. 759/760):

«Correta a sentença nesse ponto central, menos correta não se oferece ao ter por improcedente a reconvenção. Com efeito, vem ao caso a observação do parecerista, Procurador Paulo Sollberger, concernente a que a descrição do «invento» do réu deixou a desejar em detalhes, razoável, portanto, que a autora não se apercebesse da novi-

dade patenteada, naquela característica do dispositivo antivazão, pelo que seria de aceitar-se a boa fé, bastante a escusá-la dos danos reclamados em reconvenção.

Em suma, tenho por incensurável a sentença a teor de sua própria fundamentação, pelo que nego provimento a todos os recursos».

Confrontando a fundamentação dos transcritos pronunciamentos, convenço-me de que, na verdade, deve prevalecer o ponto de vista vencedor. A propósito, bem argumentou o embargado no seu recurso apelatório (fls. 688/689).

«A finalidade precípua da reconvenção proposta pelo réu, ora recorrente, foi no sentido de ser condenada a autora, recorrida, a lhe ressarcir os danos causados, pela fabricação do invento durante o período do privilégio, sem que tivesse licença do detentor.

É evidente que, sendo a patente deferida ao réu, ora recorrente, e se outras pessoas ou firmas (no caso a apelada) venham a fabricar o invento sem autorização do seu detentor, este será tremendamente prejudicado, sofrendo danos de monta.

No caso em apreço, verifica-se, sem sombra de dúvidas que a autora, ora apelada, vinha fabricando o produto sem autorização do réu, apelante, que era o legítimo detentor de tais direitos; se a apelada, tendo conhecimento da patente, como efetivamente tinha, e ainda assim fabricava o produto, como continua fabricando, ressalta que, tal fato causou e causa prejuízos de monta ao apelante, razão porque impõe-se o ressarcimento de perdas e danos.

Vale dizer que, não se trata aqui de analisar o fato de a autora, apelada, ao propor a ação tenha ou não agido com malícia, mas única e ex-

clusivamente os danos causados ao réu, apelante, pela fabricação de produto que não estava autorizado, ou no rigor do termo estava proibida de fabricá-lo.

Muito embora entendesse o MM. Juiz, em sua r. sentença que não houve intenção ilícita da autora, apelada, os danos causados ao réu, apelante, estão evidenciados, não apenas à luz das provas testemunhais e documentais, mas também pelo próprio depoimento pessoal do legal representante da firma (fls. 532/33), que confessa a fabricação do produto muito antes de intentada a propositura.

Nessas condições, é imperativa a condenação da apelada em perdas e danos a serem apurados em execução de sentença, porque estão evidenciados de modo cristalino e inequívoco.»

De fato, a autora sabia da existência da patente em favor do réu. Tanto assim que propôs a ação visando a declaração da sua nulidade. Não obstante tais aspectos circunstanciais, assumiu o risco de produzir o produto, objeto da patente anulanda, cau-

sando, obviamente danos ao seu titular. Por isso, julgada improcedente a ação anulatória, cabe-lhe o dever de indenizar o réu (Código Civil, art. 159).

Isto posto, em conclusão, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 37.015 — PR — Registro nº 3.181.103 — Rel.: Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Embargante. Produtos Eletrônicos Frata Ltda. Embargado: José Manoel F. Rodriguez. Advogados. Dr. Luiz Carlos Bettiol e outros (Embte.) e Dr. José Luiz Clerot (Embo.)

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos (Em 23-10-84 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Jarbas Nobre, Carlos Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante e Américo Luz. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Otto Rocha, Armando Rollemberg e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 42.158 — SP

(Registro nº 3.014.070)

Relator: O Sr. Ministro Jarbas Nobre

Apelante: Cruzeiro Abate S.A.

Apelada: União Federal

Advogado: Dr. Horácio de Souza Pinto

EMENTA

Execução Fiscal. Imposto de Renda.

Procedimento realizado pela fiscalização federal com base em vários autos de infração lavrados pela fiscalização estadual em vista da escrituração da executada que se encontra eivada de vícios gritantes, que impossibilitam um julgamento seguro do caso tratado.

Sua anulação, para que se proceda a lançamento arbitrado se, após exame in loco, fique constatado

que a escrita da ora apelante na verdade não merece fé.

Sujeita-se a arbitramento do lucro a pessoa jurídica cuja escrituração contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou revelar evidentes indícios de fraude (Decreto nº 85.450/80, artigo 399, IV).

Recurso provido.

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 à apelação para tornar insubsistente o procedimento fiscal, 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, 24 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Jarbas Nobre**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Jarbas Nobre**: A Fazenda Nacional move execução fiscal contra a Cruzeiro Abate S.A., com o objetivo de cobrar-lhe a quantia de Cr\$ 2.503.666,00 a título de Imposto de Renda e multa, esta na importância de Cr\$ 834.555,00, como previsto no art. 21, b, do Decreto-Lei nº 401/68.

Foi citado o Sr. Walter de Freitas, apontado como o representante da executada, que ofereceu embargos em nome da própria sociedade executada.

A sentença de fls. 181/186 julgou precedente a execução, subsistente a penhora e condenou a executada ao pagamento do principal, juros de mora a partir da citação, correção monetária e custas processuais, sem condenação a verba honorária, considerada incabível, arbitrados os honorários dos peritos a Cr\$ 200,00 para cada um.

A executada apela.

A Subprocuradoria-Geral da República pede a confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Jarbas Nobre** (Relator): Segundo se vê do auto de infração, a ora apelada é acusada de ter dado saída a mercadoria no valor de Cr\$ 30.547,51 e não ter recolhido o ICM na importância de Cr\$ 4.582,12, nem ter lançado a nota fiscal respectiva em sua contabilidade fiscal.

Em outro auto de infração contra ela lavrado, se diz que não comprovava saídas de produtos tributados no exercício de 1970, pelas vendas no valor de Cr\$ 110.990,07 pelas quais não fora recolhido o ICM no montante de Cr\$ 17.149,25.

Em outro auto, o fisco aprovara que a mesma executada não contabilizara notas fiscais de operações na quantia de Cr\$ 40.275,10.

Há notícia de três outros autos de infrações, a saber:

1. O lavrado por não haver sido recolhido ICM na quantia de Cr\$ 2.363,79 incidente sobre operação de saída de 317 couros secos e salgados bovinos no valor de Cr\$ 14.326,00.

2. Auto lavrado pelo fato do executado ter recebido e dado saída a mercadorias no mês de abril de 1971, sem registro em sua contabilidade.

A conclusão a que chegou a fiscalização foi no sentido de que, houve saídas no valor de Cr\$ 2.857,208,04; operações isentas — Cr\$ 29.005,00;

saída para dentro do Estado — Cr\$ 121.142,40; saídas para fora do Estado a) com ICM total — Cr\$ 41.438,70; b) com ICM reduzido Cr\$ 151.410,20, c) isentas Cr\$ 876,00 — total — Cr\$ 193.730,00.

O terceiro auto de infração acusa a executada de ter efetuado vendas nos meses de abril a junho de 1971, num total de Cr\$ 1.417.268,41 sem a emissão de documentos fiscais daí decorrendo o não-processamento do ICM na quantia de Cr\$ 1.417.268,41.

O laudo pericial, que não foi considerado pela sentença apelada, é favorável a esta.

A fl. 69, os Srs. Peritos são enfáticos: «Pelo exame da escrita... referente ao ano-base 1971, pode-se concluir que não houve omissão de registro de receita operacional», também porque «houve inclusive excesso de Cr\$ 1.500.000,00, de receita declarada, apurada pelos livros fiscais e diário copiador e não pelo talonário fiscal (cf. demonstrativo do quesito nº 1 da exequente)».

O laudo, às fls. 67/68, anota que «a diferença de Cr\$ 1.500.000,00, que corresponde a uma contabilização no diário copiador, é maior do que as existentes no livro de saída.

Levando-se em consideração que o levantamento foi efetuado com base nos livros fiscais e diário copiador, e não diretamente através do talonário de notas fiscais que foram emitidos e escrituração de notas fiscais concluímos bem foram emitidas a escrituração das notas fiscais, 255, 256 do livro de saída, porém as mesmas foram escrituradas no Livro Registro de Duplicatas, tendo sido a contabilização das mesmas efetuadas através do montante deste, o que demonstra não ter havido omissão de receita.

Com referência ao auto de Infração Estadual 2.285, de 30-9-71, concluímos que pelo cancelamento da nota fiscal 396, estar irregular, não tendo sido

cumpridas as exigências fiscais; inclusive, não tendo sido anexadas ao talonário todas as vias da mesma, levando-se em consideração que a nota fiscal 397, poderia ter sido emitida para uma nova operação; concluímos que o valor de Cr\$ 14.326,00 correspondente à referida nota, deve ser computada como receita, por omissão da mesma».

Lê-se mais à fl. 68:

«A executada não infringiu a legislação do Imposto de Renda, no que concerne a reclamação de fl. 3 (Certidão de Dívida Ativa), todavia a escrituração tanto nos livros fiscais, como no Diário Copiador, apresenta gritantes vícios, de lançamento, conforme demonstrativo apresentado no item 1.»

Ao que me parece, a escrita da executada não merece fé não só pelos alegados vícios gritantes, entre estes assinalados na sentença à fl. 184, estar o Diário da executada em atraso desde 31-7-71. O laudo é de 5-12-74 e a data de 6-3-75 (fl. 186).

Ante tal circunstância, tenho que melhor seria que a fiscalização federal, ao invés de aproveitar os autos lavrados pela fiscalização estadual, prática que não merece prosperar, tivesse procedido ao arbitramento do lucro, por falta de escrita regular da empresa.

Estes autos englobam uma série de impropriedades que torna difícil ou mesmo impossível julgar o caso nele tratado com segurança.

De minha parte, confesso minha perplexidade na simples constatação de se pretender apurar omissão de receita através do simples exame do Livro de Duplicatas com menosprezo do livro-mestre, **O Diário**, livro obrigatório que a lei não admite ou tolera atrasos ou vícios; mesmo que não tão gritantes. É por isto que prefiro anular o procedimento administrativo, por impróprio, para que a fiscaliza-

ção proceda a lançamento arbitrado se, em novo exame *in loco* chegue à conclusão que a escrita da ora apelante na verdade merece ser repugnada.

De acordo com o que dispõe o art. 399, IV, do Decreto nº 85.450, de 4-2-80, fica sujeita a arbitramento do lucro, a pessoa jurídica que, «IV — a escrituração mantida pelo contribuinte contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido ou revelar evidentes indícios e fraude».

É como o caso presente que se nos oferece com uma escrita que revela vícios gritantes como apurado na perícia técnica.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 42.158 — SP — Registro nº 3.014.070 — Rel.: O Sr. Ministro Jarbas Nobre. Apelante: Cruzeiro Abate S.A. Apelada: União Federal. Advogado: Horácio de Souza Pinto.

Decisão: A 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deu provimento à apelação para tornar insubsistente o procedimento fiscal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 24-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 44.930 — RJ

Relator Originário: O Sr. Ministro Márcio Ribeiro

Relator p/Acórdão: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Revisor: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: União Federal

Apelados: Luiza Piovesan Alexim e outros

Remetente de Ofício: Juiz Federal da 7ª Vara — RJ

Advogado: Dr. Luiz Carlos Vivas Vieira (Apdos.)

EMENTA

Civil e Processual. Civil. Responsabilidade Civil. Indenização por morte. Execução do julgado (CPC, artigo 610). Prescrição. Honorários de advogado.

1. O dever de indenizar a família da vítima, bem como o modo pelo qual se efetivaria essa indenização já ficaram estabelecidos no processo de conhecimento, sendo defeso discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou (CPC, art. 610).

2. A existência de menores de dezesseis anos, entre os autores, aos demais aproveita, como causa impeditiva do fluxo prescricional (Código Civil, artigo 169, I, c/c os artigos 5º, I e 171).

3. Os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o total da condenação (CPC, artigo 20, § 3º). Precedentes do TFR.

4. Apelo da União e remessa de ofício desprovidos. Recurso adesivo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, negar provimento ao apelo da União e dar provimento ao recurso adesivo de Luiza Piovesan Alexim e outros, e negar provimento 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, 9 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar — Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro: Em conseqüência da morte do cinegrafista da TV Tupi, Ortiz Rúbio Alexim, que, na manhã de 18-10-1958, teve sua cabeça decepada pela asa de um avião da Esquadrilha da Fumaça, sua esposa Luiza Piovesan Alexim e seus filhos, então menores impúberes, Verônica, Marcelo, Luciano e Flávio Piovesan Alexim, ajuizaram, a 30-10-1959, contra a União Federal uma ação ordinária de ressarcimento, que foi julgada procedente, em ambas as instâncias, nos termos do pedido, condenada a ré a prestar à autora e seus filhos a reparação correspondente, «como se liquidar em execução», com juros, custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o total da condenação (fls. 76, 93/96).

Os autores haviam pedido: «A quantia que for liquidada na execução», além dos honorários, juros de mora e custas.

Aludiram, porém, em sua inicial, a arbitramento tomando-se por base a satisfação dos compromissos do de cujus, conforme documentos apre-

sentados e «o que viria certamente a vencer num futuro muito próximo, face a seu crescente desenvolvimento profissional, por todos proclamado».

A sentença, proferida pelo Dr. Wellington Pimentel, é de 11 de julho de 1960, confirmada integralmente, conforme voto do Ministro Cândido Lobo, por Acórdão publicado a 10 de abril de 1963.

A União Federal manifestou, a 25 desse mês, recurso extraordinário, a que foi negado seguimento, por despacho do saudoso Ministro Sampaio Costa, publicado a 29 de maio de 1963 (fl. 103v).

Os autores iniciaram execução por arbitramento, mas a União Federal ponderou que cabia execução por artigos.

Pediram então execução nessa forma, a 7 de abril de 1972, articulando o seguinte:

«2º) Quando faleceu, aos 18 de outubro de 1958, Ortiz Rúbio Alexim era dos mais conceituados cinematografistas da então Capital da República, sendo constantemente solicitado para filmar todos os acontecimentos que demandavam perfeita técnica.

3º) Nessa ocasião percebia na TV Tupi vencimentos de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) mensais na moeda atual, o que corresponde a Cr\$ 6.000,00 (seis mil cruzeiros) anuais e mais Cr\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos cruzeiros) de gratificação, num total de Cr\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos cruzeiros).

4º) Considerando o tempo transcorrido até esta data, 157 meses, tem a exeqüente direito a receber o total acrescido do montante da gratificação e mais os três meses do corrente ano, custas e juros de mora e honorários de advogado.

5º) A quantia acima, porém, tem de ser reajustada aos salários

que estaria percebendo na TV Tupi e que aumentaram consideravelmente a partir daquela data, pelo que pede deferimento do exame pericial para apuração do total realmente devido».

Contestados os artigos de liquidação, à fl. 120, os exequêntes atravessaram a petição de fl. 123, na qual aduzem:

«À prova dos lucros auferidos pelo falecido não podem ser provados pelo conteúdo dos artigos de liquidação, fl. 116, mas, pelo exame pericial pelo qual a autora relatou no final dos mesmos (Item 5º *in fine*)».

Determinado pelo Juiz, Dr. Aldir Passarinho, vista para aditar ou manter os termos de sua contestação, a União reportou-se à que havia apresentado.

Deferida prova pericial e apresentados os respectivos laudos, do perito do autor à fl. 158, da ré à fl. 199 e de desempate às fls. 208 e 243/251, o Juiz proferiu a sentença de fls. 264/267, dispondo:

«Julgo por sentença provados os artigos de liquidação de fl. 116, para proceder-se à execução da sentença liquidada, pela quantia de Cr\$ 3.072.370,40, acrescida de Cr\$ 307.237,04 (honorários de advogado, 10% sobre a indenização), custas e juros, de conformidade com o laudo de fl. 180, que deverão ser pagos pela ré aos autores. Recorro de ofício.

PRI — Rio de Janeiro, 1º de dezembro de 1975 — Virgílio Gaudie Fleury, Juiz Federal».

Apela a União Federal, com as razões de fls. 270/276, pedindo a reforma da sentença, para ser anulada a execução, mandando que se proceda à nova perícia, por outros peritos, adotando-se o critério de verificação dos ganhos constantes da carteira profissional do de cujus e estabele-

cendo-se o percentual em salários mínimos, para o futuro, a partir da data do laudo.

Os exequêntes, em recurso adesivo, pedem, às fls. 278/280, que os honorários advocatícios de 10%, sejam contados sobre o total da condenação, isto é, sobre a indenização, custas e juros; e, às fls. 283/297, ofereceram suas contra-razões de apelações.

Nesta instância a Subprocuradoria-Geral da República proferiu o parecer de fls. 302/323, com este resumo final:

«Espera que a Colenda Turma acolha os argumentos ora expostos, dê provimento à remessa ex officio e reforme a r. sentença recorrida, a fim de que:

a) sejam excluídos do processo de execução os exequêntes Luiza, Verônica e Marcelo, em virtude de consumada a prescrição intercorrente dos seus direitos;

b) sejam excluídos da condenação todos os rendimentos relativos ao trabalho não assalariado da vítima, porque oriundos de simples arbitramentos, sem qualquer apoio nas provas dos autos;

c) seja excluída dos cálculos a correção monetária, porque incabível e também porque os valores do trabalho da vítima foram atualizados de acordo com o salário mínimo. Também houve inércia processual imputável aos exequêntes.

d) a execução prossiga somente em relação às cotas dos exequêntes Luciano e Flávio (observados os itens b e c acima), tendo por base somente os rendimentos comprovados na carteira profissional da vítima — os únicos rendimentos provados nos autos;

e) seja, finalmente, julgado prejudicado o recurso dos exe-

qüentes, uma vez que, com o provimento da remessa *ex officio*, os honorários advocatícios tenderão a diminuir e não a aumentar, pois que deverão ser calculados com base no novo **quantum** a ser apurado.

Brasília, 7 de maio de 1976 —
José Rodrigues Ferreira, Procurador da República

Aprovo: Antônio Torreão Braz,
3º Subprocurador-Geral da República».

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Márcio Ribeiro (Relator): É lamentável que, tendo sido vencedores na ação, por sentença proferida em 1960, confirmada em julgamento de que participei, ainda como desembargador convocado e acompanhando voto do Ministro Cândido Lobo, em Sessão de 30 de novembro de 1961, os autores só tenham retornado a Juízo para propor a liquidação de julgado em 1972.

O despacho, que negou seguimento ao recurso extraordinário da União, transitara em julgado a 27 de junho de 1963 (fl. 103v).

Esse grande retardamento na iniciativa dos autores, muito superior a 5 anos, deu azo a pedido de prescrição intercorrente, formulado pela Subprocuradoria-Geral da República, mesmo com relação aos então menores Verônica e Marcelo, pelo decurso de mais de dois anos e meio a partir das datas em que haviam alcançado a maioria, ex vi dos artigos 1º, 2º e 8º do Decreto nº 20.910/32; 3º e 4º do Decreto-Lei nº 4.597/42.

Mas, tratando-se do primeiro prazo prescricional, que se conta por inteiro (Súmula nº 383, do STF), quanto a esses dois autores a prescrição não se consumou. Verônica nascera a 6 de setembro de 1951, Marcelo a 12 de outubro de 1953 e a execução por artigos, iniciada a 8 de maio de 1972, ainda os encontrou na condição de menores.

Mesmo quanto à viúva da vítima, há motivo peremptório para que não se acolha a prescrição total de seu direito.

Embora os autores não houvessem aludido na inicial ao artigo 1.537 do CC, pois citaram apenas o artigo 1.521-III, é aquele artigo que norteia a indenização em caso de morte, determinando que compreenda: o luto da família e a prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

Além disso, seja o CPC em vigor àquela época, seja o atual nos artigos 911 e 602, respectivamente, obrigavam e obrigam a adoção, no caso, de uma liquidação por prestações mensais periódicas, que a sentença recorrida deixou de observar.

O direito a alimentos é irrenunciável e imprescritível: estão sujeitos à prescrição quinquenal apenas as respectivas prestações. Essa a causa impeditiva do total desaparecimento do direito da autora, d. Luiza, acima aludida.

Os autores provaram, pela junta da cópia da carteira profissional, à fl. 145, e pela carta da Rede Tupi de Televisão, à fl. 239, que a vítima percebia, como repórter cinegrafista e assistente de Direção do Departamento de Cinema e Reportagem da S.A. Rádio Tupi, mensalmente o sa-

lário de Cr\$ 12.000,00, correspondente a 3 salários mínimos da época.

O perito do autor, cujo laudo foi integralmente adotado pelo desempatador, afirma que ele, em sua atividade particular, percebia 10 vezes mais, cerca de 30 salários mínimos, mas isto não ficou concludentemente provado. O citado documento, de fl. 239, refere-se a «um rendimento considerável, auferido por Ortiz Rúbio, em seu estúdio particular de fotografias e filmes».

Por outro lado, embora baseando-se em elementos cuja perduração, ao longo da vida provável da vítima, não se poderia afirmar positivamente, o perito dos autores, entretanto, veio a fixar a renda da vítima de modo incontestavelmente razoável.

Sem dúvida ele percebia em sua atividade particular mais que no emprego e o perito concluiu por um rendimento mensal de Cr\$ 25.000,00.

Com essa base de demarragem e feito o desconto do terço de despesas pessoais da vítima, o que apurou em seguida, nos quadros de cálculo das pensões vencidas, está conforme a nossa jurisprudência e a do Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 490.

Quanto aos honorários fixados pela sentença, deveriam incidir apenas sobre o dano emergente e o capital necessário a perfazer as prestações, ex vi do artigo 97, § 4º do EOAB, que não entra em conflito com o artigo 20, § 3º, do CPC, nem com a determinação da sentença de que deveriam ser tomados sobre o total da condenação.

Dou, pois, provimento, em parte à apelação da União para assim limitar a condenação:

1º) as prestações alimentares calculadas nos termos da Súmula nº 490

do STF, a partir do valor inicial de Cr\$ 25.000,00 admitido pelo laudo em que se baseou a sentença, contadas, porém, as prestações devidas à autora, d. Luiza Piovesan Alexim, a partir de 1º de fevereiro de 1967;

2º) a metade das despesas de luto e funeral estipuladas no mesmo laudo, à fl. 180, visto como a parte correspondente à viúva incorrera em prescrição;

3º) juros de mora contados sobre essa quantia e sobre as prestações vencidas, que deverão ser pagas de uma só vez;

4º) honorários advocatícios, de 10%, sobre a condenação relativa a luto e funeral e o capital necessário a perfazer as prestações alimentares.

Em conseqüência, nego provimento ao recurso adesivo.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Revisor): Sr. Presidente, li com o maior cuidado, não só o processo de que ora cuidamos, como também o douto parecer da Subprocuradoria-Geral da República e o memorial que, em conseqüência, a parte se sentiu obrigada a oferecer. Isto porque a matéria aventada no referido parecer, no tocante à prescrição, embora possível de ser deduzida em qualquer Instância, nos termos da legislação vigente, não deixou de causar aos autores uma evidente surpresa no tocante à defesa de seus direitos.

Muito brilhante me pareceu o enunciado da douta Subprocuradoria-Geral da República, muito hábil a sua exposição; sobretudo, por ter colocado em risco o direito que defluía claro das duas sentenças que antecederam a de mérito e àquela outra que julgou provados os artigos de liquidação, sentença meramente declaratória, no dizer de Barbosa Moreira;

tendo colocado em risco aquele direito, já reconhecido judicialmente, pois, em duas sentenças, haveria de obrigar, como de fato obrigou, a um esforço acentuado por parte dos autores.

Li, como disse, com a maior atenção, o memorial, que aliás já constava dos autos, mandado juntar em muito boa hora por V. Exa., como Ministro Relator.

Três teses foram defendidas com muito brilho, pelo ilustre advogado. A primeira, no tocante ao prazo quinquenal da prescrição, prazo que não foi negado, mas, segundo se acentuou, não teria tido início, porque entre os requerentes estariam menores impúberes e o benefício da suspensão se estenderia aos demais autores da ação. A segunda tese, ad argumentandum, e, por isso mesmo, não contrária à primeira, é a de que, ainda que tivesse havido prescrição, não procederia a preliminar, pela renúncia, manifestada através de inúmeros atos de representantes, dos mais categorizados, da Administração Pública Federal, especialmente aqueles vinculados ao Ministério da Aeronáutica, a cujo serviço, no momento do acontecimento, se encontrava o jornalista falecido.

Efetivamente, segundo aqui se declarou e consta dos autos, além das condecorações, é claro o reconhecimento oficial da parte renunciante, através de outros atos inequívocos de que a Administração Pública reconhecia que o jornalista acidentado se encontrava a seu serviço, dando-lhe o nome a algumas de suas dependências, como ocorreu no Egrégio Superior Tribunal Militar, certamente na esperança de que o nome daquele jornalista se perpetuasse, como se perpetuou a sua corajosa ação, colocando-se ao lado da pista por onde deveriam decolar os aviões da Esquadilha da Fumaça, procurando os melhores ângulos, como

bom cinegrafista que era. Mas, ainda como bom profissional, segundo verifiquei dos autos, este mesmo local lhe fora indicado, salvo equívoco, por um sargento da própria Força Aérea Brasileira, como aquele que, evidentemente, ao lado das melhores perspectivas, certamente não ofereceria o risco de vida, porque, por maior que seja a coragem de alguém, se ele deseja reproduzir posteriormente o documentário que estaria a filmar, certamente não se exporia a uma morte certa, colocando-se na linha de colisão com a aeronave.

Pelo que li nos autos, os jornais publicaram a última exposição do filme, praticamente aquela em que a asa do avião velozmente se aproxima e lhe decepa a cabeça. De qualquer sorte, esta é a matéria de fato e a sua vinculação, em face da indicação do preposto, ao entrar no recinto em que teria de fazer a filmagem, quando recebeu um número de etiqueta, salvo engano o nº 5, que lhe daria acesso a todos os pontos onde deveria produzir seu filme, indicação clara de um preposto da ré do local onde, presumivelmente, os riscos seriam menores. De qualquer sorte, ao ser admitido no local mesmo da pista de decolagem e, ainda mais, ao lhe ser indicado o ponto exato onde deveria postar-se, aí se caracteriza, sem nenhuma dúvida, a relação de causa e efeito necessária e indispensável para a indenização pleiteada, decorrente do ato ilícito de que finalmente resultou a sua morte. Na colocação de ato ilícito, de homicídio, foi que o douto Sr. Ministro Relator posicionou o seu brilhante voto. A terceira tese, que seria a da prescrição parcial, também não se chocaria nem com uma nem com a outra, porque, como declarou o seu expositor, apenas o fazia argumentando, mesmo se se convertesse, como V. Exa. o fez, em prestações, a indenização devida à

família do infausto jornalista. Estas prestações, somente a partir de determinada data é que sobre elas incidiria a prescrição, data essa que V. Exa. já expôs em seu douto voto. Quanto a mim, não só impressionado pela exposição feita nos autos, desde o início, e por toda a prova que nela se contém, mas também, e sobretudo, por aquele espírito de justiça com o qual procuro, modestamente embora, pautar sempre os meus votos neste Egrégio Tribunal, acredito que ela não se faria por inteiro se também por inteiro não fosse reconhecido o direito aqui e agora, como em duas vezes anteriores já o fez o Poder Judiciário. Para isso encontro razões suficientes na circunstância de que, nas obrigações solidárias, qualquer dos credores pode exigir o total da indenização devida.

Indaga-se se o objeto da obrigação é divisível ou indivisível. Se se imaginar que se trata de uma indenização a ser calculada, como anteriormente se pretendeu, através de arbitramento, que poderia ser exigida por todos em conjunto, como o foi, ou por cada um em particular, tal como assegura o Código Civil Brasileiro (artigo 897) e embora se pudessem presumir, nos termos do mesmo Código (artigo 890), dividida em tantas quotas quantos fossem os autores, a determinação destas quotas, evidentemente, só poderia fazer-se após o término da execução. Por isto, enquanto tal fato não ocorrer, há de se ter a obrigação decorrente do dever de indenizar como indivisível.

Diz o artigo 171 do Código Civil Brasileiro:

«Art. 171. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros, se o objeto da obrigação for indivisível».

Não estamos, portanto, a discutir se se trata, ou não, de precisão ou

imprecisão lingüística de divisão do direito. De mais, apreciando, tal como diz a lei, se o objeto da obrigação é divisível ou indivisível, tenho que a efetivação dessa divisibilidade somente ocorre com a execução. Era, portanto, no momento em que o direito foi reconhecido, como um corpo único; as quotas ainda estavam indeterminadas, e, existindo, como de fato existiam, menores entre os autores, aos demais aproveitava, como a meu ver aproveitou, a suspensão da causa ininterrupta da prescrição. Isto, nos termos do artigo 169, inciso I, combinado com os artigos 5º, I, e 171, todos do Código Civil Brasileiro.

Nessas condições, estou em que se deve reconhecer a procedência da primeira tese sustentada pelos apelados, isto é, que não se iniciou a contagem do prazo prescricional, porque beneficiados, por extensão, os demais autores em face da existência de menores de 16 anos. Em decorrência e, no mérito, dou provimento ao recurso adesivo, porque, de acordo com o artigo 610 do Código de Processo Civil, não se pode, em artigos de liquidação, modificar o objeto da lide, já definido em todos os seus termos e conseqüências, por ocasião da sentença do processo de conhecimento. Lícito não era, assim, modificar o que se continha na primeira sentença, que transitara em julgado.

Dispõe o artigo 610:

«É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou».

Efetivamente, houve modificação e modificação substancial, pois na primeira sentença se dizia — e aqui está com muita fidelidade no relatório do Ministro Relator, que a reparação correspondente seria apurada com juros, custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o total da condenação (fls. 73,

93/96). Posteriormente, quer dizer, quando da sentença de natureza meramente declaratória, alterou-se este posicionamento. A referida alteração implica em infringência clara de dispositivo da lei. Na segunda sentença, mandava-se calcular a percentagem dos honorários advocatícios em 10% sobre a indenização, custas e honorários, de conformidade com o laudo de fl. 180, que deverão ser pagos pela ré aos autores. Além do mais, Sr. Presidente, nos exatos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil, entendo que não é exagerado o arbitramento feito, nem a incidência, tal como determinada na primeira sentença. Os advogados, ao longo desses quase vinte anos, tiveram de defender o direito dos autores, reconhecido em todas as Instâncias; viram-se obrigados, muitas vezes, a inauditos esforços para enfrentar o brilho, o talento, a inegável competência da Procuradoria da República, quer na 1ª, quer na 2ª Instância.

O Código de Processo Civil não deixa a menor dúvida do acerto com que se houve a 1ª Instância. (Lê). Procedeu-se exatamente de acordo com as normas das letras a e c do parágrafo anterior (§ 3º).

Por todos esses fundamentos e tendo em vista que «a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios» (artigo 20, CPC), dou pela procedência do recurso adesivo. Nego provimento ao então recurso de ofício, hoje remessa *ex officio*, e também ao apelo voluntário.

Este é o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente, trata-se de ação ordinária de ressarcimento, já em fase de execução e através da qual Luzia

Piovesan Alexim e seus filhos tiveram reconhecido o direito à indenização por morte do cinegrafista Ortiz Rúbio Alexim, em acidente provocado pela asa de um avião da esquadilha da fumaça.

Da sentença homologatória dos cálculos apelou a União, pedindo a anulação da execução, para ser adotado um critério diferente para verificação dos ganhos do *de cuius*. E os exeqüentes, em recurso adesivo, pediram que os honorários fossem calculados sobre o total da condenação.

A Subprocuradoria argüiu a prescrição intercorrente do direito da mãe e de dois filhos já maiores, tendo em vista o lapso de oito anos e seis meses decorridos do trânsito em julgado, até o pedido de liquidação.

O eminente Relator, Ministro Márcio Ribeiro, deu provimento em parte ao apelo da União, para considerar prescritas as prestações devidas à viúva, anteriores a 5 anos contados do pedido de liquidação, bem como a parte das despesas do luto e funeral, a ela correspondente. E os honorários, entendeu incidirem sobre a condenação relativa a luto, funeral e o capital necessário às prestações alimentares, negando provimento ao recurso adesivo.

Dele divergiu o eminente Ministro Washington Bolívar, Revisor, que deu provimento ao recurso adesivo e negou provimento aos demais.

Estou em que a razão está com o Ministro Washington Bolívar.

De fato, a existência nos autos de menores de 16 anos, em momento processual que a dívida se constituía num todo indivisível, favoreceu os autores maiores, que se beneficiaram da causa impeditiva da prescrição (artigo 171, do CCB).

No tocante aos honorários, por várias vezes manifestei meu entendimento nesta Turma, determinando que os mesmos sejam calculados so-

bre o total da condenação (AC nº 58.985-SP, julgada em 31-8-82, e no AI nº 37.674-MG, julgado em 25-4-80). É este o critério ordenado pelo CPC, em seu artigo 20, § 3º.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso adesivo de fl. 278 e nego provimento à remessa de ofício, bem como ao recurso voluntário da União Federal, acompanhando o douto voto do eminente Ministro Revisor.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 44.930 — RJ — Rel.: O Sr. Min. Márcio Ribeiro. Rev.: Min.

Washington Bolivar. Apte.: União Federal. Apdos.: Luiza Piovesan Alexim e outros. Adv.: Dr. Luiz Carlos Vivas Vieira.

Decisão: A Turma, prosseguindo-se no julgamento, por maioria, vencido o Relator, negou provimento ao apelo da União e deu provimento ao recurso adesivo de Luiza Piovesan Alexim e outros, e negou provimento à remessa de ofício para confirmar a sentença (Em 9-12-83 — 1ª Turma).

O Sr. Ministro Otto Rocha votou de acordo com o Revisor, vencido o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolivar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 47.595 — RJ (Registro nº 3.039.838)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Apelante: Glória de Jesus Lima Dias

Apelado: INPS

Advogados: Drs. Paulo Cardoso de Miranda e Oswaldo Thomé de Macedo

EMENTA

Execução Fiscal. INPS. Embargos de terceiro. Nulidade de pleno direito de doação do bem penhorado, realizada em fraude contra a Previdência Social, da qual já à época da respectiva escritura, lavrada sem exibição de prova de quitação das obrigações previdenciárias, era devedora a executada, firma individual sujeita ao regime da Lei nº 3.807, de 1960. Sentença que se mantém por seus próprios fundamentos.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Custas como de lei.

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

Brasília, 6 de maio de 1981 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Miguel Ferrante, Relator.

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

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Glória de Jesus Lima Dias, qualificada nos autos, opôs embargos de

terceiro à execução fiscal que, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Três Rios — RJ, o Instituto Nacional de Previdência Social move contra Manoel Alves de Lima.

Em suma, alega: que por escritura pública de doação, lavrada no Cartório do 3º Ofício daquela comarca e transcrita no Registro de Imóveis, tornou-se legítima possuidora de uma área de terras desmembrada de maior porção, com 360,40m², bem como um prédio de dois pavimentos, construído no mesmo terreno; que no dia 13 de julho de 1973, ditos bens foram penhorados; que a embargante não é parte no processo tendo em consequência, sofrido esbulho na posse e séria ameaça ao seu domínio.

Impugnando às fls. 11/12, a embargada sustenta que é nula de pleno direito a escritura de doação que deu margem à transcrição imobiliária.

O MM. Juiz às fls. 30/35 rejeitou os embargos ante à nulidade da escritura de doação e condenou a embargante a pagar custas do processo e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Inconformada, apelou a embargante, com as razões de fls. 37/41 (lê:).

Contra-razões às fls. 43/44.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 48/49 opina pelo improvemento do recurso.

Pauta sem revisão, nos termos do § 1º, do artigo 90, da Lei Complementar nº 35, de 1979.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Merece mantida a sentença de primeiro grau, a teor de sua fundamentação.

Na realidade, a doação de que cuidam os embargos não pode prosperar, por isso que, à evidência, realizada em fraude contra a Previdência Social, da qual, à época, era devedora a executada, firma individual, sujeita ao regime da Lei nº 3.807, de 1960.

Via de consequência, nula a respectiva escritura de doação, tanto mais que lavrada com preterição de formalidade essencial, isto é, sem a exibição da prova de quitação das obrigações previdenciárias, de conformidade com a exigência ínsita no artigo 142 da referida Lei Orgânica da Previdência Social.

Todos os fatos estão comprovados nos autos, ressaltando, à luz da legislação de regência, o acerto da decisão recorrida, da qual destaco sua conclusão:

«Manoel Alves de Lima, o devedor, era uma empresa individual sujeita ao regime da Lei Orgânica da Previdência Social, enquadrável, pois, nas exigências da mencionada lei para a outorga de escrituras de alienação de bens imóveis.

A escritura de doação por ele outorgada a seus filhos, dentre os quais a embargante (fl. 23) foi lavrada sem a prova da quitação de débitos para com a Previdência Social, como se vê da certidão de fl. 23, circunstância que a eiva de nulidade visceral.

Note-se que, quando da outorga da escritura em causa — 23 de setembro de 1966 — o doador já havia até firmado o termo de confissão e parcelamento de dívida que se vê à fl. 3, acompanhado do discriminativo de fl. 4, dos autos do processo de execução nº 781, em apenso, datado de 7 de janeiro de 1966.

Ora, o ato de mera liberalidade do doador, ainda quando não eiva-

do de medular nulidade, estaria evidenciando a fraude contra o credor-exeqüente, ainda mais quando se sabe haver sido a escritura outorgada aos próprios filhos do doador».

Nego, pois, provimento à apelação.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 47.595 — RJ — Registro nº 3.039.838 — Rel.: O Sr. Min. Miguel

Ferrante. Apte.: Glória de Jesus Lima Dias. Apdo.: INPS. Advs.: Drs. Paulo Cardoso de Miranda e Oswaldo Thomé de Macedo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 6-5-81 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Américo Luz e José Dantas votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 54.665 — PR (Registro nº 3.068.056)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — PR

Apelantes: Antônio Torres Munhoz e União Federal

Apelados: Os mesmos

Advogados: Dr. Gilberto Gracia Pereira e outro

EMENTA

Tributário.

— É equiparada à pessoa jurídica, para os efeitos do Imposto de Renda, a pessoa física que, habitual e profissionalmente, exerce atividade econômica de natureza comercial (Decreto nº 58.400/66, artigo 16).

— Arbitramento do lucro, em face da ausência de escrita contábil. Legitimidade (Decreto nº 58.400/66, artigo 198).

— A tributação reflexa na pessoa física pressupõe empresa constituída de dois ou mais sócios (Decreto nº 58.400/66, artigo 357).

— Sentença confirmada.

ACORDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento a ambas as apelações e confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas ta-

quigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1984 (Data do julgamento), — Ministro **Jarbas Nobre**, Presidente — Ministro **Torreão Braz**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: Antônio Torres Munhoz moveu ação ordinária contra a União Federal, objetivando anular os Procedimentos Fiscais n.ºs 0930-1293/71 (pessoa física) e 0930-1305/71 (pessoa jurídica), lavrados, com fundamento nos artigos 16, § 1.º, b, 198, 216 e 320 do Decreto n.º 58.400/66, para cobrança das quantias de Cr\$ 48.212,00 e Cr\$ 56.957,00, além da multa de 50%, relativas a Imposto de Renda do exercício de 1970.

Alegou que em 1969 alienou uma propriedade agrícola e, enquanto não adquiria uma outra, aplicou o produto da venda na comercialização de café baixo, na época de insignificante valor comercial, «mas apenas e tão-só esporadicamente, sem fazer disso atividade habitual e profissional»; apoiado no artigo 55, b, do Decreto n.º 58.400/66, declarou o lucro de tais transações na Cédula H; a exigência fiscal resultara de errônea interpretação do artigo 16 do antigo RIR.

Contestação às fls. 21/24, aduzindo que o postulante passou a exercer atividades comerciais desde 31-5-69, pelo menos, quando começou a vender café; somente nos meses de outubro e dezembro/69 efetivou, em relação a um único comprador, operações que totalizaram Cr\$ 1.112.102,00; não podendo mais ocultar o exercício da atividade comercial, subscreveu, em 31-3-70, cotas de capital social da Capalon — Cafeeira Padronizadora Londrinense Ltda.; a autoridade administrativa agira dentro da lei quando, equiparando o autor à pessoa jurídica, arbitrou-lhe o lucro, tributando-o com as consequências legais e, em decorrência, a pessoa física, pela inclusão na Cédula H.

O Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do Paraná julgou a ação procedente, em parte, para declarar a validade da exigência relativa ao lançamento su-

plementar correspondente à pessoa jurídica ficta do autor e a nulidade da decorrente do Procedimento n.º 0930-1293/71 (pessoa física), por não guardar conformidade com a lei, devendo as custas e os honorários advocatícios serem pagos em proporção às respectivas sucumbências (fls. 154/159).

Houve remessa *ex officio* e apelações da autora, insistindo nas alegações antes aduzidas (fls. 161/165) e da União Federal, entendendo legítima a exigência tributária também quanto à pessoa física, vez que o artigo 51, a, do Decreto n.º 58.400/66, não fazia distinção entre empresas individuais reais ou fictas (fls. 167/168).

Contra-razões às fls. 169/171/172.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência da ação (fls. 182/185).

Sem revisão (RI, artigo 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Os elementos constantes do processo administrativo evidenciam que o autor, notadamente durante o ano de 1969, realizou vultosas vendas de café adquirido de terceiro, tendo efetivado, só em relação a um comprador, catorze (14) operações desse tipo, no total de Cr\$ 1.112.102,00.

Essa prática habitual e reiterada de atos de comércio importou na sua equiparação, para efeitos fiscais, a pessoa jurídica, nos termos do disposto no artigo 16 do Decreto n.º 58.400/66, vigente à época. E como não possuía escrita contábil, o arbitramento do seu lucro, mediante a aplicação do coeficiente de 15% sobre a receita bruta, tem respaldo no artigo 198 do citado RIR.

A falta de escrituração torna inaplicável à espécie a jurisprudência compendiada na Súmula n.º 76, deste Colendo Tribunal.

Nesta parte, como naquela concernente à tributação reflexa na pessoa física, estou em sintonia com a respeitável sentença apelada. Essa imposição por decorrência pressupõe pessoa jurídica constituída de dois ou mais sócios, pois, do contrário, não haverá distribuição do resultado apurado, que se concentrará na pessoa de um único devedor. A pretensão da Fazenda Federal, no particular, equivale a um verdadeiro *bis in idem*.

À vista do exposto, nego provimento a ambas as apelações e confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 54.665 — PR — Registro nº 3.068.056 — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara — PR. Aptes.: Antônio Torres Munhoz e União Federal. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Dr. Gilberto Gracia Pereira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambas as apelações e confirmou a sentença remetida (Em 12-9-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 58.262 — SP

(Registro nº 593.796)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Indústria Gessy Lever Ltda.

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Cesar Borges Rodrigues e outros e Mário Isao Otsuka e outros

EMENTA

Tributário. Importação. Multa cambial. Lei nº 3.244/57, artigo 60, II, na redação advinda com o Decreto-Lei nº 37/66, artigo 169.

I — Se a mercadoria importada supera qualquer um dos dois limites de tolerância previstos no § 2º, do artigo 60, cabível é a aplicação da multa esta tuída no inciso II, do caput.

II — Desnecessária, para a caracterização da infração, a concorrência simultânea das duas hipóteses previstas no referido § 2º.

Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, 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 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Trata-se de ação ordinária movida por Indústria Gessy Lever Ltda.,

contra a União Federal, visando a anular decisão administrativa que impôs à autora multa cambial prevista no art. 169, § 1º, do Decreto-Lei nº 37/66, por ter a mesma importado mercadoria com excesso de 998 quilos em relação ao total licenciado.

Sustenta a autora ser incabível a multa, pois embora tenha ocorrido diferença de peso, não ocorreu diferença de preço superior a 10% do total, sendo certo que houve a denúncia espontânea excludente da responsabilidade, na forma do art. 138, do CTN.

Inicial instruída com os documentos de fls. 8/21.

Contestação, fls. 34/36.

Decidiu o MM. Juiz a quo, às fls. 55/57, que, em face da natureza cambial da multa questionada, a responsabilidade da autora não se afasta com a denúncia espontânea da infração, por inaplicável a espécie o disposto no art. 138, do CTN, como de resto quaisquer de suas disposições, bem assim, que carece de fundamento a alegação da autora no sentido de que a multa em questão possa ser imposta, necessário se faz a ocorrência da existência da diferença superior a 10% quanto ao preço e a 5% quanto à quantidade ou peso, considerando que as duas excludentes previstas no § 2º, do art. 169, do Decreto-Lei nº 37/66, ocorrem separadamente.

Julgou improcedente a ação e condenou a autora em custas e honorários de advogado de 15% sobre o valor da ação.

Apelou a autora, às fls. 59/63, argumentando, em resumo, as mesmas razões trazidas na inicial, insistindo para que prevaleça a interpretação que entende só se caracterizar a infração quando ocorram concomitantemente infrações à 1ª e à 2ª partes do § 2º, do art. 169, do Decreto-Lei nº 37/66.

Contra-razões, fls. 65/66.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo desprovimento do apelo, fls. 72/73.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Dispõe o § 2º, do art. 60, da Lei nº 3.244, de 14-8-57, na redação do Decreto-Lei nº 37/66 — art. 169, que «não constituirá infração cambial a diferença, para mais ou para menos, não superior a 10% (dez por cento), quanto ao preço, e a 5% (cinco por cento), quanto à quantidade ou peso».

Do dispositivo transcrito, verifica-se que a infração de natureza cambial, punida com multa, caracteriza-se com a prática de uma só das duas hipóteses de ultrapassagem do limite de tolerância, isto é, 1º) excesso de preço, e 2º) excesso de quantidade ou peso, do produto especificado na guia de importação. A lei se satisfaz com a ocorrência singular de qualquer uma das duas hipóteses de ilícito, para que a infração venha a se caracterizar, seguindo-se pela desnecessidade da concorrência de ambas.

No caso dos autos verificou-se diferença de valor inferior a 10%, mas, no que concerne ao peso do total do produto licenciado, constatou-se diferença superior a 5%.

Constitui jurisprudência do Tribunal, verbis: «Se a mercadoria importada supera a diferença em quantidade tolerada pelo § 2º do art. 60 da Lei nº 3.244/57, com a redação do art. 169 do Decreto-Lei nº 37/66, cabível é a aplicação da multa do inciso II, do caput daquele preceito (AMS nº 98.804 — SP — 4ª Turma — Rel.: Min. Pádua Ribeiro.» — in DJ 28-4-83) no mesmo sentido, AC nº 30.586-SP — 5ª Turma — in DJ 4-9-80).

Relativamente à excludente de denúncia espontânea da infração, prevista no art. 138 do CTN, para o caso de falta de pagamento de tributo, como prestação pecuniária compulsória, que não constitua sanção de ato ilícito (art. 3º), inaplica-se à multa questionada, em razão da natureza cambial da mesma que é servida de predicamento punitivo das infrações praticadas contra a política disciplinadora do comércio exterior, com vistas a evitar a remessa de dinheiro ao estrangeiro, sem prévia autorização do órgão competente para fazer o controle, que é a CACEX.

Nego provimento, confirmando a douta sentença apelada.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 58.262 — SP — Registro nº 593.796 — Rel.: O Sr. Min. Moacir Catunda. Apelante: Indústria Gessy Lever Ltda. Apelada: União Federal. Advogados: Drs. Cesar Borges Rodrigues e outros e Mário Issao Otsuka e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 29-10-84 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator, os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 58.643 — SP (Registro nº 3.093.123)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Remetente: Juízo de Direito de São João da Boa Vista — SP

Apelante: Cerealista Finazzi Ltda.

Apelada: União Federal

Advogado: Dr. Délcio Balestero Aleixo

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda.

Omissão de receitas de vendas depositadas em bancos. Passivo irreal.

Se a escrita não reflete a realidade das operações econômico-financeiras da empresa, justifica-se a sua desclassificação e o lançamento ex officio.

Prescrição. Inocorrência, à vista da Súmula nº 153 do TFR.

Nulidade do procedimento administrativo e da sentença. Improcedência das alegações.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação e

confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: O Dr. Juiz de Direito de São João da Boa Vista-SP expôs a controvérsia nestes termos (fls. 274/275):

«Cerealista Finazzi Ltda., estabelecida nesta cidade à Praça Coronel Pires, nº 160, como sucessora de Affonso Finazzi Filho, que era estabelecida nesta cidade à praça Coronel Pires, nº 41, ingressou com os presentes embargos de devedor contra a Fazenda Nacional, em apenso aos autos de execução que esta lhe promove, visando a cobrança da quantia de Cr\$ 294.963,50 (duzentos e noventa e quatro mil, novecentos e sessenta e três cruzeiros e cinquenta centavos), relativa a imposto de renda que o antecessor deixou de pagar, com os acréscimos legais, correspondente ao período de 1966 a 1968, alegando a embargante, em preliminar, que o processo administrativo, sobre o qual se assenta a presente execução, é nulo, pois que seu antecessor foi notificado pessoalmente da autuação fiscal em 28-5-69, e sua reclamação, feita no dia 30-6-69, foi considerada, indevidamente, intempestiva, ressaltando que o dia 28-6-69 recaiu em um sábado, que, segundo informação fiscal, era dia não útil (sábado). Além disso, só tomou ciência pessoal da notificação, realmente, no dia 12-7-69.

No mérito, alega a prescrição do direito de cobrança, pois que, da data da notificação (28-5-69), decorreram já mais de cinco anos da constituição definitiva do crédito fiscal, segundo o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional.

Ademais, o critério do Fisco é ilegal e arbitrário ao apurar o imposto devido, pois que considerou as contas bancárias do antecessor (firma individual), inclusive a conjunta com sua esposa, pai e outros como receita. Desclassificou a escrita da embargante e antecessor e arbitrou o lucro com base na receita bruta, considerando, indevidamente, para esse fim, a totalidade dos depósitos bancários e demais créditos dessas contas, quando é certo que os depósitos bancários provêm das mais variadas origens.

De outra parte, não cabe multa por simples desclassificação de escrita, além do que não pode ser ela exigida do sucessor, por ser de caráter punitivo e pessoal.

A correção monetária não é devida sobre a multa e os acréscimos.

Assim, devem ser julgados procedentes os embargos e improcedente a execução.

Impugnando, diz a embargada que a presente execução origina-se de processo administrativo válido, valendo a certidão que instrui a execução como presunção de comprovante do débito até prova em contrário.

Foram trasladadas peças dos autos do processo administrativo e foi efetivada a prova pericial.

Não foram requeridas provas orais.»

A sentença julgou procedentes os embargos apenas para excluir da cobrança a multa, condenada a embargante a pagar o imposto, custas processuais, salário do perito, correção monetária, juros de mora e encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025/69; não ocorreu prescrição, vez que o crédito só foi constituído definitivamente em 24-3-75, quando esgotados os recursos administrativos; a

multa, de caráter punitivo e pessoal, era inexigível do sucessor, ut art. 133 do CTN (fls. 275/276).

Houve remessa *ex officio* e apelação da embargante (fls. 278/285), aduzindo a nulidade da sentença, resultante da não designação da audiência de instrução e julgamento, necessária «para cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 435 do CPC, *in fine*, e insistindo nas alegações antes aduzidas.

Contra-razões à fl. 286.

A Subprocuradoria-Geral da República, opinou pela confirmação da sentença (fls. 291/294).

Sem revisão (RI, art. 33, IX).

È o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, a embargante se propôs a provar o alegado com a juntada do processo administrativo, exame pericial e a exibição de livros e documentos. As duas primeiras provas se efetivaram: quanto à última, não tomou qualquer iniciativa.

Assim, não tendo requerido a produção de prova oral ou esclarecimentos por parte do perito (CPC, art. 435), a audiência de instrução e julgamento se tornava desnecessária, eis que a sua falta não implicou cerceamento de defesa.

Rejeito a preliminar, diante da ausência de prejuízo.

De repelir-se, por igual, a alegada nulidade do processo administrativo. O documento de fl. 210 deixa claro que Affonso Finazzi Filho, antecessor da embargante, recebeu a notificação fiscal em 28-5-69, mas só protocolizou o seu recurso a 30-6-69, depois de escoado o prazo legal para o recurso, que, por isso, não foi conhecido.

O mesmo se diga de referência à prescrição. A decisão final, no processo administrativo, teve lugar em 24-3-75 (fl. 206) e menos de nove meses depois, isto é, no dia 4-12-75, era ajuizada a execução (apenso, fl. 2).

No atinente ao mérito, a mim me parece que o julgador monocrático decidiu com acerto.

È que, conforme acentuou, embora a escrita do antecessor da embargante desse a aparência de regular, como atestou o exame pericial, não refletia a realidade das operações econômico-financeiras. Foi o que ficou apurado no procedimento administrativo, nada comprovando a embargante em sentido contrário.

A propósito, eis o que diz a respeitável sentença apelada:

«Consoante dados fornecidos pelo próprio autuado, contas bancárias de vulto, com saldos elevados e depósitos além do que seu movimento econômico registrado permitia, não constavam de sua contabilidade. Foi constatado um passivo irreal (inexistente), no balanço apurado em 31-12-67, na conta de «fornecedores». Houve omissões de receitas de vendas depositadas nas agências bancárias, que o autuado jamais poderia justificar. Nada provou a embargante em contrário, que pudesse elidir a liquidez e certeza do documento que instrui a execução, nem em contrário à justeza do levantamento fiscal.»

Não se cuida, conseqüentemente, de lançamento oriundo de mera presunção, como argüi a apelante, eis que resultou de dados reais verificados pela fiscalização, aos quais a autuada, e, já agora, a sua sucessora não deram a resposta adequada.

Em se tratando de sucessor, a multa não é devida, a teor da jurisprudência assente.

A vista do exposto, nego provimento à apelação e confirmo a sentença remetida.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 58.643 — SP — Registro nº 3.093.123 — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Remte.: Juízo de Direito de São João da Boa Vista-SP. Apte.: Cerealista Finazzi Ltda. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Délcio Balestero Aleixo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 19-9-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Jarbas Nobre. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.157 — SC
(Registro nº 3.121.348)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: INPS

Apelado: Euclides Cardeal

Advogados: Drs. Maria Olívia de Brito Ramos e Euclides Cardeal (em causa própria)

EMENTA

Previdenciário e Processual Civil. Arrematação. Certificado de quitação do INPS.

Na hipótese de alienação judicial, em se tratando de ato do Juízo, o arrematante não pode ficar exposto às surpresas inavaliáveis dos créditos previdenciários oponíveis ao executado, além do preço da arrematação sob pena de frustrar a seriedade e a confiabilidade que devem presidir a venda judicial coativa, e, nesse contexto, para a eficácia da exigência legal, impor-se-ia ao legislador ter estabelecido o mecanismo próprio em que se conciliassem os interesses do INPS e os da segurança e boa-fé do arrematante, titular de direito outorgado por ato judicial, sem essa integração normativa, o dispositivo em apreço si et in quantum se mostra despido de eficácia operativa.

O princípio geral, a partir do Código Civil (artigo 1.137) é o de que a quitação prévia só interfere com os tributos cujo fato gerador se relaciona com os imóveis transmitidos e que o CTN, em seu artigo 130, parágrafo único, adotou a orientação de que, no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorrerá sobre o respectivo preço.

O CPC vigente manda constar da Carta a quitação dos impostos incidentes sobre a transmissão coativa, não incluindo, assim, as contribuições previdenciárias; também, a atual lei dos registros públi-

cos não cogita de tal exigência, no relativo de cartas de arrematação (artigo 167, I, nº 26 da Lei nº 6.015/73).

Precedentes deste Tribunal.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação 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, 8 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Nos presentes autos de execução por título extrajudicial entre particulares, sem oferecimento de embargos de devedor, processou-se a praça dos bens penhorados, havendo o MM. Juiz de Direito da Comarca de Brusques, à fl. 61, após examinar a espécie meticulosamente sub specie juris, determinou a expedição da carta de arrematação respectiva, descontadas do produto da arrematação as custas, seja o remanescente entregue preferencialmente ao INPS, reconhecida, paralelamente, a preferência sobre o resíduo da Fazenda Estadual sobre o crédito hipotecário.

Apela o IAPAS, pedindo seja decretada a nulidade da arrematação, por inobservância do Decreto nº 77.077/76, art. 152, § 3º, d, na parte em que, para expedição das cartas de arrematação de bens, exige a certificação da quitação da empresa devedora, invocando, no particular, provimento do Egrégio Conselho Su-

perior de Magistratura de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça; contrariado o recurso pelo arrematante, ouvido o Ministério Público local, os autos subiram a este Tribunal e aqui a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se às fls. retro.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): Tendo em vista a ampla controvérsia que tem sido suscitada na Egrégia Segunda Seção em torno da natureza da sentença que manda expedir a carta de arrematação, no exame da pertinência da ação rescisória (EAR nº 765 e AR nº 964), admito como adequada in casu a apelação interposta, mas lhe nego provimento.

Faço-o, reportando-me o voto que proferi na AC nº 49.598, prestigiado pelos meus ilustres pares de cuja ementa se extrai.

«Previdenciário e processual civil. Arrematação. Certificado de quitação do INPS.

Na hipótese de alienação judicial, em se tratando de ato do Juízo, o arrematante não pode ficar exposto às surpresas inavaliáveis dos créditos previdenciários oponíveis ao executado, além do preço da arrematação sob pena de frustrar a seriedade e a confiabilidade que devem presidir a venda judicial coativa, e, nesse contexto, para a eficácia da exigência legal, impor-se-ia ao legislador ter estabelecido o mecanismo próprio em que se conciliassem os interesses do INPS

e os da segurança e boa-fé do arrematante, titular de direito outorgado por ato judicial; sem essa integração normativa, o dispositivo em apreço, *si et in quantum* se mostra despido de eficácia operativa.

O princípio geral, a partir do Código Civil (art. 1.137) é o de que a quitação prévia só interfere com os tributos cujo fato gerador se relaciona com os imóveis transmitidos e que o CTN, em seu art. 130, parágrafo único adotou a orientação de que, no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorrerá sobre o respectivo preço.

O CPC vigente manda constar da Carta a quitação dos impostos incidentes sobre a transmissão coativa, não incluindo, assim, as contribuições previdenciárias; também, a atual lei dos registros públicos não cogita de tal exigência, no relativo às cartas de arrematação (art. 167, I, nº 26 da Lei nº 6.015/73).»

Do voto correspondente, destaco:

«Assinale-se, aliás, precedente deste Tribunal, no sentido da inaplicabilidade do preceito, porquanto as contribuições não constituem ônus incidente sobre imóveis (AI nº 38.442 — 2ª Turma — Relator Amarílio Benjamin — DJ 17-8-76).

Tal entendimento tem o alto prestígio do Pretório Excelso, con-

soante se vê do venerando aresto proferido no RE nº 87.550, da sua Egrégia 2ª Turma (RTJ nº 89/272), assim ementado:

«O arrematante não está obrigado a pagar os tributos devidos pelo executado, uma vez que o preço depositado responde pelos tributos por ele devidos.

A lei não pode ter sentido tão iníquo deixando os que se fiam na seriedade dos leilões judiciais na singular posição de não poderem reaver o preço da arrematação, nem conseguir a respectiva carta.

RE conhecido e provido».

À luz das remissões ora feitas, é de negar-se provimento ao recurso voluntário.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 59.157 — SC — Registro nº 3.121.348 — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Reis. Apte.: INPS. Apdo.: Euclides Cardeal. Advs.: Maria Olívia de Brito Ramos e Euclides Cardeal (em causa própria).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do INPS. (Em 8-10-84 — 5ª Turma).

Os Ministros Geraldo Sobral e Moacir Catunda acompanharam o Relator. Ausente, ocasionalmente e justificadamente, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 61.364 — RJ

(Registro nº 3.103.382)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Remetente: Juiz Federal da 7ª Vara

Apelante: União Federal

Apelados: Nojech Mendlowicz e outro

Advogado: Dr. Alberto Ferreira da Costa

EMENTA

Tributário. Imposto sobre lucro imobiliário.

Aplicação do Decreto-Lei nº 1.042/69, que no seu artigo 2º, item III, cancelou, com amplitude, quaisquer débitos relativos ao tributo devido pelas pessoas físicas na venda de propriedades imobiliárias, sem outras restrições, além da prevista no artigo 7º do referido diploma legal que exclui do benefício operações de entidades sem autorização para funcionar no País.

Sentença confirmada.

Apelação desprovida.

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 retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Miguel Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: O MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, na sentença de fls. 180/183, assim resume a espécie.

«Nojech Mendlowicz e Eurico Solanes, brasileiros, casados, residentes, respectivamente, na Rua Almirante Pereira Guimarães, nº 31 — aptº C-01 e Av. Afrânio de Melo Franco nº 75 — aptº 501, nesta cidade, por seu advogado, opuseram embargos à execução que lhes move a Fazenda Nacional».

Na inicial alegaram, em síntese:

«Que o crédito tributário cujo pagamento lhes é exigido resultou

da revisão conjunta das guias de pagamento de imposto sobre lucro imobiliário, então incidente, nas transações realizadas por pessoas físicas, e referentes a vendas de unidades nos edifícios situados na Praça Serzedelo Correa, nº 15, na Rua Anita Garibaldi, nº 2, na Rua Barata Ribeiro, nº 302 e na Rua Bolívar nº 50».

«Que confiaram ao despachante credenciado a execução do expediente fiscal necessário ao pagamento do tributo devido, sendo surpreendidos com a notícia de que o mesmo efetuara a apresentação das guias na jurisdição de São João do Meriti, fora, portanto, da jurisdição a que estavam subordinados».

«Que em virtude desse fato foi instaurado processo administrativo para a revisão das guias, já sob procedimento ex officio, do que resultou:

- a) arbitramento do lucro tributável»;
- b) agravamento da taxaço proporcional de 15% para 25%»;
- c) imposição da penalidade de 300% sobre a diferença de imposto apurada, hoje reduzida por força de lei, para 150%».

Que provam a ocorrência de erros no procedimento fiscal caracterizado nos sucessivos arbitra-

mentos praticados pelo Fisco, o primeiro deles consubstanciado na «negação» de regras legais e o segundo por basear-se na presunção e não na apuração fiscal feita por inteiro.

Que na fase reclamatória e recursória deram ênfase à nova legislação que determinou o cancelamento do curso dos processos referentes à cobrança do lucro imobiliário não dando, é certo, a devida evidência aos erros praticados pelo Fisco na mensuração do crédito tributário.

Requeru a final:

Em face de todo o exposto, tem inteiro cabimento a presente contestação, na qual se pede:

a) sejam decretadas as anulações dos pretensos débitos de imposto, multas, juros e correção monetária, objeto do Processo nº 0768-16.541/69 em que são partes os suplicantes, e dos respectivos lançamentos;

b) se assim não entender V. Exa., decretado o saneamento dos erros de mensuração praticados pela exequente, ao processo, digo, ao proceder ao arbitramento do custo das benfeitorias igual a zero, com negação às normas legais vigentes e ao agravar, por presunção, a taxação proporcional de 15% para 25%, para que possam os suplicantes regularizar a sua posição social;

c) seja outrossim decretada a anulação das correções monetárias da multa aplicada, vez, que nos termos do agravo em Mandado de Segurança nº 72.739, do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, é ilegítima tal cobrança;

d) sejam decretadas as anulações de quaisquer inscrições dos referidos débitos no Livro pertinente à Dívida Ativa da União Fe-

deral, bem como de quaisquer atos administrativos decorrentes de tais débitos;

e) seja a União Federal condenada nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% do valor da causa.

A Fazenda Nacional impugnou os embargos, à fl. 10, alegando que os mesmos não ilidem, a dívida, se reportando às informações da Procuradoria da Fazenda Nacional, constantes de fls. 11/12.

Instruiu a impugnação com os documentos de fls. 13 a 26.

Os embargantes se manifestaram sobre a impugnação, renovando o pedido inicial.

Foi requisitado o Processo Administrativo Fiscal nº 0768-16.541/69 do qual foram trasladadas as peças de fls. 42 a 173.

As partes não protestaram pela produção de provas em audiência, pelo que, passo ao julgamento do processo de conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 740 do Código de Processo Civil».

A seguir, considerando que o imposto exigido se refere a operações celebradas em datas anteriores ao Decreto-Lei nº 1.042/69, julgou os embargos procedentes, condenando a embargada em custas advocatícias de 15% sobre o valor da execução.

A par do duplo grau de jurisdição, apelou a sucumbente, com as razões de fls. 184/188 (lê).

Contra-razões, às fls. 191/192.

À fl. 195, a douta Subprocuradoria-Geral da República, opina no sentido de que seja dado provimento ao apelo.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: O imposto devido pelas pessoas físicas, na venda de propriedades imobiliárias, de que trata o Decreto-Lei nº 9.330, de 10 de junho de 1946, foi extinto pelo Decreto-Lei nº 94, de 30 de dezembro de 1966.

Por seu turno, o Decreto-Lei nº 1.042, de 21 de outubro de 1969, cancelou quaisquer débitos referentes a esse tributo, no seu art. 2º, item III, e dispôs no seu art. 5º in verbis:

«Art. 5º O disposto na alínea c do art. 21 do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, aplica-se aos casos previstos na alínea c do art. 32. da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958».

Esse cancelamento se fez em termos amplos, sem outra restrição além daquela prevista no art. 7º do citado diploma legal, que afasta do benefício operações de entidades sem autorização para funcionar no País. Não o afeta, como entende a apelante, eventual ocorrência de simulação, dolo ou fraude que, a teor do art. 180, item I, do Código Tributário Nacional, são causas excludentes da anistia.

Vale acentuar que nesse sentido se firmou a jurisprudência deste Tribunal (v. g. AP nº 35.485-SP, DJ de 6-10-79 e AC nº 38.931-SP, DJ de 26-3-81) e a Corte Suprema (RE nº 76.077-MG, in RTJ nº 68/851).

Assim, a sentença monocrática, posta em harmonia com esse entendimento, não merece censura.

Daí por que a confirmo, negando provimento à apelação.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 61.364 — RJ — Registro nº 3.103.382 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Remte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Apte.: União Federal. Apdos.: Nojech Mendlowicz e outro. Adv.: Dr. Alberto Ferreira da Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 14-3-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.341 — RJ

(Registro nº 1.623.672)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juiz Federal da 5ª Vara — RJ

Apelante: União Federal

Apelada: Wilson Sons S.A. Comércio, Ind. e Agência de Navegação

Advogados: Dr. Carlos Eduardo Bosisio e outros

EMENTA

Tributário. Anulatória de débito fiscal. Imposto de Importação. Mercadoria avariada. Artigo 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66.

Se a mercadoria foi importada com o benefício da isenção tributária, improcede a pretensão inden-

zatória do Fisco, visto que nenhum tributo deixou de ser recolhido em decorrência da avaria da mercadoria, sofrida durante o transporte marítimo.

Apelação improvida.

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, negar provimento à apelação e confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: A espécie foi assim sumariada pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dr. Agostinho Fernandes Dias da Silva (fls. 54/55):

«Wilson, Sons S.A — Comércio, Indústria e Agência de Navegação, com sede nesta cidade, propôs ação ordinária contra a União Federal, visando à anulação de débito fiscal que lhe vem sendo cobrado no Processo Fiscal nº 1.001.059/73, relativo a Imposto de Importação sobre um automóvel marca BMW, em razão de avaria acidental sofrida durante o transporte pelo vapor «Alonso Ojeda», por ela agenciado.

Trata-se de indenização à Fazenda, pelo responsável pela avaria, do valor dos tributos que, por sua culpa, deixaram de ser recolhidos, na forma do art. 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66. Segun-

do alegou a autora, tal indenização não teria cabimento no caso, visto como, tendo o bem sido importado com isenção tributária, nenhum tributo deixara de ser recolhido por causa da avaria.

Juntou os documentos de fls. 14/20, inclusive comprovante do depósito para garantia da instância.

Citada, a União Federal ofereceu a contestação de fls. 27/29, com os anexos de fls. 30/44, alegando que a pretensão legítima do Fisco se fundava no art. 60, parágrafo único do Decreto-Lei nº 37/66, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, sendo a perda total da mercadoria sido comprovada mediante vistoria aduaneira. A isenção que beneficiava o bem importado era personalíssima e intransferível, vinculada à pessoa do importador (servidor diplomático), não podendo a autora nela sub-rogar-se».

Eis como decidiu S. Exa. (fl. 58):

«Em face do exposto, julgo a ação procedente, nos termos do pedido, condenando a União Federal a devolver o valor do depósito, com correção monetária, juros, ressarcimento das despesas processuais e honorários advocatícios na base de 20% do total apurado na execução».

Inconformada, apela a União Federal, reportando-se aos argumentos constantes de sua contestação (fl. 59).

Contra-razões à fl. 61.

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República manifesta-se pelo provimento da remessa (fls. 64/65).

Sem revisão, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Entende a União Federal que (fl. 28):

«... a isenção do imposto que caberia, eventualmente, ao consignatário da mercadoria, Armando Braga Filho, é personalíssima e intransferível — sua função era a de servidor diplomático — não havendo, aqui, sub-rogação de benefícios; há, sim, a pura responsabilidade pelo tributo, em razão da entrada da mercadoria no País, consumando-se o fato gerador da importação e caracterizado o responsável pela avaria total do bem importado.

A lei é bastante clara, no caso, como se depreende do texto do art. 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66, estabelecendo a responsabilidade do autor. No caso, repita-se, houve avaria, no percentual de 100% (cem por cento), contemplada no inciso I do artigo ora citado.

Assim também as disposições do Decreto nº 63.431/68, que regulamentou a matéria específica, aqui tratada — art. 30, § 3º — dão amparo à pretensão legítima do Fisco, quanto ao tributo devido e põem por terra as pretensões da autora. Portanto, está a cobrança plenamente lastreada na legislação».

E mais adiante aduziu a ré, em sua contestação (fls. 28/29):

«Para o cálculo do imposto daí devido, não será considerada nenhuma «redução» ou «isenção» de impostos que beneficie as importações por força do § 3º, art. 30, do Decreto nº 63.431/68, já citado. No caso, pois, houve perda total, devendo o transportador, a autora, como responsável legal, recolher o imposto devido, numa importação normal, desprezadas, conforme

dispõe a legislação, as características pessoais ou subjetivas do consignatário. Não há, aqui, isenção ou sub-rogação em isenção».

No dispositivo sentencial o MM. Juiz a quo repeliu tais argumentos, ao dizer (fls. 56/58):

«Comparando-se o texto legal com o regulamentar, verifica-se uma evidente contradição entre as frases «valor dos tributos que em consequência, deixarem de ser recolhidos», da Lei nº 37/66, e «isenção ou redução do imposto que beneficie a mercadoria», do Decreto nº 63.431/68. Se ocorre a última hipótese, obviamente não há tributo a recolher, nem cálculo a realizar, o que torna inaplicável o referido dispositivo regulamentar. Este, na realidade, exorbitou da matéria regulamentada, procurando estender a obrigação de indenizar pela falta de recolhimento do tributo, a um caso em que lhe falta o pressuposto necessário, dada a exclusão do crédito tributário. Na contradição entre o regulamento e a lei, há de prevalecer o texto legal pelo princípio da hierarquia, não sendo admissível a criação, pelo regulamento, de obrigações ou penalidades em casos não previstos em lei.

A obrigação decorrente do parágrafo único do art. 60 do Decreto-Lei nº 37/66 tem fato gerador bem diverso que o do Imposto de Importação. O fato gerador daquela seria a perda total da mercadoria, em consequência da qual, se devido o imposto, o Fisco ficaria privado de o exigir do importador. Surge, assim, um caso especial de indenização por ato ilícito, representando a referência ao imposto tão-somente um critério de apuração do prejuízo, e não propriamente de Imposto de Importação, mesmo porque o transportador ou seu agente não importam, nem com a perda da mercadoria, infringem qualquer dispositivo da legislação

tributária. Evidencia-se, assim, a natureza indenizatória da obrigação, que tem por pressuposto o prejuízo para o Fisco. Por isso é que o art. 60 do Decreto-Lei nº 37/66 se refere expressamente à obrigação de «indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos», expressões que não deixam dúvida quanto à referência a uma situação de fato, a exigir composição por parte do responsável, levando à conclusão inevitável de que, não havendo imposto a recolher, não haverá prejuízo a indenizar no caso da impossibilidade do recolhimento por outra causa».

Por estar de inteiro acordo com os fundamentos expendidos pelo ilustre Magistrado de primeiro grau, confirmo a sentença remetida.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 62.341 — RJ — Registro nº 1.623.672 — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juiz Federal da 5ª Vara-RJ. Apte.: União Federal. Apda.: Wilson Sons S.A. Com. Ind. e Agência de Navegação. Advs.: Dr. Carlos Eduardo Bosisio e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 7-11-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a Sessão o Sr. Min. Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.743 — SP

(Registro nº 3.206.114)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Remetente: Juízo de Direito da 4ª Vara da Comarca de Jundiaí — SP

Apelante: IAPAS

Apelada: Doedne Ind. e Com. de Materiais Básicos de Urbanização — Ltda.

Advogados: Drs. Therezinha Kroiis Ferigato e Paulo Rodrigues Adolpho

EMENTA

Execução fiscal. Excesso de execução. Erro datilográfico.

1. Inocorrência de excesso de execução, tendo havido, no caso, mero erro datilográfico no demonstrativo da dívida.

2. Apelação 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 ao recurso voluntário, bem como ao recurso 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, 24 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Embargos opostos por Doedne Ltda. a execução fiscal que lhe moveu o IAPAS, alegando a embargante excesso de execução, por erro de operação aritmética de que resultou diferença de Cr\$ 36,00, pretendendo, por isso, que o título executivo não seja considerado líquido, certo e exigível.

Não houve impugnação.

Decidindo, a sentença teve os embargos como procedentes, em parte, excluindo da execução a quantia de Cr\$ 36,00, mas dando-lhe seguimento (fls. 17/20).

Apelou o IAPAS, alegando inexistente o erro na soma, tendo havido mero erro datilográfico, pedindo pela total improcedência dos embargos (fls. 24/25).

Não houve contra-razões.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Dou provimento à remessa de ofício, e ao recurso voluntário, para julgar a

execução totalmente procedente, porque no caso incorreu excesso de execução, e sim um equívoco datilográfico registrado de fl. 5 dos autos da execução em apenso, consistente na inversão dos algarismos «2» e «6», no concernente à competência nº 11.73, do que resultou a parcela de Cr\$ 2.826,65, ao invés da quantia de Cr\$ 2.862,65, que é o valor correto, e por ela deve responder o devedor.

Dou provimento, de acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 66.743 — SP — Registro nº 3.206.114 — Rel.: O Sr. Min. Moacir Catunda. Remte: Juízo de Direito da 4ª Vara da Comarca de Jundiaí-SP. Apte.: IAPAS. Apda.: Doedne Ind. e Com. de Materiais Básicos de Urbanização Ltda. Adv.: Drs. Therezinha Krois Ferigato e Paulo Rodrigues Adolpho.

Decisão: Por unanimidade, deu provimento ao recurso voluntário, bem como ao recurso de ofício. (Em 24-10-84 — 5ª Turma).

Acompanharam o Ministro Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.022 — SP

(Registro nº 3.219.194)

Relator: O Sr. Ministro Jarbas Nobre

Apelante: Cervejaria Mogiana Ltda.

Apelada: União Federal

Advogado: Nelson Sampaio

EMENTA

Execução Fiscal. Imposto sobre Produtos Industrializados.

I — Em lançamento incompleto, isto é, que ainda pende de recurso administrativo, não se pode

argüir prescrição ou decadência, uma vez que aquela é contada da data da constituição definitiva do crédito tributário (artigo 173, CTN), a que se dá igualmente com a decadência. Preliminar rejeitada.

II — Falta de pagamento confessada pela embargante, ao solicitar parcelamento da dívida em execução.

III — Sentença mantida. 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 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, 17 de outubro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Jarbas Nobre, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: A Cervejaria Mogiana Ltda. manifesta embargos à execução fiscal móvida pela União Federal para cobrar Imposto sobre Produtos Industrializados e multa prevista o artigo 156, I e II, do Decreto nº 61.514/67.

Pela sentença de fls. 40/43, os embargos foram julgados improcedentes, ao fundamento de que a embargante não comprovara que o débito em execução tivesse sido objeto de execução fiscal anterior.

«Ora», lê-se à fl. 41. «a certidão de dívida ativa de fl. 3 destes autos de execução fiscal diz respeito a Imposto sobre Produtos Industrializados referentes ao período de setembro de 1970 a dezembro de 1970 e janeiro de 1971 a julho de 1971. Cuida-se aqui, portanto, de débito atinente a período posterior àquele da execução anterior e retro citada...»

Quanto à preliminar de prescrição da ação argüida pela embargante, assim se pronunciou a sentença à fl. 42:

«Tem-se decidido, reiteradamente, que a constituição do débito tributário se efetiva pelo lançamento (Julgado dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, vol. 56, pág. 33).

No entanto, o auto de infração que, em tese, instaura o lançamento, não é ato eficiente para constituir o crédito tributário, dependente de julgamento por parte de órgãos da administração *in casu*, aliás, houve apresentação de defesa por parte da embargante (fl. 25), com julgamento oportuno e recurso de ofício ao qual foi negado provimento, em desfavor da firma embargante (fls.25/33 verso).

Ora, a definitividade da constituição do crédito tributário, com a deflagração de quinquênio prescricional, foi alcançada através desse julgamento na esfera administrativa, ou seja, em 27 de setembro de 1976. Este o termo inicial da prescrição em tela, não se confundindo com a data da inscrição da dívida ativa (6 de dezembro de 1977, cf. fl. 3), como pretende o douto Representante da Fazenda Nacional (fl. 11 verso). É que, na realidade:

«A inscrição da dívida ativa não se encarta entre as atividades administrativas de lançamento. Constitui mera exigência formal para a formação do título executório («Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo» vol. e página citados).

No caso *sub studio* verifica-se que, tomando o termo inicial (27 de dezembro de 1976), não ocorreu o quinquênio prescricional, à evidência.

No mérito, como bem ponderou o ilustre representante da Fazenda Nacional em sua impugnação aos embargos, a própria embargante se mostra confessa quanto à exigibilidade fiscal, ao dizer que postulou parcelamento especial, agora em fase de deferimento, «aguardando apenas a juntada de alguns documentos» (fl. 12).

A certidão da dívida ativa de fl. 3 goza, enfim, de presunção de liquidez e certeza, destrutível por meios probatórios idôneos e convincentes, o que não ocorre no presente feito.

Isto posto e considerando o mais que dos autos consta, julgo improcedente os embargos que a Cervejaria Mogiana Ltda. opôs contra a Fazenda Nacional, condenando a embargante nas custas, além da taxa de 20%, nos termos do Decreto-Lei nº 1.025/69».

A Subprocuradoria-Geral da República pede o improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre (Relator): Na apelação a apelante insiste na afirmação de que o direito da apelada decaíra, visto que, o que pretende ela é o recebimento de IPI relativo ao período de setembro a dezembro de 1970, de janeiro a julho de 1971, quando é certo que só em dezembro de 1977, após o decurso de 5 anos, foi a dívida inscrita, com ferimento, assim, do artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Cita Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais no sentido de que «se entre a data da notificação e a

data da inscrição da dívida decorreu prazo superior a cinco anos, houve decadência do direito da Fazenda Pública, de acionar o contribuinte».

Traz à colação também Acórdão deste Tribunal na Apelação nº 39.936, do Rio de Janeiro, Relator Ministro Aldir Passarinho, no sentido de que «a extinção do débito fiscal pode ocorrer pela decadência ou pela prescrição. O prazo daquela inicia-se com o fato gerador da obrigação tributária e, para não consumir-se, a Fazenda Pública deve iniciar as atividades de lançamento dentro de cinco anos».

No relativo à prescrição adverte que «se o tributo refere-se ao período de setembro de 1970 a julho de 1971, caberia à mesma, dentro de 5 anos, contados do primeiro dia útil seguinte ao exercício em que deveria ocorrer o lançamento do imposto, valendo dizer que o débito que ora se pretende sua execução, deveria ser lançado no exercício de 1975 o tributo relativo ao período de 1970, e no exercício de 1976 o tributo do período de 1971, porém, assim não ocorreu, uma vez que somente em outubro de 1977 é que o débito foi inscrito».

A sentença, pelos motivos acima, os quais evidenciam que existe um direito líquido e certo da apelante, direito esse contido nas disposições dos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, bem como pelas decisões de nossos Tribunais, tudo conforme acima exposto, foi violado, razão pela qual a r. sentença deve merecer novo exame, para finalmente ser reformada *in totum*.

«Ademais», prossegue, «existe um outro motivo relevante para que a sentença seja reformada, o qual consiste «em coisa julgada». Pois, a apelante sofreu outra execução da apelada, a qual tramita perante o MM Juiz da Comarca de Mogi-Mirim».

«Ora», remata, «se já existe uma sentença condenatória, da qual não

cabe quaisquer recursos, inclusive rescisória, é justo e legal que não poderá prosperar a presente execução, pois, se assim ocorrer, estará sendo violada disposição legal, e, principalmente, sendo praticado um ato inconstitucional, conforme disposição do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal.»

Contra-razões às fls. 56 v./57.

O artigo 173 do Código Tributário Nacional reza:

«Art. 173. O direito de a Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II — da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único: O direito a que se refere este artigo extinguiu-se definitivamente como decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.»

O artigo 174, que se ocupa da prescrição, tem esta redação:

«A ação para cobrança de crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I — pela citação pessoal feita ao devedor;

II — pelo protesto judicial;

III — por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV — por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito feito pelo devedor.»

No caso, o imposto devido é relativo aos períodos de 5-10-70 a 15-5-72 (fl. 21); 15-10-70 a 15-5-72 (fl. 22); de setembro de 1970 a abril de 1972 (fl. 23).

O auto de infração que é de 23 de junho de 1972, junto por cópia à fl. 24, bem esclarece os fatos.

Leio-o:

«A firma acima qualificada deixa de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados incidente em produtos de sua fabricação (cerveja de baixa fermentação), classificados na Posição 22.3, subposição 2.1, regularmente lançado em as notas fiscais emitidas pelas saídas efetivadas, bem como nos livros exigidos, compensados os créditos correspondentes, imposto esse que vai demonstrado por valores mensais, originais e corrigidos, assim como os totais devidos, os créditos exercidos e os líquidos em débito, através dos formulários de modelos SF 15/69 e CSF 7/70 anexos e deste integrantes, importando o mencionado débito em Cr\$ 395.523,06, que se distribui por exercícios da seguinte forma:

Cr\$ 103.390,40

Cr\$ 209.409,60

Cr\$ 82.723,06

TOTAL: Cr\$ 395.523,06

Do total do imposto lançado na importância de Cr\$ 395.523,06, a firma, segundo o demonstrativo modelo 4 anexo, também deste integrante, recebeu o montante de Cr\$ 393.962,60, tendo deixado de receber até o momento a quantia de Cr\$ 1.560,06, ficando, dessa forma, caracterizada a condição de depositária infiel da citada firma, pelo que lavramos termos à parte qualificando os seus administradores responsáveis, anexado ao presente.»

Por oportuno, esclareça-se que a autuada ofereceu defesa no processo administrativo (fls. 25/27), cuja exigência fiscal foi julgada procedente pelo Delegado competente (fls. 30/32), decisão esta que foi objeto de revisão pelo 2º Conselho de Contribuintes, para onde os autos foram encaminhados em setembro de 1976 (fl. 33 v.), não se sabendo qual o resultado do exame pela superior instância administrativa.

Mas, para efeito da preliminar argüida de decadência e de prescrição, o processo fornece elementos para considerar a matéria.

A sentença apelada assinala com justiça que «o auto de infração,...., não é ato suficiente para constituir o crédito tributário, dependendo de julgamento por parte de órgãos da administração».

«Ora», prossegue o decisório, «a definitividade da constituição do crédito tributário, com a deflagração do quinquênio prescricional, foi alcançada através desse julgamento final na esfera administrativa, ou seja, em 27 de setembro de 1976. Este o termo inicial da prescrição em tela, não se confundindo com a data da inscrição da dívida ativa (6 de dezembro de 1977, cf. fl. 3). E que, na realidade: «a inscrição da dívida ativa não se encarta entre as atividades administrativas de lançamento. Constitui mera exigência formal para a formação do título executório.»

A sentença merece um pequeno reparo, o que faço com a vênia de seu ilustre prolator.

É que a decisão de fl. 33 v. não poderá ser entendida como termo inicial do prazo prescricional, uma vez que ela não é definitiva, eis que a matéria não tem desfecho nessa ocasião (data de sua prolação), visto como a discussão na esfera administrativa prosseguiu, ou prossegue, perante o 2º Conselho de Contribuintes.

Como não se sabe o que decidiu este órgão, segue-se que o termo a quo da prescrição é desconhecido, daí decorrendo que no caso dos autos poderá sequer ter tido início o decurso do prazo da prescrição.

O mesmo se pode dizer quanto à pretendida decadência.

Se o auto de infração é modalidade de lançamento, como admitido pela melhor doutrina, segue-se que não se conhecendo até agora a solução que o caso terá tido junto ao 2º Conselho de Contribuintes, lícito é concluir que nos autos não se fez prova do aperfeiçoamento do lançamento iniciado com a lavratura do auto de infração.

E em lançamento incompleto não se pode argüir prescrição ou decadência, uma vez que a prescrição quinquenal é contada da data da constituição definitiva do crédito tributário (artigo 173 do CTN), o que se dá igualmente com a decadência.

Baleeiro, à página 580 do seu *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª edição, nos transmite a seguinte lição: «O artigo 173 fixa as datas de início do prazo quinquenal de decadência de o Fisco constituir o crédito tributário — isto é, fazer o lançamento do qual ele resultará (CTN, artigo 142): a) no 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, ou seja, 1º de janeiro do ano seguinte, porque, no Brasil, o exercício financeiro coincide com o ano civil; b) do dia em que se tornar definitiva a decisão que anulou, por vício formal, o lançamento, isto é, quando este não foi feito pela autoridade competente ou foi feito com preterição de formalidade essencial à sua eficácia, segundo a lei.

Tanto a decisão judicial pode anular o lançamento iniciado formalmente quanto a própria autoridade administrativa — o que fez o procedimento ou o superior que o reviu — po-

de e deve fazê-lo, já que aquele ato é de competência vinculada e adstrita à rígida legalidade.

Por isso que, ao tratar de prazo de decadência, o parágrafo único do artigo 173 estatui que o direito de constituir-se o crédito tributário pelo lançamento ficará extinto definitivamente pelo decurso de 5 anos, contados do dia em que o sujeito passivo foi notificado de qualquer medida preparatória do procedimento dos artigos 142 e seguintes.

Repita-se que o prazo de decadência não se interrompe; o procedimento para constituição do crédito precede a notificação. Esta não interrompe o prazo de decadência: marca-lhe o ponto inicial no tempo.

Se o sujeito passivo foi notificado da medida preparatória de lançamento, outra notificação da intimação deste, aliás, prevista no artigo 145, **caput**, não tem qualquer efeito interruptivo sobre o prazo de caducidade, que começou a correr da anterior.

A propósito, de recordar-se que este Tribunal editou a Súmula nº 153 no sentido de que:

«Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio o prazo prescricional que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos.»

De ressaltar-se que, no caso presente, o lançamento não se completou, visto como pende de julgamento no 2º Conselho de Contribuintes.

Daí a certeza de que o prazo decadencial de 5 anos ainda não teve início.

É o quanto basta para que a preliminar argüida seja repelida.

É o que ora faço.

Quanto ao mérito, o fato do próprio executado ora apelante ter pedido o parcelamento da dívida em execução, deixa claro que a razão está com a exequente.

É o quanto me basta para confirmar a sentença recorrida.

Nego provimento ao recurso, inclusive no que se refere a custas e ao percentual de 20% do Decreto-Lei nº 1.025/69.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.022 — SP — Registro nº 3.219.194 — Rel.: O Sr. Ministro Jarbas Nobre. Apelante: Cervejaria Mogiana Ltda. Apelada: União Federal. Advogado: Nelson Sampaio.

Decisão: A 6ª Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 17-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.525 — MG (Registro nº 3.224.538)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelantes: Abílio Américo Godoy e outros — Ag. retido, fl. 306

Apelado: INAMPS

Advogados: Drs. José Rogério de Barros e outros, Lucas João Peixoto de Siqueira

EMENTA

Processo Civil. Ação proposta por centenas de autores. Irregularidades verificadas relativamente aos instrumentos procuratórios.

Intimados que foram os autores, via do advogado por eles constituído, para que sanassem, no prazo de trinta dias, as irregularidades verificadas nos instrumentos procuratórios, e não atendida a determinação judicial, confirma-se a sentença que os excluiu da ação.

Apelação improvida. Agravo retido prejudicado.

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 à apelação e julgar prejudicado o agravo retido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília 7 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Jarbas Nobre**, Presidente — Ministro **Américo Luz**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: A se cuidar de ação ordinária de repetição de indébito, ajuizada por centenas de autores, encabeçada por **Abílio Américo Godoy**, contra o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social — INAMPS, tendo por escopo a devolução dos 5% descontados de seus proventos de aposentadoria ou pensão, a título de custeio, na conformidade da Lei nº 5.890/73, o MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, Dr. **Adhemar Ferreira Maciel**, em face da preliminar argüida pelo Instituto na contestação de fls. 194/199, sobre dizer que as procurações que acompanham a inicial, à míngua de requi-

sitos legais, não têm validade jurídica, determinou, por despacho de fl. 202 verso, a intimação, por mandado, de um dos advogados dos autores para que, em trinta dias, regularizasse ditas procurações, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito e condenação nas custas.

Não cumprido referido despacho, houve por bem S. Exª excluir da mencionada ação centenas de autores, por decisão de fls. 281/305.

Daí o agravo retido de fls. 306/307 e a apelação de fls. 308/311, interpostos pelos autores, visando à reforma do **decisum**, seguidos da decisão de fl. 312, pela qual o MM. Juiz determinou fosse feito o traslado do processo, dando azo à subida da apelação, sem qualquer prejuízo aos demais autores, que se encontram em situação regular.

Subidos os autos, o Exmo. Sr. Ministro **Jesus Costa Lima**, a quem coube por redistribuição o feito, determinou a baixa dos mesmos para as providências do artigo 518 do CPC. Cumpridas, e com as contra-razões de fls. 322/324, foi o feito a julgamento, que, por decisão unânime da 2ª Turma, resultou não conhecido, em face da matéria ser da exclusiva competência da Segunda Seção, artigo 10, § 3º, II, do Regimento Interno.

Redistribuídos novamente, vieram-me os autos conclusos.

Dispensados o parecer e a revisão, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Transcrevo o respeitável despacho proferido à fl. 312:

«Os autores excluídos às fls. 279/303, vez que não cumpriram o despacho de fl. 200v., o qual lhes deu o prazo de 30 dias para que regularizassem seus instrumentos procuratórios, agravaram de instrumento (fls. 304/305) e, a seguir, apelaram (fl. 306).

Sem dúvida, acertado foi o segundo recurso, o qual foi interposto apazadamente e, por sua natureza, absorveu o primeiro.

Assim, preliminarmente, deve ser feito traslado do processo a fim de que suba a apelação sem qualquer prejuízo dos demais autores que se acham em situação regular».

Vê-se, portanto, que o agravo retido está prejudicado.

As contra-razões do INAMPS contêm as seguintes afirmações, calçadas nos elementos constantes dos autos (fls. 323/324):

«Os autores estão imperfeitamente qualificados e se dizem apenas brasileiros e residentes e domiciliados em João Monlevade. Alegam que uns são solteiros, outros casados e, ainda, outros viúvos, não se podendo saber, pois, o exato estado civil de cada um, de vez que as relações oferecidas nada esclarecem a respeito.

A representação dos autores se faz defeituosamente, não tendo as procurações que acompanham a inicial validade jurídica, pois não estão datadas e nem os supostos outorgantes têm as firmas reconhecidas. Além do mais, muitas assinaturas foram postas a lápis nas mesmas e vários autores analfabetos teriam colocado suas impressões digitais nos mandatos

para se fazerem representar em juízo, assinalando-se, ainda, que alguns outorgantes se dizem representados por procuradores na assinatura dos mandatos, sem exibição dos competentes mandatos.

Assim, as procurações juntadas com a inicial não têm os requisitos legais necessários, para que se possa conferir-lhes validade jurídica.

Os autores não estão, pois, legalmente representados em Juízo e se não sanada tão grave irregularidade na forma determinada por V. Ex^{a.}, os réus requerem a V. Ex^{a.} julgar extinto o processo, na forma do artigo 267, Inciso IV, do CPC».

O douto Juiz de 1^a Instância, com o objetivo de aproveitar o processo, excluiu dos mesmos os autores arrolados às fls. 282/305, prosseguindo a ação para os demais.

Afirmam os recorrentes que não lhes foi dada oportunidade para sanar as irregularidades, ou seja nova oportunidade.

Ora, a ação foi proposta em julho de 1978, a contestação foi ajuizada em maio de 1979, apontando as irregularidades.

Em maio de 1979 os autores, fl. 200 verso, afirmaram:

«Como foi argüida a irregularidade de representação dos autores, antes de ser feita a impugnação aos termos da defesa, providenciarão os autores a formalização de novos instrumentos de procuração,.....»

Em 10 de janeiro de 1980, os réus, ora apelados, à fl. 201 verso, assim se pronunciam:

«1. Os autores prometeram em 31 de maio de 1979 sanar as irregularidades apontadas na

contestação do réu, item I, 1ª Preliminar, fl. 192, e até hoje nada providenciaram.

2. Assim sendo, o réu requer a V. Exª se digne julgar extinto o processo conforme já pedido à fl. 193».

A Procuradoria da República ouvida à fl. 202 subscreve a contestação do INAMPS.

O douto magistrado, à fl. 202 verso, dá nova oportunidade aos apelantes assim despachando:

«Na impossibilidade de se intimar *in faciem* os autores (CPC, artigo 267, § 1º, intime-se por mandado, um dos ilustres advogados para que, em trinta (30), (sic)

A intimação dos autores foi efetivada, segundo se vê de Ofício nº 65/80-A, dirigido ao procurador dos mesmos, Dr. José Caldeira Brant Neto, em 28 de janeiro de 1980. Como até 9 de abril de 1980, fl. 305, as irregularidades não foram sanadas, o Juiz a quo excluiu da lide os apelantes».

Nego provimento à apelação, em face das circunstâncias retromencionadas.

O MM. Juiz a quo deverá, oportunamente, exarar sentença de mérito, em relação aos autores remanescentes.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.525 — MG — Registro nº 3.224.538 — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Aptes.: Abílio Américo Godoy e outros. Apdo.: INAMPS. Advs.: Dr. José Rogério de Barros e outros e Dr. Lucas João Peixoto de Siqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e julgou prejudicado o agravo retido. (Em 7-11-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a Sessão o Sr. Min. Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 69.323 — DF (Registro nº 3.246.191)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Salvatore Nista

Advogados: Drs. José Djalma Silva Bandeira e outro

EMENTA

Civil. Contrato. Compra e venda. Resolução. Inexecução involuntária. Força maior.

A impossibilidade de a autora cumprir a obrigação contratual (entrega de feijão-preto), em virtude de fenômeno climático intenso que afetou a safra, ensejando, inclusive, a importação do produto, para atender o consumo interno, há de ser concebida, em

termos jurídicos, como inexecução involuntária, de corrente de força maior, justificando a resolução contratual, sem as penalidades cogitadas pela ré.

Verba honorária que se reduz.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, vencido o Ministro José Cândido, dar parcial provimento ao recurso da União Federal, tão-só para reduzir a verba de honorários advocatícios, no mais manter a sentença que julgou procedente a ação, prejudicada a remessa necessária, 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 abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **William Patterson**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **William Patterson**: O Dr. Jacy Garcia Vieira, eminente Juiz Federal da Primeira Vara desta Capital, expôs minuciosamente a matéria discutida nestes autos, verbis:

«Salvatore Nista, firma comercial sediada em Taguatinga-DF, por seu advogado, ajuizou a presente ação ordinária de rescisão contratual contra a União Federal, visando rescindir o Contrato nº 604/76 que firmou com o Ministério do Exército para fornecer-lhe 354 toneladas de feijão de 1ª qualidade da safra das secas de 1976 sob o fundamento de que não pôde entregar o produto porque «não houve safra suficiente devido às intempéries da natureza», anula-

ção da multa arbitrada e a ele aplicada de Cr\$ 75.330,00 (setenta e cinco mil, trezentos e trinta cruzeiros), a devolução do valor referido pela ré de 34.770,60 (trinta e quatro mil, setecentos e setenta cruzeiros e sessenta centavos) e liberação e devolução da caução (Cart. de Fiança do Banco Nacional S.A. de Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros)).

Esclarece a autora que, «quando se propôs a efetuar a venda, possuía o produto em suficiência, entretanto, quando recebeu o empenho, verificou que o produto a ser entregue deveria ser da próxima safra, que iniciaria em junho de 1976». Ainda assim, «preocupou-se em entrar rapidamente em ação, diligenciando pelos sertões, fazendas, vilas e regiões de Estados reconhecidamente produtores da mercadoria, objeto do pacto firmado, comprando todos os estoques encontrados, tendo em vista o fiel cumprimento da obrigação contratual. Entretanto, em seu agenciamento comercial, constatou que um fato anômalo ocorreu: não houve safra suficiente devido às intempéries da natureza. Aliás, as conclusões da requerente logo foram também detectadas pelos próprios órgãos de armazenamento do Governo, os quais, ao verificarem a escassez do produto, não evitaram em apelar para a importação do feijão mexicano e chileno». Com esforço a autora conseguiu entregar parte do produto no valor de Cr\$ 483.030 (quatrocentos e oitenta e três mil, trinta cruzeiros). Tentou ainda a autora adquirir o resto do produto da COBAL e da

própria Coordenadoria Econômica do Ministério da Fazenda, sendo informada que o feijão importado do Chile foi totalmente distribuído ao Rio de Janeiro e órgãos de subsistência das entidades governamentais.

Diz a autora ter comunicado à Diretoria do Ministério do Exército a escassez do produto e «propondo a entrega do feijão-roxo no lugar do preto», mas não foram aceitos os motivos de força maior argüidos pela autora e «impeditivos do cumprimento integral do pacto firmado», sendo-lhe aplicada a multa contratual de Cr\$ 75.330,00 e parte desta multa «já foi deduzida e retida de faturamentos que foram feitos do produto adquirido e entregue no montante de Cr\$ 34.770,60».

Entende a autora estar caracterizado o caso fortuito «devido às intempéries da própria natureza, motivo este de força maior que veio de plano eximir a contratada da responsabilidade do cumprimento integral do pacto firmado, por ser de justa causa «e que sua pretensão encontra apoio no Código Civil, artigos 1.079 e seguintes e 1.122 e seguintes e nas próprias instruções para realização de compras do Departamento Geral de Serviços do Ministério do Exército.

Juntou os documentos de fls. 8/28.

Contestou a União Federal (fls. 34/39), salientando que até final de agosto de 1976 a autora não havia ainda entregue as 354 toneladas de feijão-preto, apesar de já vencidos os prazos fixados de junho, julho e agosto do mesmo ano e, por isso, lhe foram aplicadas as multas e rescindido o contrato. Salienta que a autora não pode alegar surpresa porque «não houve mudança na especificação». Entende a ré não ter havido força maior e trans-

creve trecho do Parecer do Assistente Jurídico do Ministério do Exército de fls. 41/45, onde se sustenta não ter a autora feito o devido planejamento para a entrega do produto, não ter envidado os seus maiores esforços para cumprir o trato com a ré. Diante do existente fracasso da safra de feijão na região, cabia-lhe apelar para outras regiões produtoras do País, mas nunca contentar-se em dar, por este simples fato, como resolvida a sua obrigação.

Juntou os documentos de fls. 40/75.

Determinada a especificação de provas (fl. 76v.) nada requereu a ré (fl. 77v.) e a autora pediu a produção de prova testemunhal (fl. 79) que foi deferida no saneador de fl. 80 que ficou irrecorrido.

Audiência sem provas com as partes apresentando as suas razões finais referentes a esta ação ordinária e também com referência aos embargos e à execução (fl. 85) que foram apensadas aos autos desta ação (fl. 86).

Na execução nº 7.727 (autos em apenso) a Fazenda Nacional pretende receber da autora o restante da multa, de Cr\$ 40.559,40, além dos acréscimos legais.

Nos embargos à aludida execução (autos em apenso) a autora faz as mesmas alegações feitas nesta ação ordinária e pede a insubsistência da penhora e sobrestamento da execução até decisão da presente ação ordinária, além da condenação da embargada nas custas e honorários de advogado.

A embargada (fls. 14/77 dos autos de embargos em apenso) discorda da suspensão de exigibilidade do crédito, citando o artigo 151, do Código Tributário Nacional, e pede a rejeição dos embargos e a condenação da embargante nas custas e honorários de advogado.

Juntou os documentos, a embarcante, de fls. 28/40».

Apreciando em conjunto os três processos (a rescisão contratual, a execução e os embargos a ela opostos), aquele douto Magistrado sentenciou:

«Julgo procedente a presente ação ordinária para determinar à ré que proceda a rescisão do contrato de nº 604/76 (doc. de fls. 14/17), tornar sem efeito a multa aplicada à autora de Cr\$ 75.330,00 (setenta e cinco mil, trezentos e trinta cruzeiros), determinar a devolução à autora da importância retida de Cr\$ 34.770,60 (trinta e quatro mil, setecentos e setenta cruzeiros e sessenta centavos) e a liberação e devolução à autora da Carta de Fiança, no valor de Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros). Conseqüentemente julgo procedentes os embargos em apenso e torno insubsistente a penhora feita nos autos de execução em apenso (fl. 12). Condeno a ré em 20% (vinte por cento) de honorários sobre a importância cobrada na execução em apenso, levando-se em conta que nestes honorários estão incluídos os desta ação e dos embargos.»

Inconformada, apelou a União Federal (fls. 94/98), argumentando no sentido de afastar a «força maior», em que se arrimou a sentença.

Sem contra-razões, vieram os autos a esta instância, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, secundando as razões do apelo voluntário, pediu a reforma da decisão de primeiro grau (fls. 102/107).

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

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: A autora deixou de cumprir suas

obrigações contratuais, por motivos relevantes, conforme restou esclarecido e comprovado nestes autos. O fornecimento do feijão contratado foi interrompido em razão da falta do produto no mercado nacional, decorrente da quebra da safra, por problemas climáticos.

Esses pontos não são contestados pela ré, mesmo porque reconhecendo a escassez providenciou o Governo importação de países vizinhos, para atender o consumo interno.

Há notícia, no processo, sobre tentativas por parte da empresa no sentido de obter 360 toneladas de feijão chileno, de sorte a poder cumprir o contrato celebrado com o Ministério do Exército.

A fl. 20 consta expediente da firma dirigido à Coordenadoria Econômica do Ministério da Fazenda, nestes termos (lê fl. 20).

A resposta do Coordenador está à fl. 21, através da qual informa da impossibilidade de atendimento do pedido, «de vez que o produto foi totalmente distribuído para o comércio varejista do Estado do Rio de Janeiro e órgãos de subsistência das entidades governamentais, de acordo com as normas traçadas por este Ministério.»

Consta, ainda, que outras providências, com o mesmo objetivo, tornaram-se infrutíferas, como, por exemplo, aquisição de estoques do Governo ou a entrega de feijão roxo.

Os fatos, como alinhados, não sofreram impugnação. A apelante insiste, porém, no argumento de inexistir a alegada «força maior» a desobrigar a autora de seu compromisso. Invoca lições doutrinárias para demonstrar que o fenômeno poderia ser previsto, porquanto cíclico.

Não me parece correta a colocação, data venia. A previsão de qualquer fenômeno da natureza, ainda que de ordem cíclica, não está ao al-

cance do leigo. A ciência pode, através de estudos especializados, com uma margem mínima de erro, atualmente, detectar modificações da atmosfera. Assinale-se, contudo, que os instrumentos adequados estão em poder de órgãos governamentais ou de grupos econômicos poderosos, jamais sob o alcance de pequenas empresas, principalmente aquelas que não lidam diretamente com a agricultura, sendo apenas intermediárias na venda desses produtos, como ocorre no particular.

De outra sorte, não me consta que se cuida de fenômeno cíclico. O nosso País, felizmente, não sofre os rigores das intempéries, de forma continuada. Pode repetir períodos críticos, sem que se possa atribuir à eventual ocorrência tal conceito. Muito pelo contrário, entre nós, essas alterações climáticas quase sempre são inesperadas e recebidas com espanto, principalmente quando intensas, afetando considerável parte das safras. Mesmo que se possa concordar com a tese da *ré*, sobre inexistir a «força maior», no sentido que se pretende, a justificar a resilição do contrato sem ônus para a autora, *ad argumentandum*, ainda assim estaria esta amparada pelo reconhecimento inevitável da involuntariedade na inexecução, em virtude dos acontecimentos comprovados, circunstância que a colocaria na mesma posição.

Trago, a propósito, o magistério de Orlando Gomes («Contratos», 7ª edição, pág. 211), *verbis*:

«A inexecução de um contrato resulta, muitas vezes, de fatos que impossibilitam o cumprimento das obrigações contraídas por uma das partes. Diz-se, então, que é involuntária porque o devedor, embora queira, não pode satisfazer a prestação a que se obrigou. Na inexecução voluntária, a causa da resolução do contrato *lhe* é imputável. Por isso, também se chama inexe-

cução culposa, porquanto seu comportamento, intencional ou não, configura a culpa civil. Não cumprir obrigação contratualmente assumida é, com efeito, procedimento faltoso, quando o devedor pode, mas não quer, honrar a fé jurada. Na inexecução involuntária, a causa da resolução do contrato não é imputada à parte inadimplente, porque estranha à sua vontade».

E, mais adiante, afirma:

«A inexecução involuntária caracteriza-se pela impossibilidade superveniente de ser cumprida a obrigação básica que incumbe a um dos contratantes. Essa impossibilidade deve provir de caso fortuito ou de força maior, que se verifica no fato necessário, cujos efeitos o devedor não podia evitar, ou impedir. Há de ser, portanto, impossibilidade objetiva, pois, quando diz respeito à própria pessoa do devedor ou este concorre para que a prestação se torne impossível, a inexecução não pode ser considerada involuntária. A impossibilidade, ademais, deve ser total. Em sendo parcial, a resolução do contrato não é imperativa, porque o credor pode ter interesse em que, ainda assim, o contrato seja executado. Esse interesse pode existir, principalmente, nos contratos que têm por objeto a prestação de várias coisas principais ou de uma coisa principal ou de uma ou várias coisas acessórias. A impossibilidade há de ser definitiva. Se temporária, como se verifica mais freqüentemente nos contratos de execução continuada, não se justifica a resolução, salvo se persiste por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. Normalmente, porém, a impossibilidade temporária acarreta apenas a suspensão do contrato». (ob. cit. pág. 212).

No tocante aos efeitos da resolução, por inexecução involuntária, diz o ilustre tratadista:

«A parte inadimplente, por impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva, libera-se do vínculo contratual. O contrato resolve-se em virtude da causa de inexecução.

A resolução opera-se, nesse caso, de pleno direito, como na hipótese da cláusula resolutiva expressa. Desnecessário, portanto, requerê-la ao Juiz. Cabe a intervenção judicial para compelir o contratante a restituir o que recebeu, ou mesmo para lhe ser reconhecido o direito de recusar a contraprestação. Sustenta-se, entretanto, que ainda nesse caso a resolução deve ser judicialmente decretada.»

A hipótese destes autos identifica-se com os ensinamentos postos em destaque. A imprevisibilidade do fato, pois ao autor não era dado conhecer, impediu que o mesmo cumprisse a obrigação, inobstante os esforços empreendidos para tanto. A inexecução do contrato foi involuntária, afastando, assim, qualquer parcela de culpa.

A permissibilidade da resolução contratual, por esses motivos, conduz, sem sombra de dúvida, ao reconhecimento das providências reclamadas na inicial.

O único reparo que cabe ao v. decisório recorrido é quanto ao percentual da verba honorária, cuja redução se faz necessária.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo da União Federal, apenas para reduzir a 10% o valor dos honorários advocatícios arbitrados, mantidos os demais dispositivos da sentença, prejudicada a remessa necessária.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, entendo que, data venia do eminente Relator, a apelante está com a razão. O magistério de Orlando Gomes tem aplicação em matéria subordinada ao Direito Civil. Mas, no comércio, a coisa é diferente. Os contratos são absolutamente rígidos. Uma firma comercial não pode vender determinado produto, e depois dizer que não o encontrou na praça. Se isso fosse possível, o comércio estaria arruinado. A firma apelada não pode vender feijão sem tê-lo estocado dentro de casa ou comprado em mãos dos produtores. A simples alegação de sua inexistência em alguns Estados não atende ao dever de cumprir o ajustado. Várias são as fontes de produção nacional, e dos autos não consta a prova de que todas elas foram consultadas.

Em face disso, Sr. Presidente, dou provimento ao recurso da União, data venia.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Costa Lima: Senhor Presidente. O eminente Ministro William Patterson, no relatório, esclareceu que, ao tempo em que a empresa formulou a proposta, dispunha da quantidade do feijão. Ora, é sabido que os negócios com a Administração Pública, por força de normas legais e empecos burocráticos, desenrolam-se com lentidão. Daí porque, quando homologada a licitação ou expedito o empenho, a proponente não mais dispunha de toda a quantidade da mercadoria.

É preciso notar que se tratava de feijão, produto que se estraga com facilidade, a menos que adequadamente acondicionado, medida adotada quando se pretende deixar os grãos armazenados para venda em épocas futuras. Logo, o comerciante não poderia ficar com a mercadoria

armazenada com perigo de perda total, esperando uma solução que tardava. Demais disso, empreendeu todas as diligências necessárias para comprar feijão, inclusive junto a empresas vinculadas à Administração Federal, sem nenhum êxito.

Com essas brevíssimas considerações, fico com o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 69.323 — DF — Registro nº 3.246.191 — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Remte.: Juízo Federal da

1ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Salvatore Nista. Advs.: Drs. José Djalma Silva Bandeira e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Cândido, deu parcial provimento ao recurso da União Federal, tão-só para reduzir a verba de honorários, no mais manteve a sentença que julgou procedente a ação, prejudicada a remessa necessária. (Em 26-4-83 — 2ª Turma).

O Sr. Min. Costa Lima votou com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.224 — BA (Registro nº 3.264.467)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Apelante: Jesuíno Viana

Apelada: União Federal

Advogado: Dr. Wilson de Jesus Rosado

EMENTA

Administrativo. Readaptação. Funcionário aposentado. Comprovação. Desvio funcional.

Comprovado o desvio funcional por longos anos, mediante a prática de atos típicos de escriturário, é de se reconhecer o direito à readaptação.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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, 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, 14 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Leitão Krieger**, Relator.

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de ação ordinária proposta por Jesuíno Viana contra a União Federal, objetivando readaptação no cargo de Escriturário, com fundamento no artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, c/c os artigos 18, 19, 23, 43 e 44 da Lei nº 3.780/60, Lei nº 2.284/54 e artigo 264 da Lei nº 1.711/52.

Alega que foi admitido no dia 1º de janeiro de 1946 para os serviços de Rotas Aéreas da 2ª Zona Aérea do Ministério da Aeronáutica, como trabalhador, e que, no mesmo ano, por

necessidade absoluta do serviço, passou a exercer as funções de Escriurário, sendo, por isso, requisitado pelo então Comando da 2ª Zona Aérea para a Base Aérea de Salvador, lotado na Seção de Pessoal Civil.

Quando do advento da Lei nº 3.780/60, pretendeu do seu órgão fosse readaptado para o cargo de Escriurário AF 202.8A. Tal pretensão foi acolhida pela Base Aérea de Salvador que requereu, de ofício, a readaptação.

Assevera que, por morosidade da Administração, eis que o responsável pelo setor competente não deu encaminhamento à sua pretensão, sendo, por isso, punido com a perda do cargo, o seu processo de readaptação só retomou curso quando já estava ele aposentado, por motivo de saúde.

Citada, a União, comendo a lide, argüiu, preliminarmente, a prescrição, nos seguintes termos: «Acontece, porém, que o ato administrativo atacado pelo promovente da demanda é de 25-11-60 e só no dia 15-11-78 ingressou em Juízo...» (fl. 27).

No mérito, alega ser nenhum o direito do autor.

Sentenciando, o MM. Juiz Federal a quo afastou a preliminar argüida pela R., aplicando ao caso vertente a Súmula nº 443 do Pretório Excelso, segundo a qual:

«A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação que dele resulta».

No mérito, arrimado no artigo 9º do Decreto-Lei nº 625/69, julgou improcedente a ação, deixando de condenar o autor na sucumbência, por ser ele titular da justiça gratuita.

Irresignado, apelou o A., pretendendo a reforma da r. decisão, fls.

Contra-razões pela manutenção do v. decisório, fls.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, fls., secunda as razões da União.

É o relatório. Sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Senhor Presidente. Estou em que S. Exa., o ilustre Juiz sentenciante decidiu, com acerto, a questão preliminar da prescrição, aplicando ao caso dos autos a Súmula nº 443 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

No que concerne, porém, ao mérito, divirjo de S. Exa. É que à situação dos autos não se aplicam, no meu sentir, os precedentes jurisprudenciais invocados porque há especificidade, no caso, não enfrentada naqueles julgados.

Refiro-me à pretensão do A., deduzida quando ainda em atividade, de ser readaptado para o cargo de Escriurário.

Tal pretensão encontrou guarida, à época, por parte da Base Aérea de Salvador, onde o A., por anos a fio, exerceu a função de Escriurário. Dilo a própria Administração que requereu, de ofício, a readaptação do A., «em virtude de o mesmo exercer atividades inerentes ao Grupo Ocupacional AF 200 Administrativo», isto é, Escriurário.

É ver, Senhor Presidente, que consta também do Processo Min. Aer. 22-02/729/75, inserto nos autos, fl. 16, que «durante o período de tramitação do citado processo de readaptação, o servidor foi aposentado no cargo de trabalhador, Código GL-402.1, de acordo com a Portaria GM1, de 17-2-68, publicada no Diário Oficial de 23 subseqüente».

Ora, se é certo que o Decreto-Lei nº 625/69, em seu artigo 9º, decreto esse posterior ao pedido de readaptação do A., dispôs ser o instituto da rea-

daptação incompatível com a inatividade do servidor, não menos certo é que a Lei nº 3.780/60 erigiu o comando no sentido de que, comprovado o desvio de função, fosse readaptado o funcionário.

Nem se diga que a ele caberia fazer a prova do desvio da função pois tal prova já se fez forte quando o próprio órgão em que servia o a. afirmou estar ele em desvio de função, por isso que requereu *ex officio* a sua readaptação.

Destaque-se também que o servidor alega que, por desleixo do responsável pelo setor competente, o processo de readaptação só teve o seu curso normal quando encontrava-se ele já na inatividade. Tais alegações não foram em nenhum momento infirmadas pela ré.

Tenho que se a situação jurídica existia à data da Lei nº 3.780/60, o direito do autor já era inquestionável.

O fato de ter sido ele aposentado em cargo indevido, por mora da Administração, não pode servir de argumento em prol de quem lhe deu causa, em detrimento do autor.

Em caso análogo, AC nº 59.853, julgado em 26-8-83, de que fui Relator, obtive a adesão dos eminentes Ministros Washington Bolívar e Carlos Thibau. Disse eu: «Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opõe à pretensão do apelado a circunstância de estar ele aposentado, o que impediria a readaptação, segundo expressa vedação legal.

Sem dúvida, tal proibição existe e foi ela proclamada em várias decisões deste Egrégio Tribunal, entre outras, na Apelação Cível nº 22.941, Agravo em Mandado de Segurança nº 51.453 e Apelação Cível nº 22.729, respectivamente, Relatores os emi-

nentes Ministros Moacir Catunda, o saudoso Oscar Saraiva e Henoch Reis.

Mas, tais casos, a meu juízo, não podem ser trazidos à colação para deslinde do presente. É que lá pretendiam os inativos a readaptação, para fins de majoração de proventos. Aqui não. Aqui, deu ingresso em Juízo o apelado para lograr a readaptação, o que somente não ocorreu devido à mora administrativa e posterior indeferimento do pedido. Em tempo hábil, quando ainda em atividade, pleiteou ele a almejada readaptação, não logrando sucesso junto ao DASP...».

Ademais, o autor aposentou-se não por implemento de idade e, sim, por ter sido acometido daqueles males que afastam o servidor de seu mister.

Em virtude do exposto, Senhor Presidente, reformo a sentença de primeiro grau, para que, alterando-se o ato de sua aposentadoria, seja o a., como pede, readaptado no cargo de Escrivário, determinando, entretanto, que os efeitos patrimoniais da readaptação sejam contados a partir da citação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.224 — BA — Registro nº 3.264.467 — Rel.: O Sr. Ministro Leito Krieger. Apte.: Jesuíno Viana. Apda.: União Federal. Adv.: Dr. Wilson de Jesus Rosado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 14-9-84 — 1ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.770 — MG
(Registro nº 3.271.897)

Relator: O Sr. Ministro Jarbas Nobre

Apelante: União Federal

Apelado: Francisco Eduardo Frade Laender

Advogado: Dr. Delmival de Almeida Campos

EMENTA

Execução fiscal. Sócio-gerente. Embargos de terceiro.

É mansa e pacífica a jurisprudência no sentido de que o sócio-gerente da sociedade de responsabilidade limitada é parte legítima na relação processual como responsável, não podendo opor embargos de terceiro.

Sentença reformada.

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 à apelação para julgar procedente a execução, revertidos os ônus da sucumbência, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Execução fiscal movida pela Fazenda Nacional para cobrar da Comércio e Representações de Veículos Ltda., a quantia de Cr\$ 20.090,00.

Foram penhorados um automóvel e o direito de uso de aparelho telefônico instalado em nome do ex-sócio do executado, que ofereceu embargos de terceiros.

Neles, alega que não há prova de que tenha agido com excesso de mandato ou com violação do contrato ou da lei, visto que como tal não se pode entender o não recolhimento de tributos por parte da sociedade, pela impossibilidade econômico-financeira.

Pela sentença de fls. 41/42, os embargos foram recebidos.

A exeqüente apela.

A Subprocuradoria-Geral da República falou às fls. 54/57.

Argúi preliminar de incabimento dos embargos porque, ao que sustenta, a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de que sócio-gerente de sociedade de responsabilidade limitada é parte legítima na relação processual como responsável, não podendo opor embargos de terceiro, responsável que é pelo pagamento de dívida tributária, estando seus bens sujeitos à constrição judicial.

O débito que ora é cobrado é de 1975, esclarece-se à fl. 56, época em que o interessado era sócio-gerente da empresa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre (Relator): Francisco Eduardo Frade Laender era sócio-gerente da empresa executada quando da ocorrência do fato gerador do tributo, que ora é executada judicialmente.

A pretendida carência da ação, como alegada pelo exequente, é de ser acolhida, visto como, na qualidade de sócio-gerente da empresa executada estava obrigado a recolher o imposto que dela está sendo exigido.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 135, é claro quando dispõe que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelo crédito correspondente a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto.

«Nesses casos», lembra Baleeiro, «além das pessoas arroladas no art. 134 (pais, pelos tributos devidos pelos seus filhos menores; tutores e curadores, pelas tutelas devidas pelos seus tutelados ou curatelados; administradores de bens de terceiros pelos tributos devidos por estes; inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; síndico e comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelos concordatários; tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão de seu ofício; sócio, no caso de liquidação de sociedades de pessoas), — que passam a ser plenamente os responsáveis pelos créditos tributários — e não apenas solidários estritamente em caso de impossibilidade do cumprimento por parte do contribuinte — ficam na mesma situação os mandatários, prepostos e empregados assim como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, em geral. O caso, dife-

rentemente do anterior, não é apenas de solidariedade, mas de responsabilidade por substituição. As pessoas indicadas no art. 135 passam a ser responsáveis ao invés de contribuintes. O art. 135 não ressalva as penalidades de caráter não moratório nem limita sua eficácia, apenas é obrigação principal, como aconteceu no art. 134. A contrario sensu abrange — parece-nos — quaisquer penalidades e obrigações acessórias» (Direito Tributário Brasileiro — 7ª edição, págs. 434/435).

A Subprocuradoria-Geral da República, com acerto, assinala à fl. 18, que «é óbvia a responsabilidade do embargante, já que a ele e sua empresa aproveitaram o acervo social da sociedade extinta de fato.»

«Acresce que», expõe às mesmas fls. «ao tempo da alegada retirada da sociedade, já era devido o tributo exigido, conforme bem demonstram as informações anexas, da Procuradoria da Fazenda Nacional.»

Como substituto tributário, na forma do Código Tributário Nacional, artigo 135, o apelado não pode fugir da sua posição. Terá que responder pela dívida ajuizada que decorreu de descumprimento de obrigação ex lege.

Dou provimento à apelação para julgar procedente a execução, revertidos os ônus da sucumbência.

Reformo a Sentença remetida, na forma exposta.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.770 — MG — Registro nº 3.271.897 — Rel.: O Sr. Ministro Jarbas Nobre. Apte.: União Federal. Apdo.: Francisco Eduardo Frade Laender. Adv.: Dr. Delmival de Almeida Campos.

Decisão: A 6ª. Turma por unanimidade, deu provimento à apelação

para julgar procedente a execução, revertidos os ônus da sucumbência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 10-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 71.626 — SP
(Registro nº 3.286.240)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

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

Apelada: Usina Santana S.A. — Açúcar e Alcool (Rec. Adesivo fl. 182)

Advogados: Drs. Almeida de Toledo Piza e Almeida Jayme, Francisco Pinto da Fonseca e outros

EMENTA

Previdência Social. Cobrança de contribuições. Depósito em garantia.

Condenação da autarquia a pagar correção monetária relativa ao período compreendido entre a data do depósito e a da sua restituição. Não satisfeita a obrigação, fica o débito sujeito a permanente correção até o efetivo pagamento.

Inteligência do artigo 7º e seus parágrafos da Lei nº 4.357/64.

Recurso adesivo provido, prejudicada a apelação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao recurso adesivo e julgar prejudicada a apelação interposta pelo IAPAS, 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 outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: Nos autos de ação ordinária movida pela Usina Santana S.A. — Açúcar e Alcool contra o INPS, objetivando a devolução de depósitos efetuados em garantia de instância administrativa, julgada procedente pelo v. Acórdão de fl. 133, o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Rio Claro-SP homologou o cálculo de liquidação de fl. 161, totalizando Cr\$ 697.121,98 (fl. 166 v.).

Apelou o IAPAS (fls. 169/173), aduzindo que a Usina depositou em 15-10-64 a importância de Cr\$ 10.108,94, restituída em 28-8-75; a correção monetária incidiria apenas no período referido, quando o nume-

rário ficou fora do poder de disponibilidade da depositante, pelo coeficiente de atualização de 9,381, vigente no 4º trimestre de 1964, importando em Cr\$ 94.831,96; na conta de liquidação foi utilizado o coeficiente de 40,794, sem menção ao ano a que se refere; os juros de mora deveriam ser contados da citação (6-11-75) até fevereiro de 1980 (fl. 135), à taxa de 0,5% ao mês (Lei nº 4.414/64, art. 293 do CPC e art. 1.063 do Código Civil), o que daria Cr\$ 23.707,99.

A Usina interpôs recurso adesivo (fls. 183/187), pleiteando que o cálculo fosse feito da seguinte forma (fl. 186):

«Importância depositada...	10.108,94
Correção ao índice de 8,901, previsto pela Portaria nº 61, de 22-5-75 (fl. 150) para o 3º trimestre de 1975.....	89.979,67
Juros de 1% ao mês, idênticos aos cobrados pelo Instituto, em 132 meses ...	<u>118.752,83</u>
	208.732,50
Valor devolvido em 08/75, insuficiente porque não apropriou os juros e a correção monetária incidentes.....	<u>10.108,93</u>
Saldo não pago e sujeito à permanente correção até a efetiva devolução	198.643,89
Esse valor, considerado o 2º trimestre de 1980, como data de efetiva devolução, corrigido ao índice de 4,100, previsto pela Portaria nº 57, de 21-3-80 fl. 152, seria.....	814.439,94
Juros de mora de 1% sobre 57 meses.....	<u>232.115,38</u>
Total a ser pago no 2º Trimestre 1980	1.046.555,32

Honorários de 10%	<u>104.655,53</u>
Total da condenação	1.151.210,85

Contra-razões às fls. 177/180 e 190/192.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso da autarquia (fl. 197).

Sem revisão (RI, art. 33, IX).

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, para discutir, na esfera administrativa, auto de infração lavrado pela fiscalização do INPS, a Usina Santana S.A. — Açúcar e Alcool depositou, em 15-10-64, a quantia de Cr\$ 10.108,94 (dez mil, cento e oito cruzeiros e noventa e quatro centavos), nos termos do art. 7º e parágrafos da Lei nº 4.357/64.

Quase onze (11) anos depois, ou seja, em 28-8-75, em virtude do provimento do seu recurso, foi-lhe devolvida a importância depositada em seu valor simples, isto é, sem a devida correção monetária.

Daí a presente ação, julgada procedente pelo Acórdão de fl. 133, ora em execução.

A decisão liquidanda condenou a autarquia a pagar correção monetária e juros relativos ao período compreendido entre o dia do depósito e o da sua restituição. Não satisfeita a obrigação, é fora de dúvida que o débito fica sujeito à permanente correção até o efetivo pagamento.

Corretos se me apresentam, por isso, os cálculos da autora-exeqüente constantes da fl. 186. Neles, observada a continuidade da correção, aplicou-se o índice de 8,901, previsto

na Portaria nº 61, de 1975, para o 3º trimestre de 1975, bem como o índice de 4,100, previsto na Portaria nº 57, de 1980, para o 2º trimestre de 1980. Os juros moratórios são devidos a partir do depósito, ex vi do disposto no citado art. 7º, § 6º da Lei nº 4.357/64, e na mesma taxa de 1% ao mês, pois o propósito do aludido diploma legal foi assegurar, na hipótese de depósito em garantia, igualdade de tratamento entre o contribuinte e a Fazenda Pública.

Isto posto, dou provimento ao recurso adesivo de Usina Santana S.A. — Açúcar e Alcool, a fim de que, no cálculo do contador, sejam observados os números lançados à fl. 186, prejudicada a apelação do IAPAS.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 71.626 — Registro nº 3.286.240 — SP — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Apte.: IAPAS. Apda.: Usina Santana S.A. — Açúcar e Alcool (rec. adesivo fl. 182). Advs.: Drs. Almeida de Toledo Piza e Almeida Jayme, Francisco Pinto da Fonseca e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso adesivo e julgou prejudicada a apelação interposta pelo IAPAS. (Em 3-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Jarbas Nobre. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 74.450 — RS (Registro nº 2.908.883)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Apelante: União Federal

Apelado: Arno Uhlein

Remetente: Juiz Federal da 5ª Vara

Advogado: Dr. José Jappur

EMENTA

Administrativo. Gratificação de produtividade. Incorporação aos proventos. Posterioridade. Aposentação.

Impõe-se a incorporação aos proventos da inatividade, a teor do disposto na Constituição Federal, artigo 102 e na Lei nº 1.711/52, art. 178, inciso I, item a, não tendo o Decreto-Lei nº 1.445/76, norma genérica, o condão de ilidir o comando da Lei nº 1.711/52, norma específica.

Precedentes jurisprudenciais.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimida-

de, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de ação ordinária proposta por Arno Uhlein, contra a União Federal, objetivando a incorporação, a seus proventos da aposentadoria, da gratificação de produtividade à base de 40%, percebida de março de 1976 até a data da aposentação, 14 de abril de 1978.

Alega o a. que a gratificação de produtividade, posta de início aos fiscais de tributos federais foi, posteriormente, estendida às diversas categorias funcionais, sendo ela parte integrante dos vencimentos do servidor.

Traz, em prol de sua pretensão, Parecer da Consultoria-Geral da República, fls. 6 a 22.

Citada, a União Federal, compondo a lide, contesta, fl. 29, arrimada no Decreto-Lei nº 1.445/76 (fls. 32/34).

Réplica, fls. 37/39.

Em apenso, impugnação ao valor da causa, decidida, por acordo entre as partes, pela elevação do valor inicialmente dado, para Cr\$ 106.920,00 (fl. 20 dos autos em apenso).

Sentenciando, o MM. Juiz Federal julgou procedente a ação, condenando a União a incluir nos proventos da aposentadoria do a. o percentual de 40%, desde 15 de abril de 1978, ficando as parcelas, vencidas e vincendas, sujeitas a juros e correção monetária até a data do efetivo pagamento, a partir da citação e, as demais, pagas mês a mês.

Condenou, ainda, a União a suportar os honorários advocatícios, à base de 20% sobre a soma das parcelas

vencidas e doze das vincendas, acrescidas de juros e correção monetária.

Condenou, também, a União ao pagamento das custas adiantadas pelo a.

Irresignada, apelou a União Federal, fls., pedindo a total reforma da r. sentença.

Contra-razões, fls. pela manutenção da r. sentença.

Ouvida, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, fls., dizendo ser nenhum o direito do autor, opina seja feita a devolução dos autos à primeira instância, para que o recurso seja apreciado como embargos infringentes, uma vez que «se trata de sentença proferida após a Lei nº 6.825, de 22-8-80, em causa inferior a 50 ORTNs.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Senhor Presidente. A douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, fls., opinou pela baixa dos autos ao Juiz a quo, para que receba esta apelação como embargos infringentes, a teor do disposto no art. 4º, da Lei nº 6.825/80.

Laborou em equívoco a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República. É que há decisão, em processo de impugnação ao valor da causa, em apenso, no sentido de elevar o valor inicialmente dado, para Cr\$ 106.920,00, portanto, superior ao valor da alçada.

Destarte, passo ao exame da matéria.

Estou em que o MM. Juiz sentenciante decidiu com acerto a contenda.

Certo que o Decreto-Lei nº 1.445/76, em seu artigo 10, dispôs que cessará a gratificação de produ-

tividade quando o servidor vier aposentar-se após trinta e cinco anos de serviço.

Não menos certo, porém, é que a Lei nº 1.711/52, em seu art. 178, inciso I, item A, dispôs serem integrais os vencimentos ou remuneração, da-quele que passa à aposentadoria, por tempo de serviço.

Ora, a norma do Decreto-Lei nº 1.445/76, norma genérica, não tem o condão de ilidir o comando da Lei nº 1.711/52, norma específica. Ao contrário, prevalece esta, quando em choque com aquela.

A Constituição Federal, em seu art. 102, item I, alínea a, dispõe serem integrais os proventos da aposentadoria quando o funcionário contar trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino, ou trinta anos de serviço, se do feminino.

Ora, é de boa hermenêutica, ajustar o aplicador da norma, o seu comando, à Constituição Federal, Lei Maior.

Ademais, a própria administração, reconhecendo tal situação, editou o Decreto-Lei nº 1.709/79, que dispôs, em seu art. 5º, que a gratificação de produtividade, criada pelo Decreto-Lei nº 1.445/76, seria computada para o cálculo de proventos da inatividade.

É ver que a Jurisprudência deste Pretório veio se consolidando no sentido de proclamar a incorporação, aos proventos do inativo, da gratificação de produtividade, desde que o servidor, antes da aposentação, as viesse percebendo.

Assim:

«Gratificação de produtividade (Decreto nº 27.644/49).

Devida aos funcionários autárquicos que se aposentassem após 35 anos de serviço (DNPS-DAPS-3.34, de 30-11-66).

Essa gratificação é assemelhada à remuneração (art. 120, do Estatuto).

Sua incorporação aos proventos não podia ser suprimida». (AC nº 35.361 — 2ª Turma, unânime — Rel. o Sr. Ministro Jarbas Nobre).

«Funcionário inativo. Gratificação de produtividade.

Sua incorporação aos proventos da inatividade.

Direito que se reconhece face à Jurisprudência recente, a servidor aposentado por invalidez, com vencimentos integrais, de acordo com o art. 102, b, da Constituição, comb. com o art. 178, inciso III, da Lei nº 1.711/52 e no item II, letra b, c/c o item I, letra b da Resolução do INPS nº 601.2, de 6-4-71. Sentença confirmada. (AC nº 45.649 — Rel.: Min. Armando Rollemberg).

«Funcionário aposentado por invalidez. Proventos. Correção monetária. O funcionário aposentado por qualquer doença, prevista no inciso III, do art. 178, da Lei nº 1.711/52, faz jus à remuneração integral prevista no caput em cuja expressão também se incluem as gratificações que esteja percebendo por ocasião da inativação. A correção monetária das parcelas vencidas é cabível, segundo orientação do Pretório Excelso e deste Tribunal. Improvido o apelo do Instituto réu e provido o do autor, para a inclusão da correção monetária, confirmada, no mais, a sentença». (AC nº 62.268 — DF — Rel.: Ministro Otto Rocha).

«Administrativo. Funcionário aposentado por invalidez. Gratificação de atividade.

Sua incorporação aos proventos da inatividade, por direito reconhecido da Jurisprudência recente, ao servidor aposentado por invalidez, com os vencimentos integrais,

de acordo com o art. 102, inciso I, letra b, da Constituição Federal, c/c o art. 178 — III, da Lei nº 1.711/52. Recurso desprovido. Sentença confirmada. Procedência da ação. (AC nº 67.142 — RJ — Rel.: Ministro Gueiros Leite). Julgado em 26-4-83, publicado no DJ de 19-5-83.

«Funcionalismo. Gratificação de produtividade. Extensão aos funcionários aposentados.

A Gratificação de produtividade, criada pelo Decreto-Lei nº 1.445, de 1976, foi mandada incorporar aos proventos dos aposentados a partir do Decreto-Lei nº 1.709, de 1979, com a condição de haver sido percebida na atividade.

Se o funcionário se aposentou em 1969, não tendo, portanto, percebido a gratificação, não faz jus a que a tenha computada nos seus proventos.

Embora possam ter a mesma natureza e finalidade de antigas vantagens, as que são criadas pela legislação atual, segundo condições novas, como a gratificação de produtividade, não se vinculam àquelas para efeito de sua percepção pelos inativos que as não percebiam na atividade.

O direito do ex-combatente funcionário público se exaure no ato de sua aposentadoria. As garantias do art. 197 da Constituição não abrangem pretensões dos inativos às vantagens não existentes na data de sua aposentadoria. (AMS nº 95.050 — RJ — DJ 1-4-82 — Rel.: Ministro Carlos Madeira).

Ressalte-se que na AMS nº 89.993 — PE, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro William Patterson, a douta Subprocuradoria-Geral da República traz três Acórdãos, cujas decisões negam provimento à pretensão dos autores. Os Acórdãos então

referidos são da lavra dos Eminentíssimos Srs. Ministros Gueiros Leite, Otto Rocha e Moacir Catunda.

Acresce que tais decisões foram proferidas em 19-4-78 AMS nº 81.809, Rel.: Ministro Gueiros Leite e em 18-6-79, AMS nº 84.638, Rel.: Ministro Otto Rocha.

Posteriormente, seguindo a nova orientação jurisprudencial, S. Exas. votaram no sentido de dar como integrante dos vencimentos, a gratificação de produtividade, conforme acima assinalado. Confira-se: AC nº 62.268 — Relator: Ministro Otto Rocha e AC nº 67.142, Rel.: Ministro Gueiros Leite.

Ante o exposto, mantenho a r. sentença, pelos seus jurídicos fundamentos, negando provimento à apelação da União Federal.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Senhor Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator porque entendo que o art. 102 da Constituição tem que ser interpretado restritivamente, porque não se pode estabelecer odiosa *restringenda* para os civis e graciosa *amplianda* para os militares, que não têm essa restrição na Constituição.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 74.450 — RS — Registro nº 2.908.883 — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Apte.: União Federal. Apdo.: Arno Uhlein. Remte.: Juiz Federal da 5ª Vara. Adv.: Dr. José Jappur.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 31-8-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Mins. Carlos Thibau e Jarbas Nobre por motivo de licença. Washington Bolívar votaram com o Presidiu o julgamento o Sr. Min. Relator. Não compareceu o Sr. Min. Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 76.513 — RJ
(Registro nº 2.467.755)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelante: Associação dos Servidores Civis do Brasil

Apelados: Canecão — Promoções e Espetáculos Teatrais S.A. e Universidade Federal do Rio de Janeiro

Advogados: Drs. Julian Milton Villarreal e outros, César Augusto Gonçalves Pereira e outro, Luiz Carlos Ferrari Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior e outro

EMENTA

Processual civil. Intimação pessoal (CPC, artigo 267-III, § 1º).

A intimação pessoal, tal como exigida no artigo 267, § 1º, do CPC, não significa se deva fazer, obrigatoriamente, por mandado, mas que conste da publicação o nome da parte e não apenas o do seu advogado (Cf. T. Negrão, 10ª ed. atualizada até 1981, pág. 115, artigo 267:30). A exigência explica-se pela diferença de redação entre os dois Códigos, de 1939 e 1973, pois naquele só se exigiu a intimação do advogado. Não atendida a intimação e não justificada a omissão nas razões de apelação, confirma-se a sentença que extinguiu o processo por abandono da causa por mais de trinta dias (CPC, artigo 267-III).

Recurso desprovido. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso e confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator e das notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): A Associação dos Servidores Civis do Brasil propôs a presente ação de reintegração de posse contra o Canecão — Promoções e Espetáculos Teatrais S.A., que sem qualquer título e em flagrante esbulho ocupa parte do imóvel da autora.

Esclarece que de início houve locação pelo prazo de dez anos. Mas, porque o prazo estivesse a terminar, fez notificar o réu, a fim de que lhe devolvesse a posse direta do imóvel, dos móveis e das instalações, não sendo porém atendida e encontran-

do-se sem receber qualquer remuneração relativamente ao antigo contrato.

O réu contestou, às fls. 65/68, alegando que a autora teria perdido o domínio sobre o imóvel, porquanto a doação à mesma feita pelo Governo Federal fora revogada, passando a ser proprietária a Universidade do Brasil. Perdendo a propriedade, a autora perdeu também a posse indireta e a condição de locadora.

Como a demanda havia sido proposta em Vara Cível do Estado, argüiu-se também a incompetência do Juízo. Falou-se em inépcia da inicial e carência de ação. Quanto ao mérito, sustentou-se a improcedência, pois à pretensão faltariam foros de direito. Pediu-se o acolhimento das preliminares e, principalmente, da relativa à competência.

A autora replicou, às fls. 100/111. A União Federal falou à fl. 119, manifestando o seu interesse na causa. O Dr. Juiz declinou da sua competência (fl. 121). E os autos vieram à 8ª Vara Federal, onde foi pedida pela União Federal a citação da Universidade (fl. 133). Esta requereu, às fls. 141/142, a extinção do processo, porque sem direito a autora.

A sentença do Dr. Clélio Erthal, à fl. 144. Declarou extinto o processo por outro fundamento (CPC, art. 267 — III). O Canecão manifestou declaratórios, à fl. 146, achando que o Dr. Juiz tinha esquecido os honorários advocatícios. O lapso foi corrigido (fl. 149), fixando-se a verba no equivalente a 12% sobre o valor da causa.

Apelo da Associação às fls. 151/158, porque a sentença não teria atendido aos dispositivos processuais de regência e em especial à fundamentação (CPC, arts. 267, § 1º, e 459). Abordou questões de ordem do processo. E no mérito pediu a reforma da sentença, com prolação de outra a seu favor.

O Canecão veio aos autos às fls. 162/163, para dizer que a sentença havia transitado em julgado, pois, com os embargos declaratórios, se consumira o prazo para a apelação. Ouvida a União Federal manifestou-se pela tempestividade do recurso (fls. 166v./167), que por isso foi recebido, conforme decisão fundamentada à fl. 168.

Contra-razões do Canecão — Promoções e Espetáculos Teatrais S.A. às fls. 175/183, pela confirmação da sentença e com argumentos novos em seu favor. Sem contra-razões da Universidade Federal do Rio de Janeiro (fl. 186v.), subiram os autos ao Tribunal, onde foi dispensada a audiência da douta Subprocuradoria-Geral da República.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Proferida a sentença de extinção do processo, que se baseou no art. 267-III, do CPC, o primeiro réu, Canecão — Promoções e Espetáculos Teatrais S.A., embargou de declaração, requerendo explicitação quanto à sucumbência da autora em honorários. A sentença foi declarada em atenção ao pedido. Dela apelou a autora. E desse recurso disse o primeiro apelado ser intempestivo.

Eis os seus argumentos quanto a essa parte.

Falando em suspensão do prazo, o art. 538, do CPC, está a significar que o prazo para outros recursos inicia-se com a publicação da sentença embargada, continuando a sua contagem após o desate dos embargos. Assim, consumidos, até a oposição dos embargos, dois dias do lapso recursal, ficaram a faltar treze. Como a decisão dos embargos foi publicada a 18 de março de 1981, u'a quarta-feira, o prazo da apelação

ter-se-ia findado em 31 de março de 1981, enquanto aquela fora apresentada em 1º de abril do mesmo ano.

Desacolho, contudo, essa preliminar, pois é como disse o Dr. Juiz à fl. 168: «... a interposição dos embargos suspendeu o prazo da apelação (art. 538 do CPC) (Omissis), não havendo como se falar de intempestividade, pois o prazo deve ser contado da intimação da decisão proferida nos embargos declaratórios. Assim, tendo em vista que o recurso foi interposto 14 dias após a publicação da sentença (fls. 150/151), recebo a apelação de fl. 151, na forma da lei. (Omissis). Subam os autos à superior instância» (fl. 169).

Acho que essa é a orientação jurídica correta, em que pese a fundamentação doutrinária manifestada pelo nobre advogado do primeiro apelado, à fl. 162. Também há decisões jurisprudenciais a respeito, até mesmo do Supremo Tribunal Federal. Da minha parte, porém, mantenho-me firme em convencimento anterior, no mesmo sentido da respeitável decisão a quo, conforme passo a demonstrar, com a mão em voto proferido na 2ª Turma, julgamento da AC nº 80.212-RJ, verbis:

«Conheço do recurso, dado que a interposição dos embargos declaratórios, se não forem julgados protelatórios, suspende integralmente o prazo para a interposição da apelação, o qual será contado somente a partir da publicação do Acórdão nos embargos. É o que se chama de restituição. Não há novidade no que faço, pois assim ocorria no CPC de 1939 (art. 862, § 5º), como ocorre agora no novo Código: art. 538, verbis: «Art. 538. Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos.» O Ministro William Patterson discorda dessa orientação por apegar-se, segundo afirma, ao que vem decidindo a respeito o Supremo Tribunal Fede-

ral, possivelmente adotando o critério de contagem de prazo suspenso, contido no art. 180, verbis: «Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, nºs I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.» Não vejo como, porém, com a devida vênia, se possa ter e haver um Recurso como obstáculo da parte, quando esta nada mais faz do que exercitar um direito semelhante ao da ação e da exceção. Obstáculo, em sentido jurídico processual é o mesmo que resistência injustificada ao andamento do processo, enquadrável como ilícito processual de conseqüências danosas (CPC, art. 17, IV). Lamento, igualmente, divergir da orientação da nossa Suprema Corte nesse ponto, a teor de Acórdão da sua Egrégia 1ª Turma, no Ag. nº 92.973-8 — AgRg — MG, sendo Relator o eminente Ministro Rafael Mayer, na contagem que T. Negão endossou na última (13ª) edição de sua conhecida obra. O engano decorre, infelizmente, do Regimento Interno da Corte, o novo, que recebeu alento legislativo e dissentiu do sistema codificado, pois assim não acontecia no velho. Fico na companhia privilegiada de Barbosa Moreira, verbis: «De lege ferenda, seria preferível que a interposição dos embargos declaratórios interrompesse (para quaisquer possíveis recorrentes), o prazo de interposição de outros recursos (Omissis).» (Comentários, 4ª ed. revista e atualizada, 1981, Forense, Rio, pág. 630). Não faço porém, a distinção que o mestre faz entre interrupção e suspensão porque embora conste esta última palavra do art. 538, a sua utilização é terminologicamente inadequada, por abeberar-se do disposto no art. 180 citado. No caso dos autos, en-

tão, é de pasmar. Por um único dia, nessa esdrúxula contagem, ficou a parte sem recursos. O direito formulário ainda perdura e a labuta dos seus obreiros é incansável.»

Por isso conheço da apelação.

Opondo-se à decisão — que pôs fim ao processo sob a alegação de que a causa teria sido abandonada desde agosto de 1978 — a autora sustenta, na apelação:

a) que o despacho de fl. 126 não foi publicado;

b) que o despacho de fl. 138 teve publicação irregular, muito embora não se fizesse necessário atendê-lo expressamente;

c) que a publicação do despacho de fl. 135 não atendeu ao disposto nos arts. 234 e 236, § 1º, do CPC;

d) que todas as publicações, enfim, relativas aos presentes autos, não teriam preenchido os requisitos do art. 236, § 1º do CPC.

O despacho de fl. 126 — «aguarde-se a iniciativa dos interessados» (30-8-78) — foi enviado à imprensa oficial, conforme certidão de fl. 126 verso; e publicado, também conforme certidão de fl. 132, tanto assim que a outra parte atendeu à fl. 127. Por outro lado, não há qualquer despacho à fl. 138. O de fl. 135 — «tendo em vista o tempo decorrido, diga a autora se ainda tem interesse neste feito» (7-5-80) — foi enviado à imprensa oficial para publicação, comprovada pela própria apelante, à fl. 160. E dela consta os nomes das partes e dos seus advogados, não havendo, assim, desrespeito ao art. 236, § 1º do CPC. Não vejo como acoimarem-se de nulas essas publicações, conforme sustenta a apelante à fl. 155. Nem interessaria, no caso, a alegação de suposta irregularidade na intimação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (fls. 155/156). Daí porque, tendo a apelan-

te indiscutivelmente se descurado da causa, permanecendo nessa situação após vários despachos do nobre julgador, foi sancionada com a seguinte decisão:

«O fato é que desde que aqui chegaram os presentes autos, em agosto de 1978, a autora, apesar de intimada (fls. 132, 134 e 135v.), não compareceu para promover o andamento do feito. Em consequência está suficientemente caracterizado o abandono da causa em Juízo, ensejando, assim, a extinção do processo, na forma do art. 267, III, do Cód. Processo Civil.» (fl. 144).

Essa decisão foi proferida em 22 de setembro de 1980, o que dá u'a idéia do desinteresse e da negligência da autora, superando todos os prazos do art. 267, incisos II/III. Acho, inclusive, que seria demasiado formalismo argumentar-se com a regra do art. 267, § 1º, da intimação pessoal da parte, que aliás não deixou de ser feita, pois, segundo orientação jurisprudencial, o pessoalmente do texto não significa intimação por mandado, mas que se faça incluindo o nome da parte e não apenas o do seu advogado. Até mesmo por edital é admitida (cf. T. Negrão, 10ª ed. atualizada, 1981, pág. 115, art. 267: 30). A razão da exigência está, entre outras, na diferença dos textos dos Códigos de 1939 e atual, pois naquele se exigia a intimação apenas ao advogado.

De qualquer modo, é como disse o réu nas suas contra-razões à fl. 182, ao admitir que houve, na sua opinião, omissão de intimação pessoal:

«Irregularidade houve na omissão de intimação pessoal da autora (§ 1º do art. 267 do CPC), o que não há como negar. Mas irregularidade formal não importa, necessariamente, em decreto de nulidade. Vigora, em matéria de nulidade processual, o velho e revelho

princípio, pas de nulité sans grief. Não há nulidade sem prejuízo, salvo quanto expressamente cominada, proclama o nosso Código processual (art. 244). Portanto se a parte autora teve ciência daqueles despachos de fls. 126, 133 e 135, através de seus patronos — pois que publicados — o defeito de forma não gera nulidade que só haveria se das publicações não tivesse constado o nome de advogado seu, hipótese em que intimação não teria havido. O § 1º do art. 267 do CPC alude à intimação pessoal da parte, mas não comina nulidade para a sua falta. A regra dominante, por outro lado, é a de considerar-se feita a intimação pela publicação dos atos no órgão oficial (art. 236 do CPC) e as publicações aconteceram. Consoante o disposto no art. 244 do CPC não há espaço para o decreto de nulidade » (fl. 182).

Nego provimento ao recurso.

Confirmo a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 76.513 — RJ — Registro nº 2.467.755 — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Apte.: Associação dos Servidores Civis do Brasil. Apdos.: Canecão — Promoções e Espetáculos Teatrais S.A. e Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Julian Milton Villarreal e outros, César Augusto Gonçalves Pereira, outro e Luiz Carlos Ferrari Gonçalves e Aldir Passarinho Junior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso e confirmou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 27-11-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.680 — MG

(Registro nº 3.413.284)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — MG

Apelante: União Federal

Apelada: Etelvina José de Lima

Advogados: Drs. Myriano Henriques de Oliveira e outros (Apda.)

EMENTA

Militar. Ex-integrante do Tiro de Guerra. Pensão e Reforma post mortem. Prescrição.

I — O serviço prestado ao Tiro de Guerra é serviço militar (Lei nº 4.902/65, artigo 32, c);

II — Comprovadamente acometido o soldado por mal incapacitante que dispensa relação de causa e efeito com o serviço, impõe-se a sua reforma post mortem, na graduação que detinha, com os proventos de 3º Sargento, deferindo-se a pensão militar correspondente à sua genitora;

III — Preliminar de prescrição rejeitada. É de natureza imprescindível a pensão militar (Lei nº 3.765/60, artigo 28);

IV — Apelação provida parcialmente.

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 parcial à apelação, não conhecer da remessa de ofício por incabível na espécie, 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 fevereiro de 1985 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Costa Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: Cuida-se de ação movida por genitora de ex-integrante do Tiro de Guerra, objetivando a reforma *post mortem* de seu filho, na graduação de soldado, com os estípedios de 3º Sargento, bem como o deferimento da pensão militar a ela mesma.

Esclareceu a autora, em favor de sua pretensão, que o filho, durante a prestação do serviço militar, foi acometido de neoplasia maligna, tendo falecido três meses após o desligamento do Tiro de Guerra, o que aconteceu antes mesmo de ter completado o tempo delimitado para o encerramento da mencionada prestação. Por esta razão, aduziu ao pedido a gratificação de tempo de serviço na base de 35% (trinta e cinco por cento), Diária de Asilado de Subtenente, tudo constando do ato de reforma (fls. 2/13).

Em argumentos de contestação (fls. 17/25), a União Federal susten-

tou, em preliminar, a prescrição da ação, tendo em vista que 11 (onze) anos medeiam entre o óbito, ocorrido em 1968, e a propositura da demanda, em 1980. Portanto, seria de inteira aplicação o Decreto nº 20.910/32.

No mérito, pugnou a ré pela improcedência do feito, haja vista que o filho da autora, como integrante do Tiro de Guerra, não se encontrava incorporado ao Exército, mas simplesmente matriculado naquele órgão. Por esta razão, inaplicável seria, à espécie, a Lei nº 4.902/65, que tem como destinatários os militares da ativa.

Acresceu, demais disso, que o falecimento do filho da postulante deu-se em data posterior ao desligamento do Tiro de Guerra, sendo que a doença causa *mortis* não guardaria relação de causalidade com o serviço militar.

O julgador monocrático, em sentença de fls. 73/77, afastou a incidência do instituto prescricional, ao argumento de ser a pensão militar obrigação de trato sucessivo, motivo por que a prescrição incidiria somente sobre as prestações anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da inaugural.

No mérito, manifestou-se pela procedência do pedido, posto que o serviço prestado ao Tiro de Guerra seria obrigatório, não tendo valia a argumentação de que o militar em apreço não estava incorporado ao Exército.

Entendeu, outrossim, que a moléstia que vitimou o filho da autora eclodiu durante a prestação do serviço militar, restando certo estar

elencada entre aquelas que prescindem do nexu causal para gerar direito.

Por conseqüência, condenou a União Federal a promover a reforma *post mortem* do filho da autora, na graduação de 3º Sargento e, após a data do falecimento, a outorgar a competente pensão militar à beneficiária mãe. Incluiu, ainda, na condenação, o pagamento de atrasados, a partir de 9 de janeiro de 1974, com juros e correção monetária, honorários de perito e advogado, ao tempo em que considerou a decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, manifestou a União Federal o seu recurso de apelação, ratificando os argumentos expendidos na peça contestatória, omitindo, porém a argüição que fizera quanto à ocorrência do instituto prescricional (fls. 79/80).

Contra-razões à fl. 82, alegando que o valor atribuído à causa não enseja remessa oficial, na forma da Lei nº 6.825/80 da Resolução TFR nº 25/80.

Em parecer de fls. 89/92, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela extinção do processo, por efeito da prescrição, ou pela improcedência da ação, caso ultrapassada a preliminar. Finalmente, não sendo acolhido esse entendimento, propugna pelo provimento parcial do recurso, para que a reforma se dê na graduação de soldado, prescrição quinquenal dos atrasados, e atualização monetária somente a partir da vigência da Lei nº 6.899/81.

Por redistribuição, vieram-me os autos conclusos. Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Este o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Consoante se depreende do re-

latório, a União Federal alega, em preliminar, ocorrência de prescrição.

O Ministério Público Federal, oficiando como *custos legis*, em alentado parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, vê procedência na alegação, aduzindo, em abono da tese esposada, os seguintes argumentos:

«Observa-se, de início, que está efetivamente consumada a prescrição, pois a pretensão da autora de receber pensão militar depende necessariamente do reconhecimento judicial do direito à reforma do *de cujus*. Ora, o falecimento ocorreu em 26-11-68 e a ação foi proposta somente em 10-1-80, mais de onze anos depois, de modo que foi atingida pela prescrição quinquenal, por força do disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

Como tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, se as prestações sucessivas dependem da anulação ou modificação do ato que lhes dá causa, a prescrição da ação tendente a anulá-lo ou modificá-lo envolve a das ações que persigam, sucessivamente, as mesmas prestações (c/por exemplo, ERE nº 73.958, RTJ nº 83/787, RE nº 85.087, DJ de 2-12-77). A mesma doutrina deve ser observada, evidentemente para a hipótese em que a pretensão envolve a própria constituição do ato.

Há, aliás, precedente específico na matéria do Egrégio Tribunal Federal de Recursos. Trata-se do Acórdão proferido na Apelação Cível nº 67.439, Relator o Senhor Ministro Carlos Madeira, que traz a seguinte ementa:

«Militar. Pretensão em virtude da morte de filho em serviço. Prescrição.

Indeferida a pretensão ao amparo do Estado, no âmbito admi-

nistrativo, tinha a mãe do soldado, morto em serviço, cinco anos para propor a ação contra a União Federal. Decorrido esse prazo, prescrito está o direito contra a Fazenda Nacional (Decreto nº 20.910, de 1932)» (DJ de 26-4-84, pág. 61/60).

Dmv, tenho ponto de vista discordante. Dispõe o artigo 28, da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, que a pensão militar pode ser requerida em qualquer tempo. Daí ser de natureza imprescritível. A prescrição, como bem salientou a decisão recorrida, só incide sobre as prestações anteriores ao quinquênio que precede ao ajuizamento da ação.

No tocante ao próprio fundo do direito, vale dizer o pedido de reforma *post mortem*, também não há falar em prescrição. Caso contrário, inócuo seria a regra estabelecida no prefalado dispositivo legal. Parece-me com ela mais consentânea a interpretação oferecida pela Egrégia Segunda Turma deste Tribunal, que, ao enfrentar questão semelhante a posta nestes autos, no julgamento da AC nº 42.892-RJ, entendeu inócua a prescrição, ao fundamento de estar a reforma subsumida na pensão, com o que se reflete sobre a primeira natureza imprescritível da segunda. É de repelir-se assim, a preliminar de prescrição.

No mérito, a sentença monocrática apresenta-se assim fundamentada, às fls. 76/77:

«Na real verdade o serviço prestado ao Tiro de Guerra é obrigatório e tem de ser considerado como serviço militar. Tanto que a Lei nº 4.902/65 considera como soldados, os alunos dos órgãos de formação de graduados e de soldados para a reserva (art. 32, C). E o Tiro de Guerra constitui um desses órgãos, como se vê do documento de fl. 10.

É verdade que a autora não prova estivesse seu filho enquadrado no art. 25, letras c e e, nem exhibe o atestado de que fala o § 1º do art. 28 da Lei nº 4.902.

Porém, a negligência da ré, que fala em desligamento «por motivo justificado», sem dizer qual (fl. 23), além de não cuidar das anotações necessárias ao atestado de origem, não pode redundar em seu benefício e conseqüente prejuízo da autora.

Em nada aproveita a ré a alegação de inexistência de relação de causa e efeito da doença com o Serviço Militar, certo que a leucemia, doença de que era portador o militar (fl. 13), representa neoplasia maligna na palavra da perícia (fl. 62), dispensando por isso mesmo a pretendida relação de causa e efeito (Lei nº 4.902/65, art. 28 d, c/c artigo 25 e, da mesma Lei).

A natureza da doença de que foi vítima o filho da autora tal como capitulada na lei e provada nos autos, dispensa a exigência reclamada pela União Federal, *data venia*».

Estou em que o MM. Juiz a quo bem apreciou as duas questões de direito fundamentais ao deslinde da controvérsia. A luz dos dispositivos legais aplicáveis à espécie, é indubitoso que o serviço prestado ao Tiro de Guerra constitui serviço militar e que, no caso de neoplasia maligna, a concessão da reforma se impõe, mesmo não guardando a doença relação de causa e efeito com o serviço.

Afasto-me, entretanto, do douto julgado no que diz respeito à concessão da reforma *post mortem* na graduação de 3º Sargento, bem assim no que pertine à condenação da União Federal a pagar as prestações atrasadas e juros a partir de 9-1-74.

A reforma de que se cuida deve ser concedida na graduação de sol-

dado, com proventos de 3º Sargento, como pedida na inicial. As prestações atrasadas, em razão da prescrição quinquenal, são devidas a contar de 9-1-75 e os juros, a teor do artigo 219 do Código de Processo Civil, incidem somente a partir da citação.

Isto posto, dou parcial provimento ao recurso da União Federal, reformando a sentença nos termos acima referidos. Não conheço da remessa oficial, por incabível. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.680 — MG — Registro nº 3.413.284 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Rmte.: Juízo Federal da 3ª

Vara/MG. Apte.: União Federal. Apda.: Etelvina José de Lima. Advs.: Drs. Myriano Henriques de Oliveira e outros (Apelada).

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento parcial à apelação, não conheceu da remessa de ofício por incabível na espécie, nos termos do voto do Relator. (Em 12-2-85 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Carlos Thibau votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Leitão Krieger por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 83.842 — CE (Registro nº 4.419.480)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelantes: Luis de Campello Gentil e cônjuge

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. José Roberto Menescal de Abreu, Alano Soares Bezerra e Rosa Maria Motta Brochado

EMENTA

Domínio da União. Terrenos de Marinha. Aforamento. Ato declarado, nulo em virtude de vício insanável.

No regime do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, o aforamento de terrenos de marinha depende de prévia e expressa autorização do Presidente da República.

O ato de concessão de aforamento, praticado pelo Delegado do Serviço do Patrimônio da União, sem aquela autorização e sem a aprovação posterior do Diretor do órgão, padece de nulidade, podendo, como tal, ser declarado pela Administração. (Súmula nº 346, do STF).

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimi-

dade, 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 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Luiz de Campello Gentil requereu à Delegacia de Serviço do Patrimônio da União, em julho de 1952 e fevereiro de 1953, a inscrição de uma área de terrenos de marinha, totalizando 15.504.4759m². A inscrição foi feita mediante o pagamento das taxas de ocupação retroativamente a 1921.

A posse dos terrenos foi adquirida em 1939, juntamente com as benfeitorias neles existentes na época, constituídas de uma casa de tijolo e um barracão de madeira. Mas os ocupantes anteriores os possuíam desde 1921.

Em 1959, o adquirente promoveu uma justificação judicial, da ocupação do terreno, por si e seus antecessores, para assegurar o direito de preferência ao aforamento. E em 1960, com arrimo na prova produzida na justificação, a Delegacia do SPU lhe concedeu o aforamento da área, em decisão de 4-4-60, que reatificou despachos anteriores que já o haviam concedido. O procedimento administrativo, entretanto, não teve andamento, e o ocupante transferiu a maior parte dos terrenos a duas empresas da qual participa, restando-lhe uma área de 5.501.6570m², que foi inscrita no SPU sob nº 3.387.

Em novembro de 1979, o Delegado do SPU, no Ceará, tornou sem efeito a decisão de 4-4-60, concessiva do aforamento, e cancelou a Inscrição nº 3.387. O ocupante recorreu ao Diretor-Geral do SPU, sem êxito.

Inconformado, ele e sua mulher propuseram ação contra a União Federal, pleiteando a declaração de

ineficácia do despacho de 1979 e a conseqüente restauração do aforamento do terreno de marinha, objeto da Inscrição nº 3.387, requerendo, como medida cautelar, fosse determinado à União, através da Delegacia do SPU, que adotasse providências no sentido de impedir a continuação de todo e qualquer serviço que a PETROBRAS ou qualquer órgão público realizasse na área.

Sustentaram os autores que o seu direito de preferência se funda no inciso VII do artigo 105 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, pois no terreno havia benfeitorias de valor apreciável, em relação a ele, anteriormente a 1940. A existência dessas benfeitorias foi comprovada em justificação judicial. E o Termo de Medição e Avaliação, elaborado pelo SPU em 1953, declara a existência de benfeitorias exatamente na parte do terreno que lhes restou e que foi inscrito sob nº 3.387. Outro Termo de Medição e Avaliação, elaborado em 1959, também dá notícia de benfeitorias na parte do terreno transferido às empresas. Tratando-se de terrenos contíguos, as benfeitorias existentes eram comuns a ambos.

O despacho que cancelou a Inscrição nº 3.387 desprezou os elementos geradores do direito dos autores, quais sejam, a posse anterior ao ano de 1940; a existência, nessa época, de benfeitorias; o pronunciamento favorável de todos os órgãos consultados e o pagamento da taxa de ocupação, a partir de 1921.

Após o cancelamento da Inscrição nº 3.387, não foi inscrita outra ocupação do terreno, perdurando a ocupação indevida da PETROBRAS, que o invadiu antes mesmo do cancelamento. Além da PETROBRAS, invadiu o terreno a Indústria Naval do Ceará S.A.

O Juiz Federal não deferiu a medida cautelar pretendida, porque não requerida em termos.

A União Federal contestou, alegando que, ao ser autorizada a inscrição da ocupação em favor do autor, em 1953, já inexistia o requisito de preferência ao aforamento. Deferiu-se apenas ocupação precária. O despacho de 1960 foi praticado em desconformidade com os princípios que regem a Administração Pública, com afronta a decisão de autoridade superior. Por fim, é irrecusável o direito da Administração de rever seus próprios atos, quando viciados.

Houve réplica, realizando-se audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que os autores apresentaram memorial.

Por sentença, o Juiz Federal da 2ª Vara do Ceará julgou improcedente a ação, condenando os autores nas custas e honorários.

Apelaram os autores.

A União não contra-arrazoou.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Assim fundamentou o Delegado do SPU no Ceará, a concessão do aforamento, no despacho de 4 de abril de 1960:

«Os Decretos-Leis nºs 2.490, de 16-8-40, 3.438, de 17-7-41, e 9.760, de 5-9-46, subordinaram o direito preferencial a condições específicas, como regras rígidas, na disposição de revogar sumariamente a liberalidade da última parte do § 4º, do artigo 19, do Decreto nº 14.595. Logo, se o direito preferencial, aqui discutido, nasceu na vigência do Decreto nº 14.595/1920, pela retroatividade dos efeitos do pagamento da taxa de ocupação inerente a exercícios an-

teriores a 1940, embora processado no império da nova lei, se agasalha na doutrina e jurisprudência sobre os preceitos do direito intertemporal, como «regras estabelecidas pelo legislador à aplicação da nova lei com as conseqüências da lei anterior». Forma, porém, esse conflito, vasto campo, onde se tem travado as mais renhidas e brilhantes batalhas jurídicas.

Aqui, esse fato intervém como elemento histórico de uma longa posse, reconhecida pela administração através do ato fiscal.

Não me parece, todavia, que o simples fato do pagamento da taxa de ocupação a partir do exercício de 1921, por si só, crie o direito preferencial ao aforamento, face à nova lei, como direito adquirido na vigência do Decreto nº 14.595/20.

Mas, se agregamos a utilização do terreno, com benfeitorias, existentes antes de 1940, como prova a certidão de fl. 10, ao pagamento da taxa de ocupação, relativa a exercícios também anteriores a 1940, como testemunha o documento de fl. 3, não há dúvida que tais fatos vêm consolidar, vitalizar e assegurar incontestavelmente o direito preferencial ao requerente, na forma prevista no nº 7, do artigo 105, do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946.

Do bojo do processo constam as seguintes provas materiais:

a) posse do terreno, anteriormente ao ano de 1940, por Luiz de Campello Gentil;

b) existência de benfeitorias no terreno, antes de 1940;

c) pronunciamento favorável ao aforamento de todos os órgãos consultados;

d) pagamento das taxas de ocupação, a partir de 1921.

Em face do que ficou evidenciado através das peças do processo,

de seu valor como requisito essencialmente necessário ao aforamento dos terrenos, ora fundidos e unificados os processos, de ordem do Senhor Diretor do SPU, resolvo, de acordo com o que me faculta a lei, retificar e ratificar os despachos concessórios do aforamento, de fls. 38v e 78v, unificados nestes, para que produzam os seus efeitos legais na conformidade do artigo 108 e nº 7 do artigo 105, ambos do Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-1946.

Vá o processo à D. Antônia, para organizar nova minuta do contrato de enfiteuse, para exame e aprovação do Sr. Dr. Procurador da Fazenda Nacional.

Feito isso, submeto o presente despacho ao elevado julgamento do Excelentíssimo Senhor Diretor do Serviço do Patrimônio da União, a quem já se acha afeto o caso» (fls. 52/53).

Como se vê, o fato fundamental que levou a autoridade a conceder o aforamento foi a existência de benfeitorias no terreno, anteriormente a 1940. Isto porque o Decreto-Lei nº 2.490, de 16 de agosto de 1940, dispunha em seu art. 10 que tinham preferência para a concessão do aforamento os que estivessem pagando taxa de ocupação e tivessem, «nas testadas e frentes dos terrenos, estabelecimentos de sua propriedade, como trapiches, armazéns e outros semelhantes, e dependentes de franco embarque e desembarque (incisos 1º e 2º)». O direito preferencial era deferido também a posseiros que tivessem fazendas, sítios ou propriedades contíguas (inciso 3º), e outros, inclusive os pescadores nacionais que se propusessem à criação de estabelecimentos de pesca ou de indústrias resultantes, relativamente aos terrenos de marinha e acrescidos, situados nas costas de terra firme e nas ilhas.

Ora, os autores se escusam habilmente de declarar a data em que adquiriram a posse do terreno. Dizem que foi em 1939, mas não precisam o dia e o mês. Mas na inicial da justificação judicial (fls. 26/28), declaram que a adquiriram de Luiz Bernardino de Paula e Evangelista Oliveira Costa e que no terreno já havia um barracão de tijolo e telha, anterior a 1939, destinado a conserto de barcos e morada do vigia do justificante. Esse Luiz Bernardino de Paula disse em Juízo, em 29 de dezembro de 1959, que seu pai tinha a posse do terreno há uns quarenta anos, a qual lhe foi transmitida. Por sua vez, ele a vendeu ao justificante, com um galpão, que a segunda testemunha disse que era «um galpão velho», o qual foi demolido pelo adquirente para a construção de dois novos, de alvenaria, cobertos de telha de amianto.

Vê-se, assim, que o antecessor do autor tinha posse clandestina do terreno de marinha, pois o artigo 7º do Decreto nº 14.595, de 31 de dezembro de 1920, estabelecia que ninguém poderia ocupar terrenos de marinha ou seus acrescidos, sem que o declarasse à repartição fiscal, a fim de ser inscrito no cadastro para a consequente cobrança de taxas.

O autor, porém, obteve o pagamento da taxa de ocupação retroativamente a 1921, com o que logrou a respectiva inscrição em 1952 e 1953.

Mesmo assim, como acentua o Juiz, não ficou clara a existência de benfeitorias, pelo menos de valor apreciável em relação ao terreno. Um galpão velho, em meio a um terreno grande, nada significa.

Há mais: esse galpão velho pertencia a Luiz Bernardino de Paula. Quanto à posse de Evangelista Oliveira Costa, nada esclareceu o autor sobre a existência de benfeitorias.

Não há, pois, como configurar o direito de preferência em que se apoiou o despacho de 4-4-60, para conceder o aforamento ao autor.

Demais disso, a concessão nem chegou a se consumir, pois, para tanto, havia que, preliminarmente, obter autorização do Presidente da República (art. 99 do Decreto-Lei nº 9.760/46). E a decisão do Delegado do SPU dependia de exame da Procuradoria da Fazenda Nacional e da aprovação do Diretor do SPU.

Não há notícia da observância dessas formalidades.

A propósito da autorização presidencial, para o aforamento do terreno de marinha, escreveu J. E. Abreu de Oliveira, em obra editada em 1966, pela Imprensa Universitária do Ceará:

«É certo que o artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.438 de 17-7-1941, subordinava tanto os terrenos de marinha como os seus acrescidos ao regime do aforamento e que os parágrafos do artigo 30, do Decreto-Lei nº 5.666, «de 15-7-1943, disciplinavam essa forma de concessão; mas no artigo 99 do Decreto-Lei nº 9.760, vigente desde 6 de setembro de 1946, não existe autorização genérica. Destinar terrenos do domínio público ao sistema de aforamento depende de prévia e expressa autorização do Presidente da República». «Lei ou ato do Presidente da República é indispensável para que qualquer área pertencente à União se repute enfiteuticável» (Pontes de Miranda). Vê-se, assim, no que concerne a terrenos de marinha, que a utilização sob aquele regime já estive-

ra permitida em expressas disposições legais; estivera, sim; já não está; porque o Decreto-Lei nº 9.760 modificou o «sistema anterior e fez depender de ato expresso do governo a concessão de novos aforamentos» (Aforamento e cessão de terrenos de marinha, pág. 72).

Conclui-se do escólio supratranscrito que o despacho de 4-4-60, que re-ratificou o aforamento de terreno de marinha aos autores, é ato nulo, pois proferido em processo instaurado sem a prévia autorização do Presidente da República.

Aliás, não há prova do aforamento, pois, como acentua o Juiz, não chegou a ser feito o contrato de enfiteuse.

Podia a Administração anular o ato praticado em 1960, com vícios insanáveis, como a falta de prévia autorização do Presidente da República e a posterior aprovação do Diretor do SPU.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.842 — CE — Registro nº 4.419.480 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Aptes.: Luiz de Campello Gentil e cônjuge. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. José Roberto Menescal de Abreu, Alano Soares Bezerra e Rosa Maria Motta Brochado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 27-11-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.051 — MG

(Registro nº 4.422.791)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Apelante: Instituto Nacional da Previdência Social

Apelado: José Raymundo de Castro

Advogados: Drs. Antonio Felizardo Filho e outros e Glaucio Gontijo de Amorim e outros

EMENTA

Administrativo. Aposentadoria. Revisão de cálculos.

Não serão excluídos da base de cálculo os aumentos salariais espontâneos concedidos pela empregadora, nos últimos 36 meses imediatamente anteriores ao início do benefício.

Alegação de fraude, por si só, não ilide o direito do empregado. Fraude não se presume, cabendo a quem a alega fazer prova de sua existência.

(CLPS, artigo 26. Decreto nº 83.080/79; Decreto nº 77.077/76, § 6º).

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª 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, 15 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Leitão Krieger**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de ação ordinária proposta por José Raymundo de Castro contra o Instituto Nacional de Previdência Social, pugnando retificação do cálculo de seus proventos de aposentadoria.

Alega que o Instituto, ao calcular o valor de seus proventos, excluiu da base de cálculos os aumentos salariais concedidos espontaneamente pela empregadora Construtora Almeida Ltda., vantagem essa outorga-

da a outros empregados, considerando o valor da função exercida. Entendendo ter direito à percepção de proventos calculados com base na remuneração real, percebida nos últimos 36 meses, sem qualquer limitação, pede a procedência da ação, condenado o Instituto na retificação do cálculo e no pagamento das diferenças, vencidas e vincendas, com juros, correção monetária e honorários de advogado, na base de 20% sobre o que se apurar em liquidação.

Em audiência, o Instituto impugnou o valor da causa, julgada procedente, por sentença de fl. 6 v., do apenso.

Contestando, o Instituto alegou que os salários do autor foram majorados muito além dos índices dos aumentos fixados para as diversas categorias no período, como se vê das relações dos salários de contribuição. Daí, a inexistência do alegado direito, visto achar-se correto o cálculo da aposentadoria, pelo que pede a improcedência da ação, aplicadas as cominações legais.

Na audiência narrada à fl. 57, permanecendo irreconciliáveis as partes, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo autor (fls. 57/58-v.).

Por determinação do Dr. Juiz vieram aos autos os documentos de fls. 61/62, tendo as partes apresentado razões finais, em forma de memorial (fls. 66/67 e 69/71).

Sentenciando, o ilustre Juiz Federal, Dr. Euclides Reis Aguiar, julgou procedente a ação, para os fins especificados na inicial, condenando o requerido nos termos do pedido ali formulado.

Inconformado, apelou o Instituto com as razões de fls. 81/82.

Contra-razões à fl. 85, pugnando o autor pelo improvimento do recurso.

Subiram os autos e aqui no Tribunal se dispensou a audiência da douta Subprocuradoria-Geral da República (RI, art. 63, § 2º).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Senhor Presidente, pretende o autor que sejam revistos os cálculos de sua aposentadoria, eis que expungidos da base de cálculo os aumentos salariais espontâneos concedidos pela sua empregadora, reagindo à pretensão o r., ao argumento de que houve extrapolação dos salários do a., nos últimos 36 meses anteriores ao pedido de aposentadoria, com objetivo de fraudar a Previdência Social. Cita o r., ora apelante, em abono de sua defesa, o disposto no artigo 26 da CLPS do Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 83.080/79, verbis:

«Artigo 26. (CLPS).

§ 6º Não serão considerados para o cálculo do salário de benefício os aumentos que excedam os limites legais, inclusive os voluntariamente concedidos nos 36 (trinta e seis) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, salvo, quanto aos empregados, se resultantes de promoções reguladas por normas gerais da empresa, admiti-

das pela legislação do trabalho, de sentenças normativas ou de reajustamentos salariais obtidos pela categoria respectiva.

Artigo 38. (Decreto nº 83.080/79). Não é considerado para o cálculo do salário de benefício o aumento salarial que exceda o limite legal, nem o voluntariamente concedido nos 36 (trinta e seis) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, salvo, quanto ao segurado empregado, se resultante de sentença normativa ou de reajustamento obtido pela categoria respectiva.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica a aumento decorrente de designação para o exercício de função de confiança, de transferência de função ou de acesso ou promoção ocorrida de acordo com as normas de pessoal expressamente vigorantes na empresa e admitidas pela legislação do trabalho».

Já o § 6º do artigo 26 do Decreto nº 77.077/76 (CLPS), dispõe, verbis:

§ 6º Não serão considerados para o cálculo do salário de benefício os aumentos que excedam os limites legais, inclusive os voluntariamente concedidos nos 36 (trinta e seis) meses imediatamente anteriores ao início do benefício, salvo, quanto aos empregados, se resultantes de promoções reguladas por normas gerais da empresa, admitidas pela legislação do trabalho, de sentenças normativas ou de reajustamentos salariais obtidos pela categoria respectiva».

Ora, labora em equívoco, **data venia**, quando pretende não se enquadrar a situação do A., ora apelado, nos dispositivos legais que traz como suporte de sua apelação, eis que soberamente comprovado que todos os aumentos a que se refere o autor, lhe foram concedidos como fruto de pro-

moções reguladas por normas da empresa, admitidas pela legislação do Trabalho.

É ver, Senhor Presidente, que a fraude não se presume. Quem a alega tem o ônus de comprová-la, o que não foi feito pelo ora apelante, muito ao contrário, o que emana dos respectivos autos favorece, em tudo, a pretensão do autor, ora apelado. Ademais, este Egrégio Tribunal, julgando caso semelhante, em que foi Relator o eminente Ministro Washington Bolívar, AC nº 53.564, decidiu, verbis:

«1. A negativa do réu em atender à pretensão do autor pela possibilidade de fraude, porque somente teriam sido pagas comissões com a finalidade de majoração da média salarial, não pode subsistir, pois a fraude não se presume, devendo ser comprovada. Promovido o autor a chefe geral, substituindo o chefe anterior, houve aumento de trabalho e responsabilidade, segundo demonstrado nos autos, justifi-

cando o recebimento de comissão sobre o valor faturado de cada produto vendido, sendo certo que o antigo chefe ainda recebia percentual maior».

Do exposto, mantenho a sentença por seus jurídicos fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.051 — MG — Registro nº 4.422.791 — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Apte.: INPS. Apdo.: José Raymundo de Castro. Advogados: Drs. Antonio Felizardo Filho e outros e Glaucio de Amorim e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação (Em 15-5-84 — Data do julgamento).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau e Washington Bolívar, votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.055 — RN

(Registro nº 4.423.003)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelante: INAMPS

Apelada: Maria Tereza Freire Lopes

Advogados: Drs. Marly de Araújo Costa e Raimundo Araújo de Oliveira

EMENTA

Administrativo. Funcionário. Aposentadoria. Artigo 180 do Estatuto.

A vantagem do item b do artigo 180 da Lei nº 1.711/52 pode ser deferida ao servidor que se aposenta, mesmo que esteja afastado do cargo ou função de confiança, desde que comprove atender ao disposto no § 2º do artigo 102 da Constituição. Precedentes (AMS nº 98.955-RJ, DJ de 12-8-83 e AC 71.709-MG, DJ de 1-7-81).

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 recurso do INAMPS, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: A questão foi assim exposta pelo Dr. Juiz a quo:

«1. José Lopes Filho, qualificado nos autos, promove a presente ação ordinária contra o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, com a finalidade de obter a revisão de sua aposentadoria, para que lhe seja assegurado o direito de incorporar aos seus proventos «a elevação do seu apontamento financeiro, do nível DAI-1, para o nível DAI-3, até 21-9-76, e para o nível DAS-1, a contar de 22-9-76, que corresponde à retribuição do cargo de Agente da Previdência Social, considerado de maior padrão financeiro e no qual permaneceu, ininterruptamente, por mais de 3 (três) anos, computando-se nos atrasados juros de mora e correção monetária, bem como 20% (vinte por cento) de honorários advocatícios sobre o valor final da condenação» (ver petição inicial, fl. 7). Os fundamentos apresentados pelo autor, para justificar a súplica, são, em síntese, os seguintes: a) Exerceu interpoladamente, por mais de dezesete anos, funções gratificadas. b) A aposentadoria lhe foi concedida sem qualquer vantagem adicional, seja em razão do exercício de funções de confiança, seja do tempo de serviço público, embora neste já contasse com mais de 35 anos. c) Em consequência do alegado, tem o direito de

ver a sua aposentadoria ser calculada com a retribuição do cargo em comissão ou função gratificada exercida, ininterruptamente, entre os exercícios de melhor vantagem financeira. d) Não é de ser aplicado o art. 102, § 2º, da CF, como fez a autarquia promovida na via administrativa, conforme jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União, Enunciado nº 154. e) Favorece-lhe a Lei nº 6.481, de 5-12-77, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.732, de 4-12-79. f) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do RMS nº 11.395, de 18-3-65, firmou o princípio de que: «Se na vigência da lei anterior o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão» (RDA, vol. 82, pág. 186). g) O Tribunal de Contas da União, no Enunciado nº 154, explicitou a aplicação do § 2º do art. 102, da CF, sintetizando que: «O termo comparação, para o cumprimento do limite estabelecido no § 2º do art. 102 da Constituição (Emenda nº 1, de 17-1-69), não é o montante percebido pelo servidor ao aposentar-se, mas a remuneração percebida pelos ocupantes em atividades, do cargo idêntico, semelhante ou correlato». h) A decisão da autarquia previdenciária, sob a alegação de que o aposentado não pode perceber, na inatividade, proventos com valor superior à remuneração recebida na atividade, fere o direito adquirido do autor. A ré não contestou a vantagem pleiteada. Apenas alegou a impossibilidade de concedê-la, face ao art. 102, § 2º, da CF. i) O fato de haver exercido as funções do cargo de Agente da Previdência Social — DAS-1, por mais de 3 anos, e, durante mais de 17 anos, vários cargos e funções gratificadas, garante a si o direito

de perceber, na inatividade, os proventos correspondentes ao cargo de Agente da Previdência Social, DAS-1. O autor, ainda, em outras passagens da sua peça vestibular, faz menção à AC nº 71.709, do TFR, e a outras manifestações jurisprudenciais. O pedido está instruído com os seguintes documentos: a) cópia do requerimento apresentado ao Secretário Regional de Pessoal do INAMPS, no sentido de lhe ser concedida a vantagem agora perseguida na via judiciária, bem como do recurso interposto da decisão denegatória (fls. 10/18); b) certidão expedida pelo INAMPS, onde consta as funções exercidas pelo autor (fl. 19); c) cópia do Acórdão lavrado na AC. nº 71.709-MG, do TFR (fls. 20/23). No curso da demanda, o autor faleceu. Habilitou-se Maria Teresa Freire Lopes, cônjuge sobrevivente (fl. 29). A autarquia previdenciária promovida, após obter elevação do valor dado à causa, através do processo de impugnação, apresentou sua resposta. Em síntese, disse: a) o autor não tem direito a perceber os seus proventos em quantum correspondente ao símbolo DAI-111.3, no período compreendido entre 6-7-76 até 21-9-76, e ao símbolo DAS-101.1, a contar de 22-9-76, face à proibição contida no art. 102, §§ 1º e 2º, da CF; b) o autor, ao solicitar a concessão de sua aposentadoria, ocupava a função gratificada de Chefe da Seção de Prestações Assistenciais, Custeio e Prevenção, pelo que, ao ser deferido o seu pedido, passou a auferir as vantagens inerentes àquele cargo; c) foi, também, obedecido, na aposentadoria do autor, o art. 5º da Lei nº 6.732/79, que permitiu a concessão das vantagens da função que ocupava, correspondente, no Grupo «Direção e Assessoramento», à antiga Seção de Custeio e Prevenção, Símbolo 5-F, nº

55.525. A ré tece outras considerações na defesa de sua posição, ultimando com a afirmação de que o autor não está amparado pelo § 1º do art. 177, da CF 1967, por não contar, na época da promulgação da Carta, com trinta e cinco anos de serviço público. Houve audiência. Nesta ocasião os debates foram renovados». (Fls. 67/70).

2. A conclusão da sentença acolheu o pedido em parte, a fim de mandar atribuir ao autor os proventos da função DAI-3, de maior padrão por ele exercida, e não do cargo DAS-1, em que a mesma foi transformada já depois da aposentadoria, como pedido. E condenou a autarquia a pagar as diferenças até o dia em que fosse feita a retificação determinada na sentença, mais custas, juros de mora e honorários de 20% sobre o total apurado, incidindo correção monetária (fl. 75).

3. Inconformado, apelou o INAMPS com as razões de fls. 79/82, citando jurisprudência alusiva à impossibilidade de equiparação dos proventos de inativos com os vencimentos dos funcionários em atividade e estudos doutrinários sobre a competência do Tribunal de Contas da União. Invoca, além disto, o art. 5º da Lei nº 6.703/79, e termina pedindo a reforma do julgado.

Resposta às fls. 84/87.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): A jurisprudência apontada no apelo não se relaciona com a hipótese dos autos, que não é de equiparação de proventos, mas de retificação do ato de aposentadoria para atribuição de proventos diversos, a que se julgava com direito o falecido autor. Igualmente ininvocável a Lei nº 6.703/79, pois, como bem esclareceu a sentença, a questão havia de ser

decidida — e em verdade o foi — pelas leis vigentes à época do ato de aposentação, que é de 27-5-76.

2. Quanto à competência do Egrégio Tribunal de Contas da União, o que se pode dizer é que poucos, além de Francisco Campos, a têm examinado com a necessária profundidade e seriedade. Não adianta, porém, discutir se o referido órgão tem, ou não, funções jurisdicionais ou se estas, segundo o direito constitucional brasileiro, são exclusivas do Poder Judiciário. E não adianta porque a própria administração, orientada por seu mais alto órgão consultivo — a douta Consultoria-Geral da República — vem adotando tranqüilamente decisões dessa natureza, proferidas pelo referido Tribunal a respeito de aposentadorias e pensões.

3. No caso concreto, além disto, a única objeção da autarquia apelante à pretensão do autor estriba-se na limitação do art. 102, § 2º, da Constituição. O autor, ao se aposentar, exercia função DAI-1, pelo que não poderia aposentar-se com os proventos do DAI-3, anteriormente exercida.

Ora, o Dr. Juiz a quo apoiou-se, para refutar a objeção, na Súmula nº 154 do TCU (DO de 14-1-80, pág. 939), que, rigorosamente, nem abrange a espécie, pois apenas diz que

«O termo de comparação, para o cumprimento do limite estabelecido no § 2º do art. 102, da Constituição (Emenda nº 1, de 17-10-69), não é o montante percebido pelo próprio servidor ao aposentar-se, mas a remuneração percebida pelos ocupantes em atividade, de cargo idêntico, semelhante ou correlato». (cf. fls. 73/4)

mas não ficou somente aí. S. Exa. invocou, também, decisões deste Egrégio Tribunal, entre as quais a proferida na AC nº 71.709-MG, pela Egrégia 3ª Turma, Relator o eminente Ministro Carlos Madeira (DJ

de 1-7-81), onde se assentou que, na aplicação do art. 180 da Lei nº 1.711/52, respeitado o referido limite constitucional,

«Ao funcionário que haja exercido função gratificada ou cargo em comissão por dez anos, consecutivos ou não, não se exige esteja nessa situação funcional, ao aposentar-se...»

4. Em voto que proferi como Relator na AC nº 83.713-MG (julgada em 7-6-84), e aceito pela Turma, tive oportunidade de mostrar que, mesmo com as alterações introduzidas no texto do referido art. 180 pelas Leis nºs 6.481/77 e 6.732/79, o legislador ainda não conseguiu harmonizá-lo totalmente com as disposições da Carta Magna. E que o aludido preceito padece de erro fundamental de técnica, inclusive confundindo proventos com vantagens. Assinalei, todavia, que, até melhor disciplinamento da matéria, a solução correta era a que estava sendo dada por este Tribunal. Citei, a propósito, a seguinte decisão desta Turma, relatada pelo eminente Ministro William Patterson e no mesmo sentido da que serve de apoio à sentença:

«Administrativo. Funcionário. Aposentadoria. Vantagem do art. 180, do Estatuto. Inteligência.

A teor do disposto nas Leis nºs 6.481, de 1977, e 6.732, de 1979, a vantagem do item b, do art. 180, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, pode ser deferida ao servidor que se aposenta voluntariamente mesmo que esteja afastado do cargo ou função de confiança, na data da inativação, desde que comprove atender o disposto no § 2º, do art. 102, da Constituição, circunstância não demonstrada nestes autos.

Recurso provido.

Ação improcedente» (AMS nº 98.955-RJ — DJ 12-8-83, pág. 11788 — 2ª Turma).

5. Estou, pois, que a sentença não merece censura nesta questão fundamental. Apenas lhe faço restrição no que certamente resulta de evidente equívoco de seu ilustre Pro-lator: é quando manda pagar as diferenças de proventos «até o dia em que for feita a retificação ordenada» (fl. 75). O autor faleceu no curso da demanda, como consta do próprio relatório da sentença. Logo, as diferenças devem ser pagas somente até a data do óbito, e, a partir daí, consideradas para efeito de pensão, sendo devida.

6. Neste sentido é que dou provimento, em parte, ao apelo, confirmando o douto julgado quanto ao mais.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.055 — RN — Registro nº 4.423.003 — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Apelante: INAMPS. Apelada: Maria Tereza Freire Lopes. Advogados: Marly de Araújo Costa e Raimundo Araújo de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do INAMPS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 31-8-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.755 — MG (Registro nº 4.434.307)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Apelantes: IAPAS, BNH e Cia. Agrícola e Florestal Santa Bárbara

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Antônio Felizardo Filho e outros, Newton Pascal de Oliveira e outros, José Antônio Damasceno e João Procópio de Carvalho

EMENTA

Processual Civil. Recurso. Sucumbência. Tributário. FGTS. Carvoeiros. Trabalhador rural. Estatuto do Trabalhador Rural. Lei nº 4.214, de 2-3-63. Lei nº 5.889, de 8-6-73. FGTS. Lançamento. Nomes dos empregados. Lei nº 5.107/66, artigo 2º, parágrafo único.

I — Processual Civil. Recurso. Sucumbência. Só pode recorrer quem é vencido no pleito, isto é, quem sucumbe, no todo ou em parte (CPC, artigo 499). Se a parte não sucumbiu, não pode recorrer, nem é possível recurso que visa, apenas, a modificar os fundamentos da sentença.

II — Tributário. FGTS. Trabalhador rural. Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no artigo 7º, b, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da

empresa empregadora. A partir do ETR, Lei nº 4.214/63, artigos 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão rurícolas, regidos pelo ETR. A Lei nº 5.889/73, que revogou o ETR, Lei nº 4.214/63, não estendeu aos rurícolas o FGTS (Lei nº 5.107, de 13-9-66).

III — Tratando-se de FGTS, o lançamento deve mencionar os nomes dos empregados (Lei nº 5.107, de 1966, artigo 2º, parágrafo único).

IV — Recurso da autora não conhecido. Desprovisionamento dos recursos do IAPAS e do BNH.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação da Cia. Agrícola e Florestal Santa Bárbara e negar provimento aos recursos do IAPAS e do BNH, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Companhia Agrícola e Florestal Santa Bárbara ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, e o Banco Nacional da Habitação — BNH — com o objetivo de eximir-se do pagamento de contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS.

Alega a autora que foi notificada a pagar contribuições para o FGTS, «sobre pagamentos de empreiteiras rurais de carvoejamento (1ª NDFG) e férias não pagas, apuradas arbi-

trariamente com relação a trabalhadores rurais dos serviços de carvão, enquadrados como tarefeiros...». Argúi, preliminarmente, que o levantamento da fiscalização do primeiro réu, sem mencionar os nomes dos empregados que teriam recebido os pagamentos e que seriam titulares das contas de depósitos do FGTS, é nulo e de nenhum efeito. Argúi, ainda, em preliminar, a decadência do direito do primeiro réu de constituir o crédito, porque as notificações (1977) foram feitas mais de cinco anos após a ocorrência do fato gerador (1967). No mérito, diz que é uma empresa rural que tem por objeto principal as atividades florestais e, subsidiariamente, as agrícolas e pastoris e que a relação jurídica que tem com os carvoejadores é regida pelas Leis nºs 4.214/63 e 5.889/73, que não gera vinculação ao FGTS. Faz digressão sobre o conceito de trabalhador rural e de empregado rural, de acordo com o Estatuto do Trabalhador Rural e sustenta que o trabalhador de setor agrícola não está vinculado à previdência social urbana. Traz à colação jurisprudência dos Egrégios TFR, TST e STF em prol de sua tese e pede, por último, a procedência da ação, para serem declarados nulos os procedimentos fiscais de que tratam estes autos.

O IAPAS contestou a ação (fls. 99/104), rebatendo, de início, as preliminares. No que tange aos nomes

dos empregados, acentua que a autora faz o registro dos salários pagos de maneira global, incluindo empregados rurais e não rurais, o que torna difícil identificá-los. E, ademais, o Instituto pode, com apoio no RGPS em caso de falha na documentação da empresa, fazer a inscrição ex officio das importâncias que julgar devidas. Quanto à alegação de decadência, ressalta que a cobrança pode ser feita em 30 anos (Decreto nº 72.771/73, art. 420; CLPS, art. 221 e Lei nº 6.830/80, art. 2º, IV, § 9º). No mérito, enfatiza que a transformação da lenha em carvão é ato industrial, sujeito ao IPI, o que leva à conclusão de que os empregados da autora são industriários e ela, em consequência, se obriga ao recolhimento do FGTS.

Contestou, também, o Banco Nacional da Habitação (fls. 123/141), argüindo, preliminarmente, litispendência, porque na 3ª Vara Federal tramita ação para anular procedimentos fiscais referentes às notificações de 1967 a 1972. Levanta a ilegitimidade passiva ad causam e assinala que a autora não fez o depósito para garantir o Juízo. Rebate a alegação de decadência e, no mérito, observa que os empregados da autora não eram rurícolas, mas industriários. Cita jurisprudência dos Egrégios TFR e TST.

Foi feita prova pericial (laudo de fls. 195/203). O assistente-técnico da autora subscreveu o laudo oficial.

A sentença, ao cabo, lavrada pelo Juiz Federal Adhemar Ferreira Maciel (fls. 241/251), repelindo as preliminares levantadas, julgou procedente a ação, decretando a nulidade dos procedimentos administrativos e condenando os réus no pagamento, em proporção (CPC, art. 23), das despesas processuais e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa. Fixou os honorários do perito em Cr\$ 65.000,00 e em

Cr\$ 10.000,00 o do assistente-técnico. Estabeleceu que essas quantias deverão ser pagas no prazo de 15 dias, sob pena de incidência de correção monetária e juros moratórios. Argumentou a sentença, referentemente às preliminares, que, no tocante à litispendência, o argüente nem indicou os números dos processos, com as respectivas datas de ajuizamento das ações. Sobre o depósito prévio, houve falha do Juízo em não determinar a expedição da guia, mas, no caso, o que realmente importa é que o art. 38, da Lei nº 6.830/80 é de constitucionalidade duvidosa, pois afronta a Constituição, em seu art. 153, § 4º, que dispensa a garantia de instância. Sem razão, argüiu o segundo réu sua ilegitimidade passiva para a causa, já que não há dúvida de que o BNH será diretamente atingido pelos efeitos da sentença. No pertinente à prejudicial de mérito, a decadência, diz a sentença que a autora falou em decadência e transcreveu ementa relativa à prescrição. Trata-se de questão controvertida o saber se o crédito previdenciário ou o do FGTS, que pertence a uma empresa pública (BNH), é ou não regido pelo CTN. Entende, no entanto, a sentença que, por serem as contribuições sociais tratadas no Capítulo V (Do Sistema Tributário) do Título I, da Constituição Federal, elas são tributos e, portanto, o direito de lançar, mesmo em se tratando de crédito parafiscal, é atingido pela decadência no prazo fatal de cinco anos (Súmula nº 108-TFR). Pelo que se vê dos autos, acrescentou, são três os créditos cobrados:

1. NDFG nº 0.336.213/4 (fls. 20/21), de 30-6-77 (fl. 36), no valor de Cr\$ 96.972,11, para cobrança de FGTS. Os fatos geradores são de setembro/72 a janeiro/77.

2. NDFG nº 0.336.215/6 (fls. 25/26), de 30-6-77 (fl. 44), no valor de

Cr\$ 19.568,92, para cobrança de férias. Os fatos geradores são de setembro/72 a janeiro/77.

3. NDFG nº 0.336.217/20 (fls. 31/32), de 30-6-77 (fl. 40), no valor de Cr\$ 1.487,52, para cobrança de férias. Os fatos geradores são de janeiro/67 a agosto/72.

Como os créditos foram constituídos em 30-6-77, o primeiro réu, em 30-6-77, já havia decaído do direito de lançar parte desse crédito. Assim, quanto aos fatos geradores ocorridos antes de 30-6-72, os lançamentos foram feitos a destempo. No tocante à cobrança dos créditos regularmente constituídos, o prazo prescricional só se dará após o prazo de suspensão pelo advento dos recursos administrativos, em trinta anos, posto que o processo de execução, caso não tenha ainda sido ajuizado, já se acha sob o império da Lei nº 6.830/80. Dessa maneira, a autora tem razão, em parte, quanto à prejudicial de decadência. A não individualização dos nomes dos carvoeiros pela fiscalização não invalida o lançamento, pois foi a própria empresa que deu azo a essa impossibilidade de individualização. No mérito, diz a sentença que a autora, como demonstra a perícia (fls. 195/203), é uma empresa genuinamente rural e, como tal, seus empregados ou empreiteiros são tidos como rurícolas, quer sob o império da Lei nº 4.214/63 (art. 2º), quer pela da Lei Complementar nº 11/71 (art. 3º), Lei nº 5.889/73 (art. 2º) ou Lei Complementar nº 16/73 (art. 15). Quanto às férias, de interesse exclusivo do primeiro réu, nada se articulou na contestação, e o laudo, dando resposta aos quesitos 3º e 4º, deixou claro que o fiscal fez a estimativa por arbitramento, desprezando as interrupções do trabalho e a rotatividade da mão-de-obra. Assim, conclui o r. decisório, o simples fato de transformar a lenha em carvão ve-

getal, uma das atividades da autora, não é suficiente para atribuir-lhe o caráter industrial.

Apelou o IAPAS (fls. 253/256), re-produzindo, em síntese, os argumentos da contestação de fls. 99/104 e aduzindo que é público e notório que a Companhia Agrícola e Florestal Santa Bárbara é mera subsidiária da Cia. Siderúrgica Belgo Mineira. As empreitadas mascaram os contratos de trabalho subjacentes, pois dúvida não existe de que os carvoeiros não dispõem de meios próprios para suportar o empreendimento. Alega que foi correta a fiscalização da apelante, já que constatou, através do exame da documentação apresentada pela apelada, que esta descumpriu as normas contábeis e legais, englobando, sem especificação dos nomes dos empregados, os valores agora impugnados. À vista do exposto, pede a reforma da r. sentença, para considerar improcedente a ação.

Apelou, também, o Banco Nacional da Habitação (fls. 258/267), insistindo nas preliminares levantadas na contestação de fls. 123/141. No mérito, reafirma que o carvoejamento é atividade industrial exercida por pessoal amparado pela CLT, pelo que a ação deve ser julgada improcedente. Ratifica os termos da contestação.

Apelou, de igual modo, a autora (fls. 272/276), postulando a reforma parcial do r. decisório, na parte em que não acolheu a preliminar de nulidade argüida na inicial, pela falta de indicação dos beneficiários dos depósitos para o FGTS.

Com as respostas de fls. 278/284, 286/289 e 291/295, subiram os autos.

Sem parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, art. 63, § 2º), vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Examino, primeiro que tudo, se é cabível o apelo da Cia. Agrícola e Florestal Santa Bárbara (fls. 272/276).

Esta, conforme vimos do relatório, não sucumbiu. Ao contrário, foi vencedora no pleito, por isso que a ação foi julgada procedente.

Recorre ela, entretanto, porque a sentença rejeitou a arguição de nulidade do lançamento, arguição esta feita pela autora, na inicial, sobre o fundamento de que o lançamento deveria indicar os nomes dos empregados beneficiários dos depósitos.

Não conheço do recurso.

É que a recorrente, no caso, insurgese, apenas, contra a fundamentação da sentença, vale dizer, recorre da sentença que lhe foi favorável, mas que rejeitou fundamento de sua pretensão.

Sendo assim, é incabível o recurso.

Este, todos sabemos, é interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público (CPC, art. 499); noutras palavras, é pressuposto do recurso a sucumbência. Se a parte não sucumbiu, não pode recorrer, nem é possível recurso que visa, apenas, a modificar os fundamentos da sentença.

Se a parte vencedora no pleito deseja que o Tribunal ad quem volte a examinar algum fundamento seu (posto na inicial ou na defesa, dependendo da posição processual), deverá pedi-lo, na resposta ao recurso da parte vencida (CPC, art. 515, §§ 1º e 2º).

No RE Nº 79.455-RS, Relator Ministro Djaci Falcão, a Corte Suprema decidiu:

«.....

Desde que o Estado foi vitorioso na ação, embora vencido quanto à

prejudicial de mérito — coisa julgada, não tinha legítimo interesse para recorrer. Não lhe cabia recorrer visando apenas modificar os fundamentos da sentença. Ademais, a coisa julgada pode ser reconhecida até ex officio».

.....
(RTJ nº 72/574).

Em verdade, a sucumbência é pressuposto do recurso, de sorte que apenas quem é vencido é que pode recorrer.

O Ministro Coqueijo Costa, festejado processualista, sustenta esse entendimento, em diversos Acórdãos de que foi Relator, no Tribunal Superior do Trabalho (AI nº 247/78, DJ 15-9-78; RR nº 3.598/75, DJ 14-5-76; RR nº 3.862/74, DJ 21-3-75; ERR nº 2.822/73, DJ de 4-12-74).

No RO nº 3.991-RJ, de que fui Relator, perfilhei, também, essa tese, decidindo a Egrégia 3ª Turma, na sua composição antiga:

«Processual Civil e Processual do Trabalho. Recurso. Sucumbência.

I — Recurso. Sucumbência. Só pode recorrer quem é vencido no pleito, isto é, quem sucumbe, no todo ou em parte (CPC, art. 499). Se a parte não sucumbiu, não pode recorrer, nem é possível recurso que visa, apenas, a modificar os fundamentos da sentença.

.....
Na AMS nº 97.120-SP, de que fui Relator, reiterei o mesmo entendimento, com o apoio dos meus eminentes pares (Em 15-9-82 — 4ª Turma).

Diante do exposto, não conheço do apelo da Cia. Agrícola e Florestal Santa Bárbara.

II — Examino, agora, os recursos dos sucumbentes, IAPAS e Banco Nacional da Habitação — BNH.

A) O Depósito do art. 38 da Lei nº 6.830/80.

O depósito prévio do art. 38, da Lei nº 6.830, de 1980, não constitui condição de procedibilidade da ação anulatória.

Assim decidimos no Ag. nº 42.923-CE, de que foi Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Proferi, na oportunidade do julgamento do mencionado Ag. nº 42.923-CE, o seguinte voto:

«O eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator, assim sumariou a espécie:

«Fiação Nordeste do Brasil S.A. — FINOBRASA, agravou de instrumento de despacho pelo qual foi condicionado o recebimento de inicial de ação anulatória de débito fiscal, a prévio depósito, em dinheiro ou em ORTNs, do montante discutido, quando ela autora se propusera a depositar Obrigações da ELETROBRAS.

Alegou que dito despacho se lastreara no Decreto-Lei nº 1737/79, ofensivo do art. 153, § 4º, da Constituição, e, ainda, que a situação por ele criada fora alterada pelo art. 38 da Lei nº 6.830/80, que deixara de exigir o depósito em dinheiro ou em ORTNs.

Processado o agravo, o Dr. Hugo de Brito Machado, então, no exercício da Vara, proferiu longo despacho alterando parcialmente a decisão recorrida, para determinar o recebimento da inicial mesmo sem depósito, esclarecendo, porém, que, caso o agravante pretendesse efetuar-lo para suspender a exigibilidade do crédito tributário, não seria possível fazê-lo com os títulos oferecidos, isto é, Obrigações da ELETROBRAS».

Proferiu S. Ex.^a., em seguida, o seguinte voto:

«Na decisão pela qual alterou parcialmente o despacho recorri-

do, o MM. Juiz fez extenso exame da matéria, acentuando que, para propor ação anulatória do débito, não é necessário depósito, o qual, entretanto, se mostra essencial para impedir o ajuizamento de execução fiscal enquanto tem curso dita ação.

Demonstrou a seguir que, de acordo com o disposto no Decreto-Lei nº 1.737/79, tal depósito somente pode ser feito em dinheiro ou em ORTNs, e, ainda, que a regra legal aludida não fora revogada pelo art. 38 da Lei nº 6.830/80, cuja interpretação, acentuou, deveria ser a de que o depósito nela referido deva ser entendido como exigível apenas para suspender a exigência do débito, pois, do contrário, conflitaria com o art. 153, § 4º, da Constituição.

Argumentou, por fim que, a admitir-se a revogação da norma do art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.737/79, ter-se-ia que considerar somente possível o recolhimento em dinheiro.

Essa interpretação, em favor da qual citou Milton Flaks nos Comentários à Lei de Execução Fiscal, é, ao que entendo, de todo correta.

Nego provimento ao agravo».

Pedi vista dos autos e os trago, hoje, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

Passo a proferir o meu voto.

O eminente Juiz Federal Hugo de Brito Machado entendeu, interpretando o art. 38 da Lei nº 6.830/80, que a ação anulatória de débito terá de ser precedida do depósito integral do débito, se o contribuinte quiser evitar a propositura da execução fiscal. Entender de outra forma, vale dizer, exigir o depósito prévio como condição para propositura da ação, violaria o disposto no artigo 153, § 4º, da

Constituição Federal. Ajuizada a ação, sem o depósito prévio, poderá a Fazenda propor a execução fiscal. Se, entretanto, o contribuinte pretender suspender a exigibilidade do crédito fiscal e inibir a Fazenda de ajuizar a execução, deverá fazer o depósito em dinheiro ou em ORTNs (Decreto-Lei nº 147, de 1967, art. 20, § 3º; CPC, art. 585, § 1º; Decreto-Lei nº 1.737, de 20-12-79, art. 1º, III).

Assim o teor da decisão:

«4. Manifesta-se a agravada alegando, em síntese, que: a) o despacho agravado é incensurável, porquanto o depósito em Obrigações da ELETROBRAS não tem exeqüibilidade imediata; b) a propositura da ação, nos moldes feitos, deixaria a Fazenda Federal desgarantida, descumprindo-se o disposto no art. 39, da Lei nº 6.830/80.

5. Com fundamento no Decreto-Lei nº 3.336, de 10-6-41, afirmou Rubens Gomes Sousa que, «para poder propor a ação anulatória, o contribuinte deve primeiramente depositar a importância discutida», ainda quando tenha prestado fiança no procedimento administrativo. (Compêndio de Legislação Tributária, Edições Financeiras, Rio de Janeiro, 1964, págs. 122/123). Entretanto, como ensinou Baleeiro, essa exigência de depósito prévio, «depois da Constituição de 1946, vem recebendo a repulsa do Supremo Tribunal, em dezenas de julgados, a despeito da insistência das repartições arrecadadoras». (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 6ª edição, pág. 495).

6. O Decreto-Lei nº 147 determinou que a Fazenda Pública promovia a inscrição e a execução da dívida se a ação anulatória respectiva não houver sido precedida de depósito (art. 20, § 1º), e essa regra, a nosso ver, ficou reforçada com a determinação do art. 585, §

1º, do CPC. E nenhum dos dois dispositivos veda a propositura de ação anulatória sem o depósito prévio.

7. O Decreto-Lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, estabeleceu que o depósito, em garantia de crédito da Fazenda Nacional, vinculado à propositura de ação anulatória de lançamento tributário, será obrigatoriamente efetuado na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ao portador (art. 1º, item III).

8. Efetivamente nada disto significa a impossibilidade de propositura de ação anulatória sem o prévio depósito. O Decreto-Lei nº 1.737/79 não disse que o depósito é indispensável à propositura da ação anulatória. Nem podia fazê-lo, pois o Presidente da República não tem competência para legislar sobre direito processual. Determinou, isto sim, que os depósitos a que se refere serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal. E assim apenas excluiu a possibilidade de tais depósitos serem feitos em outros estabelecimentos bancários. Mas a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, estabelece que «a discussão judicial dessa só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida de depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos» (art. 38). Assim, o que se tem de examinar, agora, é o alcance e a validade dessa norma. Na verdade, o despacho agravado efetivamente arrimou-se no art. 38, da Lei nº 6.830/80, embora se tenha reportado, por um evidente lapso, ao art. 39 (como estava no projeto).

9. Segundo Milton Flaks, é possível, «sem que isso implique em violentar a letra ou o espírito da lei, dar ao art. 38 a seguinte interpretação: a ação anulatória terá de ser precedida do depósito integral do débito se o contribuinte quiser evitar a propositura da execução fiscal». (Comentários à Lei da Execução Fiscal, Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 343).

10. A nosso ver, exigir o depósito prévio como condição para propositura da ação anulatória contraria flagrantemente o art. 153, § 4º, da vigente Constituição, que estabelece: «A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em Juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido». Assim, com esse dispositivo não se pode conciliar aquele que exige o depósito como condição de ingresso em Juízo. A incompatibilidade entre as duas normas é de tal evidência que dispensável se torna qualquer comentário.

11. Se não pode a lei exigir garantia de instância na esfera administrativa, quando tal via administrativa seja como condição de ingresso no Judiciário, evidentemente não poderá a lei, pela mesma razão, exigir, diretamente, como condição de ingresso no Judiciário o questionado depósito.

12. Esse entendimento, já por nós exposto em trabalho publicado pela Tribuna Federal (janeiro de 1981), é adotado por juristas dos mais ilustres. José da Silva Pacheco, por exemplo, afirma, reportando-se ao depósito de que se trata: «Essa exigência implica infringir o disposto no § 4º, do art.

153, pois importa em proibir que se peça ao Judiciário para declarar se o crédito existe ou não existe, a não ser que deposite o seu valor. Se a Constituição impede que a lei vede o ingresso em Juízo quando o recurso administrativo exige depósito, por mais forte razão haverá de impedir que a lei exija tal depósito para ingressar em Juízo». (Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal, Edição Saraiva, 1981, pág. 153). Gilberto de Ulhoa Canto, por seu turno, escreveu:

«Outro dispositivo absolutamente inaceitável é o art. 39 e seu parágrafo único. Como se sabe, a Constituição presentemente admite a possibilidade de a lei condicionar o ingresso em Juízo em matéria fiscal (como noutras) ao prévio exaurimento de instâncias de contencioso administrativo; mas não admite qualquer restrição que importe em fechamento ao cidadão das portas do Judiciário, embora possa obrigá-lo a tentar antes a solução administrativa. O dispositivo impediria a ação declaratória principal ou incidental, o que além de ser um passo atrás do direito processual constituiria invocação iniqua, forçando o contribuinte a enfrentar um litígio que ele desejaria prevenir. Além disso, o dispositivo impede o contribuinte de ingressar em Juízo sem dar garantia de instância, o que é outro inominável absurdo. A situação já é bem definida pela legislação vigente: se o contribuinte ingressa em Juízo por ação anulatória e não garante a instância, a Fazenda pode iniciar a ação de execução, indo até a penhora, e em seguida os dois processos correm juntos para se evitar dupla decisão; não se justifica mais do que isto. A impressão que se adquire, lendo os dispositivos do projeto, é de que a Fazenda deseja para si

mesma não apenas segurança, mas conforto, e isso à custa do direito dos contribuintes. Não vejo condição para atendê-la a esse preço. Qualquer coisa no estilo do art. 39 e seu parágrafo único parece-me gritantemente inconstitucional; não sobreviveria ao primeiro embate». (Carta dirigida ao Procurador da Fazenda Nacional, publicada no *Jornal o Estado de S. Paulo*, transcrita por Antonio Nicacio, *A Nova Lei da Execução Fiscal*, Editora LTR, São Paulo, 1981, pág. 299).

13. Se, porém, a autora pretende suspender a exigibilidade do crédito tributário e, em consequência, inibir a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança, terá então de efetuar o depósito do valor deste, na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, ao portador. Na verdade os dispositivos do Decreto-Lei nº 1.737/79 não foram revogados pela Lei nº 6.830/80, como pretende a agravante (cf. Antonio Nicacio, obra cit. pág. 301). E se revogação tivesse havido, o que se teria de entender é que o depósito deveria ser feito em dinheiro, exclusivamente. (Art. 9º, I).

14. Pelas razões expendidas reconsidero, em parte, o despacho de fls., para receber a inicial, sem, todavia, admitir o depósito dos títulos oferecidos.»

.....
(fls. 21/26).

Em verdade, a disposição inscrita no § 3º, do art. 20, do Decreto-Lei nº 147, de 3-2-67, que estabelece que, não precedida a ação anulatória de débito do depósito da totalidade do crédito fiscal, será a dívida imediatamente inscrita, ajuizando-se a execução fiscal, sem induzimento de litispendência, ficou reforçada com a regra do

art. 585, § 1º, CPC, a dizer que a propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda de promover-lhe a cobrança, bem assim com a norma do art. 1º, III, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.737, de 20-12-79.

Nenhuma dessas normas, entretanto, veda o ajuizamento da ação anulatória sem o prévio depósito do crédito fiscal.

Nas AACC nºs 79.185-SP, 53.811-SP e 50.182-PR de que fui Relator, a matéria ficou suficientemente esclarecida. Transcrevo a ementa do Acórdão da AC nº 79.185-SP, para boa compreensão do nosso pensamento.

«Processual Civil. Anulatória de débito. Execução fiscal. Conexão. CPC, arts. 103, 105, 106, 585, § 1º.

I — Ajuizada a ação anulatória de débito, ou a declaratória negativa de débito fiscal, sem o depósito do montante integral do crédito tributário, não está o Fisco inibido de promover a execução fiscal para cobrança do débito (CPC, artigo 585, § 1º). Se isso ocorrer, far-se-á a penhora. Todavia, dada a ocorrência de conexão, devem as ações ser reunidas, a fim de serem julgadas juntamente (CPC, arts. 103, 105, 106).

II — Recurso provido, parcialmente.»

Indaga-se: teria a Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 38, alterado a sistemática e estabelecido como condição de ingresso em Juízo, através de ação anulatória, o depósito prévio do crédito fiscal?

Tal como decidiu o eminente Juiz Hugo de Brito Machado, também eu acho que não.

Diante do que está inscrito no art. 153, § 4º, da Constituição Federal, acho que a norma do citado

art. 38, da Lei nº 6.830, de 1980, deverá ser interpretada na forma preconizada na decisão agravada, vale dizer, o depósito mencionado no referido art. 38 deve ser entendido como exigível apenas para impedir o ajuizamento da execução fiscal.

Vale a propósito, a lição de Carlos Ayres Britto, no sentido de que, «de Ruy Barbosa a Carlos Maximiliano; de Paulo Bonavides a Geraldo Ataliba; de Celso Bastos a Michel Temer, a hermenêutica constitucional proclama que, entre duas interpretações possíveis, mas conflitantes, o exegeta deve prestigiar aquela que confirma os superiores princípios da Constituição». («Inidoneidade do decreto-lei para instituir ou majorar tributos» in RDP, 66/61).

Ora, nenhum princípio constitucional supera o dos direitos e garantias individuais. E, como garantia dos direitos individuais não há outra maior do que a da proteção judicial. Em verdade, só medidas judiciais são capazes de garantir o direito individual. Não é à toa que na Magna Carta de 1215 foi escrito que «nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país». E mais: «não vendemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça».

Convém registrar, de outro lado, que, se o art. 38 da Lei nº 6.830, de 1980, estabelecesse, efetivamente, como condição da ação anulatória, o prévio depósito do crédito fiscal, seria ele inconstitucional, porque incompatível com o art. 153, § 4º,

da Constituição. E se é possível emprestar à lei interpretação condizente com a Constituição, assim deve ser feito, a fim de ser evitada a declaração de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

Nego provimento ao agravo.»

Correta a sentença, da lavra do Juiz Adhemar F. Maciel, quando escreve:

«... o art. 38 da Lei nº 6.830/80 é de constitucionalidade duvidosa, pois não deixa de afrontar o § 4º, do art. 153, da Constituição, que dispensa a garantia de instância. O «judicial control», como se sabe, é um dos pilares do Estado de Direito. O que pode acontecer, em casos como esse, em que não se fez o depósito do **quantum debeatur**, é a cobrança simultânea pelo réu de seu crédito (CPC, art. 585, § 1º)».

Desprovejo os apelos, nesta parte.

B) A Decadência do Direito de Constituir Crédito

As contribuições foram apuradas — assim o lançamento se fez — em 30-6-77. As contribuições lançadas dizem respeito aos seguintes períodos, segundo esclarecido na sentença: janeiro/67 a agosto/72 (Cr\$ 1.487,52); setembro/72 a janeiro/77 (Cr\$ 19.568,92); setembro/72 a janeiro/77 (Cr\$ 96.972,11).

A sentença entendeu existir decadência quanto às contribuições cujos fatos geradores ocorreram antes de 30-6-72.

Lamento divergir da sentença, no particular.

Não tenho dúvida em afirmar que as contribuições têm caráter tributário.

Contribuí, por isso mesmo, com o meu voto, para que fosse editada a Súmula nº 108-TFR.

É preciso estabelecer, todavia, o marco inicial da contagem do prazo de decadência.

Reporto-me, no ponto, ao voto que proferi no EAC nº 43.272-MG (RTFR nº 92/88), em que reafirmei teses postas em trabalho doutrinário que escrevi («A Decadência e a Prescrição do Crédito Tributário — As Contribuições Previdenciárias - A Lei nº 6.830, de 22-9-80: Disposições inovadora», in Rev. de Dir. Tribut., nºs 9/10, pág. 181).

Disse eu, então, no voto que proferi no EAC nº 43.272-MG:

«As contribuições previdenciárias estão sujeitas ao lançamento por homologação (CTN, art. 150).

É preciso distinguir, primeiro que tudo, o lançamento por homologação das demais modalidades de lançamento, à luz do CTN. O ato privativo da autoridade administrativa, vinculado e obrigatório, que constitui o crédito tributário, que é o lançamento, «procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível» (CTN, art. 142 e parágrafo único), resulta ou ocorre via de declaração (CTN, art. 147) de ofício (CTN, art. 149), ou por homologação (CTN, art. 150).

Este último, por homologação, tem lugar no momento em que a autoridade administrativa homologa a atividade exercida pelo sujeito passivo, consistente no pagamento do tributo ou no cumprimento do dever imposto ao contribuinte «de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa» (CTN, art. 150). Assim, se a homologação atinge o cumprimento do dever de antecipar o pagamento, inexistente essa

condição — antecipação do pagamento — não há lançamento por homologação. Esta, com magnífica clareza, a lição de Luciano da Silva Amaro:

«O que se homologa, diz o dispositivo, é «a atividade assim exercida». Portanto, na falta dessa atividade (antecipação do pagamento) não há o que homologar. Se o sujeito passivo não antecipa o pagamento, é logicamente inconcebível o lançamento por homologação, porque este carecerá precisamente do objeto a homologar: o pagamento antecipado». (lançamento por Homologação e Decadência», «Resenha Tributária», 1975, 1.3, 25-75, pág. 335).

Asseverou, com precisão, o Ministro Jorge Lafayete Guimarães, forte em Aliomar Baleeiro, no AgPt nº 37.239 (DJ de 13-2-75, pág. 784 «Fisco e Contribuinte», São Paulo, junho/75, págs. 468/470), que «exige, pois, o lançamento por homologação, o pagamento antecipado do imposto pelo contribuinte, sem prévio exame da autoridade» (Aliomar Baleeiro, «Dir. Trib. Brasileiro», 2ª ed., pág. 462).

Essa modalidade de lançamento é chamada, impropriamente, de autolançamento. Impropriamente, porque o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa (CTN, art. 142). Leciona, a propósito, José Souto Maior Borges, que «o conceito doutrinário de autolançamento não encontra correspondência com o direito positivo brasileiro, e é passível de críticas,...» («Tratado de Dir. Trib. Bras.», Forense, IV, «Lançamento Tributário», 1981, pág. 427). Afastando-nos do significado técnico-jurídico do termo, até que encontraríamos justificativa para o uso da terminologia autolançamento. Porque,

em realidade, para antecipar o pagamento, deverá o contribuinte efetuar operações que caracterizam o lançamento, para o fim de determinar, v.g., quanto pagar (cálculo do montante devido); verificação da ocorrência do fato gerador; identificação do sujeito passivo, ou identificar-se o lançador como sujeito passivo.

Mas a verdade é que, à luz do CTN, mesmo efetivado, por antecipação, o pagamento, não há que se falar, ainda, em lançamento, por isso que, não custa repetir, o lançamento é ato privativo da autoridade (CTN, art. 142). Com rigor técnico-jurídico-tributário, de conseqüente, lançamento só haverá, em caso tal, no momento em que a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade do contribuinte, expressamente a homologa, ou no caso da homologação ficta (CTN, art. 150, *caput* e § 4º).

Isto posto, temos: a) pagando o contribuinte, antecipadamente, o tributo, cumpriu ele a obrigação que lhe impôs a lei (CTN, art. 150); b) cumprida a obrigação, extingue-se, sob condição resolutória (ulterior homologação), o crédito (CTN, art. 150, § 1º); c) atendida a condição — homologação do pagamento antecipado — extinto estará o crédito (CTN, art. 156, VII).

Surge, então, a indagação: em que prazo deve o Fisco proceder à homologação? A resposta está no § 4º, do art. 150, CTN. No prazo, pois, de regra, de 5 (cinco) anos, que é de decadência, contado a partir da ocorrência do fato gerador, ocorrerá a homologação: a) expressa, ou na falta desta, b) ficta.

Na primeira hipótese, haverá a manifestação expressa do Fisco; na segunda, por um motivo ou por outro, o Fisco deixa de manifestar-

se no prazo mencionado. Expirado este, sem manifestação da Fazenda, «considera-se homologado o lançamento». Num caso e no outro, extinto estará o crédito. Mas, acrescenta o citado § 4º do art. 150, que tal homologação ficta não ocorrerá «se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação».

Então, mesmo esgotado o prazo de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, e não tendo se manifestado a Fazenda, comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não há que se falar em extinção do crédito, podendo o Fisco, depois de findo o prazo em apreço, proceder ao lançamento de ofício.

Indaga-se: essa regra seria cabível no caso de, feita a homologação expressa, assim efetivado o lançamento, vir o Fisco, ao depois, descobrir e comprovar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação?

Ocorrendo a hipótese da homologação expressa, com esta o lançamento terá havido. Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o caso será de revisão de lançamento, na forma do disposto no art. 145, III, c/c o art. 149, VII, CTN. Essa revisão só poderá ocorrer ou somente «pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública» (CTN, art. 149, parágrafo único), ou seja, no prazo de cinco anos, com observância da regra inscrita no art. 173, parágrafo único. Vale dizer, o prazo seria contado a partir da homologação expressa, por isso que, se a mera «medida preparatória indispensável ao lançamento» tem o condão jurídico de deslocar o *dies a quo* do prazo de caducidade para a data da notificação dessa medida, seria ilógico que a notificação do próprio lançamento (notificação decorrente da homologação) não tivesse força idêntica.

Imaginemos, agora, a hipótese de deixar o contribuinte de efetuar a antecipação do pagamento do tributo, deixando, assim, de cumprir a obrigação que lhe foi imposta pela lei. Como deverá o Fisco proceder? Simplesmente fazendo instaurar o lançamento de ofício (CTN, art. 149.V). O prazo de decadência, nesse caso, não será o do art. 150, § 4º, CTN, por isso que, ali, está-se tratando de hipótese em que houve a antecipação do pagamento. Não tendo havido, então, a antecipação do pagamento, a regra a ser seguida é a do art. 173, CTN, observando-se em princípio, a regra do inciso I do art. 173.

O mesmo deve ser dito, aliás, no caso da ocorrência da ressalva contida no § 4º do art. 150, CTN, *in fine*: dolo, fraude ou simulação, tratando-se de homologação ficta.

Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexatidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexatidão ou da inexatidão do vício mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º

de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-80, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-81, deverá o lançamento estar concluído (CTN, art. 173, *caput*).

Esta interpretação parece-me razoável, por isso que de um certo modo benéfica ao interesse público, o que se justifica, dadas às peculiaridades da situação, em que o contribuinte cometeu falta séria, deixando de cumprir obrigação decorrente de lei, assim fraudando a lei (não antecipação do pagamento, com apropriação de contribuições descontadas do salário do empregado, fraude à lei, fraude em sentido lato), ou procedendo com dolo, fraude (fraude em sentido estrito) ou simulação. De outro lado, ajusta-se ao sistema do CTN, que adota o princípio consagrado na Teoria Geral do Direito, da ocorrência de prazos de caducidade e de prescrição como regras necessárias à garantia e segurança das relações jurídicas.»

Diante do exposto, verifica-se, que, quanto ao período mais remoto da dívida em cobrança, janeiro de 1967, poderia o lançamento ter sido efetuado até janeiro de 1972. Vale dizer, até janeiro de 1972, poderia ocorrer a homologação ficta. A partir, pois, de 1º de janeiro de 1973,

conta-se o prazo de 5 (cinco) anos (CTN, art. 173,I), que vai ter o seu termo final no dia 31-12-77. Ora, se o lançamento, no caso, deu-se em 30-6-77, não há que se falar em decadência.

A sentença, nesta parte, não poderia ser mantida.

C) A Prescrição

Efetivados os lançamentos em 30-6-77, em 13-4-81, data do ajuizamento da ação, não teria ocorrido a prescrição quinquenal, mesmo para aqueles que entendem que a Lei nº 6.830, de 1980, art. 2º, § 9º, não teria restaurado a prescrição trintenária dos créditos previdenciários. Reporto-me, no ponto, ao meu trabalho doutrinário — «A decadência e a prescrição do crédito tributário — As contribuições previdenciárias — A Lei nº 6.830, de 22-9-80: disposições inovadoras». («Rev. de Dir. Tributário» n.ºs 9/10, pág 181).

D) Os Empregados seriam Trabalhadores Rurais.

A questão diz respeito a contribuições do FGTS e o período mais remoto da dívida é janeiro de 1967.

Sustenta a autora, ora apelada, que o levantamento deu-se sobre salários pagos a trabalhadores rurais.

Sabe-se que a CLT não se aplica aos rurícolas (art. 7º, b). Então, se os empregados da ora apelada forem considerados rurícolas, cai por terra o lançamento, porque o FGTS não se aplica a estes.

Encaminho a discussão do tema.

Na AC nº 70.075-MG, de que fui relator, decidiu esta Egrégia Turma:

«Tributário. Contribuições Previdenciárias. Decadência. Prescrição. Carvoeiros. Relação de emprego. Segurado obrigatório.

I — Contribuição previdenciária é tributo, sujeita, como tal, às regras legais atinentes ao regime tri-

butário, inclusive quanto aos prazos de decadência e de prescrição do CTN arts. 173/174.

II — O crédito tributário se constitui pelo lançamento (CTN, art. 142), que lhe imprime condição de exigibilidade, formalizando-se em auto de infração ou notificação fiscal (Decreto nº 70.235/72, art. 9º). Os recursos, na esfera administrativa, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal (CTN, art. 151, III). Se há apenas suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, constituído, então, já se encontra este quando da interposição dos recursos administrativos. Destarte enquanto os recursos administrativos estão pendentes, não há mais que se falar em decadência (CTN, art. 173). Essa causa de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal é, também, causa de suspensão da prescrição, em obséquio ao princípio da actio nata, que comanda o instituto da prescrição.

III — Inocorrência, no caso, de prescrição.

IV — Pequeno empregado — carvoeiro da Cia. Sid. Belgo Mineira — sem capacidade econômica para arcar com os riscos do negócio, que trabalhava na fabricação de carvão em terrenos e matas da companhia siderúrgica, era, em realidade, empregado desta. E não podia ser considerado trabalhador rural, porque exercia o seu trabalho numa atividade essencial da indústria. Sua sujeição, portanto, ao regime previdenciário.

V — Recurso provido».

O lançamento objeto da ação que deu origem à AC nº 70.075-MG, dizia respeito ao período setembro de 1960 a dezembro de 1961:

Disse eu, no voto que proferi:

«No mérito, o lançamento diz respeito ao período setembro de

1960 a dezembro de 1961, incidente sobre pagamentos feitos pela autora, ora apelada, a carvoeiros, pessoas que trabalhavam na produção de carvão vegetal e que a apelada denomina «empreiteiros», ou que seriam, no entendimento desta, trabalhadores rurais.

O laudo pericial, às fls. 112/118, esclarece que «os pagamentos relacionados pela fiscalização em seu relatório não se referem a pagamentos de salários a trabalhadores, mas a pagamentos a empreiteiros de carvão que recebiam «um pagamento normal pelo fornecimento de carvão e ainda prêmios de produção e outros valores pela construção de barracos, conservação de estradas, construções de fornos e serviços correlatos» (fl. 113).

Acontece que tais serviços — produção de carvão são essenciais à atividade da autora-apelada, uma siderúrgica que utiliza, em seus altos fornos, o carvão vegetal.

Isto é fora de dúvida.

Os carvoeiros, por outro lado, que a apelada denomina de empreiteiros, são pessoas humildes, que habitam o interior de minas, comumente na região onde o carvão vegetal é produzido e que, na realidade, não tinham condições de assumir empreitada nenhuma. Sob esse nome, tenta-se mascarar uma realidade.

É o que deflui da prova pericial.

Os «empreiteiros» recebiam os pagamentos mensalmente (fl. 116); não havia contrato escrito de empreitada (fl. 117), certo que os pagamentos eram registrados «em livro especial denominado Diário dos Carvoeiros» (fl. 116). Esses pagamentos, outrossim, feitos mensalmente, caracterizavam: produção de carvão, reparo de cercas, reparação de benfeitorias, transporte de carvão, construções de

fornos, prêmios de produção de carvão (fl.116). De outro lado, «a madeira empregada na fabricação de carvão pertence, ou melhor, é plantada em terrenos de propriedade da autora. A autora também adquire matas em pé de propriedade de terceiros...» (fl. 116).

A prova pericial é expressa no afirmar que os carvoeiros, que a apelada denomina «empreiteiros», são pessoas sem condição econômico-financeira». É verdade que acrescenta: «mas que podem trabalhar com a ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a autora de apresentar um número de metros cúbicos de carvão, de acordo com as necessidades a que se propôs junto à autora» (fl. 117). Esta afirmativa, todavia, reforça o entendimento de que não passavam esses carvoeiros de miseráveis indivíduos, autênticos cumpridores de ordens da apelada, assim autênticos empregados desta, «empreiteiros», que, por não poderem contratar empregados a fim de atenderem às necessidades da autora, podiam «trabalhar com a ajuda de companheiros na produção de carvão e assim cumprir o compromisso com a autora...» (fl. 117). Essa «ajuda de companheiros», aliás, decorre de mera presunção do perito, já que este não aponta o dado objetivo em que se fundamentou para fazer a afirmativa. O que deflui da prova pericial é, em verdade, o seguinte: o que os miseráveis carvoeiros empreitavam nada mais era senão a sua força de trabalho.

Os carvoeiros, empreiteiros de uma única coisa que dispunham, a sua força de trabalho, assim os seus braços e o seu suor, não passavam, em realidade, de empregados da apelada. É que o contrato de trabalho, todos sabemos, é um contrato-realidade.

Ademais, os Tribunais têm decidido, num rol de casos, iterativamente, que os pequenos empreiteiros, pessoas sem condição econômica de assumirem os riscos de um contrato de empreitada, não passam de simples empregados, ou empreiteiro-operário (CLT, art. 652, III).

V

De outro lado, o entendimento no sentido de que os carvoeiros da apelada seriam trabalhadores rurais, assim excluídos do regime da Previdência Social, não encontra amparo na legislação vigente à época da prestação do trabalho (1960/1961).

É que essa prestação de trabalho dava-se numa atividade essencial da apelada. Esta, conforme já falamos, é uma siderúrgica, que utiliza, nos seus altos fornos, o carvão vegetal. Sem esse carvão a atividade industrial da apelada não prosperaria. Observada, então, a finalidade do trabalho desenvolvido pelos carvoeiros, devem os mesmos ser enquadrados, para fins previdenciários, como industriários, ou empregados de uma indústria, assim segurados obrigatórios do INPS.

Tenho como acertada a exegese posta nas razões de recurso, às fls. 149/150, nestes termos:

.....

«Face ao período a que se refere ao levantamento do débito, ora sub judice, o exame da questão não pode ser feito senão à luz das disposições legais, aplicáveis à espécie, na época do fato gerador do débito. A LOPS, Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na sua primitiva redação dispunha que seriam excluídas do seu âmbito os trabalhadores rurais assim entendidos, os que cultivam a terra.

Claro está que a fabricação de carvão (atividade típica do carvoeiro), embora exercida em área rural e mediante processo rudimentar, não era e não é atividade caracterizada como rural, para fins previdenciários, filiando-se, portanto, à época, ao ex-IAPI, estando nesse caso, não só o «carvoeiro», como o oleiro, o carpinteiro, o electricista, o tratorista etc.

Não obstante, o artigo 3º do Regulamento da LOPS (Decreto nº 48.959-A, de 1960), em fazendo menção ao artigo 7º, letra b, da CLT, dava preponderância à finalidade das operações da empresa. Seja por uma ou outra interpretação, porém, não podem ser considerados trabalhadores rurais os relacionados no levantamento do débito, cuja anulação é objeto desta ação, a uma porque não cultivam a terra e a duas porque, notoriamente, a apelada Cia. Siderúrgica Beigo Mineira, como o próprio nome indica, sem dúvida é uma indústria de siderurgia, e, como tal, abrangida pelo regime da LOPS.

Em suma, a própria lei a ser aplicada (artigo 3º da LOPS), se encarregou de aclarar o texto por exclusão, pois, somente os trabalhadores rurais que cultivassem a terra não seriam filiados ao Instituto de Previdência. Os outros, porém, seriam, obviamente, como os carvoeiros.

Frise-se que a filiação à Previdência Social decorre automaticamente do exercício da atividade remunerada, compreendida no regime da LOPS (art. 6º da Lei nº 3.807/60). Portanto, qualquer arrazoado, decisão, pareceres, jurisprudência com fulcro em leis ou decretos posteriores, tratando da espécie, como pretende a apelada, são despiciendo e de nenhum valor para o desate justo da questão.

Finalmente, com respeito à dúvida levantada pela apelada (não examinada e apreciada pelo MM. Juiz a quo), se os carvoeiros seriam empregados ou empreiteiros, há que se ver que os ditos carvoeiros tinham vínculo empregatício com a apelada, caracterizados que são os requisitos do artigo 3º da CLT. É irrelevante a ausência de contrato de trabalho, devidamente formalizado, mesmo porque qualquer avença (contrato de empreitada entre as partes firmadas, escrita ou verbalmente), será nula de pleno direito, desde que venha desvirtuar as normas tutelares trabalhistas (art. 9º da CLT).

Nas respostas aos quesitos constantes do laudo de fls. 112/118, transluz-se a condição de autênticos empregados. De fato, é difícil conceber os cognominados carvoeiros como empreiteiros se seus serviços são dirigidos, fiscalizados e remunerados pela empresa, a apelada, seja na produção do carvão, produzido este em terras da própria companhia, ou em «matos em pé», adquiridos de terceiros, além de que todo o material e mão-de-obra, como seja: construção de fornos, barracas e limpeza de estradas, linhas etc., são fornecidos e pagos pela companhia.»

Nas AACC nºs 72.761-MG e 76.590-MG, relatadas pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg, não foi outro o entendimento desta Egrégia 4a. Turma.

O mencionado entendimento, todavia, não se aplica neste caso.

É que, aqui, o período da dívida começa em janeiro de 1967.

Na AC nº 56.495-RS, de que fui Relator, sustentei que, com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, arts. 2º e 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, b, CLT, vale di-

zer, tomando-se por base a atividade preponderante da empregadora. A partir do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, arts. 2º e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades industriais e comerciais, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão trabalhadores rurais, regidos pelo ETR. Invoquei para assim decidir, o precedente do nosso Tribunal Pleno, havido no MS nº 62.743-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro Henoch Reis (Tribunal Pleno, em 26-6-68), convido esclarecer, aliás, que o Acórdão proferido no citado MS foi Levado à apreciação da Corte Suprema, no RE nº 74.347-DF, Relator o Sr. Ministro Soares Muñoz, que ratificou o entendimento adotado pelo TFR (RTJ nº 87/479).

O Acórdão da citada AC nº 56.495-RS, de que fui Relator ficou assim ementado:

«Tributário. Previdenciário. Trabalhador Rural. Contribuições. Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 2-3-63, arts. 2º, 3º, § 1º.

I — Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, arts. 2º, 3º, § 1º, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no art. 7º, b, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. A partir do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214/63, arts. 2º, e 3º, § 1º, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão trabalhadores rurais, regidos pelo ETR.

II — Precedente do TFR: MS nº 62.743-DF. Tribunal Pleno, em 27-6-68, Relator Sr. Ministro Henoch Reis.

III — Recurso desprovido.»

O Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, foi expressamente revogado pela Lei nº 5.889, de 8-6-73. Esta última, Lei nº 5.889, de 1973, regula algumas situações do trabalho rural e manda aplicar as normas da CLT às relações de trabalho rural naquilo que com ela, Lei nº 5.889/73, não colidirem (Lei nº 5.889/73, artigos 1º e 21). Os trabalhadores do campo foram, em consequência, praticamente equiparados aos trabalhadores urbanos. Não obstante, aos trabalhadores rurais não se estendeu o FGTS (v. Circular nº 3/78, de 27-3-78, PRÉ-IAPAS /21.002.0).

E, no caso, a cobrança diz respeito a contribuições do FGTS.

A ação, pois, só por si, teria procedência.

Confirmo, nesta parte, a sentença.

E) A individualização dos nomes dos empregados.

Também aqui dou razão à autora-apelada.

Nos Embargos de Declaração na AC nº 70.075-MG, de que foi Relator, esta Egrégia Turma decidiu:

«Processual Civil. Embargos de declaração. CPC, art. 535, II.

I — Irrelevância da circunstância de não conter o auto de infração os nomes dos segurados.

II —

III — Embargos conhecidos e rejeitados.» (Em 22-6-81 — 4ª Turma).

Sustentei, no meu voto, que o levantamento fiscal não precisa conter os nomes dos segurados, por isso que o segurado, para obter benefícios, não precisa comprovar o pagamento das contribuições por parte de seu empregador. Compete,

sim, à fiscalização fazer os levantamentos e as cobranças das contribuições.

Na AC nº 70.075-EDecl-MG, cuidava-se de contribuições previdenciárias, destinadas à Previdência Social.

Aqui, entretanto, cuida-se de contribuições do FGTS, que se destinam aos empregados.

Necessário, então, neste caso, a relação nominal dos empregados. A não ser assim, as contribuições do FGTS seriam destinadas a quem? Essa falta de destinação não seria possível. O lançamento, por não conter os nomes dos empregados, nulifica-se.

É o que deflui, em verdade, do disposto no artigo 2º e seu parágrafo único, da Lei nº 5.107, de 13-9-66.

III — Em conclusão, confirmo a sentença, na sua conclusão. Nego, em consequência, provimento aos recursos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.755 — MG — Registro nº 4.434.307 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Aptes.: IAPAS, BNH e Cia. Agrícola e Florestal Santa Bárbara. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Antônio Felizardo Filho e outros, Newton Pascal de Oliveira e outros, José Antônio Damasceno e João Procópio de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação da Cia. Agrícola e Florestal Santa Bárbara e negou provimento aos recursos do IAPAS e do BNH (Em 5-10-83 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.449 — RJ
(Registro nº 2.590.778)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso
 Apelante: Casas da Banha Com. Ind. S.A.
 Apelada: União Federal
 Advogados: Drs. José Oswaldo Corrêa e outros

EMENTA

Tributário. Importação. Multa cambial. Superfaturamento. Cláusula «FOB». Lei nº 3.244, de 1957, artigo 60, II, com a redação do artigo 169 do Decreto-Lei nº 37, de 1966.

I — Mercadoria licenciada ao preço FOB de US\$10,200.00 (dez mil e duzentos dólares). Acréscimo ao preço da importância de US\$2,800.00 (dois mil e oitocentos dólares) a título de frete no território do país exportador, importância repassada ao importador brasileiro. Caso em que se dá a ocorrência de superfaturamento, que autoriza a imposição da multa cambial. Lei nº 3.244, de 1957, artigo 60, II, § 2º, com a redação do artigo 169 do Decreto-Lei nº 37, de 1966.

II — 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 unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 1984
 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Casas da Banha Comércio e Indústria S.A. apresentou embargos à execução fiscal que lhe move a União Fe-

deral, para a cobrança da multa prevista no art. 169, II, § 2º, do Decreto-Lei nº 37/66.

Alegou a autora, em síntese, que importou da Argentina, em 1974, 2.000 caixas de maçãs, no valor FOB de US\$ 10,200.00, que o exportador faturou por US\$ 13,000.00, valor superior aos limites permitidos por lei. Esclareceu que a diferença resultou da cobrança de fretes rodoviários no território argentino, feita pelo exportador, e que a autuação levada a efeito pelo Fisco, sobre o fundamento de que teria havido superfaturamento, decorreu de mera presunção.

A União Federal contestou a ação (fls. 24/27), afirmando que a mercadoria foi licenciada pelo preço FOB de US\$ 10,200.00 mas foi incluído na fatura o frete interno de US\$ 2,800.00, acréscimo esse que caracteriza um superfaturamento, uma vez que a di-

ferença excede os 10% previstos em lei. Correta, por isso, a exigência fiscal:

A sentença, ao cabo, da lavra do Juiz Federal Jorge Octávio de Castro Miguez Figueiredo (fls. 163/164), julgou improcedentes os embargos, condenando a autora no pagamento das custas e em honorários advocatícios de 10%, ao argumento de que um contrato de compra e venda mercantil com cláusula FOB, significa que cabe ao vendedor a obrigação de entregar a mercadoria ao transportador, que a encaminhará ao destino. A tradição, acentuou, opera-se por ocasião da entrega da mercadoria ao transportador e, a partir de então, os riscos são do comprador. Observou a sentença que, como disse a própria embargante, a mercadoria foi licenciada ao preço FOB de US\$ 10,200.00, importância a que foram somados US\$ 2,800.00 pelo exportador argentino, a título de frete interno, assim repassado ao comprador brasileiro, o que constitui fraude cambial, de conformidade com o disposto no art. 60, II, § 2º, da Lei nº 3.244/57, na redação que lhe deu o art. 169, do Decreto-Lei nº 37/66, visto que a diferença para mais no preço foi superior a 10%.

Apela, então, Casas da Banha Comércio e Indústria S.A. (fls. 166/169), reproduzindo basicamente as razões da inicial e asseverando que não houve a intenção de fraudar a lei.

Com a resposta de fls. 173/174, subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou à fl. 178, ressaltando que, no tocante ao valor da causa, para estabelecimento da alçada, a jurisprudência já se pacificou no sentido de que se deverá levar em conta o valor da ORTN na data do ajuizamento da ação. Superado esse problema, opina por que prevaleça o interesse da União Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): A sentença, da lavra do Juiz Federal Jorge Octávio de Castro Miguez Figueiredo, assim deslindou a controvérsia:

«Um contrato de compra e venda mercantil, com cláusula FOB, «free on board», significa que ao vendedor corre a obrigação de entregar a mercadoria ao transportador que a encaminhará ao destino. Quando da entrega ao transportador, opera-se, a tradição e, a partir de então, os riscos são do comprador.

Ora, como esclarece a própria embargante, a mercadoria foi licenciada ao preço FOB de US\$ 10,200.00 (dez mil e duzentos dólares); a tanto, foram somados US\$ 2,800.00 (dois mil e oitocentos dólares), pelo exportador argentino, a título de frete interno, assim repassado ao comprador brasileiro. Houve, pois, fraude cambial, considerado o estatuído no art. 60, inc. II e § 2º, da Lei nº 3.244/57, na redação que lhe deu o art. 169, do Decreto-Lei nº 37/66: a diferença para mais no preço foi superior a 10% (dez por cento).»

.....
(fl. 164).

Correta a sentença.

É incontroverso que a mercadoria foi licenciada ao preço FOB de US\$ 10,200.00 (dez mil e duzentos dólares americanos). Todavia, ao preço foi acrescida a importância de US\$ 2,800.00, a título de frete no território do país exportador, que foi repassada ao comprador brasileiro.

A cláusula FOB, abreviatura de «free on board» (franco a bordo, ou posto a bordo), significa que o vendedor da mercadoria se obriga a entregá-la, sem despesas e com o despacho feito, a bordo do navio que a deve transportar, correndo por

conta do comprador o frete, o seguro e os riscos da viagem até o porto do destino. Isto quer dizer que os fretes internos, vale dizer, havidos no país exportador, até a entrega ao transportador que encaminhará a mercadoria ao seu destino, correm por conta do vendedor.

Sendo assim, a soma do frete interno, ao preço, tal como ocorreu, no caso, consubstancia, em verdade, fraude cambial, porque a diferença para mais no preço foi superior a 10% (Lei nº 3.244/57, art. 60, II, 2º, com a redação do art. 169 do Decreto-Lei nº 37, de 1966).

Confirmo a sentença, por seus fundamentos.

Nego, em consequência, provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.449 — RJ — Registro nº 2.590.778 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Apte.: Casas da Banha Com. Ind. S.A. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. José Oswaldo Corrêa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. (Em 13-2-84 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.825 — SP (Registro nº 5.560.985)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

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

Apelados: Jair Izidoro Dias e cônjuge

Advogados: Drs. Sebastião Rodrigues de Assis (apte.), Kalil Sales e outro (apdos.)

EMENTA

Embargos de terceiro. Penhora de bem inalienável. Impossibilidade.

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, 23 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 40/41):

«Jair Izidoro Dias e sua mulher, Januária Franceza Dias opuseram-se contra a ação de execução fiscal que o Instituto de Administração Financeira da Previ-

dência e Assistência Social — IAPAS move contra a Farmácia São Judas Tadeu Ltda. através dos presentes embargos de terceiro.

Em resumo, dizem que o imóvel penhorado naquela ação de execução, consistente na casa nº 272, da Alameda Deputado Eloy Chaves, nesta cidade, foi adquirido em nome do casal, por compra feita à Caixa Estadual de Casas para o Povo — CECAP — muitos anos antes do ingresso do casal na sociedade por quota de responsabilidade limitada — sujeito passivo da ação de execução.

De outra parte, adiantaram que ao ingressarem na sociedade, integralizaram o capital, razão pela qual os seus bens particulares, como é a hipótese dos autos, estão a salvo da execução forçada proposta pelo Instituto.

Com a inicial vieram cinco documentos (fls. 7/13).

Citado o Instituto (fl. 21 verso), contestou (fls. 22/25), juntando um documento (fl. 26).

Em sua defesa diz, em síntese, que os embargantes são devedores principais, de vez que a sociedade constituída de marido e mulher tem valor relativo, podendo ser considerada firma individual; os embargantes são sujeitos passivos da obrigação tributária, conforme o disposto no artigo 135, do CTN, pois assim dispõe a jurisprudência trazida à colação; o sócio-gerente é co-responsável da obrigação tributária, conforme a mesma jurisprudência, e notadamente porque a certidão atual da dívida inscrita traz explícito nome seu.

Juntou um documento (fl. 26).

Os embargantes replicaram (fls. 28/30).

Do procedimento administrativo fiscal foi extraído um documento (fl. 38).

O MM. Juiz a quo julgou procedentes os embargos e condenou o embargado no reembolso das custas e nos honorários advocatícios, que arbitrou em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, a serem corrigidos de acordo com o artigo 1º da Lei nº 6.899/81. Para assim decidir, argumentou (fls. 41/45):

«Trata-se de embargos de terceiro, senhor e possuidor opostos pelas pessoas físicas sócias da executada, Farmácia São Judas Tadeu Ltda., porquanto, na ação de execução que a ela move o IAPAS, foi penhorado um bem imóvel que lhes pertence, conforme prova documental constante dos autos (fls. 10/12).

A pretensão inicial enseja julgamento antecipado, de vez que em sendo de fato e de direito a matéria objeto da lide, entendendo desnecessária a dilação probatória pretendida pelas partes.

O exame da escritura de compra e venda, já referida (fls. 10/12), mostra que o imóvel foi adquirido pelos embargantes em 30-12-69, enquanto a alteração contratual (fl. 9) deixa claro que os mesmos ingressaram na sociedade em 31-12-78.

Essa anterioridade de nove (9) anos entre o primeiro negócio jurídico e o segundo, acrescida do fato relativo à integralização do capital — eis que essa afirmação não sofreu contestação do Instituto — revela a absoluta adequação da constituição social com os ditames legais.

A propósito do ponto de vista do Instituto, no sentido de que a sociedade entre marido e mulher tem valor relativo, podendo, portanto, ser considerada firma individual, está superado de há muito.

Aliás, Rubens Requião esclarece que: «...não vemos motivo de or-

dem lógica ou doutrinária para nos afastarmos do entendimento de que a sociedade entre marido e mulher, se no passado era passível de dúvida quanto a sua legalidade, não o é mais agora. Em sua emancipação, a mulher casada adquire a meação de seus bens distinta da de seu marido, mesmo no regime matrimonial da comunhão, e por isso mesmo com ele pode associar-se» («Curso de Direito Comercial», conf. citação da RT nº 529/114).

Com esse autor estão Cunha Peixoto, João Eunápio Borges e Pontes de Miranda entre outros.

Despicienda é a vinda para os autos da certidão de casamento dos embargantes, como sugeriu o embargado.

Não procede, também, a assertiva de que os embargantes são sujeitos passivos da relação tributária juntamente com a Farmácia São Judas Tadeu Ltda., uma vez que até mesmo o Agravo de Instrumento nº 43.065 — citado pelo Instituto à fl. 24 — deixa claro que esse litisconsórcio só ocorreria em havendo dissolução da sociedade, fato esse que não ocorreu e o embargado, outrossim, não se propôs a provar.

Nem ficou provado, de qualquer modo, que a obrigação tributária resultou, no caso, de ato praticado com excesso de poderes ou infração da lei, do contrato social ou dos estatutos, consoante inequívoca exigência do artigo 135 *caput*, do CTN. O Instituto quando o invoca, sofisma, com a devida vênia, pois suficiente é a sua leitura em confronto com os elementos constantes dos autos para se concluir sobre a inoccorrência desses fatos.

A distinção entre a figura da sociedade e dos sócios, em que pese a anotação dos nomes dos embargantes no doc. de fl. 26, permanece inalterada em seus elementos concei-

tuais seja na legislação, seja na doutrina e na jurisprudência. Desnecessários, pois, outros comentários a respeito.

De ver-se, ainda, a militância em favor da co-embargante, Januária Franceza Dias, da seguinte disposição contida na Súmula nº 112, do Colendo Tribunal Federal de Recursos, se se considerar como irrefutáveis os argumentos da contestação:

«Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por cotas, decorrente da violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher».

Demais, vem à colação o v. Acórdão do Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, sendo o qual:

«A tendência atual é no sentido de admitir sociedade comercial entre cônjuges.

Os bens particulares destes não devem responder pelas dívidas contraídas pela sociedade» (RT nº 529/113)».

Apelou o IAPAS (fls. 48/53). Invocando precedentes jurisprudenciais, pede a reforma da sentença, com a improcedência dos embargos, invertidos os ônus decorrentes da sucumbência.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 55/62), subiram os autos, que me vieram distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): A orientação doutrinária prevalente é no sentido da possibilidade de sociedade comercial entre cônjuges. No caso, em princípio, por se tratar de sociedade em que ambos os cônjuges têm firma (fls. 9/10),

deveriam eles responder, pessoalmente, pela dívida cobrada, pois a falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, na época própria, constitui ato praticado com infração à lei. (Ver AC nº 59.607-PB, Ac. DJ 7-5-81, pág. 4061; e AC nº 64.274-MG, de que fui Relator).

Acontece que, na espécie, o bem constrito é impenhorável por ser inalienável, segundo cláusula expressa da escritura celebrada com a Caixa Estadual de Casas para o Povo — CECAP, em transação enquadrada no Plano Nacional de Habitação, destinando-se o imóvel exclusivamente à sua própria residência e dos seus familiares (cláusula 17ª, nº 2, e cláusula 19ª, letra c).

A vista dessa peculiaridade, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.825 — SP — Registro nº 5.560.985 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Apelante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apelados: Jair Izidoro Dias e cônjuge. Advogados: Dr. Sebastião Rodrigues de Assis (apte.) e Dr. Kalil Sales e outro (apdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 23-4-84 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Armando Rollemberg e Carlos Velloso votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.825 — SP (Registro nº 5.560.985)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

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

Embargados: Jair Izidoro Dias e cônjuge

Advogados: Drs. José Tórres das Neves e outro (apte.), Kalil Sales e outro (apdos.)

EMENTA

Processual civil. Embargos de terceiro. Penhora de bem absolutamente impenhorável (CPC, artigo 649, I). Nulidade relativa. Inocorrência de decisão extra petita.

I — A penhora de bem absolutamente impenhorável constitui nulidade relativa e, por isso, pode ser reconhecida pelo juiz, mediante arguição da parte ou de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição (CPC, artigo 267, § 3º, c/c item IV). Nessas condições, não decide extra petita o Acórdão que, em grau de apelação, proclama a referida nulidade, embora só tenha sido expressamente alegada nas razões de recurso.

II — Embargos declaratórios rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente. — Ministro **Pádua Ribeiro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Trata-se de embargos declaratórios opostos pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS ao Acórdão desta Egrégia Turma assim ementado (fl. 72):

«Embargos de terceiro. Penhora de bem inalienável. Impossibilidade.

Apelação desprovida».

Argumenta o embargante que o aresto embargado incidu em omissão, pois o voto condutor julgou fora dos limites da lide, sem a necessária fundamentação por que assim poderia fazê-lo. Nesse sentido, aduz (fls. 76/77):

«Na inicial, os embargantes não alegaram como matéria de defesa o fato de o imóvel penhorado ter sido adquirido, com pacto adjeto de hipoteca. Apenas foi dada a notícia. Mas, não se alegou que tal circunstância impedia a penhora.

A sentença, tanto no relatório, como na parte decisória, não registra tenham os embargantes baseado sua defesa na existência de hipoteca do bem penhorado. Somente na impugnação à apelação

do réu, passaram os apelados a sustentar a impossibilidade de penhora do imóvel. Não podiam eleger, nessa fase processual, tal defesa, ante o disposto no art. 128 do CPC.

Foi, exatamente, este fato que conduziu a Egrégia Turma a negar provimento à apelação.

Assim, torna-se indispensável que se fundamente como é juridicamente possível o acolhimento de defesa não argüida na inicial, a teor do disposto no art. 128 do CPC».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Ao desprover a apelação do embargante, fundou-se o Acórdão embargado na impossibilidade da penhora efetivada nestes autos, por ter incidido sobre bem inalienável. É o que se depreende do voto condutor do julgado (fl. 70):

«A orientação doutrinária prevalente é no sentido da possibilidade de sociedade comercial entre cônjuges. No caso, em princípio, por se tratar de sociedade em que ambos os cônjuges têm firma (fls. 9/10), deveriam eles responder, pessoalmente, pela dívida cobrada, pois a falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, na época própria, constitui ato praticado com infração à lei (Ver AC nº 59.607-PB, Ac. DJ 7-5-81, pág. 4061; e AC nº 64.274-MG, de que fui Relator).

Acontece que, na espécie, o bem constricto é impenhorável por ser inalienável, segundo cláusula expressa da escritura celebrada com a Caixa Estadual de Casas para o Povo — CECAP, em transação enquadrada no Plano Nacional de Habitação, destinando-se o imóvel

exclusivamente à sua própria residência e dos seus familiares (Cláusula 17ª nº 2, e cláusula 19ª, letra c).

À vista dessa peculiaridade, nego provimento à apelação».

Sustenta o embargante que só nas contra-razões de apelação os réus alegaram a impossibilidade da penhora do imóvel efetivada neste processo, oportunidade em que não mais podiam fazê-lo. Daí que o aresto malsinado, ao acolher tal defesa, teria decidido **extra petita** (CPC, art. 128).

Segundo se depreende, o apelante, nos seus embargos, não nega que o bem constricto neste feito seja absolutamente impenhorável em decorrência de cláusula contratual (Código de Processo Civil, art. 649, I). Cinge-se em alegar julgamento **extra petita**.

De salientar, ainda, que, acostada à inicial, se encontra a Escritura de Venda e Compra com Pacto Adjeto de Hipoteca, de cujas cláusulas o Acórdão embargado concluiu pela impenhorabilidade do bem questionado.

Nesse contexto, não há divisar a ocorrência de decisão **extra petita**. Com efeito, a penhora de bem absolutamente impenhorável constitui nulidade, declarável através de arguição da parte ou de ofício pelo juiz, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. É que se depreende do § 3º do art. 267 do CPC, nestes termos:

«O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante dos nºs IV, V e VI».

Ora, a configuração de nulidade acarreta a falta de pressuposto processual objetivo intrínseco, atingindo a validade e a regularidade do processo. (Ver Galeno Lacerda, Despacho Saneador, fl. 68 e seguintes, Li-

vraria Sulina, 1953), enquadrando-se, pois, a hipótese no art. 267, IV, do CPC.

E a penhora de bem absolutamente impenhorável constitui nulidade declarável de ofício pelo juiz?

A resposta é afirmativa. A propósito do assunto, o insigne processualista E.D. Moniz de Aragão, apoiado no melhor trabalho que, a meu ver, já se escreveu no Brasil acerca da teoria das nulidades no processo (Galeno Lacerda, obra citada), preleciona (Comentários ao CPC, Forense, 2ª ed., 1976, pág. 330):

«Na primeira, nulidade absoluta, o vício não pode ser corrigido pelo juiz, que poderá e deverá, apenas, decretar a nulidade do ato; no segundo, o vício poderá ser sanado de ofício, ainda que as pessoas interessadas o não tenham impugnado, cabendo ao juiz ratificar o ato, de modo a que cumpra a sua finalidade.

Suponha-se que o juiz depare em sua mesa com um caso que compete, funcionalmente, a outro; nada lhe resta senão reconhecer a incompetência absoluta. Mas admita-se que lhe é submetida a despacho a penhora de bens impenhoráveis. É evidente que, não podendo concordar em que se tenha como válida, cumpre-lhe mandar que outra seja feita, com obediência à determinação da lei, prosseguindo-se, então, na execução, pois o interesse tutelado pela lei nessa hipótese é prevalentemente o do particular».

E mais adiante (obra citada, fl. 334):

«Voltando ao exemplo da penhora, indicado por Batista Martins, ter-se-ia que a de bens absolutamente impenhoráveis e viciada de nulidade relativa, pois a proibição é editada no precípua interesse do executado, embora o do Estado não esteja alheio, tanto que é co-

gente a regra a respeito, como bem acentua Pontes de Miranda; é, porém, eivada apenas de anulabilidade a que seja feita com infração ao disposto no art. 650, isto é, diretamente sobre os bens que só devem ser penhorados à falta de outros, pois, nesta hipótese, o interesse tutelado é tão-só o devedor e a norma é dispositiva, motivo de apenas a ele caber impugnar o ato. No primeiro exemplo, portanto, a penhora fica sujeita à condição suspensiva de não ser invalidada pelo juiz, de ofício ou atendendo a arguição do interessado; no segundo à condição resolutiva de o próprio interessado alegar a anulabilidade».

Em resumo: constituindo a penhora de bens absolutamente impenhoráveis nulidade relativa e, portanto, matéria que o juiz pode conhecer de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ou através de provocação do interessado, resulta claro que, ao proclamá-la, o Acórdão embargado não decidiu *extra petita*.

Acrescento, ainda, que as contribuições cobradas, ensejadoras da

execução em que se efetivou a penhora malsinada, concernem aos próprios embargantes, únicos sócios da executada. Portanto, a sua falta de recolhimento só a eles, embargantes, prejudicará, e não a terceiros, já que não tinham empregados (fls. 26 v e 30).

Por tudo isso, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

Emb. Decl. na AC nº 85.825 — SP — Registro nº 5.560.985 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Embargante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Embargados: Jair Izidoro Dias e cônjuge. Advogados: Dr. José Tôrres das Neves e outro (apte.) e Dr. Kalil Sales e outro (apdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos. (Em 27-8-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.300 — SP (Registro nº 4.242.645)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Apelantes: Adonis de Lauro e Furnas — Centrais Elétricas S.A

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Daphnis C. de Lauro, Franci Costa Figueiredo e outros, João Procópio de Carvalho

EMENTA

Desapropriação. Servidão de passagem de circuito elétrico. Fixação do percentual.

I — A indenização, tratando-se de constituição de servidão de passagem de circuito elétrico, será fixada caso a caso, devendo corresponder a um percentual do valor do pleno domínio, fixado em correspondência com o menor ou maior gravame causado pela servidão.

II — Caso em que o percentual pode ser fixado em 40% (quarenta por cento).

III — Recurso da desapropriante desprovido. Provimento do apelo do desapropriado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo da expropriante e dar provimento ao recurso do desapropriado, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: A sentença recorrida, às fls. 89/100, julgou procedente a ação de desapropriação para constituição de servidão de passagem de circuito elétrico que Furnas — Centrais Elétricas S.A. move contra Adonis de Lauro e, com base nos laudos do vistor oficial e do assistente técnico da expropriante, fixou assim a indenização:

«13. Quanto ao valor atribuído à terra nua, o laudo do perito mostra-se mais condizente com a realidade econômica da região, tendo levado em conta a proximidade de Riacho Grande, desta Capital (33 km) e da Via Anchieta, além de se situar em Município próximo ao ABC, zona altamente industrial.

14. Procedem, todavia, referentemente ao percentual da servidão, as críticas do assistente técnico da expropriante, vez que o imóvel em questão se localiza em área rural, para a qual não consta lo-

teamento aprovado, além de haver atingido a servidão apenas 12% da área total do imóvel. Assim sendo, fixo tal percentual em 20% do valor da área indicado pelo perito judicial.

No tocante às culturas, adoto o valor estimado pelo perito oficial, uma vez que, nas considerações existentes no laudo divergente, não foi demonstrada sua erronia ou inadequação.

16. Diante disso, adoto o laudo do perito com a ressalva acima, quanto ao percentual da servidão.

III

17. Pelo exposto e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação, e em consequência, condeno a expropriante a pagar aos desapropriados a quantia de Cr\$ 1.119.123,20 (um milhão, cento e dezenove mil, cento e vinte e três cruzeiros e vinte centavos), assim discriminada:

a) pela servidão (percentual de 20%) Cr\$ 1.035.945,20
b) pela cultura Cr\$ 83.178,00

Total Cr\$ 1.119.123,20

18. Sobre tal indenização incidirá correção monetária de acordo com a Súmula TFR nº 45, calculada nos termos da Súmula TFR nº 136.

19. Condeno, ainda, a expropriante a pagar juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano (Súmula TFR nº 110), contados com observância da Súmula TFR nº 74; juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, na forma da Súmula TFR nº 70; honorários

advocáticos, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre a oferta e a condenação, bem como despesas com editais, corrigidos ambos os valores.

Após o trânsito em julgado, expeça-se a competente certidão, para registro no Cartório Imobiliário, da servidão ora instituída, bem como o Mandado de Imissão Definitiva na Posse».

.....
(fls. 99/100).

Apela, então, o expropriado (fls. 102/110), pretendendo a reforma da r. sentença, para que seja adotado o percentual de 40% do valor da área indicado pelo laudo oficial.

Apela, também, a expropriante (fls. 120/122), pleiteando a adoção do laudo do seu assistente técnico no tocante ao valor da terra nua e das culturas.

Respostas às fls. 128/131 e 132/134.

Sem parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (RI, art. 63, § 2º), vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): A sentença adotou o laudo do perito oficial, com uma ressalva, no tocante ao percentual da servidão. É que o vistor judicial sugerira o percentual de 40%. A sentença, entretanto, optou pelo percentual de 20%, ao argumento de que «o imóvel em questão se localiza em área rural, para a qual não consta loteamento aprovado, além de haver atingido a servidão apenas 12% da área total do imóvel».

Acho que a sentença procedeu com acerto quando adotou o laudo do perito oficial referentemente ao valor da terra nua e das culturas, por isso que o vistor judicial justificou razoavelmente o seu laudo, dei-

xando expresso que se baseou em pesquisa de mercado, tendo, aliás, fornecido os dados dessa pesquisa.

Confirmo a sentença, no ponto, pelo que nego provimento ao apelo da expropriante.

II

Examino o recurso do expropriado.

Tenho sustentado, em diversos votos, que o percentual correspondente à servidão de passagem de circuito elétrico deve ser fixado caso a caso. Tratando-se de terreno rural, distante de centros urbanos, tratando-se, outrossim, de linha de distribuição de energia elétrica de baixa tensão, pode o percentual ser fixado em 10% (dez por cento) do valor do pleno domínio. É que, em caso assim, a restrição imposta à propriedade é praticamente nenhuma. Não convém esquecer, de outro lado, que a rede de distribuição de energia elétrica beneficia a propriedade, porque permite seja eletrificada a zona rural. Assim votei, por exemplo, na AC nº 70.099-MG, tendo esta Egrégia Turma decidido:

«Desapropriação. Servidão de passagem de circuito elétrico. Fixação do percentual.

I — O percentual correspondente à servidão de passagem de circuito elétrico deve ser fixado caso a caso. Tratando-se de terreno rural, utilizado como pastagem, distante de centros urbanos, tratando-se, outrossim de linha de distribuição de energia elétrica (rede de distribuição rural), assim de baixa tensão, pode o percentual ser fixado em 10% (dez por cento) do valor do pleno domínio.

II — Recurso provido».

Fixado o percentual caso a caso, caso haverá em que esse percentual poderá fixar-se até em 100% do pleno domínio.

Nessa ordem de idéias, decidiu a Egrégia 3ª Turma, na sua composição antiga, na AC nº 36.949-RJ, de que fui Relator:

«Desapropriação — Servidão de passagem de circuito elétrico — Indenização.

I — A indenização, no caso de constituição de servidão de passagem de circuito elétrico, deve corresponder a um percentual do valor do pleno domínio, fixado em correspondência com o menor ou maior gravame causado pela servidão. No caso, a alíquota pode ser fixada em 50% (cinquenta por cento).

II — Recurso provido».

Examinemos a questão sob julgamento.

No caso, trata-se de linha de transmissão e não de linha de distribuição. Trata-se, por isso, de linha de alta tensão. Não obstante estar o imóvel objeto da causa em zona rural, certo é que situa-se ele a 4 km do centro de Riacho Grande, na Via Anchieta, distante 33 Km de São Paulo, esclarecendo o perito oficial (fl. 40):

«A gleba é de topografia ondulada, cortada por 2 córregos, terra boa, com bastante vegetação, como mata natural, samambaias, quaresmeiras e orquídeas.

Tem 250,00m de frente para a estrada de acesso, fazendo também divisa com a Represa Billings.

Próximas se encontram também, a Associação Atlética Banco do Brasil e Clube de Campo Banespa, este, distante 2 Km, com luz e asfalto, à porta e situado em zona urbana.

Está pois, a propriedade, próxima à zona urbana.

Deve ainda ser assinalado que junto à Associação Atlética Banco

do Brasil, há loteamento, com muitas casas, inclusive algumas de bom padrão.

Inclusive, há projeto já concluído, para loteamento desta gleba, conjuntamente com glebas vizinhas, cujos títulos de propriedade têm mesma origem.

Convém ainda realçar a beleza de toda a região, valorizada pela presença da Represa, havendo pontos de onde se descortinam belas paisagens».

.....
(fl. 40).

Diante do que foi exposto, penso que o percentual adotado pela sentença não indeniza com justiça, pelo que não se ajusta à recomendação constitucional (CF, art. 153, § 22). É razoável, no caso, o percentual sugerido pelo vistor judicial — 40%.

Dou, no particular, provimento ao apelo do expropriado.

II

Em conclusão, nego provimento ao apelo da expropriante e dou provimento ao recurso do expropriado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 86.300 — SP — Registro nº 4.242.645 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Aptes.: Adonis de Lauro e Furnas — Centrais Elétricas S.A. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Daphnis C. de Lauro, Franci Costa Figueiredo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo da expropriante e deu provimento ao recurso do expropriado. (Em 9-11-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Bueno de Souza e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.619 — SP
(Registro nº 5.573.009)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Apelante: INPS

Apelada: Sebastiana Barbosa da Cruz

Advogados: Drs. Valentim Aparecido da Cunha e João Ultramari e outro

EMENTA

Previdência. Dependência econômica da mãe ao filho.

Não desfigura a dependência da mãe ao filho o fato de ter o marido vivo, mas ganhando apenas um salário mínimo, sem capacidade econômica para manter a família.

Não tendo o segurado beneficiário de melhor título, segundo a ordem do artigo 11 da LOPS, é de deferir-se a pensão à genitora.

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 parcial à apelação, 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 setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de ação sumaríssima de percepção de benefícios proposta por Sebastiana Barbosa da Cruz contra o Instituto Nacional de Previdência Social, objetivando compeli-lo ao pagamento da pensão por morte de seu filho, alegando, em síntese, que este era segurado da Previdência e

contribuía para a manutenção da família, composta por ela e três filhos.

Citado, o r., compondo a lide, resistiu à pretensão da A. ao argumento de que já era ela pensionista, em razão da morte do marido, o que, por si só, afastaria, de pronto, o direito por ela pretendido. Ademais, em casos de indenização por ato ilícito, reputa-se que essa obrigação exaure-se após o implemento de 25 anos de idade, uma vez que, após essa idade, a consequência normal é o casamento do filho, deixando este, então, de contribuir para a manutenção do lar.

Por último, alega o r. que o filho morto não tinha emprego fixo, tendo trabalhado em diversos empregos, num lapso de cinco anos.

Em audiência, foram ouvidas duas testemunhas. Afirmaram elas que o jovem dava à mãe todo o seu salário, para ajudá-la a se manter.

Sentenciando, o MM. Juiz a quo julgou procedente a ação, condenando o réu a pagar à autora o benefício da pensão por morte do seu filho Ro-

berto da Cruz, a contar da data do óbito com o valor atualizado das prestações à data da liquidação, acrescidas de juros legais desde a citação e, a seguir, corrigidos monetariamente, até o efetivo pagamento. Condenou S. Exa., ainda, o r., ao pagamento das custas e verba honorária, fixada esta em 10% sobre o valor da liquidação, acrescida de doze prestações vincendas.

Irresignado, apelou o Instituto, renovando os termos da contestação, fls. 75/78. Contra-razões, pela manutenção do r. decisório, fls. 80/82.

Ê o relatório. Sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Senhor Presidente. Tenho como irretorquível a r. sentença a quo, a não ser na parte em que condenou a r. nas custas, já que a a. esteve sob o pálio da Justiça gratuita.

A uma, porque restou comprovado que a autora dependia economicamente do filho, para a manutenção do lar.

A duas, porque o fato de a a. receber, por morte do marido, pensão, não ilide o seu direito à percepção da pensão por morte do filho, uma vez que, o que recebe por morte do marido é insuficiente para manter-se a si e a seus três filhos.

Em julgamento análogo, em que fui Relator, obtive a adesão dos meus eminentes pares. Tal Acórdão ficou assim ementado:

«Previdência. Dependência econômica da mãe ao filho.

Não desfigura a dependência da mãe ao filho o fato de ter marido vivo, mas ganhando este apenas um salário mínimo, sem capacidade econômica para manter a família.

Não sendo o segurado beneficiário de melhor título, segundo a ordem do artigo 11 da LOPS, é de deferir-se a pensão à genitora.

Negou-se provimento ao recurso.» (AC nº 85.287 — SP, julgada em 18-10-83 — 1a. Turma).

Destarte, recebo, em parte, a apelação, para excluir da condenação o pagamento das custas.

Ê o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 86.619 — SP — Registro nº 5.573.009 — Rel: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Apte.: INPS. Apda.: Sebastiana Barbosa da Cruz. Advs.: Drs. Valentim Aparecido da Cunha e João Luiz Ultramar e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Relator. (Em 28-9-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Washington Bolívar votaram com o Relator. Ausente no momento o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.077 — PE (Registro nº 5.580.048)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelantes: Delson Alves Camelo e cônjuge e Irmãos Feitosa e Cia.

Apelado: IAPAS

Advogados: Drs. Agildo Soares e outro, Lauro Farias e Hélio Correia de Araújo Seixas

EMENTA

Execução fiscal. Embargos de terceiro impugnando penhora de imóvel alienado em fraude de execução. Presumindo-se a fraude iuris et de iure, é irrelevante, para a sua caracterização, a circunstância de a penhora, anterior à alienação, não haver sido inscrita no registro de imóveis. De outro lado, para que o bem continue a responder pelo débito cobrado, não é necessária a demonstração de que o alienante possui outros bens capazes de garantirem o resgate do mesmo débito. Confirmação de sentença que julgou improcedentes os embargos.

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 às apelações, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília 3 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Armando Rollemberg**: Em execução fiscal ajuizada pelo IAPAS contra Lift Vans — Transportes Ltda., procedeu-se, em 22-5-79, à penhora de imóvel, localizado em Recife, no qual tinha sede, que veio a ser avaliado em 16-12-82.

Em 19 de janeiro de 1983, Delson Alves Camelo opôs embargos de terceiro visando fosse declarada insubsistente a penhora, alegando que o imóvel referido pertencia, à época da constrição, a José Martins da Silva e sua mulher, os quais, em 8 de dezembro de 1981, o haviam vendido a Irmãos Feitosa e Cia. que, de sua vez, o alienara a ele embargante por escritura lavrada em 22 de junho de

1982, escrituras essas que haviam sido transcritas no registro de imóveis, no qual não constava a existência de qualquer ônus sobre o mesmo bem.

Esclareceu a seguir que José Martins da Silva, verdadeiro proprietário do imóvel, fora sócio da executada, da qual deixara de ser presidente em 30-6-77, e que o sócio de sociedade por quotas de responsabilidade, uma vez integralizado o capital social, não respondia pelas dívidas da pessoa jurídica.

Os embargos foram impugnados e julgados improcedentes por sentença que se alicerçou, para fazê-lo, na afirmação de que a alienação do bem por parte de José Martins da Silva fora efetuada em fraude à execução.

Do julgado de primeiro grau apelaram o embargante e Irmãos Feitosa e Cia., esta última, como litisconsorte, por ter sido quem adquirira o prédio de José Martins da Silva e o alienara a Delson Alves Camelo.

Alegou o primeiro recorrente referido que a penhora efetuada sobre o bem não fora inscrita no registro de imóveis, com o que se apresentava ele livre e desembaraçado de qualquer ônus ao adquiri-lo. Mais que isso, da efetivação da penhora não haviam sido intimados José Martins da Silva e sua mulher, tendo sido o Sr. Hernandez, que não possuía qual-

quer direito sobre o imóvel, a única pessoa a tomar conhecimento do ato.

Reiterou, depois, a argüição feita na inicial de que os bens do sócio não respondiam pelas dívidas das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Já o litisconsorte, na apelação que interpôs, aduziu ser a sentença nula por ter declarada a nulidade da alienação do imóvel penhorado, quando na impugnação dos embargos fora pedido apenas que fossem julgados improcedentes.

No mérito alegou que José Martins da Silva não preenchia, à época da alienação do imóvel, as condições previstas nos arts. 134 e 135 do CTN, para responder o sócio pelo débito da sociedade.

Afirmou, finalmente, que no processo existiam despachos, «adulterados ou quando menos irregulares, pois, *ictu oculi*, verifica-se que foram acrescentados com outra caneta e até com outra letra, daí a certa altura do processo de execução o último juiz que nele interveio (o prolator da sentença) ter indagado da secretária quem tinha autorizado a penhora na casa objeto dos embargos de terceiro. Veja-se que a parte do despacho atendendo ao pedido de penhora está com letra e tinta diferentes da do começo do mesmo, estando, inclusive impressado e fora da ordem da escrita».

Apresentada resposta, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Da documentação constante dos autos vê-se que a dívida cobrada é relativa a depósitos para o FGTS, não recolhidos de fevereiro de 1967 a maio de 1979 (fls.

2/3 dos apensos), e que até 30 de junho de 1977, José Martins da Silva exerceu o cargo de Presidente da executada, Lift Vans - Transportes Ltda., da qual após tal data continuou sócio (fls. 15/16), participando do capital social que, então, passou a ser de Cr\$ 350.000,00, com 280.000,00, e, portanto, com 80%.

Respondia ele, assim, subsidiariamente, pelo débito da sociedade, evidenciado como fora ter dito débito decorrido de infração à lei praticada em sua administração.

Mesmo que assim não fosse, entretanto, somente ele, José Martins da Silva, tinha legitimidade para opor-se à penhora em bem que lhe pertencia, fundado na alegação de que não era responsável pelo débito, não o podendo fazer os adquirentes do mesmo bem, isto é, os apelantes.

Quanto ao reconhecimento da nulidade das alienações do bem afirmada pela sentença, não há como deixar de reconhecê-la desde que, viu-se do relatório, o imóvel foi penhorado em 22 de maio de 1979, e alienado em 8 de dezembro de 1981 e, ainda, em 22 de junho de 1982.

Argumenta-se em contrário com o fato de a penhora não haver sido inscrita no registro de imóveis, mas, como acentua José Frederico Marques (Manual de Direito Processual Civil, ed. 1976, vol. 4, pág. 49), tal circunstância é irrelevante para caracterização da fraude pois esta «se presume *iuris et de iure*».

O autor referido, aliás, vai mais longe quando se trata de alienação de bem penhorado, entendendo que, em tal caso, o ato de alienação é inexistente, pois a penhora subtrai «a coisa, por completo, do poder da disponibilidade do executado ou réu».

Cita, adiante, nº 852, José Alberto dos Reis, o qual, no Processo de Execução, ed. de 1954, vol. II, pág. 102, escreveu que «a penhora paralisa

sa o direito de propriedade do executado» que «não pode praticar, em relação aos bens, atos que comprometam ou prejudiquem os fins da execução».

Mesmo que não se admita como exata a tese de que a penhora retira do executado a disponibilidade do bem, contudo, este, se alienado, não deixará de responder pelo débito cobrado, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, no julgamento do RE nº 96.365, cujo Acórdão ficou assim ementado:

«Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. A convalidação do julgamento antecipado da lide pelo Acórdão recorrido, por considerar bastante à solução da causa a prova documental existente, não implica em cerceamento de defesa.»

«Penhora. Alienação do imóvel. Fraude à execução. Insolvência — Prescindibilidade da indagação sobre a insolvência do devedor para configurar a fraude em execução, posto pacífico o entendimento de que a alienação do bem penhorado, ainda que produza efeitos entre alienante e adquirente, não obsta ao prosseguimento da execução. Recurso extraordinário não conhecido.»

Afirmou na oportunidade o Sr. Ministro Rafael Mayer, Relator:

«Como se vê dos autos, a alienação do imóvel, pelo executado, se deu quando se encontrava sob penhora e penhora inscrita, o que é bem mais do que o previsto no item II do art. 895 do CPC nºs 1939 e 593 do novo texto, tanto que diz Liebmann que «quando os bens alienados constituem objeto instrumental da execução, a caracterização da fraude depende da prova do prejuízo, ou seja, da falta ou insuficiência de outros bens do executado, ao passo que para os bens que são objeto final da execução

este requisito não é exigido, podendo procurá-los, em mãos de terceiro, qualquer que seja a consistência patrimonial do executado (Processo de Execução, 4a. ed., pág. 109).

Com efeito, mesmo admitido que a penhora não retira do executado a disponibilidade do bem, pacífico é o entendimento de que a sua alienação, ainda que produza efeito entre alienante e adquirente, nenhuma eficácia tem como relação ao exeqüente, prosseguindo a execução sobre ele, como se não houvesse alienação, «pois, não pode o devedor por ato seu impedir o ato de império do juiz, para prejudicar o credor exeqüente (Cfr. Theodoro Junior, Comentários IV/209; Castro Villar, Processo de Execução, 140). Nessa circunstância mostra-se de efeito, prescindível, indagar se a alienação acarretou a insolvência para configurar a fraude em execução». (RTJ nº 103/851, 103/855).

O julgado referido, aliás, responde a outra objeção feita pelo apelante, tal seja a de que não se comprovou que a executada não tinha outros bens.

Cumpre salientar, aliás, que, no caso concreto, houve singularidade desfavorável ao executado, e, conseqüentemente, aos adquirentes de bem seu, tal seja o fato de caminhões que haviam sido penhorados terem sido alienados e desaparecidos.

Finalmente, de referência às arguições feitas pela embargante, de que a sentença decidira além do pedido formulado na impugnação dos embargos e que despachos haviam sido adulterados são inaceitáveis.

Nos autos da execução fiscal realizou-se penhora, cuja desconstituição veio a ser pleiteada nos embargos de terceiro, com o que, ao se opor a esses últimos, a exeqüente

apenas pleiteou a manutenção da construção e prosseguimento da execução, ao fundamento de que a alienação ocorrida não a impedia.

De outro lado, as afirmativas de adulteração de despachos foram feitas sem demonstração hábil.

Nego provimento às apelações.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.077 — PE — Registro nº 5.580.048 — Rel.: O Sr. Ministro Ar-

mando Rollemberg. Aptes.: Delson Alves Camelo e cônjuge e Irmãos Feitosa e Cia. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Agildo Soares e outro, Lauro Farias e Hélio Correia de Araújo Seixas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações (Em 3-10-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 89.176 — SE (Registro nº 5.610.583)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Apelante: Caixa Econômica Federal — CEF

Apelada: Maria Lúcia Cunha Siqueira

Advogados: Drs. Geraldo de Oliveira e outros, José Francisco da Rocha e outros e Nilo Arêa Leão

EMENTA

«Civil. Mulher casada, meação. Embargos à execução. Ato ilícito. Lei nº 4.121, de 1962.

A teor do disposto no artigo 3º, da Lei nº 4.121, de 1962, tem a mulher casada o direito de defender sua meação não comprometida por atos ilícitos praticados por seu marido (artigo 263, II, do Código Civil), sendo certo, ainda, que o produto dos recursos, segundo elementos constantes dos autos, não foram revertidos em benefício da família.

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 ao recurso, para confirmar a sentença, 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, 27 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: O Dr. José de Castro Meira, eminente Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, assim relatou a espécie:

«Maria Lúcia Cunha Siqueira, devidamente qualificada, opôs em-

bargos à execução promovida pela Caixa Econômica Federal contra seu marido José Américo Siqueira, aos seguintes fundamentos:

A embargante é depositária de bens móveis do casal em Medida Cautelar Inominada, que foi julgada procedente apenas quanto aos bens pertencentes a seu marido e não quanto aos bens do casal.

Intimada da penhora, pretende defender sua meação não comprometida com os atos ilícitos praticados pelo executado, invocando o artigo 3º da Lei nº 4.121, de 27-8-62, observando que o imóvel penhorado é urbano e pode ser dividido independentemente de módulos agrários para a região.

Juntou os docs. de fls. 6/22.

Os autos foram encaminhados a este Juízo pelo MM. Juízo da Comarca de Itabaiana, onde se procedeu a penhora (fl. 23).

À fl. 36, a embargante aditou a inicial atribuindo valor à causa. À fl. 44, deferi à embargante, benefício da assistência judiciária.

A Caixa Econômica Federal impugnou os embargos às fls. 46/49.

Argumenta que a sentença prolatada na cautelar referiu-se aos bens do requerido, mas não se limita a seus bens particulares, em face do regime da comunhão universal.

Entende que a disposição invocada deve ser interpretada em consonância com os demais dispositivos da lei civil que regulam o regime de bens no casamento, pois se presumem em benefício da família as dívidas contraídas pelo marido, sob qualquer pretexto, a menos que se cuide de aval. A propósito, transcreve ementa de decisões do Excelso Pretório, bem como o artigo 2º do Decreto nº 24.216, de 9-5-34.

Lembra que o executado vem afirmando que o produto do ato ilícito fora aplicado em benefício do patrimônio da família, incorporando ao imóvel penhorado galpões, maquinários e instalações diversas.

Apenas a embargante requereu produção de provas (fl. 54-v). Determinei que a constatação quanto às benfeitorias fosse realizada por avaliação através de precatória (fls. 54-v/55).

Realizada a avaliação, a embargante desistiu da produção de outras provas (fl. 87-v).

Ouvida a embargada, entendeu que só um perito poderia afirmar que as construções e maquinários remontam a mais de seis anos».

Sentenciando, julgou procedente os embargos para excluir da execução a meação da embargante, condenando a embargada em honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa (cfr. fl. 94).

Inconformada, recorreu a Caixa Econômica Federal, com as razões de fls. 99/101, em críticas ao v. decisório. Insiste em dizer que o artigo 3º, da Lei nº 4.121, de 1962, deve ser interpretado em consonância com os princípios da Lei Substantiva Civil, onde se reconhece que a dívida contraída pelo marido visa ao benefício do casal, cabendo à mulher provar o contrário. Nega que a prova dos autos favorece à embargante, no particular. Invoca o Decreto nº 24.216, de 1934 (artigo 2º). Comenta o comportamento de José Américo Siqueira.

Contra-razões às fls. 124/126.

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 129).

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

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O MM. juiz a quo resolveu a controvérsia com a seguinte fundamentação:

«Trata-se de embargos de devedor propostos por mulher casada para salvaguardar sua meação, tendo em vista a penhora realizada sobre imóvel do casal.

É incontroverso que o imóvel foi adquirido antes da prática dos atos ilícitos pelo executado, a partir de 1977, conforme a sentença exequenda. Por outro lado, a avaliação constatou que as acessões e benfeitorias também são anteriores a essa data. Insurge-se a embargada contra o laudo, no particular sem razão. É da essência dessa diligência a cuidadosa observação quanto ao estado da coisa e ao tempo em que foi adquirida ou construída. A certificação do auxiliar da justiça possui fé pública, e tanto mais robustecida quando se trata de imóvel localizado em zona urbana de cidade do interior do estado, onde reside o certificante, que possivelmente tem ciência própria do fato. Além disso, há a descrição dos galpões, construídos há mais de seis anos e bastante aruinados». Estamos, pois, diante de bens adquiridos pelo casal antes que o executado passasse a desenvolver os atos ilícitos que ensejaram a execução.

A tese da embargada é, porém, mais ampla. Com apoio em julgados, especialmente do Supremo Tribunal Federal, entende que se presumem em benefício da família as dívidas contraídas pelo marido, invertendo-se o ônus da prova.

Considere-se, porém, que a hipótese vertente envolve execução decorrente de atos ilícitos definidos pela lei como crimes, pelos quais o acusado responde na esfera penal.

Ora, em nenhum momento se cogitou quanto ao envolvimento ou sequer o conhecimento da embargante nas infrações penais praticadas por seu marido, de quem está separada de fato, conforme se lê na sentença em fotocópia às fls. 12/16. Por outro lado, nada induz a que o executado aplicara o produto do crime em benefício da família. O que se vê é a embargante apelar para a assistência judiciária, já que recebia apenas, em julho p.p., magros vencimentos de Cr\$ 55.594,00 (cinquenta e cinco mil, quinhentos e noventa e quatro cruzeiros), insuficientes para o sustento e educação de quatro filhos menores, não percebendo qualquer prestação alimentícia do executado.

Em suma, parece-me razoável entender-se que se deva subtrair a meação da mulher casada da execução, quando o substrato é a prática do ilícito, também definido como crime, do qual não participou nem se beneficiou de qualquer modo.

Essa é a orientação sufragada pelo direito brasileiro, no vigente Código Civil, *in verbis*:

«Art. 263. São excluídos da comunhão:

.....
VI — As obrigações provenientes de atos ilícitos (artigos 1.518 a 1.532)».

Recorro, a propósito, aos valiosos comentários de J. M. Carvalho Santos:

«7. As obrigações provenientes de atos ilícitos. Porque a responsabilidade criminal é pessoal, como igualmente pessoal deve ser a dos chamados delitos e quase delitos (Clóvis, obr. e loc. cit.).

Para serem, porém, excluídas da comunhão as obrigações pro-

venientes de atos ilícitos, é necessário que o cônjuge não haja participado das vantagens resultantes desses atos.

Precisará, portanto, o cônjuge provar:

a) que a obrigação em causa é oriunda de ato ilícito do outro cônjuge;

b) que os bens sobre que recai a execução pertencem à comunhão do casal;

c) que o reclamante não participou das vantagens resultantes desses atos.

Somente assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, é que a dívida recai sobre o cônjuge culpado, salvo a meação do outro, como já estabelecia o Direito antigo — Teixeira de Freitas, Consolidação, nota ao artigo 115 (Acórdão de 18 de abril de 1925, na Rev. Forense, vol. 45, pág. 293).

O Tribunal de São Paulo, a seu turno, com fundamento neste dispositivo anulou uma ação intentada contra o marido, por ilegitimidade de parte, pois a mulher foi quem praticou o ato ilícito, atropelando e matando um transeunte, quando dirigia o automóvel de propriedade do casal». (Código Civil Interpretado, vol. V, pág. 68)».

Em primeiro lugar, descabe a assertiva contida na peça recursal sobre a figura da responsabilidade criminal, não postulada nos autos. O que se busca, na espécie, é a origem dos recursos obtidos, para conhecer de sua licitude. É evidente que o procedimento criminal, onde se apura exatamente delito pela prática de atos de improbidade, pode e deve servir de base ao convencimento do julgador.

Sobre a tese jurídica adotada no **decisum**, nenhuma censura merece, porquanto ajustada ao entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência, sem esquecer a tutela do vigente ordenamento, no caso o artigo 3º, da Lei nº 4.121, de 1962, segundo o qual «pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação».

As dificuldades que surgem da aplicação da norma não podem desanimar o exegeta e, principalmente, o Magistrado quando presente um caso concreto. Ruth Bueno, em sua monografia «Regime Jurídico da Mulher Casada», ao comentar tais aspectos, registra inúmeros julgados no sentido do reconhecimento positivo da norma, e adverte (pág. 46):

«A meu ver, a lei terá de ser aplicada, respeitando-se a sua inspiração e finalidade precípua de proteger a meação da mulher, se a dívida é tão-só do cônjuge varão e não resultou em benefício do patrimônio do casal».

Iguais ponderações vamos encontrar no trabalho de autoria da Professora Lucy R. dos Santos, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulado «Bens Reservados — Proteção ao Patrimônio da Mulher Casada», onde destaca Acórdão do Supremo Tribunal Federal (in RT nº 503/257) que, ao interpretar o artigo 3º, da Lei nº 4.121, de 1962, decidiu «que a mulher, para evitar que a sua meação seja atingida pela penhora deverá provar cumuladamente dois requisitos essenciais: a) que a dívida não trouxe benefício ao casal, b) que o gravame atingiu, efetivamente, a sua meação».

Também Wilson Bussada anota vários julgados, cujas conclusões conduzem à aplicação inquestionável do dispositivo. Cita Acórdão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, através do qual se despreza a necessidade de prova, por parte da mulher, acerca da não utilização dos recursos em proveito da família. Merece transcrição o seguinte lance (in «Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais», vol. II, Tomo IV, pág. 231):

«A r. sentença apelada foi adversa à pretensão da embargante, sob o fundamento do que lhe cumpria fazer a prova cabal e plena de não ter revertido em proveito da família a dívida assumida pelo marido executado.

Ainda mesmo, entretanto, que se fique, exclusivamente, no fundamento legal dos embargos, o artigo 3º da Lei nº 4.121, de 27-8-62, que excluiu da comunhão conjugal as dívidas representadas por título assinado apenas por um dos cônjuges, sabendo-se perfeitamente da finalidade ética que inspirou o dispositivo, no caso dos autos, em que o marido se revelou desonesto e mau cumpridor dos seus deveres de chefe de família, não subsiste a presunção *juris tantum* de que as dívidas assumidas pelo marido tenham a geral destinação de satisfazer as necessidades familiares.

Não era, portanto, de se exigir da mulher a prova negativa contra uma presunção que não se poderia estabelecer.

Mais claramente injurídica se torna, porém, a exigência que determinou a improcedência dos embargos, em que se sabendo, como se sabe em virtude do que informou inicialmente a própria exequente embargada e por outras referências da prova, que a obriga-

ção executada é decorrente de ato ilícito, vigorando, de velha data, a incomunicabilidade de tal obrigação, consoante ao artigo 263, VI, do CC, a respeito do qual ensina Pontes de Miranda, com a sua reconhecida autoridade e proficiência: «Praticado, o ato ilícito, a obrigação é incomunicável, não cabendo, hoje, dar-se qualquer ônus da prova ao outro cônjuge, para se imunizar às conseqüências da indenização. Dar-lhe a produção de provas de não ter participado das vantagens resultantes do ato ilícito seria impor-lhe o dever de dar prova negativa. Nem se presume co-autor, nem cúmplice, nem participante de quaisquer proveitos, oriundos do crime, ou de qualquer outro ato, de que resulte a obrigação de indenizar... O autor é que tem de dar a prova de que houve o locupletamento... (Tratado de Direito Privado, vol. 8/313, 3ª ed.)».

A hipótese destes autos muito se assemelha à orientação prestigiada pelos tratadistas e jurisprudência pretoriana, sendo de realçar que a embargante comprovou que o imóvel foi adquirido em época anterior aos ilícitos praticados pelo seu marido, havendo elementos suficientes a considerar que o produto dos recursos auferidos dessa prática não beneficiaram a família. Tudo foi ressaltado na sentença. Estão, desta forma, atendidos os pressupostos que ensejam o direito da mulher em proteger a sua parte, nos exatos conceitos da Suprema Corte.

Demais disso, a incisividade do artigo 263, VI, do CC, não permite que se ponha em dúvida o acerto da decisão.

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

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 89.176 — SE — Registro nº 5.610.583 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Apte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Apda.: Maria Lúcia Cunha Siqueira. Advs.: Drs. Geraldo de Oliveira e outros, José Francisco da Rocha e outros e Nilo Arêa Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, para confirmar a sentença. (Em 27-4-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 90.286 — SP
(Registro 5.627.630)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Metalúrgica Brimak Ltda.

Apelados: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS e Banco Nacional da Habitação

Advogados: Drs. Alcides Moiola e outros e Valdelice Izaura dos Santos e outros

EMENTA

Processual. Execução fiscal.

Protesto por provas. Julgamento antecipado.

E indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados — CPC — Artigo 236, § 1º.

Recurso provido.

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 ao recurso, para, preliminarmente, anular o processo a partir do despacho de fl. 33, e que outra sentença seja proferida, após regular tramitação do feito, 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 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Trata-se de embargos opostos por Metalúrgica Brimak Ltda., à execução que lhe moveu o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, no ano de 1983, visando o recebimento de créditos referentes ao FGTS, no valor de Cr\$ 1.533.525,09, alegando, em síntese, a embargante que, como o art. 218, IV, (deve se referir o art. 217) do CTN, estabeleceu que a referida contribuição é crédito tributário, sua prescrição é de 5 anos, portanto, sendo que a execução apurada pelo Banco Nacional da Habitação se refere ao período de 1-1-67 a 1-1-71, quando sua antecessora, Metalúrgica Brixia Ltda., deixou

de recolher a contribuição social do FGTS, estariam, assim, prescritos os créditos. Salienta, ademais, que quando a empresa antecessora encerrou suas atividades, em março de 1969, rescindiu todos os contratos de trabalho e liberou os depósitos do Fundo. Logo, como não houve reclamação dos empregados, os depósitos devem ter sido efetuados, mas as respectivas guias se extraviaram.

Acompanham a inicial, os documentos de fls. 9 a 25.

Impugnando os embargos, o IAPAS sustenta que, de acordo com a Súmula nº 95, do TST, e com o art. 2º, § 9º, da Lei das Execuções Fiscais, o prazo para cobrança das contribuições previdenciárias é de trinta anos — art. 144, da Lei nº 3.807.

Decidindo, antecipadamente a lide, às fls. 36 a 38, nos termos do art. 17, da Lei nº 6.830/80, o MM. Juiz a quo deu pela prescrição trintenária, por considerar que o prazo retrocitado continua a ser o estabelecido no art. 144, da Lei nº 3.807/60, julgando, então, improcedente os embargos, aduzindo, ainda, que o fato dos empregados que tiveram seus contratos de trabalho rescindidos não haverem reclamado, não indica que seu FGTS tenha sido pago. Condenou a embargante em despesas processuais e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento).

Apelou a embargante, às fls. 40 a 42, invocando, em preliminar, a nulidade da sentença, uma vez que havia necessidade de realização de provas em audiência, conforme consta dos embargos, asseverando não ter tomado conhecimento do despacho determinando que as partes se manifestassem sobre a decisão antecipada da lide, publicação inclusa, onde consta apenas o nome da advogada do exequente, fl. 43.

No mérito, diz não ter pertinência com o caso o § 9º, do art. 2º, da Lei nº 6.830/80, eis que o FGTS não é

contribuição previdenciária, mas contribuição específica de fim social, além do mais, quando da publicação da dita lei, a prescrição já estava consumada, não sendo atingida por ela.

Contra-razões, fls. 46 a 48.

Autos remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça local, de onde foram transmitidos para este Tribunal.

Sem parecer da Subprocuradoria-Geral da República, na forma do art. 63, § 2º, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Tendo a embargante protestado pela produção de prova testemunhal, e arrolado testemunhas, no interesse de comprovar fatos ocorridos nos recuados anos de 1969 e 1970 e arrolado testemunhas, e porque a CDI matriz do débito foi formalizada somente em novembro de 1982 — (fl. 2, dos autos em apenso), sou por que o julgamento antecipado da lide, à revelia da recorrente, importou cerceamento do direito de defesa e prejuízo real para a mesma, capaz de anular o processo, tanto mais grave em considerando a falta de inclusão do nome do advogado dela na publicação do despacho com o qual o juiz mandou que as partes dissessem sobre o julgamento antecipado da lide (fl. 43).

É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados — CPC, art. 236, § 1º.

Por estes motivos, dou provimento ao recurso, para anular o processo, a partir do despacho de fl. 33v., e que outra sentença seja proferida, após regular instrução do pleito.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 90.286 — SP — Registro nº 5.627.630 — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Apte.: Metalúrgica Brimack Ltda. Apdos.: IAPAS/BNH. Advs.: Drs. Alcides Moiola e outros e Valdelice Izaura dos Santos e outros.

Decisão: À unanimidade, deu-se provimento ao recurso, para, preli-

minarmente, anular o processo a partir do despacho de fl. 33, e que outra sentença seja proferida, após regular tramitação do feito (Em 29-10-84 — 5ª Turma).

Acompanharam o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.839 — MG
(Registro nº 5.650.445)

Relator: O Sr. Minsitro José Cândido

Apelante: Weber de Almeida Vieira

Apelado: DNOS

Advogados: Drs. José Luiz Quirino e outros, Caio Monteiro de Barros Filho e outro

EMENTA

Administrativo. Enquadramento. Correção. Piloto aviador lotado no DNOS.

1. Afastada a preliminar de prescrição.

2. Impossível a correção de enquadramento do autor, para a Classe Especial, referência 57, por falta de correspondência com a sua situação anterior, e escassez dos requisitos necessários para tal pretensão.

Sentença confirmada.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recuros, por unanimidade, acolher a preliminar, para rejeitar a prescrição, e, no mérito, negar provimento ao recurso do autor e julgar a ação improcedente, tudo 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, 26 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro William Paterson Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Weber de Almeida Vieira propõe ação ordinária de cobrança contra o Departamento Nacional de Obras e Saneamento — DNOS, objetivando correção de enquadramento e pagamento das diferenças salariais.

Alega ser servidor do réu desde 1º-12-60, ocupando o cargo de Piloto Aviador e que, por falta de estrutu-

ração em tempo hábil na atual sistemática de cargos, foi incluído injustamente, por meio do Decreto nº 76.444/75, em quadro suplementar com remuneração, funções e status rebaixados.

Afirma que, durante todo esse tempo, preferindo seu enquadramento, o réu, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, na Tabela Provisória, vem admitindo muitos profissionais, enquadrando-os na referência 49, hoje NS-17, com vencimentos iniciais de Cr\$ 61.172,00 (sessenta e um mil, cento e setenta e dois cruzeiros), acrescidos de horas de vôo e complementações salariais que chegam a Cr\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzeiros), enquanto ele, autor, relegado a segundo plano, vem percebendo vencimentos da referência NM-2 (nível médio), inferiores ao mínimo legal e sem as aludidas vantagens.

Pleiteia, assim, enquadramento na Classe Especial, referência 57, a partir de novembro de 1975 e pagamento das diferenças vencidas e vindendas, acrescido de horas de vôo, quinquênios, juros de mora e correção monetária, conforme se apurar em execução de sentença, além de honorários de advogado de 20% (vinte por cento) sobre o débito, e demais cominações legais.

As fls. 32/38, contestou o réu, arguindo, preliminarmente, prescrição da ação e, no mérito, que a Portaria nº 192/1982 DASP, aplicando a Lei nº 6.781/80, resolveu a situação do autor ao determinar seu enquadramento na referência NM-32.

Sentenciando, às fls. 97/105, o MM. Juiz Federal da 3a. Vara, Dr. Antônio Augusto Catão Alves julgou o autor carecedor da ação, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado do réu, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou, o autor, com as razões de fls. 107/111 (lê).

Contra-razões às fls. 114/116.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A demanda foi decidida pela prescrição, na forma do que alegou a defesa do Departamento Nacional de Obras de Saneamento — DNOS.

Ao julgar a arguição prévia, disse o ilustre sentenciante, verbis:

«Constata-se, pelo exame dos autos, que o autor, pretendendo correção de enquadramento, impugna o feito em 15-10-75, data do Decreto nº 76.444, que o efetivou (inicial — item III — fl. 2), ajuizando o pedido em 15-12-81 (fl. 2-v).

Desse modo, nos termos do art 1º do Decreto nº 29.910/32, o autor só poderia impugnar o enquadramento até 14-10-80, improcedente a alegação de que lhe seria lícito fazê-lo a qualquer tempo por se tratar de lesão contínua é que se renova mês a mês, porque não estamos frente a prestações de trato sucessivo, o que, em tese, tornaria admissível a pretensão. Além disso, no caso, o direito a tais prestações surgiria da correção de enquadramento pretendida, que, todavia, está atingida pela prescrição, não sendo, portanto, hipótese de lesão permanente, pelo que, data venia, ousou discordar da tese defendida à fl. 45.

Outro não é o entendimento do Excelso Pretório:

«Ementa: Prescrição.

Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí são as prestações que vão prescrevendo, mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é

possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa.

Precedentes: RE nº 73.958. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE nº 94.679 — SP — Rel.: Min. Soares Muñoz. Recte.: Estado de São Paulo. Recdos: José Clemente Ribeiro e outros — STF. 1ª Turma, unânime — DJU — 9-81 — pág. 8794).

Verifica-se, portanto, que diante da prescrição, o autor tornou-se carecedor da ação» (fls. 101/2).

A despeito de liquidar o feito pela preliminar da prescrição, o doutor Juiz o decidiu também quanto ao mérito, dando-o como improcedente.

Inconformado, vem o autor a esta Corte, sustentando a inoccorrência da prescrição, porque teria corrido processo administrativo, com definição conhecida em 6-12-79 (fls. 10/2). No mérito, sustenta a procedência do seu pedido.

Preliminarmente, aceito as razões do apelante quanto à não-incidência da prescrição. De fato, comprovado o processo administrativo, dá-se pela interrupção do prazo prescricional reconhecido pela sentença.

Sendo, assim, acolho a preliminar para rejeitar a prescrição.

Quanto ao mérito, não assiste qualquer direito ao postulante. A decisão de primeiro grau está certa. A questão inicial foi posta e definida pelo ilustre julgador, após rigorosa análise da legislação pertinente, não merecendo qualquer revisão. É de transcrever-se o fundamento da r. sentença, verbis:

«Não fora isso, a pretensão de enquadramento na Classe Especial, data venia, não pode prevalecer, seja pelas razões expostas nos três itens anteriores, seja pelo fato

de ser, a Progressão Funcional, a única forma de obter-se ascensão a ela, seja por só existir em número correspondente a 10% (dez por cento) da lotação global da categoria (art. 7º, parágrafo único, Decreto-Lei nº 1.455/76), o que importaria, caso deferida a postulação do autor, em criação de cargos, uma vez que inexistiria número suficiente para dar atendimento a postulação dessa natureza, atribuição que não cabe ao Judiciário, mas tão-somente, ao Poder Legislativo.

E mais, se o decreto de enquadramento do autor dela não cogitava e se o Decreto-Lei nº 1.445/76 criando-a, prescreveu critérios próprios e específicos para que ela possa ser atingida, logicamente, a Classe Especial nenhuma relação possui com a situação anterior do postulante, pois, caso contrário, o legislador dar-lhe-ia a mesma disciplina e não a limitaria a 10% (dez por cento) dos cargos finais então existentes.

Assim, quer por não guardar a Classe Especial correspondente com a situação anterior por ele detida, quer por não ter comprovado a satisfação dos requisitos necessários a alcançá-la, o autor não tem direito à correção de enquadramento postulada.

Nota-se, portanto, que a pretensão do autor sem dúvida, não possui amparo legal e é equivocada, acarretando incabível invocação a direito adquirido, que só seria aceitável se o seu enquadramento (Decreto nº 76.444/75) não tivesse respeitado os preceitos legais que lhe são próprios, o que, todavia, não é a hipótese» (fls. 103/104).

Isto posto, confirmo a r. decisão a quo pelos seus próprios fundamentos. Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 91.839 — MG— Registro nº 5.650.445 — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Apte.: Weber de Almeida Vieira. Apdo.: DNOS. Advs.: Drs. José Luiz Quirino e outros, Caio Monteiro de Barros Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, acolheu a preliminar, para rejei-

tar a prescrição, e, no mérito, negou provimento ao recurso do autor e julgou a ação improcedente, tudo nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 26-10-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasional e justificadamente, o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.851 — SP

(Registro nº 5.300.479)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelantes: Prefeitura Municipal de Itobi-SP e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Eduardo Nelson Canil Reple e outros, e Victorio Giuzio Neto e outro

EMENTA

Tributário. Imposto Territorial Rural. Parcelas indevidamente retidas pelo INCRA. Devolução. Correção monetária. Honorários advocatícios.

I — Em havendo pagamento indevido, a devolução das parcelas do ITR pelo INCRA, respeitado o prazo prescricional previsto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42 c/c o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, far-se-á com correção monetária, a contar do malsinado pagamento, mesmo que em período anterior à vigência da Lei nº 6.899/81, desde que requerida, expressamente, tal correção, no pedido inicial. In casu, a correção foi pedida e concedida, na forma legal.

II — A verba honorária, na espécie, fixada em 6% sobre o total da condenação, afigura-se correta, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto e o disposto no § 4º e na parte final do § 3º, do artigo 20, do CPC, devendo, por conseguinte, ser mantida.

III — Apelações desprovidas. Sentença confirmada.

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 aos recursos voluntários, na forma do relató-

rio e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Sebastião Reis**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Geraldo Sobral**: A Prefeitura Municipal de Itobi — SP e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA apelaram da sentença prolatada pelo ilustre Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, Dr. **Homar Cais**, que, às fls. 19/20, julgou procedente a ação ordinária proposta pela Prefeitura Municipal contra o INCRA, condenando o réu a restituir à autora as importâncias que reteve, indevidamente, do produto do ITR, respeitado o quinquênio prescricional, acrescidos de juros moratórios, correção monetária, a partir das retenções, e verba honorária sobre o total da condenação.

A Prefeitura Municipal de Itobi — SP, em sua apelação, insurge-se contra o percentual da verba honorária que, no seu entender, deve ser majorado de 6% para o percentual de 20%, atendendo, desta forma, ao que dispõe o § 3º, do art. 20, do CPC.

O INCRA, por sua vez, em suas razões de apelação, insurge-se contra a fixação do termo inicial da correção monetária (a partir das retenções), pois entende que as parcelas retidas, indevidamente, só podem ser corrigidas a partir de 6-4-81, data em que entrou em vigor a Lei nº 6.899.

Devidamente contra-arrazoados os recursos (fls. 34/37 e 39/41), subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, IX do RITFR.

VOTO

O Sr. Ministro **Geraldo Sobral** (Relator): Senhor Presidente, restringem-se as apelações a fustigar duas questões fixadas pela sentença monocrática, a saber: 1º se a fixação da verba honorária em 6% atende, corretamente, aos trabalhos levados a efeito pelo causidico da autora; e, 2º se é correta a fixação do termo inicial da correção monetária a partir das retenções indevidas.

No que tange aos honorários advocatícios, tenho que o recurso não merece prosperar.

O ilustre Juiz **a quo**, ao fixar a verba honorária em 6% (seis por cento) sobre o total da condenação, agiu de acordo com os parágrafos 3º e 4º, do art. 20, do CPC, que dispõem, *in verbis*:

«Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

.....
§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

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

§ 4º Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante aprecia-

ção equitativa do juiz, atendidas as normas das letras a a c do parágrafo anterior».

Sendo o INCRA uma entidade autárquica federal e enquadrando-se na expressão «Fazenda Pública», correta é a fixação da verba honorária, no percentual mencionado.

Ademais, levando-se em consideração o valor da causa, devidamente corrigido, e a natureza da matéria discutida, tenho que a majoração da verba honorária constituiria uma condenação excessiva.

Destarte, o recurso da Prefeitura Municipal não merece prosperar.

Quanto à correção monetária, penso que a sentença recorrida também não merece censura, pois ao determinar que a sua incidência fosse a partir das retenções indevidas, não só atendeu ao que foi pleiteado pela autora, em sua inicial (confira-se fl. 5, parágrafo 9º *in fine*), como também decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte.

Aliás, já tive oportunidade de apreciar tal matéria, quando do julgamento da Apelação Cível nº 89.375-RJ (Registro nº 5.399.700), em 11-4-84, DJ de 17-5-84 (pág. 7634), nesta Colenda 5ª Turma, com a aprovação unânime de meus ilustres pares, ficando a ementa lavrada, nos seguintes termos:

«Tributário. Imposto Territorial Rural. Parcelas indevidamente retidas pelo INCRA. Devolução com juros e correção monetária, respeitada a prescrição quinquenal.

I — Em havendo pagamento indevido, a devolução das parcelas do ITR pelo INCRA, respeitado o

prazo prescricional previsto no art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42 c/c o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, far-se-á com correção monetária a contar do malsinado pagamento, mesmo que em período anterior à vigência da Lei nº 6.899/81, desde que requerida, expressamente, tal correção no pedido inicial. **In casu**, a correção foi pedida e concedida, na forma legal.

II — Apelação desprovida. Sentença cofirmada.».

Por este motivo, a apelação do INCRA, da mesma forma, não merece prosperar.

Ante o exposto, nego provimento às apelações e confirmo a sentença monocrática, por seus jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 91.851 — SP — Registro nº 5.300.479 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Aptes.: Prefeitura Municipal de Itobi-SP e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Apdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Eduardo Nelson Canil Reple e outros e Victorio Giuzio Neto e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos voluntários. (Em 13-8-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.988 — RJ (Registro nº 4.796.411)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelantes: INPS e Dalva Coelho Fortunato

Apelada: Sebastiana Mendes de Carvalho

Advogados: Drs. Reynaldo Freitas, Carlos Henrique de Carvalho Froes e Manoel Lisboa do Nascimento

EMENTA

Previdenciário. Pensão de funcionário autárquico.

Concede-se o benefício integral a sua companheira se a viúva estava dele separada há 35 anos e tem paradeiro ignorado, sem haver sequer reclamado a pensão até agora, havendo, por outro lado, impedimento legal à regularização do matrimônio de fato. Aplicação do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

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, 14 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente. Ministro **Carlos Thibau**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Thibau**: Trata-se de apelação em ação ordinária proposta, em 22-7-82, por Sebastiana Mendes de Carvalho contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS e a litisconsorte passiva Dalva Coelho Fortunato, objetivando o recebimento de pensão por morte de seu companheiro.

Alegou a autora que viveu por mais de vinte anos em concubinato com Antônio Fortunato, que era casado com Dalva Coelho Fortunato, tendo com ele sempre residido no

mesmo endereço durante todo o tempo de convivência, mas não sobrevivendo prole dessa união de fato.

Prosseguiu afirmando que seu companheiro faleceu em 1º de janeiro de 1979, ainda no estado civil de casado, desconhecendo a autora o paradeiro da viúva.

Requeru administrativamente ao órgão previdenciário o pagamento de pensão, que lhe foi negado, razão pela qual ajuizou a presente ação, para compelir o INPS a conceder-lhe o benefício e pagar-lhe as prestações pretéritas monetariamente atualizadas, com juros moratórios e honorários advocatícios (fl. 2).

O INPS contestou o pedido sustentando que o ex-segurado faleceu no estado de casado e que sua viúva, na ordem vocacional, é quem seria beneficiária da pensão, razão pela qual foi-lhe negado o pedido administrativo. Pelo mesmo motivo, deveria ser julgada improcedente a presente ação (fls. 25/26).

Às fls. 46/57 foi juntada cópia de justificação judicial promovida pela autora e, às fls. 60/68, o processo administrativo.

Sendo ignorado o paradeiro da viúva, foi a mesma citada por edital, na qualidade de litisconsorte passiva

necessária, fls. 82/86, sendo-lhe nomeado curador *ad hoc*, que pronunciou-se à fl. 88 verso.

As fls. 92/95, a ilustre Juíza da 1.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Dra. Tania de Melo Bastos Heine, julgou procedente a ação, para conceder a pensão integralmente à autora, tendo em vista que a viúva do segurado nunca apareceu para reclamar o benefício.

Inconformado, o INPS apelou às fls. 97/101, tendo a autora apresentado suas contra-razões às fls. 103/105, e o Curador *ad hoc* ratificado as razões de apelação do réu, conforme consta à fl. 106 verso.

É o relatório.

Como o Ministério Público Federal não teve vista dos autos, nesta instância, solicito o parecer oral do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Sollberger.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: A ilustre Juíza Dra. Tania Heine assim motivou sua decisão:

«Antônio Fortunato era guarda aposentado do Ministério da Marinha (fl. 62), vinculado ao antigo IPASE (fl. 63).

A pensão não vem sendo paga a ninguém, pois a viúva, citada nestes autos por edital, não a pleiteou.

A autora conviveu com Antônio Fortunato cerca de vinte anos, até o seu falecimento, sob sua dependência econômica, conforme depoimento das testemunhas de fls. 10/11.

Segundo consta, o companheiro era separado da esposa há 35 anos, daí o desinteresse da viúva em pleitear a pensão pois, se estiver viva, não deve ter tomado conhecimento do falecimento do ex-marido.

O Decreto nº 83.080/79, que aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, já com a incorporação dos antigos filiados do IPASE, na parte relativa aos dependentes da pensão vitalícia, do funcionário federal, elenca, em primeiro lugar, a esposa e a seguir a companheira do segurado solteiro, viúvo, divorciado, separado judicialmente ou desquitado (artigo 354).

Na hipótese *sub judice* havia o impedimento legal para o casamento pois o segurado era casado.

O óbice à concessão da pensão à autora seria o estado civil, numa interpretação literal do texto legal supracitado, além da possível existência da esposa.

Em matéria de previdência social e amparo aos dependentes há que se aplicar o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que o Juiz atenderá aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum.

A legislação previdenciária comum é mais ampla ao omitir o estado civil do segurado, possibilitando o direito da companheira do segurado casado à pensão.

Nas camadas mais pobres da população, as dificuldades econômicas e a falta de conhecimento levam, muitas vezes, a separação de fato não legalizada e à constituição de novos lares.

Na análise do caso concreto, compete ao Juiz apreciar a matéria.

O segurado faleceu em 1-1-79 e até hoje sua viúva não pleiteou a pensão, além do que, há muitos anos, dela não se tem notícia.

Deve, portanto, a pensão ser paga à companheira» (fls. 93/95).

Confirmo a sentença, por seus próprios fundamentos.

Nego provimento à apelação.
É o meu voto.

Reynaldo Freitas, Carlos Henrique de Carvalho Froes e Manoel Lisboa do Nascimento.

EXTRATO DA MINUTA

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação (Em 14-9-84 — 1ª Turma).

AC nº 91.988 — RJ — Registro nº 4.796.411 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelantes: INPS e Dalva Coelho Fortunato. Apelada: Sebastiana Mendes de Carvalho. Advs.:

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 93.026 — RJ (Registro nº 2.126.273)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: DNER

Apelados: Irene da Silva Machado e cônjuge

Advogados: Drs. Jorge Mirás e outros

EMENTA

Desapropriação. A correção monetária e os juros compensatórios são devidos, ao desapropriado, ainda que não pleiteados, a primeira em atenção ao disposto no artigo 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, e os últimos, porque destinados a compensar a perda do uso do bem objeto da ação.

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, 24 de setembro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

proposta pelo DNER não foi contestada e veio a ser decidida por sentença que fixou o preço da indenização de acordo com laudo do Perito do Juízo, determinou a aplicação de correção monetária de tal valor e condenou o autor no pagamento de juros compensatórios.

Inconformada a autarquia apelou sustentando que não havendo sido perdido juros compensatórios e correção monetária a sentença não poderia tê-los concedido.

É o relatório.

VOTO

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Ação de desapropriação

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Dispõe o art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41:

«Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado.

§ 1º Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante.

§ 2º Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado, conforme índice que será fixado, trimestralmente, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República».

A aplicação de correção monetária, assim, determinada como foi, na forma da lei, correspondeu a mera aplicação desta.

Quanto aos juros compensatórios são devidos sempre que haja imis-

são do desapropriante na posse do imóvel desapropriado, como se deu no caso dos autos, mesmo se não pleiteados pelo réu, pois se destinam a compensar a perda do uso do bem, e, portanto, integram a indenização para torná-la justa.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 93.026 — RJ — Registro nº 2.126.273 — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: DNER. Apdos.: Irene da Silva Machado e cônjuge. Advs.: Drs. Jorge Mirás e outros.

Decisão: A Turma negou provimento à apelação, unanimemente. (Em 24-9-84 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 93.199 — SP

(Registro nº 1.104.667)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelantes: Antônio de Santis e cônjuge

Apelada: Caixa Econômica Federal

Advogados: Drs. Américo Ruggiero, Magnolia Rausch e outros e Nilo Arêa Leão

EMENTA

Processual Civil.

Execução hipotecária.

Embargos do devedor: alegação de mora accipiendi, em virtude de interpelação dirigida ao credor, contendo proposta de liquidação do débito.

Sentença que julga intempestivos os embargos e, ademais, apreciando o mérito, considera-os improcedentes.

Recursos: apelação; alegação de tempestividade dos embargos, considerando-se a data da juntada da carta precatória de citação e penhora.

Desprovimento.

1. Não é aceitável a singela alegação de tempestividade dos embargos, sem prova da data da juntada da precatória aos autos da execução, suposto fosse isso influente, no sistema da lei revogada, vigente à época da citação.

2. Simples proposta de pagamento do débito, só por não ter merecido resposta do credor, não caracteriza mora accipiendi nem exclui a mora solvendi.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 24 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: A espécie se acha bem resumida pela r. sentença do MM. Juiz Federal da 7ª Vara (fl. 575):

«Antônio de Santis e sua mulher, Maria de Santis, qualificados na inicial, intentam os presentes embargos à execução proposta contra si pela Caixa Econômica Federal, tendo por objeto contrato de mútuo com garantia hipotecária firmado pelas partes.

A embargada apresentou a impugnação de fls. 25/26 e fez juntar cópia do processo administrativo (fls. 44/566), informando não ter provas a produzir em audiência».

A seguir, S. Exa. expôs as razões de decidir (fls. 575/576), **verbis**:

«Os presentes embargos à execução não merecem prosperar.

Com efeito, foram apresentados extemporaneamente — prazo de 10 (dez) dias do artigo 738 do CPC — já que os embargantes, intimados da penhora a 30-11-73 (fl. 55 verso da execução), somente apresentaram os embargos a 16-1-74 (fl. 2).

De outro lado, vê-se que a inicial dos embargos não versa sobre nenhuma das matérias previstas no artigo 741, do CPC e, inclusive, reconhecem a dívida exequenda.

Tais motivos já bastariam para a rejeição liminar prevista no artigo 739, I e II, do CPC.

Entretanto, considerado que os embargos foram recebidos e processados, passo a conhecer de seu mérito, que se circunscreve à alegação de que, tendo o embargante, através de notificação judicial, dirigido à embargada contraproposta para eventual acordo sobre seus débitos, os juros, seguro, correção monetária e multa, só poderiam ser exigidos até a data dessa notificação, ao argumento de que «... tais verbas somente podem incidir até a data em que a exequente foi colocada em mora, através da mencionada carta-proposta, ou seja, até 17 de outubro de 1969» (fl. 3).

O argumento, obviamente, não procede, posto que, na espécie, a mora é do devedor que não efetuou o pagamento e não do credor» (conforme artigo 955, do CPC).

E concluiu julgando improcedentes os embargos, condenados os em-

bargantes nas custas e em honorários advocatícios de 10% do valor da dívida.

Apelaram os embargantes, sustentando a tempestividade de seus embargos e, no mérito, reiterando alegações que a seu ver justificam sua procedência.

Com as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório, sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, dizem os apelantes, quanto à preliminar de extemporaneidade de seus embargos (fl. 579):

«... equivocou-se o MM. Juiz a quo ao entender que os embargos opostos seriam intempestivos.

Com efeito, passou despercebido ao referido Juiz que a presente execução iniciou-se sob o império do Código de Processo Civil de 1939, quando, então, a contestação do executado era oposta até 10 dias da juntada aos autos do precatório cumprido.

Ora, no caso, a referida precatória cumprida foi juntada aos autos no dia 19 de dezembro de 1973 (fl. 25 dos autos principais); do dia 20 de dezembro a 6 de janeiro do ano seguinte — 1974 — foram de férias forenses; portanto, o prazo dos apelantes iniciou-se no dia 7 de janeiro e terminou a 16 do mesmo mês, data em que foram os mesmos interpostos (fl. 2), já não como contestação, mas sim como embargos, em obediência ao novo Código em vigor. Todavia, em matéria de prazo, no caso é imperioso a aplicação da lei anterior...

Portanto, tempestivos foram os embargos opostos».

2. No particular, observo que, em verdade, não se patenteia a procedência da alegação dos apelantes, de que a carta precatória cumprida fora incluída nos autos da ação de execução hipotecária em 19 de dezembro de 1973.

Com efeito, aqueles autos não se acham pensados e os apelantes não cuidaram de instruir os presentes com certidão que comprovassem a assertiva.

Eis porque não vejo como acolher a alegação dos apelantes, no ponto em que antagonizam a motivação da r. sentença nesta parte.

2. Como quer que seja, porém, este aspecto do feito não encarece maior apreço, desde que a r. sentença, não obstante afirmar intempestivos os embargos, mesmo assim os apreciou pelo seu merecimento, para tê-los por improcedentes.

3. Por outro lado, em suas razões, os apelantes corroboram a motivação da r. sentença (lê fls. 580/581), no que diz com este aspecto, pois insistem na aptidão da interpelação que dirigiram à exequente para constituí-la em mora, quando é certo que os apelantes já anteriormente haviam incorrido em mora de pagamento. Esta, evidentemente, não poderia ser elidida por via de mera interpelação, com feitiço de proposta de forma diversa de quitação do débito.

Eis porque nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 93.199 — SP — Registro nº 1.104.667 — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Apte.: Antônio de San-

tis e cônjuge. Apda.: CEF. Advs.: Drs. Américo Ruggiero, Magnolia Rausch e outros e Nilo Arêa Leão.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Carlos Velloso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 24-9-84 — 4ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 93.493 — PR
(Registro nº 6.113.176)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Prudência Sotello — Espólio e outro

Apelada: Itaipu Binacional

Advogados: Drs. Ronaldo Rodrigues Garcia e outros, João Batista Alvarenga e outros

EMENTA

Processo Civil. Desapropriação indireta. Posse. Indenizibilidade. Imprecisão quanto à localização da área. Extinção do processo. Artigo 295, I, do CPC.

A posse, conquanto imaterial em sua conceituação, é um fato jurígeno, sinal exterior de propriedade, e, portanto, um bem jurídico, como tal suscetível de proteção. Daí por que a posse é indenizável, como todo e qualquer bem.

A extinção do processo, sob o fundamento de que a localização da área é imprecisa, reveste-se de extremo rigorismo, tanto mais porque não fora deferida ao autor a produção de provas que poderiam, se realizadas, precisar tal localização.

Sentença anulada.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Cuida-se de desapropriatória indireta intentada pelo Espólio de Prudência Sotello e Ana Dotto Sotello contra a Itaipu Binacional, objetivando a indenização de uma área de 30 hectares, situada no 2º Distrito da Comarca de Foz de Iguaçu, que possuíam, desapropriada que fora pela ré quando da construção da Usina de Itaipu.

Dita área, segundo a inicial, está descrita, com as limitações e confrontações, na conformidade da jus-

tificação de posse homologada por sentença do Juízo da 2ª Vara Cível de Foz do Iguaçu, cujos autos se encontram às fls. 4/15.

Citada regularmente, a ré contestou, impugnando preliminarmente, o valor atribuído à causa — Cr\$ 100.000,00, ao argumento de que esse valor incompatível é com o pedido do autor; ainda em preliminar, tacha a inicial de inepta, à minguada de inobservância dos requisitos do art. 282 do CPC, bem como diz ser inexistente o interesse processual e material da pretensão posta em Juízo.

O valor da causa foi retificado para Cr\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil cruzeiros), (fls. 8/9 do apenso), por decisão irrecorrida.

No mérito, assevera a ré ser impropriedade a ação, posto que, segundo afirma, enigmática se afigura a inicial, à falta de elementos suficientes para se saber, com precisão, a localização da área.

A sentença, da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, Dr. Vladimir Passos de Freitas, prestigiou os argumentos contestatórios, acrescentando, ainda, que espólio algum mantém posse de área, pois este nada mais é que o conjunto de bens ou patrimônio deixado pelo falecido e, mais, que posse simplesmente não pode ser expropriada e, por vias inversas, não é indenizável, pelo que julgou extinto o processo, nos termos dos arts. 295, I e 267 I e VI, do Código de Processo Civil, condenando o autor nas custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em Cr\$ 250.000,00.

Dai o inconformismo do autor, posto em seu recurso apelatório de fls. 58/62, via do qual pretende a reforma do decurso, forte na sustentação de que os documentos acostados à inicial são integrantes desta, não havendo como se discutir a imprecisão

da área litigiosa, de sorte a comportar o julgamento da lide nos termos do art. 295, I, do CPC.

Por outro lado, contesta a afirmativa sentencial de que espólio algum mantém posse de área, servindo-se dos artigos 496 e 1.572 do Código Civil, e 991 do CPC. Finalmente, diz ser a posse bem passível de indenização, invocando, para tanto, os escólios de Seabra Fagundes e José Cretella Júnior, bem como jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Contra-razões às fls. 65/71.

Nesta instância, o feito foi processado na forma do art. 63, § 2º e 33, IX do Regimento Interno, isto é, sem parecer e sem revisão.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Estou, data maxima venia, em completo desacordo com a decisão recorrida.

Das razões recursais leio (fls. 58/59):

«O Ilustre Magistrado a quo, entendeu imprecisa a localização da área questionada, julgando de plano, inepta a inicial, nos termos do art. 295, I, do CPC.

Senhores Ministros, na inicial o autor, delimita a área, trazendo também documentos (Justificação Judicial de Posse), que delimitam nos mesmos termos da inicial a área questionada; acrescentando, ainda, estar a posse em tela, sendo hoje ocupada pela ré, que ali construiu o «Conjunto Habitacional C»; depoimento que se encontra junto à justificação judicial de posse, que integra a inicial.

Assim, Preclaros Ministros, os documentos acostados à peça exordial, são partes integrantes desta, não havendo como se discutir a

imprecisão da área litigiosa, de sorte a comportar o julgamento da lide nos termos do art. 295, I, do CPC.

Ao autor, efetivamente, foi negada a possibilidade de fazer valer o princípio constitucional fincado no art. 153 § 4º, da nossa Carta Magna, posto que, capacitado se encontra plenamente o Judiciário para apreciando as provas colhidas nos autos determinar e precisar o bem questionado, aplicando o direito cabível.

Ressalte-se, ainda, o fato de ter o autor, requerido produção de provas, que, no caso vertente, seria o bastante para trazer a Juízo os legítimos e necessários elementos, para a boa aplicação da justiça.

Pelo que se constata nestes autos, o Julgador a quo, se houve com extremado rigor, em confronto com o espírito da nossa Lei Adjetiva Civil, que tem por norma, aproveitar os elementos processuais necessários ao desate da questão.»

Relativamente ao aspecto da ilegitimidade ativa *ad causam*, o *decisum* afastou-se das normas processuais aplicáveis, como bem demonstram os apelantes (fl. 61), *in verbis*:

«...por força da disposição legal, posse é um bem judicialmente e juridicamente amparado, onde o nosso Diploma Substantivo Civil, dedica considerável espaço; passível de transmissão hereditária (arts. 496 e 1.572), razão pela qual, não comporta ser mantida a decisão, ora recorrida, por inobservância de tais pressupostos legais.

Ressalte-se, *ad argumentandum*, que a posse em discussão é posse vintenária, o que lhe confere subjetivamente a condição de domínio.

Adentrando em esclarecimentos, que se demasiados se esgotarão em si mesmos, insta salientar que a inventariante, sempre esteve de posse do bem em tela, nas condições do art. 986 do CPC; adiante, na qualidade conferida pelo art. 991, do referido diploma legal.

Nestes termos, por respeito à norma legal, impõe-se o reconhecimento pleno ao direito de posse, como tal um bem, a constituir o patrimônio de um espólio.»

A possibilidade jurídica do pedido é, na espécie, manifesta, como se depreende do disposto no art. 2º do Decreto Lei nº 3.365/41 (Lei das Desapropriações), que transcrevo:

«Art 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.»

Afinal, é expressivo o texto transcrito às fls. 61/62, de voto proferido pelo ínclito Juiz Lothário Octaviano, do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em julgamento realizado em 8-7-83:

«A posse, conquanto imaterial em sua conceituação, é um fato jurígeno, sinal exterior da propriedade, é portanto, um bem jurídico e, como tal suscetível de proteção.

Dai por que a posse é indenizável, como todo e qualquer bem. Nesse sentido, aliás, já se pronunciou o STF (Recurso Extraordinário nº 70.863) in DJ de 27-9-74, pág. 7015.

Mesmo nas ações expropriatórias diretas, sempre se defendeu a tese segundo a qual em regra todos os bens e direitos, móveis ou imóveis, corpóreos e incorpóreos são expropriáveis (cf. Seabra Fagundes, in «Desapropriação no Direito Brasileiro» Ed. 1949, pág. 53). No mesmo sentido já se manifestou, até com maior profundidade,

o Prof. Cretella Júnior (cf. Comentários às Leis de Desapropriações, ed. 1972, pág. 45).»

Acresce a circunstância de que não foi conferido à douta Procuradoria da República oportunidade de pronunciar-se nos autos, o que a meu ver se torna aconselhável e prudente, ex vi do artigo 82, inciso III, do CPC, combinado com o artigo 42 do Decreto-Lei nº 3.365/41. Os artigos 2º, 3º e 4º do decreto declaratório de utilidade pública (fl. 34) justificam a intervenção, no feito, daquele órgão.

Com estas considerações, anulo a sentença e dou provimento à apelação, em ordem a que o MM. Juiz a quo julgue o mérito da causa, após ensejar às partes a produção de provas.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 93.493 — PR — Registro nº 6.113.176 — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Apte.: Prudêncio Sotello — Espólio e outro. Apda.: Itaipu Binacional. Advs.: Drs. Ronaldo Rodrigues Garcia, João Batista Alvarenga e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, anulou a sentença e deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 29-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 94.062 — SC (Registro nº 6.124.291)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: DNER

Apelada: Cerâmica São Jorge Ltda.

Advogados: Drs. Geraldo Ferreira dos Santos e Irivaldo Medeiros e outro

EMENTA

Administrativo. Processual Civil e Civil. Desapropriação indireta. Usucapião. Prescrição. Juros compensatórios.

A jurisprudência do Pretório Excelso é no sentido de que, enquanto não houver ocorrido a perda da propriedade, por efeito de usucapião, sobrevive o direito à indenização, podendo a ação ser proposta no prazo de reivindicatória, devendo o artigo 177 do Código Civil ser aplicado em harmonia com os artigos 550 e 551 do mesmo estatuto civil, não havendo prescrição extintiva sem que ocorra indevidamente denominada prescrição aquisitiva, ou mais propriamente, a posse ad usucapionem.

Nesse contexto de usucapião, não há invocar-se o artigo 162 do Código Civil que só se relaciona com a prescrição extintiva; em outras palavras, a usucapião pode ser articulada em exceção ou em ação

própria, sendo que, na primeira hipótese, só pode ser utilmente deduzida pelo réu na contestação, o que não ocorreu in casu, atento ao princípio da eventualidade acolhido no artigo 300 do CPC.

Ainda que se admita a tese do réu, sujeita a amplo dissídio, de que a prescrição extintiva pode ser validamente argüida em segundo grau, com fulcro no artigo 162 do Código Civil, a prova trazida agora aos autos (fls. 80/91) não afasta o reconhecimento pelo suplicado da obrigação de indenizar ao a. em ato inequívoco apto a interromper o curso da prescrição (artigo 172, V do C. Civil), manifestado em processo administrativo e, que se inserem laudos avaliatórios para fins indenizatórios, como afirmados na contestação.

Superado o critério da Súmula nº 345/STF, em face de jurisprudência posterior.

Negou-se provimento à apelação.

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, 24 de outubro de 1984 (Data de julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Cerâmica São Jorge Ltda ajuíza a presente ação, sob procedimento ordinário, contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, pretendendo seja ressarcido dos danos decorrentes da ocupação e apossamento de terras de sua propriedade pelo réu, sem o devido procedimento legal, tudo conforme especificações e documentação junta.

Respondeu o suplicado à fl. 37, opondo o consentimento do a. enfati-

zando a relevância da obra rodoviária realizada, requerendo a improcedência do pedido ou a realização de perícia para avaliação do imóvel.

Saneado o processo, efetivou-se perícia avaliatória, com laudos às fls. 46/50v.; em audiência, as partes, após rejeição da proposta conciliatória, ratificaram as alegações anteriores, havendo o culto Juiz Federal Jonas Nunes de Faria, à fl. 69, julgado procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da indenização de Cr\$ 11.698.863,00, atualizada mediante atualização do valor da ORTN correspondente ao mês de abril de 1982, data do laudo adotado, juros compensatórios, a partir da expropriação, moratórios, desde o trânsito em julgado, verba advocatícia de 10% sobre o apurado afinal, salário do perito oficial e do assistente da a., conforme valores que arbitra e correção que indica, adjudicando o imóvel ao DNER.

Os embargos declaratórios de fl. 72, oferecidos pelo réu, no particular do dies a quo para o cálculo dos juros compensatórios, foram rejeitados (fl. 74).

Apela o DNER; o pedido de exibição do processo administrativo for-

mulado pela a., com fundamento no Art. 358 do CPC, foi indeferido à fl. 96; com a resposta da apelada, subiram os autos e aqui dispensei parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): O DNER, em sua apelação, opõe a prejudicial de prescrição da ação, invocando os artigos 162, 177 e 178 § 10 item IX do Código Civil, e, com fundamento no item IV do Art. 269 do CPC, pede a extinção do feito, com julgamento do mérito, para determinar a carência da ação, condenando o a. à honorária de 20%, e demais cominações legais, e, alternativamente, sejam os juros compensatórios calculados de acordo com a Súmula nº 345 do STF.

No tocante à preliminar suscitada, inicialmente, é de assentar-se que a jurisprudência do Pretório Excelso é no sentido de que, enquanto não houver ocorrido a perda da propriedade, por efeito de usucapião, sobrevive o direito à indenização, podendo a ação ser proposta no prazo da reivindicatória, devendo o art. 177 do Código Civil ser aplicado em harmonia com os artigos 550 e 551 do mesmo estatuto civil, não havendo prescrição extintiva sem que ocorra a indevidamente denominada prescrição aquisitiva, ou mais propriamente, a posse ad usucapionem.

É a orientação que se colhe dos arestos do Alto Pretório tomados no RE nº 77.177 (RTJ nº 89/471), ERE nº 63.833 (RTJ nº 61/884), RE nº 77.158 (RTJ nº 66/939) e desta Egrégia Turma (AC nº 70.764, Rel.: Ministro Pedro Acioli — DJ: de 25-5-81; AC nº 77.348 — Lex 7/226; AC nº 73.647, por mim relatada DJ: 1-9-83).

Nesse contexto de usucapião, não há invocar-se o art. 162 do Código Civil que só se relaciona com a pres-

crição extintiva; em outras palavras, a usucapião pode ser articulada em exceção ou em ação própria, sendo que, na primeira hipótese, só pode ser utilmente deduzida pelo réu na contestação, o que não ocorreu in casu, atento ao princípio da eventualidade acolhido no art. 300 do CPC.

De outro lado, ainda que se detenha, isoladamente, na prescrição extintiva de ação nos termos do art. 177 do Código Civil, como pretende o DNER ainda mesmo aqui, doutrina autorizada, tendo à frente Pontes Miranda (Tratado de Dir. Privado VI §§ 690,5, 691,2 e 692,2; Com. Ao Cod. Proc. Civil IV/III) entende que a prescrição é de ser alegada na contestação e que a regra do art. 162 do Código Civil, em segundo grau, se entende com a prescrição superveniente e não, com a preexistente à ação, impondo-se que o fato jurídico extintivo seja oposto, observado o princípio da eventualidade do art. 300 do estatuto processual vigente, quando for o caso.

Paralelamente, se se admitir a tese do réu de que a prescrição extintiva pode ser validamente argüida em segundo grau, com fulcro, no art. 162 do Código Civil, a prova trazida agora aos autos (fls. 80/91) não afasta o reconhecimento pelo suplicado da obrigação de indenizar do a. em ato inequívoco apto a interromper o curso da prescrição (art. 172, V do Código Civil), manifestado em processo administrativo em que se inserem laudos avaliatórios para fins indenizatórios, bastando, no particular, reproduzir razões de contestação, à fl. 37:

«E a obra se fez presente, sem que o DNER se descuidasse, em absoluto, dos seus compromissos de pagamentos para com as indenizações das propriedades atingidas pela construção no seu traçado geral.

Até hoje mesmo, ainda procura os proprietários oferecendo-lhes, para apreciação, laudos de avaliação que espelham, acima de tudo, uma justa e compatível indenização. Porém, jamais se submeterá a explorações. É o que, normalmente acontece.

No presente caso, aos autores foram oferecidos, por inúmeras vezes, laudos de avaliação, reavaliação, arredondamentos em cruzeiros, sem que nada disto houvesse sensibilizado os seus desejos cada vez mais crescentes de um ressarcimento enriquecedor».

A luz desses pressupostos, concluo que, mesmo num quadro de simples prescrição extintiva, tocava ao DNER fazer prova plena do alegado, não o tendo feito, como oposto nas razões do apelado.

Nessas circunstâncias, desacolho a arguição do DNER, ora comentada.

Paralelamente, não prevalece o pedido do apelante no sentido de que

os juros compensatórios sejam contados, a partir da data da perícia, pois o entendimento esposado na Súmula nº 345/STF hoje está superado por jurisprudência posterior, como se vê nos ERE nºs 52.441 (RTJ nº 53/295) e 63.351 (RTJ nº 68/74).

Pelo exposto, nego provimento à apelação do DNER.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 94.062 — SC — Registro nº 6.124.291 — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Apte.: DNER. Apda.: Cerâmica São Jorge Ltda. Advs.: Drs. Geraldo Ferreira dos Santos e Irialdo Medeiros e outro.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento à apelação. (Em 24-10-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral, votaram de acordo com o Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 94.112 — SP

(Registro nº 6.376.185)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: CBR — Cia. Brasileira de Reflorestamento Ltda.

Apelados: IAPAS/BNH

Advogados: Drs. Neusa Marchi e Evandro Luiz de Abreu e Lima

EMENTA

Processual Civil.

Execução fiscal fundada em crédito por contribuições previdenciárias.

Embargos do executado opostos logo após a nomeação de bem imóvel, situado em outra comarca, para penhora.

Sentença terminativa liminar fundada em falta de preparo dos embargos.

Pedido de reconsideração recebido como Apelação; provimento.

1. Muito embora improcedente a alegação de falta de intimação para o recolhimento das custas atendida como se acha a Súmula nº 111 da jurisprudência do TFR, contudo, certo é que os embargos são prematuros.

2. Por essa mesma razão, cumpre primeiramente, diligenciar pela concretização da penhora, sem a qual os embargos são inadmissíveis (Lei nº 6.830, de 22-9-80, artigo 16, § 1º).

3. Nesse ínterim, a executada terá oportunidade de suprir os vícios da oposição de seus embargos.

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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Instaurada a execução fiscal fundada em crédito por contribuições previdenciárias e acréscimos do valor de Cr\$ 349.145, que se reporta a dezembro de 1982, a executada nomeou à penhora, imóvel situado em outra comarca.

Recolhido o mandado e ouvido o exequente, requereu este a expedição de carta precatória (v. autos apensos, fls. 2/4, 9/10 e 19/20).

2. Concomitantemente, foram opostos os presentes embargos à execução, com alegação de pagamento anterior de parte do débito, julgados desertos por falta de preparo no prazo legal (fl. 7).

3. A embargante, dizendo ter comparecido à secretaria para dili-

genciar o preparo, ocasião em que foi informada de que o valor das custas seria indicado em publicação pelo **Diário Oficial**, pediu reconsideração do despacho.

4. Este pedido foi recebido e processado como apelação.

Com as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, em verdade, a embargante (agora apelante) reconhece ter sido intimada do despacho inicial (fl. 2), ensejando o preparo dos autos, em 22 de fevereiro do corrente ano, tal como se acha certificado à fl. 6.

Esta certidão, note-se bem, foi lançada logo abaixo da conta de custas que, por conseguinte, já se achava nos autos.

Não é aceitável, portanto, a escusa alegada pela apelante. Sob este aspecto, foi atendida a Súmula nº 111 de nossa jurisprudência, deste teor:

«Os embargos do devedor devem ser previamente preparados no prazo de trinta dias, contado da intimação do despacho que determinar o seu pagamento.»

2. Nem por isso, contudo, se justifica, na espécie, a prolação da sentença terminativa liminar.

3. De fato, são inadmissíveis os embargos do executado «antes de garantida a execução» (Lei nº 6.830, de 22-9-80, art. 16, § 1º).

Certo que nada obsta a antecipação do ajuizamento da petição inicial respectiva, como, no caso, ocorreu, com expressa ressalva de que se aguardava a penhora do bem já nomeado.

O que cumpria ao D. Juiz (e ainda cumpre) é: a) deliberar sobre expedição de precatória para a penhora do bem nomeado, tal como requerido pelo exequente; b) concretizada a penhora, facultar à embargante o suprimento das omissões da inicial, com juntada de procuração, de certidão do auto de penhora e da própria certidão de dívida.

Haverá ensejo, portanto, para o recolhimento das custas.

4. Em outras palavras, a prematura oposição dos embargos não obsta o convalidamento desse ato e não deve prejudicar a executada.

Em contrapartida, não tendo havido penhora, não é tempo, ainda, de inadmitir os mesmos embargos, pois os vícios de sua dedução comportam oportuno suprimento.

Ante o exposto e nestes termos, dou provimento à apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, à vista das peculiaridades do caso concreto, isto é, não tendo havido a penhora, afigura-se-me correta a douta decisão do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 94.112 — SP — Registro nº 6.376.185 — Rel.: O Sr. Min. Bueno de Souza. Apte.: CBR — Cia. Brasileira de Reflorestamento Ltda. Apdo.: IAPAS/BNH. Advs.: Drs. Neusa Marchi e Evandro Luiz de Abreu e Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 10-10-84 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 94.370 — SP

(Registro nº 6.129.510)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Remetente: Juízo de Direito da 3ª Vara de Jundiaí — SP

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

Apelada: Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista — SP

Advogados: Drs. Margarete Colucci e outro (Apte.), Flávio Del Prá e outro (Apda.)

EMENTA

Tributário. Prescrição intercorrente. Paralisação do procedimento fiscal por mais de cinco anos, por culpa da administração. Caracterização. Súmula nº 153 do TFR. Inaplicação.

I — Se o procedimento administrativo fiscal ficou paralisado durante oito anos, por culpa exclusiva dos agentes fazendários, é de ser proclamada a prescrição intercorrente. Em tal caso, não tem aplicação a Súmula nº 153, desta Corte, que se refere à prescrição comum e não à prescrição intercorrente.

II — Sentença confirmada. 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, 21 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente — Ministro Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 190/192):

«A Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista ofereceu Embargos à execução promovida pelo Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social, alegando que a cobrança dos valores mencionados na certidão da dívida ativa, abrangendo período de setembro de 1965 a fevereiro de 1969, já estava prescrita. Afirmou, para justificar a alegada prescrição, que, tendo as contribuições devidas à Previdência Social natureza tributária, são elas tributos e, por essa razão, sujeitas ao prazo prescricional de cinco anos fixado pelo Código Tributário Nacional.

Trouxe à colação excertos de lições de diversos doutrinadores a respeito da matéria.

Alegou, ademais, que a cobrança fora atingida pela prescrição intercorrente, porquanto o processo administrativo, de 6-7-71 até 16-7-79, ficou paralisado por culpa do embargado.

Argumentou que se não fosse acolhida a alegação de prescrição, em vista da inscrição definitiva ter ocorrido em 2-8-82, ter-se-ia que reconhecer a decadência.

Transcreveu várias ementas de Acórdãos que demonstram o cabimento da aplicação dos fenômenos jurídicos da prescrição e decadência às contribuições previdenciárias.

Quanto ao mérito, teceu considerações sobre a tempestividade e natureza dos embargos.

Pediu a procedência dos embargos, quer pelas preliminares quer pelo mérito, e a condenação do embargado ao pagamento das verbas da sucumbência.

Anexou documentos (fls. 14/16).

O embargado impugnou os embargos, alegando que, em face das normas constitucionais e da lei complementar, o Código Tributário Nacional, as contribuições previdenciárias não constituem espécie de tributo, razão por que a prescrição trintenária prevista na Lei nº 3.807/60, art. 144, e na Lei nº 6.830/80, art. 2º, § 9º, não feria norma de hierarquia superior.

No tocante à prescrição intercorrente, apenas alegou que a paralisação se deu por culpa da embargante.

Sustentou também que as contribuições previdenciárias não estão sujeitas ao prazo de decadência de cinco anos.

Transcreveu, por sua vez, ementas de Acórdãos que afastam a aplicação da decadência e da prescrição às contribuições previdenciárias.

Quanto ao mérito, alegou que a matéria, apesar de assim designada, tratava de preliminar e de assunto irrelevante para a solução da lide. Afirmou também que a não apresentação de defesa em relação ao débito significava confissão da embargante.

Juntou documentos (fls. 25/111).

Mediante requisição, juntou-se cópia do processo administrativo (fls. 116/187)».

O Dr. Bento Batistella Filho, MM. Juiz de Direito da Comarca de Jundiaí-SP, julgou procedentes os embargos, condenou o embargado ao pagamento das custas e despesas do processo, além da verba honorária de 10% (dez por cento) do valor dos embargos, observando-se, na sua liquidação, o disposto na Lei nº 6.899/81 e Decreto nº 86.649/81, e remeteu os autos a esta Corte. Para assim decidir, fundou-se, em síntese, na ocorrência da prescrição quinquenal intercorrente, por ter o procedimento administrativo ficado paralisado durante oito anos, por culpa exclusiva do embargado.

Apelou o IAPAS (fls. 198/207). Sustenta, em suma, que as contribuições previdenciárias estão sujeitas à prescrição trintenária e que, ademais, a prescrição intercorrente não tem qualquer amparo legal ou jurisprudencial, não podendo ser considerada em prejuízo de entidade pública.

A embargante ofereceu contra-razões (fls. 209/214). Após alegar,

em preliminar, a intempestividade do recurso, pede, no mérito, a confirmação da sentença.

Os autos subiram e vieram-me distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Páuda Ribeiro, (Relator): Ao julgar procedentes os embargos, argumentou a sentença, de lavra do Dr. Bento Batistella Filho, MM Juiz de Direito da Comarca de Jundiaí-SP (fls. 192/196):

«A matéria dos embargos é exclusivamente de direito. Dispensável, pois, a audiência. Antecipo, assim o julgamento, consoante o disposto no artigo 17, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80.

As contribuições previdenciárias têm natureza tributária porque se ajustam à definição de tributo, sendo irrelevante, conforme o disposto no art. 4º, II, do Código Tributário Nacional, para a conceituação de sua natureza específica, a destinação do produto de sua arrecadação.

Assim, sem discrepância, têm entendido todos os doutrinadores, embora com alguma divergência entre eles, quanto à espécie tributária a que pertencem as contribuições previdenciárias.

A natureza tributária das contribuições previdenciárias é verificada pela sua inserção no sistema tributário. Com efeito, a respeito dela dispõe o art. 21, § 2º, I, da Constituição Federal. A ela se referem ainda o art. 43, X, que atribui ao Congresso Nacional competência para votar sobre a matéria, e o art. 165, XVI, que assegura aos trabalhadores os benefícios da previdência social, ambos também da Lei Maior. Ensina, a propósito,

Rubens Gomes de Souza que «o enquadramento da Previdência Social no sistema tributário é decorrência lógica, se não necessária, da sua conceituação como atividade própria do Estado» (RDA 115/84). Segundo o ensinamento de Geraldo Ataliba, a contribuição previdenciária é tributo, porquanto «qualquer exigência de dinheiro que faça o Estado aos sujeitos à sua soberania pode configurar tributo, requisição ou confisco» (RDA 83/408).

Sendo, pois, a contribuição previdenciária, *in genere*, tributo, ou, *in specie*, contribuição ou contribuição parafiscal, porém com caráter tributário, está ela sujeita às normas atinentes ao tributo (Aliomar Baleeiro, «Direito Tributário» Forense, 1ª edição, 1970, págs. 68 e 571; Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», pág. 201; Rubens Gomes de Souza, «A Previdência Social e os Municípios», 115/41). Estão, portanto, sujeitas ao prazo de prescrição e de decadência, o qual, em ambas as hipóteses ocorre em cinco anos, não se lhe aplicando o prazo de trinta anos previsto no art. 144 da Lei nº 3.807/60 e no art. 2º, § 9º, da Lei nº 6.830/80 para a sua cobrança.

Verifica-se, pelo processo administrativo, que a embargante foi notificada, em 28-5-69, para pagar os débitos mencionados nas «Notificações para Recolhimento de Débitos Verificados» números 41.609/16 (fls. 116/123). Em 12-6-69, a embargante apresentou defesa (fls. 146/148). Em 16-10-69, a embargante tomou ciência da decisão pela qual o embargado mantivera o débito (fls. 149, 152/153). Em 12 de novembro de 1969, interpôs recurso, pleiteando a reforma da decisão (fls. 157/159). O embargado converteu o julgamento em diligência (fl. 161), tendo, em 23-6-71, fixado a data de 30-6-71 para exa-

me dos documentos anteriormente exigidos (fl. 162). A embargante, diante da exigüidade do tempo, requereu prorrogação (fl. 164). Foi-lhe prorrogado o prazo até 31-7-71 (fl. 165). Daí em diante, até 16-7-79, o processo administrativo ficou paralisado (fl. 165). Ao recurso da embargante foi dado provimento parcial, ficando o débito reduzido para Cr\$ 61.135,66 (fls. 176/180). Não pago o débito, em 14-10-82, o embargado ajuizou a execução e, em 25-1-83, deu-se a juntada do mandado de citação da embargante.

Entende a embargante que, estando o débito já constituído no ano de 1969, está sua cobrança prescrita porque citada foi somente no princípio de 1983. Não tem razão, todavia, porquanto, segundo jurisprudência dominante, na pendência de recursos administrativos contra a cobrança do crédito tributário, cuja constituição se dá pelo lançamento, não corre prazo algum. Nem o de prescrição, que se inicia a partir da data em que a decisão se torna definitiva, e nem o de decadência, que flui até a data do lançamento tributário. Assim se interpreta o art. 151, III, do Código Tributário Nacional.

No tocante à alegada prescrição intercorrente, contudo, razão tem a embargante. O embargado, como se observa, não negou sua existência. Apenas atribui à embargante a culpa pela paralisação do processo administrativo de 1971 a 1979. É bem verdade que a espécie de prescrição intercorrente não tem previsão legal. Seu acolhimento, porém, impõe-se por medida de justiça.

Consta dos autos do processo administrativo que, depois de apresentado o recurso pela embargante (fls. 157/159), o embargado entendeu necessário realizar diligência.

Após determiná-las (fls. 162/163), a pedido da embargante, concedeu-lhe prazo para providenciar os documentos que examinaria na visita programada (fls. 164/165). Somente depois de longos oito anos, o embargado deu prosseguimento ao processo administrativo, com a realização das diligências. Mais ainda, confessou, embora com outras palavras, que a culpa não se devia à embargante. O Chefe da Região Fiscal, em 16-7-79, assim deixou consignado: «Processo não distribuído na época do despacho acima. Localizado nesta data durante remanejamento de arquivo» (fl. 165).

Não tendo, portanto, sido praticado um ato sequer no processo administrativo durante oito anos, por culpa exclusiva do embargado, deve ser acolhida a prescrição intercorrente, não só porque entendimento contrário levaria ao absurdo de se admitir que o embargado poderia, a seu talante, suspender *ad aeternum* o curso do prazo prescricional como também, e sobretudo, pela admissão de sua ocorrência pelo próprio embargado.

Decadência, todavia, não ocorreu, pois somente poderia ter havido antes dos lançamentos, que se deram pelas «Notificações para Recolhimento de Débitos Verificados» n.ºs 41.609/16 (fls. 116/123).

As razões de mérito alegadas pela embargante não passam de preliminar a respeito da tempestividade dos embargos e de discussão sobre a natureza. Aquela não foi impugnada pelo embargado e esta é irrelevante para a decisão da lide, como bem observou o embargado na impugnação.

O acolhimento das preliminares de prescrição e decadência, ou de uma só delas, conduz, consoante o disposto no art. 269, IV, do Código

de Processo Civil, à extinção do processo, com julgamento do mérito, e não sem julgamento, como por equívoco afirmou a embargante ao final dos embargos.

Isto posto, acolho a alegação de prescrição intercorrente, julgo procedente os embargos e condeno, por conseguinte, o embargado ao pagamento das custas e despesas do processo, além da verba honorária de 10% (dez por cento) do valor dos embargos, observando-se, na sua liquidação, o disposto na Lei n.º 6.899/81 e Decreto n.º 86.649/81.

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição. Remetam-se, pois, os autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, decorrido o prazo para interposição de recurso pelas partes».

Consoante se verifica, o decisório, após proclamar a natureza tributária das contribuições previdenciárias, sem desconhecer os critérios de contagem dos prazos de decadência e de prescrição, de que trata a Súmula n.º 153 desta Corte, fundou-se ao julgar procedentes os embargos, na ocorrência de prescrição intercorrente na via administrativa, em razão de o procedimento fiscal ter ficado paralisado durante oito anos, por culpa exclusiva da Administração.

A prescrição intercorrente, decorrente da paralisação do processo judicial, é admitida por tranqüila jurisprudência. Nesse sentido, assinou o saudoso Ministro Luiz Gallotti no voto que proferiu no RE n.º 72.444-PR (RTJ n.º 58/774):

«É copiosa a jurisprudência desta Corte no sentido de que se verifica a prescrição intercorrente, quando a causa fica sem andamento pelo prazo respectivo».

Por sua vez, salientou o Sr. Ministro Antônio Neder neste trecho da

ementa que encima o Acórdão proferido no RE nº 73.331-SP (RTJ nº 67/169):

«A prescrição intercorrente presuppõe diligência que deva ser cumprida pelo autor da causa, isto é, algo indispensável ao andamento do processo, e que ele deixe de cumprir em todo o curso do prazo prescricional».

A propósito do assunto, votei, como Relator, nos seguintes precedentes, de cujos Acórdãos destaco os trechos das ementas abaixo transcritas:

«Ocorre a prescrição intercorrente se, como no caso, o feito ficou paralisado, por mais de cinco anos, por culpa exclusiva da embargada» (AC nº 67.958-SP, Ac DJ 20-8-81).

«A prescrição intercorrente corre contra a Fazenda Pública, não tendo pertinência a invocação em sentido contrário do Decreto-Lei nº 4.597/42. Nessa linha, a jurisprudência construída com apoio no art. 173 do Código Civil. Contudo, só cabe decretá-la em desfavor da parte que se omite no tocante ao cumprimento de ônus processual o que na espécie, não ocorreu». (AC nº 61.548-SP, Ac. DJ 29-10-81).

Admitida, pois, por pacífica jurisprudência a prescrição intercorrente no âmbito jurisdicional, penso que os mesmos princípios devem ser aplicados em hipótese como a presente, em que a Administração, por culpa de seus agentes, deixa o procedimento relativo à ação fiscal paralisado por mais de cinco anos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 94.370 — SP — Registro nº 6.129.510 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo de Direito da 3ª Vara de Jundiaí-SP. Apelante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apelada: Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista — SP. Advogados: Dra. Margarete Colucci e outro (apte.) e Dr. Flávio Del Prá e outro (apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 21-11-84 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.597 — RJ

(Registro nº 3.188.841)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Gezuila Pereira Silva

Apelada: Justiça Pública

Advogado: Dr. Oswaldo Braga

EMENTA

Penal. Lesão corporal, seguida de morte. Omissão de socorro e favorecimento pessoal. Prescrição.

1. Lesão corporal, seguida de morte. Alegação de insuficiência de provas que não pode subsistir, como demonstrou o Juiz na sentença, não somente pe-

la confissão, plenamente confirmada no processo, não deixando dúvida quanto à autoria e à materialidade do delito. Pena fixada no mínimo legal, com acerto, ante a primariedade da ré e demais elementos informativos (CP, artigo 42).

2. Extinção da punibilidade, pela prescrição, alcançando os delitos imputados ao co-réu.

3. Apelo 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 à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar — Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Gezuila Pereira Silva e Carlos Alberto Guaglia pelos seguintes fatos delituosos:

«1. Na noite de 2 de julho de 1975, por volta das 23:00 horas, no convés do navio cargueiro «Bulk Mariner», de bandeira panamenha, ancorado entre a Ilha do Governador e a Ponte Presidente Costa e Silva, a primeira denunciada, Gezuila Pereira Silva, envolveu-se, por motivos de inimizade pessoal, em luta corporal com Maura Maria Rosa, vulgo «Cláudia», ambas meretrizes, produzindo-lhe, com uma faca, os ferimentos descritos no esquema de lesões corporais de fl. 61.

A vítima foi removida do navio, na manhã seguinte, para o Hospi-

tal Estadual Paulino Werneck, onde veio a falecer, no dia 17 de julho de 1975, em consequência dos ferimentos produzidos pela primeira denunciada, de acordo com as considerações feitas pelos médicos legistas, na conclusão do auto de exame cadavérico, às fls. 62/62-verso.

2. O segundo denunciado, Carlos Alberto Guaglia, na qualidade de capitão do navio, mesmo tendo tomado conhecimento dos fatos, após a luta corporal, e sabendo que havia, a bordo, pessoa gravemente ferida, não tomou qualquer providência no sentido de pedir o socorro da autoridade pública.

Foi a meretriz Mara Medeiros de Castro, companheira da vítima, quem foi de barco, até o cais da Praça Quinze de Novembro, e solicitou a ida de uma embarcação que pudesse socorrê-la, ante a omissão completa do capitão do navio. Por volta das 5:30 horas do dia 3 de julho, a vítima foi retirada do local pelo catraieiro Napoleão José da Silva, vulgo «Pernambuco», em sua embarcação «Napotamar», sendo entregue ao arraes amador Josenilton Alves da Silva, ex-amásio da vítima, o qual a conduziu, em seu barco «Navegador», até a praia da Cabaceira, na Ilha do Governador, e daí, em um táxi, até o Hospital Estadual Paulino Werneck, por volta das 8:00 horas da manhã.

Além de omitir-se na prestação do socorro à vítima da agressão, o segundo denunciado agiu com evi-

dente favorecimento pessoal, em relação à pessoa da primeira denunciada, já que, em vez de prendê-la e entregá-la às autoridades policiais, trancou-a em uma cabine do navio e libertou-a na manhã seguinte, permitindo que ela se evadisse do local, sem tomar nenhuma providência de ordem legal, não tendo, nem mesmo, anotado os fatos no diário de bordo.

3. Por tudo isso, está Gezuila Pereira Silva incurso nas sanções do artigo 129, § 3º, do Código Penal, e Carlos Alberto Guaglia, nas sanções dos artigos 135 e 348, do mesmo Código».

Recebida a denúncia em 15-8-77, foi a acusada citada por precatória (fl. 152-A) e o acusado por carta rogatória (fl. 154).

Tendo em vista a falta de cumprimento da solicitação acima, foram os acusados citados mediante edital (fls. 194/203).

Declarados revéis deu-se-lhes defensor dativo (fl. 207), o qual apresentou defesa prévia (fls. 208/209/210), argüindo para o segundo acusado, a preliminar de prescrição, com fundamento no inciso IV, do artigo 109, do Código Penal.

O depoimento das testemunhas arroladas pelo MPF se encontra às fls. 234/236.

Alegações finais do MPF (fl. 239) pleiteando a condenação. A defesa, por seu turno (fls. 240/243), sustenta a absolvição da acusada, por falta de prova, e a decretação da prescrição em favor do segundo acusado ou sua absolvição.

O MM. Juiz Federal Dr. Ariosto de Rezende Rocha (fls. 245/249), assim decidiu:

«Diante do exposto, julgo procedente, em parte, a ação penal, para condenar Gezuila Pereira Silva, à pena de reclusão, de quatro anos

(artigo 129 § 3º CP), considerando o artigo 42/CP, como sua primariedade e personalidade (fl. 136) e decretar a extinção da punibilidade de Carlos Alberto Guaglia (artigo 109, VI/ CPP) que absolveria na forma do artigo 386, III/ CPP, não fora essa circunstância.

Faça-se sua intimação, mediante Edital (artigo 392/VI/§ 1º/ CPP) lançado o nome no rol dos culpados.

Expeça-se o mandado de prisão, decorrido o prazo para recurso».

Inconformada, apelou Gezuila Pereira Silva (fls. 252 e 256/257) reportando-se às alegações finais, para que fosse absolvida da imputação que lhe é atribuída, por insuficiência de provas.

Contra-razões à fl. 259.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. A. G. Valim Teixeira (fls. 262/263), opinou pelo improvemento da apelação.

Sem revisão, nos termos do artigo 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): Trata-se de lesão corporal, seguida de morte (artigo 129, § 3º, do Código Penal).

Em sua sentença, o MM. Juiz Federal Dr. Ariosto de Rezende Rocha teve algumas considerações de grande valia, inclusive de ordem literária e filosófica, para demonstrar o seu convencimento da culpabilidade da ré, mesclado, todavia, de compaixão e compreensão — que distinguem os verdadeiros juizes criminais — fazendo-o nestes termos (fls. 246/249):

«Gezuila Pereira Silva é natural do Estado do Ceará; nascida em 15-11-51; veio para o RJ à procura de trabalho (fl. 84); sua C. de Id. (c/fotografia) à fl. 81.

Ofereceu depoimento em Santos/SP, dizendo que residia no mesmo prédio em que vivia a vítima, conhecida por «Cláudia»: fl. 82vº.

Tinham tido brigas, anteriormente; essa não a queria a bordo; convidou-a para libidinagens e provocou-a, também, com faca, de que resultaram os ferimentos, nela, cujas conseqüências não previra; nem a viu mais; o Cte. deteve-a em cabine, soltando-a pela manhã.

«Das testemunhas, apontadas pela acusação — Mara Medeiros de Castro (fl. 8/8vº); Napoleão José da Silva (fl. 29/29vº); Josenilton Alves da Silva (fls. 12/13) o 3º soube que Maura Maria Rosa foi ferida por «Cristina», o que sucedeu por intermédio do 2º, que por sua vez ouviu de um Oficial do navio. (Cf. fl. 2).

Josenilton Alves da Silva era companheiro daquela e quem a levou para o Hospital Paulino Werneck (fl. 235) foi Napoleão José da Silva o qual apurou o fato, com tripulante, graduado. (fls. 29/29vº e 236).

O episódio, reconstituído no Relatório: fls. 149/150.

Acresce: a confissão — fls. 82vº/83 e 127 — é de valor inestimável, na espécie, porque voluntária, livre, espontânea.

A criminal, pode ser feita no período da instrução, como do IP.

Coincidindo com as demais provas, é de ser tida como verdadeira e prestada naquelas condições.

A única reserva, foi a de que teria se defendido, como provocada, moral e fisicamente.

Todavia, mesmo que a vítima tivesse sido agente provocante, não perderia direito à sua integridade física.

Aquela, mais moça, do que a acusada: fls. 62/79/81.

Os ferimentos que recebeu, descritos às fls. 61/62vº.

A prova, produzida, no IP, também tem valor probante, quando mantida, ou não inutilizada, em Juízo.

O estado de necessidade putativo (aplicada a regra do artigo 17/CP) ou a legítima defesa (artigo 19, II) não são invocáveis.

A própria ré admitiu que enfrentava, constantemente, a outra, não sendo convincente a provocação moral — é que tinha comportamento semelhante — nem a iniciativa da mais jovem.

«Nem foi demonstrado ataque injusto à sua pessoa, como que necessária a ação, que ultrapassou os justos limites, tanto que nenhum dano, de sua parte, há notícia. (Cf. fl. 61).

Não há dúvida, sobre o impulso delituoso que manifestou, não se eliminando o que se contém na denúncia, de ilustrado representante do MPF, que alia essa condição à de professor de Direito Penal.

L. Tolstoi comentou — «não faça o mal e o mal não existirá».

E todos sabem: há o bem e o mal; o primeiro depende de nós; nós dependemos do segundo.

Viver perigosamente é sujeitar-se a perigos.

Onde se reúnem muitos, aqueles, estão presentes, como o mistério.

Normalmente são mais coléricas que os homens, porque as almas fracas propensas à ira.

Há sempre um ponto silencioso, nas mais sinceras confissões que fazem.

Dão aos acontecimentos caráter irrevogável, resultando daí o constante desespero, quando não conseguem atrair confiança.

A humana sabedoria consiste em tolerar, mas quem vive em ambientes de erros não tem desses hábitos.

É que a vida explica-se, também, quando se sabe porque e como se vive.

Há pedras que se voltam, frequentemente, contra quem as atira.

Não obstante merecem todas compaixão, porque quando não se sabe de onde virá a próxima refeição, não há como se pensar no estado de sua alma.

A fome, implica quase sempre em não se ter moral alguma.

Ruy Barbosa dizia que «o indivíduo acerca-se continuamente do autor de todas as coisas, tomando «na sua obra uma parte, de que também depende a dele. O criador começa, e a criatura acaba a criação de si própria».

Mas, muitas vezes, as mulheres que se dedicam à prostituição também são vítimas, da inexistência de assistência social — quando derivada da miséria — ou de Medicina, preventiva e curativa, quando mórbida. (H. Gomes: M. Legal, 10ª ed., pág. 500).

Males, sociais, dessa natureza, são desnecessários, porque produto da doença, como de organização social defeituosa.

O velho mestre observava: «A aquisição por dinheiro do corpo de uma mulher não pode ser um mal

necessário, porque é a mais profunda negação da dignidade feminina». (Ob. cit.: pág. 501)».

Em suas razões de apelação, a defesa, reportando-se às alegações finais de fls. 240/243, pediu a absolvição da ré, insistindo, assim, na tese de não haver prova suficiente para condenação. O juiz, na sentença, entretanto, fez a demonstração convincente da existência dessa prova, quer quanto à materialidade, quer quanto à indiscutível autoria.

Ora, a pena, tendo em vista o comando do artigo 42 do Código Penal e a primariedade da ré, foi fixada no mínimo legal, com acerto.

Ante todo o exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, que adoto, como razão de decidir.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 4.597 — RJ — Registro nº 3.188.841 — Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Apte.: Gezuila Pereira Silva. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Oswaldo Braga.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 28-9-84).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Costa Leite votaram com o Relator. Ausente, no momento, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.697 — AL (Registro nº 3.403.530)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Chen Ching Long

Apelada: Justiça Pública

Advogado: Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões

EMENTA

Penal. Descaminho. Modalidade equiparada (artigo 334, § 1º, d). Alegação de extravio da documentação fiscal.

1. Não se pode considerar como inexpressivas mercadorias que atingiram mais de um quarto do total das apreendidas, ainda de valor considerável, nem acatar alegação de extravio da documentação fiscal pertinente, se dela não se fez qualquer comprovação.

2. **Apelação denegada.**

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, 30 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: O representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Chen Ching Long, brasileiro naturalizado, como incurso nas penas do artigo 334, § 1º, letras c e d, do Código Penal, pelo seguinte fato delituoso:

«No dia 18 de agosto de 1981, aproximadamente às 15:00 horas, no estabelecimento comercial denominado «Hong Kong», localizado na rua Joaquim Távora, 38, Centro, nesta cidade e de propriedade do denunciado foram apreendidas diversas mercadorias de procedência estrangeira, constantes do auto de apreensão e todas desacompanhadas de documentação legal».

Recebida a denúncia em 30-10-81, foi o acusado citado (fl. 61) e interrogado (fls. 63/66). Defesa prévia às fls. 67/68v., acostando os documentos de fls. 69/95.

Foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação às fls. 105/108 e as indicadas pela defesa às fls. 110/112.

Nas alegações finais, o MPF (fl. 120v.) pediu a condenação do acusado, porquanto restaram provadas a materialidade e a autoria do delito descrito na denúncia.

A defesa, por sua vez, pleiteou a absolvição, sob a alegação de que é inexpressiva a quantidade de mercadoria apreendida, em vista das notas fiscais juntadas aos autos (fls. 123/124).

O MM. Juiz Federal Dr. Murat Valadares (fls. 141/150), em 29-6-82, julgou procedente, em parte, a denúncia, para condenar o réu à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 334, § 1º, letra d, do CP, concedendo-lhe a suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos.

Apelou o acusado (fls. 169/171) pedindo a reforma da sentença, pois inexistente prova da culpabilidade.

Contra-razões do MPF (fls. 174/176) pela manutenção da sentença.

A douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 184/185), em parecer

do Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, opinou pelo improvimento do recurso.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): Tenho que a r. sentença do culto e honrado Juiz Federal se houve com acerto em todas as suas passagens, sendo a seguinte a argumentação desenvolvida (fls. 144/148):

«1. O exame dos autos demonstra que, apreendidas regularmente inúmeras mercadorias no estabelecimento comercial sob a responsabilidade do acusado, que é seu sócio majoritário (fls. 71 e 64), conforme «auto de apresentação e apreensão» de fls. 9/12, constatou-se, pelo exame merceológico a que foram submetidas, serem elas, em quase sua totalidade, de procedência estrangeira, sem vestígios de uso (novas), apresentando bom estado de conservação e funcionamento normal, como se vê no item IV do laudo de fls. 29/46 (fl. 46).

2. As mercadorias apreendidas, por outro lado, foram adquiridas pelo acusado e estavam expostas à venda ou depositadas para esse fim (interrogatório: fl. 64; depoimentos: fls. 105/107 e 110/112).

3. Confrontando-se o laudo de fls. 29/46 com as informações fazendárias de fls. 118/119, complementadas pelas de fls. 132/134, e mais as notas fiscais de fls. 125/129, verifica-se que, das mercadorias de procedência estrangeira apreendidas, não têm documentação legal as seguintes, conforme reconhece a própria defesa (fl. 138): 1 lanterna Ballou SL-76; 1 rádio abajour Solid State Wago; 1 re-

lógio despertador Hero; 1 perfume Café Ref. 602; 1 perfume Vivara ref. 727; 10 relógios p/ senhoras Ricoh; 6 relógios digitais p/senhoras Citizen; 3 relógios digitais p/homem Citizen; 4 relógios digitais quartz, Sanyo; 7 relógios digitais, Riquartz, Ricoh; 7 relógios p/homem Ricoh; 2 relógios digitais Cassio; 3 relógios dourados Ricoh.

4. As mercadorias especificadas no item retro (nº 3) estão avaliadas no valor total de Cr\$ 213.120,00 (duzentos e treze mil, cento e vinte cruzeiros).

5. Assim, pelo que ficou exposto, tanto a materialidade quanto a autoria do crime de descaminho estão sobejamente provadas.

6. Defende-se o acusado, entretanto, com base em dois fundamentos: a) a sua vida pregressa pessoal e profissional autoriza a presunção de que houve extravio da documentação legal referente às mercadorias referidas; e, b) decisão proferida pelo Eg. Tribunal Federal de Recursos na ACr. nº 3.874 (3ª Turma) firmou o entendimento de que a constatação de irregularidade apenas em relação à quantidade inexpressiva do total de mercadorias apreendidas não caracteriza o crime de descaminho.

7. Antes de examinar os fundamentos apresentados pela defesa, cumpre-nos, de logo, afastar a incidência do crime na modalidade definida na letra c do § 1º do art. 334 do Código Penal.

Com efeito, essa modalidade do delito pressupõe, como elementos essenciais para sua tipificação, que o agente: a) — haja introduzido clandestinamente ou importado fraudulentamente a mercadoria; ou, b) — não tendo sido o autor da introdução ou importação,

sabe ser ela produto dessa introdução clandestina ou importação fraudulenta.

Ora, a própria denúncia é totalmente omissa quanto a estas circunstâncias reconhecidamente elementares para a caracterização do crime em causa: limita-se a peça vestibular acusatória a imputar ao acusado o fato de ter em seu estabelecimento comercial «diversas mercadorias de procedência estrangeira, constantes do auto de apreensão e todas estavam desacompanhadas de documentação legal» (sic).

É evidente que a imputação, como feita na denúncia, constitui, em tese, o crime definido na letra d do aludido dispositivo de nossa lei substantiva penal, nunca o delito previsto na letra c, que pressupõe a ciência, por parte do agente, de que a mercadoria de procedência estrangeira foi introduzida no território brasileiro ao arrepio das leis nacionais.

Releva notar, por derradeiro, que inexistente no processo sub iudice qualquer prova, mesmo indiciária, que autorize a convicção de que o acusado tivesse ciência de que as mercadorias apreendidas em seu estabelecimento comercial, desacompanhadas da documentação fiscal, tivessem sido introduzidas irregularmente no País; inexistente mesmo prova de que essa introdução se deu de forma clandestina ou mediante fraude.

Por esse motivo, não há necessidade de se aplicar à hipótese o disposto no art. 384, caput, do Código de Processo Penal, impondo-se, desde logo, a absolvição do acusado em relação à imputação que lhe foi feita com fulcro na alínea c do § 1º do art. 334 do Código Penal.

8. Com relação, entretanto, à modalidade do crime de descami-

nho tipificada na letra d, procede a denúncia, data venia dos fundamentos expostos na douta Defesa.

Em primeiro lugar, porque os antecedentes pessoais e profissionais do réu, se devem ser obrigatoriamente considerados na dosagem da pena, não podem ser elevados à categoria de prova indireta da licitude de sua conduta em relação ao fato pelo qual está sendo processado; a vingar a tese defendida pelo ilustre patrono do acusado, todo comerciante com vida pregressa irrepreensível poderia, pelo menos uma vez, praticar impunemente o crime de descaminho na modalidade sob exame, bastando, para tanto, que alegasse ter havido extravio da documentação fiscal exigida em lei.

Por outro lado, o próprio acusado sequer tentou fazer prova do extravio das notas fiscais em causa, o que, por certo seria viável, tanto através de testemunhas quanto de perícia em sua escrita contábil, a cargo, certamente, de técnico especializado.

Releva notar, ainda, que o acusado, desde a fase informativa do processo, nunca fez menção a extravio da documentação fiscal, sempre insistindo na afirmativa de que a possuía e seria apresentada oportunamente. Somente a final, após constatada a ausência dessa documentação em relação à parte considerável das mercadorias apreendidas, é que alegou esse extravio, embora a perda de documentação, em se tratando de firma comercial com escrita regular, seja de plano detectada pelo contador.

9. Melhor sorte não merece a pretendida aplicação à espécie do precedente jurisprudencial referido: o valor total das mercadorias apreendidas é de Cr\$ 775.948,00 (fl. 46, nº 4), enquanto as mercado-

rias em situação irregular atingiram a quantia de Cr\$ 213.120,00, conforme se constata mediante simples operação aritmética sobre a relação de fl. 134.

Ora, é evidente que não se pode considerar como inexpressiva uma quantidade de mercadorias que atingiu mais de um quarto do total das apreendidas, apresentando ainda o considerável valor de Cr\$ 213.120,00.

10. Afastados, assim os fundamentos da defesa, considerando-se que, na espécie, o dolo exsurge do fato de haver o acusado, consciente e livremente, adquirido mercadorias de procedência estrangeira, no exercício de atividade comercial, a descoberto da documentação legal necessária, impõe-se, nessa parte, a procedência da denúncia, ficando dito acusado incurso nas penas do crime de descaminho tipificado na letra d do § 1º do art. 334 do Código Penal, pelo que passo à fixação da pena».

Quanto à dosimetria da pena e ao dispositivo, também estão acertados os critérios do ilustre Magistrado, nestes termos (fls. 148/150):

«O réu é primário (fls. 98/100), gozando de bons antecedentes, conforme atestam as testemunhas que arrolou; não demonstra personalidade voltada para o crime, exercendo profissão honesta; o dolo, pela própria natureza do delito, não é intenso; o motivo único seria obter maior lucro no seu comércio, fato este atenuado pelo fato de ser o réu brasileiro naturalizado, tendo nascido na China, país de costumes totalmente diferentes; as circunstâncias, pelo que ficou exposto, lhe são favoráveis, sendo mínimas as conseqüências do crime.

Por todas estas razões, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano de reclusão, já considerada, para o cálculo, a ate-

nuante prevista no inciso III do art. 48 do Código Penal; e, inexistindo causas especiais de aumento ou diminuição a considerar, fica a pena assim concretizada.

12. Em conclusão, julgo procedente em parte a denúncia para condenar o réu Chen Ching Long a cumprir no Instituto Penal São Leonardo, nesta Capital, a pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 334, § 1º, letra D, do Código Penal Brasileiro, bem como nas custas do processo.

13. Atendendo a que o sentenciado preenche os requisitos exigidos no art. 57 do Código Penal, concedo-lhe a suspensão condicional da pena ora imposta pelo prazo de 2 (dois) anos, sem condições especiais, exceto as de comparecer a esta Seção Judiciária de 6 (seis) em 6 (seis) meses e não mudar seu domicílio ou viajar para o Exterior sem prévia autorização do Juízo.

14. Transitada esta sentença em julgado, designe a Secretaria, de ordem, dia e hora para a audiência admonitória, fazendo-se as intimações necessárias.

15. Determino, ainda, independentemente do trânsito em julgado desta sentença, a liberação e entrega ao réu, ou a quem este determinar, pelo órgão competente da Receita Federal nesta Capital, das mercadorias apreendidas e não compreendidas na relação de fl. 134, vez que, nos termos da formação daquele Órgão fazendário, não são produto do crime, por estarem com a documentação fiscal em ordem.

As mercadorias constantes dos itens 1, 2, 3, 6, 12 e 19 da referida relação de fl. 134 também poderão ser liberadas, a critério do Órgão fazendário, ressalvado ao réu o direito às vias judiciais no caso de indeferimento administrativo, caso

este comprove, perante a Receita Federal, a procedência nacional das mesmas ou exiba a documentação fiscal necessária.

16. Para cumprimento do determinado no item nº 15, retro, expeça-se ofício ao Dr. Delegado da Receita Federal em Maceió-AL, instruído com cópia autêntica desta sentença e do expediente de fls. 132/134, solicitando-se-lhe seja remetida a esta Seção Judiciária, para cumprimento do disposto no art. 120 do CPP, cópia autêntica do termo de entrega das mercadorias liberadas.

17. Lance-se o nome do réu no rol dos culpados».

As esforçadas razões de apelação (fls. 169/171) não me desconvençaram do acerto da decisão condenatória. E é o que também ressalta o MPF (fls. 174/176).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República insiste em que estaria caracterizado o delito assimilado a

descaminho previsto na alínea c, § 1º, do art. 334, do Código Penal. Com a devida vênia, penso que o fato típico, como bem o demonstrou a sentença, se enquadra na alínea d, dos citados dispositivos legais.

Por todo o exposto, adotando os próprios e jurídicos fundamentos da r. sentença recorrida, nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.697 — AL — Registro nº 3.403.530 — Relator: O Sr. Min. Washington Bolívar. Apte.: Chen Ching Long. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 30-10-84).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.818 — SP (Registro nº 3.435.490)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Roberto Oshiro

Apelada: Justiça Pública

Advogados: Drs. Mário Lúcio Ferreira Neves e outro

EMENTA

Penal. Contravenção. Caça proibida e porte ilegal de arma.

— A arma de caça «Winchester», sem porte legal, embora registrada, seria o instrumento de que se serviria o indigitado infrator para caçar espécimes da fauna silvestre, restando absorvida a contravenção-meio pela contravenção-fim, da qual o acusado foi absolvido.

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 absolver o apelante, na forma do re-

latório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: O Delegado de Polícia do Município de Sabino, Estado de São Paulo, mediante portaria, determinou a instauração de processo contravençional, em face da infração ao art. 1º, c/c o art. 27 da Lei nº 5.197/67, praticada por Roberto Oshiro, pelo fato de que, em 7-3-81, naquele município, fora surpreendido caçando espécimes da fauna silvestre.

Citado o acusado (fl. 17), as testemunhas prestaram depoimento (fls. 25/26v.).

Na audiência de instrução e julgamento (fl. 52), realizou-se o interrogatório (fl. 51/51v.).

O MM. Juiz Federal, Dr. Jatir Batista Cunha (fls. 54/55), julgou improcedente a acusação pelo art. 1º da Lei nº 5.197/67, por insuficiência de prova (art. 386, VI, do CPP), mas deu provimento quanto à contravenção do art. 19 da Lei das Contravenções Penais, pelo porte de arma sem licença, pelo que condenou o acusado à pena-base de Cr\$ 400,00 (quatrocentos cruzeiros) de multa, levando em conta seus bons antecedentes (art. 42 do CP).

Apelou o acusado (fls. 57/60) pleiteando a absolvição, em face de que a acusação por porte ilegal de arma lhe foi imputada apenas na fase decisória.

Contra-razões do MPF (fls. 64/69) manifestando-se no sentido de que

seja anulada totalmente a sentença, por inobservância da regra contida no art. 384 do CPP, ou que se a reforme para absolver o réu.

A douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 73/75), em parecer do Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, opinou pelo provimento do recurso para absolver o acusado.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): A r. sentença recorrida tem a seguinte fundamentação e decisão (fls. 54/55):

«8. A prova é insuficiente para suportar condenação do réu, pela contravenção de caçar, pois as testemunhas declararam que não havia nenhum animal abatido dentro do bote, onde a arma foi encontrada. Com isso, a prova não se perfaz. O só fato de portar arma não leva à conclusão necessária de que estava o réu caçando, não passando de presunção.

9. Já no que diz respeito à pretensão manifestada pelo MPF, de condenação do réu pelo porte ilegal de arma (contravenção do art. 19 da Lei das Contravenções Penais), ela merece provimento, porque a licença que o réu tem é só para a posse da arma, no seu domicílio, não autorizando o porte fora dele. A nova capitulação pode ser feita pelo estatuído no art. 383 do CPP, porque essa circunstância se continha implicitamente na acusação inicial, já que o ponto básico foi a apreensão da arma, além do que a pena da contravenção do art. 19 da LCP é mais leve do que a da contravenção do art. 1º da Lei nº 5.197/67.

10. Assinale-se que o acusado tinha licença para a posse da arma, desde que a mantivesse no recinto de sua residência, constituindo o ilícito o deslocamento da espingarda para local distante, fora da habitação do réu. Agiu voluntariamente. Materialidade e autoria certas.

11. Mas, como a arma tem registro, não cabe a sanção do art. 74 do Código Penal, pois sua fabricação é legal, tem uso permitido, sendo o porte passível de legalização.

Decisão

Destarte, julgo improcedente a acusação pelo art. 1º da Lei nº 5.197/67, por insuficiência de prova (art. 386, VI, CPP), mas dou provimento quanto à contravenção do art. 19 da Lei das Contravenções Penais, pelo porte de arma, sem licença, pelo que condeno Roberto Oshiro, qualificado nos autos, à pena-base de Cr\$ 400,00 (quatrocentos cruzeiros) de multa, levando em conta os seus bons antecedentes (art. 42, CP). Essa é a pena definitiva. O réu pagará custas do processo e terá seu nome lançado no rol dos culpados.

Quanto ao pedido de restituição da arma e balas apreendidas, acolho-o, para determinar a sua entrega ao réu, mediante recibo e termo nos autos, após o trânsito em julgado desta sentença».

Insurge-se a defesa, com a nova classificação, fundada no art. 383 do Código de Processo Penal, por um outro fato constituindo surpresa para o réu.

O ilustre Procurador da República Celso Roberto da Cunha Lima, nas contra-razões de apelação, bem posicionou a controvérsia, com isenção e saber, demonstrando bem compreender o relevante papel do Ministério Público.

Demonstrou que a peça vestibular — a portaria da autoridade policial diz que o réu «foi surpreendido caçando espécimes da fauna silvestre», sem dizer, contudo, que o fazia com o porte ilegal de uma arma; a espingarda que o acusado trazia num bote, acompanhada de 25 balas intactas, bem poderia estar sendo transportada legalmente. A ilegalidade do porte não era uma circunstância implícita, nem havia sido explicitamente alegada. Ademais, salienta o digno rep. do Ministério Público Federal, a contravenção de caça, pelo princípio da consunção, já absorveria a do porte de arma. Nem houve, sequer, a perícia para apurar o poder ofensivo da arma.

De rigor, pois, seria a aplicação do art. 384 e não do art. 383 do Código de Processo Penal.

Alvitrou a anulação da sentença, por inobservância daquela norma processual penal ou, considerando-se a unidade delitiva, porquanto absorvida a contravenção do porte pela da caça proibida, que ela fosse parcialmente reformada, mantida a absolvição (fls. 65/69).

A douta Subprocuradoria-Geral da República também destaca o conflito aparente de normas, resolvido, no caso, pelo princípio da consunção, opinando pelo provimento do recurso, para absolver-se o apelante.

Em linha de rigor técnico, desde o momento em que o Juiz reconheceu que não havia contravenção a punir, por insuficiência de prova quanto à caça proibida, exauriu sua jurisdição. Somente a contravenção prevista no art. 1º da Lei nº 5.197/67 — referente à caça proibida nas circunstâncias legalmente descritas — é que se inscreve na jurisdição da Justiça Federal. A de porte de arma é da jurisdição comum estadual.

De qualquer sorte, porém, uma vez absolvido pela insuficiência de prova referente à caça proibida, a

contravenção relativa ao porte da arma de caça «Winchester» seria o meio de que porventura se serviria o infrator, para caçar. Logo, inteiramente absorvida, essa contravenção-meio na contravenção-fim.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para absolver o apelante.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.818 — SP — Registro nº 3.435.490 — Rel.: O Sr. Ministro Wa-

shington Bolívar. Apte.: Roberto Os-
hiro. Apda.: Justiça Pública. Advs.:
Drs. Mário Lúcio Ferreira Neves e
outro.

Decisão: A 1ª Turma do Tribunal
Federal de Recursos, à unanimida-
de, deu provimento à apelação para
absolver o apelante. (Em 6-11-84).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e
Carlos Thibau votaram com o Rela-
tor. Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.886 — PA

(Registro nº 3.461.149)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Revisor: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelante: Justiça Pública

Apelado: Adamor Gomes de Oliveira

Advogado: Dr. Dario Reis Mascarenhas

EMENTA

**Criminal. Desacato. Dúvida quanto à classifica-
ção do delito e culpabilidade do agente.**

A prova dos autos não leva à certeza quanto à real classificação do delito: se desacato (com violência física produzindo lesões corporais, a exemplo do desacato material contemplado pelo Código Penal Italiano); ou simplesmente lesões corporais (artigo 129 e parágrafos), pela dúvida sobre quem teria iniciado a agressão física; ou mesmo a ocorrência do crime de resistência, delitos esses com objetividade e estruturas diferentes. Não é menor a dúvida quando se procura definir a culpabilidade do réu, mais ofendido do que ofensor, como se conclui das provas que justificaram a sua absolvição pelo ilustre sentenciante, com apoio no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da Justiça Pública, para confirmar

a sentença, 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 novembro de 1984
(Data do julgamento) — Ministro
Gueiros Leite, Presidente — Ministro
José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: O representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Adamor Gomes de Oliveira, qualificado na inicial, como incurso nas penas do art. 331 do Código Penal, pelos seguintes fatos:

«Em 5 de abril de 1979, em uma das dependências do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social — INAMPS, nesta cidade, encontrava-se o Dr. Pedro Simões Rosado, servidor desse Instituto, no exercício de suas funções de médico. No mesmo dia e no mesmo local encontrava-se o denunciado aguardando a médica que deveria atendê-lo, quando foi avisado de que aquela servidora não compareceria ao INAMPS em virtude de estar atendendo um caso de emergência, ficando para o dia imediato as consultas que estavam marcadas. Com isso não se conformou o denunciado, pelo que a atendente pediu-lhe que aguardasse para ser atendido pelo Dr. Pedro Simões Rosado, que no momento estava atendendo outro paciente. O denunciado não atendeu ao apelo para que aguardasse a sua vez e invadiu o consultório em que trabalhava o Dr. Pedro Simões Rosado, agredindo-o física e moralmente, dessa agressão resultando as lesões descritas no laudo de exame de fl. 8 do inquérito anexo.

Também o denunciado foi submetido a exame, indicando o respectivo laudo que o mesmo sofreu lesões corporais. O Dr. Pedro Simões Rosado, porém, afirma que apenas se defendeu da agressão física, mas que a violência partiu

do denunciado, fato confirmado pelas testemunhas que prestaram depoimento no inquérito policial.

Desacatar funcionário público no exercício da função, constitui crime tipificado no art. 331 do Código Penal Brasileiro. A ação do denunciado traduz esse crime, conforme ensinamento de Magalhães Noronha, para quem o desacato «consiste em palavras, gritos, gestos, escritos (presente o funcionário), vias de fato e lesões corporais» (Direito Penal, Saraiva, 1968, 4º vol. pág. 374)».

Recebida a denúncia (fl. 61), citado o acusado, este foi interrogado (fl. 63/verso), tendo oferecido defesa prévia.

As fls. 83/92 foram inquiridas três testemunhas arroladas pelo *dominus litis* (além do servidor dito ofendido) e 4 pessoas indicadas pela defesa.

A audiência, encontra-se às fls. 96/99.

O MM. Juiz Federal no Estado, Dr. Aristides Medeiros, sentenciando às fls. 101/104, rejeitou a denúncia e absolveu o acusado.

Inconformado, recorreu o Ministério Público, com as razões de fls. 107/109, sustentando que existe provas suficientes para escorar uma condenação.

Contra-razões às fls. 111/113.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 118/121, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Pelo que declarou a suposta vítima, Dr. Pedro Simões Rosado, no interrogatório judicial, de fls. 81/2, não se justifica a classificação que a Justiça Pública emprestou à denúncia. São palavras suas:

...«que o declarante disse que não poderia atendê-lo, pois estava dando uma consulta e não poderia interrompê-la; que o declarante disse ao mesmo que aguardasse sua vez para ser atendido; que, entretanto, o cidadão insistiu que queria ser atendido naquela mesma ocasião; que o mesmo encostou-se na maca de atendimento do consultório e disse que dali não sairia sem ser atendido; que depois de algum tempo pareceu ao declarante que o cidadão havia concordado em sair, tanto que se encaminhou para a porta; que, todavia, o mesmo exaltou-se e passou a gritar, dizendo, entre outras coisas, que pagava a contribuição do INAMPS e tinha direito de ser atendido quando precisasse; que, em dado momento o cidadão avançou em direção ao declarante, que tentou contê-lo com suas mãos no ombro do mesmo; que, então, o cidadão passou a lhe desferir vários pontapés, tendo em seguida o segurado pela gola e puxado para perto dele; que, numa reação de defesa, o declarante aplicou um golpe no rosto do cidadão, fazendo-o com o seu punho direito; que o cidadão caiu ao solo, mas ainda continuava segurando a gola da camisa do declarante; que, naquela ocasião, acorreram várias pessoas, sendo o cidadão retirado do local».

Vê-se, pelo transcrito, que falta ao tipo sugerido pelo Ministério Público Federal, o desacato, que consiste na ofensa, no menoscabo, na humilhação e no menosprezo pela pessoa do funcionário público. Não houve, portanto, agressão por palavras ou gestos de qualquer das que configuram a ofensa à honra do cidadão.

Em face disso, começa-se a almentar a dúvida, já no campo da antijuridicidade, se não teria ocorrido o crime de resistência (art. 329 do Código Penal), ao não admitir

sair do consultório, ou simplesmente o de lesões corporais (art. 129 e parágrafos).

É preciso que se observe que o Código Penal Brasileiro, no art. 331, não contempla objetivamente o desacato material (*injuria realis*), como o faz o Código Italiano, no art. 341, que o admite como causa de aumento da pena, contanto que a violência não ultraprasse as vias de fato ou simples ameaça. Se houve lesão corporal há de considerar-se o concurso de crimes. A doutrina penal brasileira tem admitido, até na hipótese de lesão leve ou ameaça, que haja absorção dessas pela primeira figura do desacato (art. 331), contribuindo esse aspecto para a severidade da pena.

Por outro lado, persiste a dúvida sobre quem, na verdade, teria iniciado a agressão física. De qualquer forma, há de considerar-se, que se foi o suposto réu, a ele se deve creditar a aflição de que se achava possuído, pelo receio de não ser medicado. Tanto que preferiu entrar na sala de consultas. Se o clínico fosse mais tolerante, e mais compreensivo, nada teria ocorrido. Todo país sabe como são feitas essas consultas médicas do INAMPS. São filas enormes, que começam a se formar pela madrugada, com a incerteza ainda do atendimento, como foi o caso do réu, que perto do meio-dia veio a saber que a sua médica não viria ao Instituto, naquele dia.

Por isso, o ilustre sentenciante tem razão, quando afirma:

«Acontece, porém, que na hipótese sub judice não está estreme de dúvida a culpabilidade do denunciado, eis que existe contradição nas declarações das pessoas que depuseram como testemunhas, umas dizendo que o acusado agrediu o médico sem que o mesmo desejasse motivo, e outras contando exatamente o oposto, sem falar que tanto o atribuído ofendido co-

mo o acusado ofereceram versões contraditórias, cada qual imputando ao outro o início da agressão de que se terá defendido, tendo o último asseverado que foi tratado mal pelo facultativo quando inicialmente lhe dirigiu a palavra, vindo bem apelo, neste passo, o consignado no seguinte aresto: «Não se configura o desacato se a autoridade ou agente de autoridade se excede, provoca e maltrata primeiramente o cidadão com ofensas morais e físicas em público» (Ac de 28-8-60, da 3ª Câmara Criminal do TJGB, na Apelação Criminal nº 33.119, Relator Des. Martins de Oliveira, decisão unânime, in RF nº 201/277).

Em hipóteses como a vertente, a dúvida assalta o espírito do julgador, de sorte a lhe fazer sentir o perigo de cometer injustiça, impondo-se-lhe então acatar a máxima de que «é preferível mil vezes absolver mil culpados do que uma só vez condenar um inocente». Com efeito, é da jurisprudência que «ainda que válidos os indícios para oferecimento da denúncia, se neles não sente o Juiz convicção para uma sentença condenatória, deve absolver o réu, pois «desde que seja formulável uma hipótese de inocência não é admissível um pronunciamento condenatório. A verossimilhança, por maior que seja, não é jamais a verdade, e somente esta autoriza uma sentença condenatória. Condenar um possível delinqüente é condenar um possível inocente» (Nelson Hungria)». (fl. 103)

Por acolher essas considerações, mantenho a r. sentença. Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro Costa Lima: A sentença deu ao caso a única solução possível — absolver o réu.

Trata-se de pessoa pobre, um quase septuagenário, com problemas cardíacos, justamente indignado com a má assistência dispensada pela Previdência Social e que, após horas e horas de espera, por se lhe agravarem os incômodos, tentou que um médico o atendesse. Todavia, este sem atentar para a diferença intelectual entre ele e o assistido, sem medir a enorme distância física entre ambos, sem ver a juventude e a velhice, agride o segurado do modo como se constata nos laudos de fls. 50/76, doc. de fls. 74/75 e declarações de fl. 82.

A testemunha Beatriz Martins dos Santos (fl. 83) nada viu.

Já Raimundo Martins da Silva (fl. 84) afirma não ter visto o acusado dar pontapés no médico e nem este desferir soco naquele, embora diga que o denunciado agrediu (como?) o réu.

Marialva Faria Soares (fl. 85) chega a falar que o réu caiu e feriu-se na cabeça, enquanto ninguém mais viu isso e nem o próprio médico nega ter batido no rosto do réu, causando a equimose que o médico e testemunha Hamilton Mesquita das Neves confirma (fl. 90).

Anísia Ramos Soares (fl. 91) transmite o que o Dr. Pedro Rosado lhe disse, isto é, «havia dado uns murros no seu marido porque o mesmo queria anarquizar o serviço», «não viu o médico com a camisa rasgada».

Os autos comprovam que os achaques do segurado agravaram-se e ele pediu a uma pessoa — Orlando Nascimento Tavares — (fl. 92) para ajudá-lo.

Leio o que ele narra:

«que, em determinado momento, percebeu que o acusado presente, a quem não conhecia, estava no corredor e parece que não estava se sentindo muito bem; que, a pe-

dido do mesmo, o depoente até o levou ao sanitário, sendo que naquela ocasião o acusado estava bastante nervoso; que quando o acusado saiu do sanitário pediu ao depoente que o ajudasse a caminhar até a porta de um consultório médico, que parecia ser o do doutor Pedro Rosado; que o depoente atendeu a esse pedido, tendo deixado o acusado encostado à porta do consultório; que, em seguida, virou-se e deu alguns passos para outro lado, ocasião em que viu um certo tumulto, partindo do local de onde viera; que, virando-se, verificou que um cidadão, trajando roupa branca, estava espancando o acusado, o qual se encontrava caído ao solo, sendo que o tal cidadão aplicava vários chutes no acusado; que, perguntado em que partes do corpo do acusado estavam sendo desferidos os chutes, respondeu que era no rosto e nos ombros». (fl. 92)

Assim, não vejo quando e como o réu teria agredido o médico, cuja função específica era atender os segurados da Previdência, com urbanidade, especialmente um cidadão idoso, doente e que no momento passava mal.

O denunciado, em momento algum, procurou menosprezar ou diminuir o médico, porém ser atendido emergencialmente.

A meu entender, o réu foi, isto sim, o ofendido e não o ofensor. Conseqüentemente, a denúncia não podia merecer acolhida, pois implicaria em condenar um inocente. Logo, não há prova da existência mesmo do fato.

Via do que, conheço do recurso para confirmar a absolvição, porém com base no inciso II do art. 386 do Código de Processo Penal.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.886 — PA — Registro nº 3.461.149 — Relator: O Senhor Ministro José Cândido. Rev.: Sr. Ministro Costa Lima. Apte.: Justiça Pública. Apdo.: Adamor Gomes de Oliveira. Adv.: Dr. Dario Reis Mascarenhas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da Justiça Pública, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 9-11-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.905 — RJ

(Registro nº 3.465.039)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Revisor: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Katuhica Kawase

Apelada: Justiça Pública

Advogados: Drs. Luiz Eduardo Junqueira e outros (apte.)

EMENTA

Penal. Processual Penal. Nulidades. Descaminho.

I — A deficiência na defesa só nulifica o processo penal se causar efetivo prejuízo ao réu.

II — Nulidades relativas devem ser argüidas no tempo oportuno, sem o que se consideram sanadas.

III — Ausência do Ministério Público em atos da instrução criminal constitui nulidade relativa, sanável nos termos do artigo 572, I, do Código de Processo Penal.

IV — Fundamentação sucinta da sentença não pode ser confundida com ausência de fundamentação.

V — O tipo delituoso do descaminho se consuma tão-só com a aquisição da mercadoria estrangeira, sem cobertura fiscal.

VI — Sentença que se confirma integralmente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, rejeitar as nulidades argüidas, e no mérito 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 novembro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Costa Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: O representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Katuhica Kawase, como incurso nas sanções do artigo 334 e parágrafos, do Código Penal Brasileiro, pela prática do seguinte ato delituoso, assim narrado na inaugural de folhas 2 (dois):

«No dia 20 de dezembro de 1981, o denunciado foi preso em flagrante pelo soldado da polícia militar

deste Estado, João Alves de Andrade, no cruzamento da rua Tomé de Souza com Alfândega, portando uma bolsa tipo «capanga» e um embrulho; quando abertos pela autoridade, esta verificou que continham mercadorias estrangeiras desacompanhadas da necessária documentação fiscal, todas relacionadas no auto de apreensão de fl. 5 e periciada às fls. 29/31.

Interrogado, confessou o ora denunciado, que comprara as ditas mercadorias, momentos antes, numa loja comercial situada no nº 261, da rua Senhor dos Passos e que iria vender as aludidas mercadorias».

Recebida a denúncia em 22-3-82, foi o réu interrogado judicialmente em 3 de junho subsequente. A ocasião, declarando não possuir condições para custear honorários de advogado, a Dra. Juíza nomeou-lhe defensor dativo. (fls. 49/50).

Oferecidas as alegações preliminares, a defesa não impugnou a peça acusatória. Tampouco indicou testemunhas ou requereu provas (fl. 58).

Em audiência levada a efeito em 20-9-82, foram inquiridas as testemu-

nhas da acusação. Devidamente intimado (fl. 61, verso e anverso), a ela não compareceu o defensor do então denunciado, razão por que a MM. Juíza designou-lhe advogado ad hoc. (fls. 69/71).

Nenhuma diligência foi requerida pelo Ministério Público, ou pela defesa, na fase do artigo 499, do Estatuto Processual Penal (fls. 72, v., e 73).

Alegações finais da acusação à fl. 74, verso, e as da defesa, às fls. 76/78.

A MM. Juíza Federal, Dra. Julieta Lídia Machado Cunha Lunz, julgou procedente a denúncia, condenando o réu a um ano de reclusão, concedendo-lhe o «sursis» e fixando o período de prova em 3 (três) anos (fls. 83/85).

A sentença transitou em julgado para a acusação em 7 de janeiro de 1983 (fl. 87 v.).

Audiência admonitória à fl. 91, onde erroneamente consta ter sido realizada em 1982. O foi em 1983, é óbvio.

Constituindo advogado (fl. 94), apelou o condenado, com as razões de fls. 96/100. Em preliminar, argüi a nulidade do processo, desde a fase da defesa prévia, sustentando o cerceamento de defesa, haja vista que o defensor dativo, naquele ato, não especificou provas. Ademais, ausente ele na audiência de inquirição das testemunhas da acusação, restaria certo o prejuízo sofrido pelo denunciado. Finalmente, alega a ausência do Ministério Público na instrução criminal, o que teria ocasionado nulidade da própria ação penal.

Propugna, ainda, a nulidade da sentença, que careceria de fundamentação. No mérito, afirma a inocência do condenado, podendo, quando muito, ser admitido o crime tentado.

Pela confirmação da sentença, as contra-razões de fls. 121/122, bem como o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 108/111).

Por redistribuição vieram-me os autos conclusos.

Ê o relatório. Ao meu ilustre Revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Afasto, de plano, as alegações do apelante quanto à ocorrência de nulidades insanáveis, pelas razões que a seguir minudencio.

Não dissentem jurisprudência e doutrina sobre não nulificar a ação penal a ausência de defesa prévia. Se a omissão não gera nulidade, menos ainda o fará o fato de não elencar o defensor, naquela peça, provas a produzir ou testemunhas a intimar. Até porque, no caso presente, a oitiva do proprietário da loja onde, possivelmente, o ora apelante adquiriu a mercadoria, mais favoreceria à acusação do que a ele próprio. Ademais, o artigo 396, do Código de Processo Penal, admite a não apresentação da defesa prévia.

No pertinente à ausência do defensor dativo à audiência em que foram inquiridas as testemunhas arroladas na denúncia, a MM. Juíza designou advogado ad hoc para o ato (fls. 69/71), assegurando, assim, a defesa do denunciado. Salieta-se que o defensor do apelante foi intimado ao ato processual. De sua não intimação poderia ocorrer nulidade. Não, porém, de sua ausência.

Demais disso, impende notar que a defesa não argüiu estas pretensas nulidades no tempo oportuno, na conformidade do art. 571, II, do Código de Processo Penal, motivo por que, ainda que ocorrentes, estariam elas sanadas.

Vale por oportuno, lembrar a lição de Espínola Filho, nos seus Comentários ao Código de Processo Penal, Volume V, pág. 414:

«Para poder invocar a nulidade, a parte interessada nisso necessita satisfazer uma condição essencial. É imprescindível não tenha, com o seu procedimento ativo, ou por omissão, dado motivo à nulidade, nem contribuído para que se registrasse o defeito ou vício, que invalida o ato».

No que concerne à contestada ausência do Ministério Público na audiência de oitiva das testemunhas por ele arroladas, é de se constatar que tal nulidade, contemplada no art. 564, III, d, do Código de Processo Penal, considera-se sanada, a teor do art. 572 do mesmo diploma legal, se não argüida no tempo oportuno.

Quanto à sentença impugnada pelo apelante como prolatada sem motivação, é de se fazer presente a manifestação da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Mardem Costa Pinto, ratificada pelo inclito Doutor Paulo Sollberger, assim redigida:

«A sentença censurada foi prolatada com observância dos preceitos legais aplicáveis. Está suficientemente fundamentada. É certo que não contém fundamentação exaustiva, mas atende ao mínimo tolerável. Não se pode confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação».

Por ótica diversa, também não procedem as nulidades suscitadas. Adotou o Código de Processo Penal o princípio geral do «pas nulité sans grief».

Assim, a meu ver, ainda que se considerassem válidas as argumentações do apelante, de inteira aplicação o teor da Súmula nº 573 do Excelso Pretório:

«No processo penal, falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu».

Ora, a pena mínima cominada na sentença recorrida bem demonstra a ausência do prejuízo.

Por reforçarem meu entendimento, trago à colação as seguintes decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

«Habeas Corpus. Nulidades processuais. Inexistência de ausência de defesa. Cerceamento da defesa por falta de intimação do advogado para a inquirição de testemunhas não alegado oportunamente. Nulidade sanada, em face das circunstâncias do caso. Ausência do Ministério Público em audiência de instrução. Nulidade sanada, nos termos do art. 572, I, do Código de Processo Penal. Habeas Corpus indeferido (HC nº 56.858, Relator Ministro Leitão de Abreu, in DJ de 5-10-75).

«... 1.) A nulidade só há de ser declarada se refletir na decisão da causa (arts. 563 e 566 do CPP). 2. No processo comum, as partes podem juntar documentos, em qualquer fase inclusive nas alegações finais, não ocorrendo cerceamento de defesa se estes, no prazo do art. 500, teve oportunidade de falar sobre os precedentes (arts. 231 e 400 do CPP)...» (RHC nº 059105, Relator Ministro Rafael Mayer, publicado no DJ de 15-9-81).

«... A designação de Promotor *ad hoc* está vedada pelo *caput* do artigo 55, da Lei Complementar nº 40/81. No caso, a realização do interrogatório e da oitiva de testemunhas sem a presença regular do Ministério Público é nulidade relativa, que só pode ser invocada por este (parte final do art. 565, do CPP). Ademais, a nulidade ficou sanada pela ocorrência das hipóte-

ses previstas nos incisos I e III do artigo 572 do mesmo Código...» (RE Cr nº 101.312, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 15-5-84).

Quanto ao mérito, é de ressaltar que foi o réu condenado à pena mínima, como incurso nas penas do artigo 334, do Código Penal. O auto de prisão em flagrante não deixou dúvidas quanto à autoria. À sua vez, o auto de apreensão (fl. 5) e o laudo de exame merceológico (fls. 29/31) torna certa a materialidade.

A meu sentir, com os proventos da aposentadoria do INPS, perfazendo tão-só Cr\$ 14.469,00, impossível e inviável era ao denunciado adquirir as mercadorias que portava a título de presentes natalinos. Deflui dos autos, pois, que a conduta punível consistia em ilidir o pagamento dos impostos devidos em relação às mercadorias encontradas na sua esfera de disponibilidade, evidentemente destinadas à mercancia. Tão-somente esta ação consuma o delito imputado ao apelante, despiciendo tenha sido ele preso antes da efetiva venda dos produtos.

Em face do expendido, tenho como incensurável a sentença recorrida, em harmonia que está com a prova coligida na instrução criminal, bem como com os antecedentes do réu, que embora tecnicamente primário,

já responde a outro inquérito, indiciado pelo mesmo delito (fl. 32), com o que nego provimento à apelação.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Rejeito as argüidas nulidades, nos termos do voto do eminente Relator.

E, no mérito, também estou de acordo com o seu entendimento, no sentido de confirmar a sentença, por seus jurídicos fundamentos, negando provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 5.905 — RJ — Registro nº 3.465.039 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Rev. O Sr. Ministro Washington Bolívar. Apte.: Katuhça Kawase. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Luiz Eduardo Junqueira e outros.

Decisão: A Turma, à unanimidade, rejeitou as nulidades argüidas, e no mérito, negou provimento à apelação. (Em 13-11-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.083 — SP

(Registro nº 4.442.075)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelantes: Sebastião Benedito Alves e Antônio Saccon Barbosa

Apelada: Justiça Pública

Advogados: Drs. Ribamar de Souza Batista e outro

EMENTA

Processual penal. Nomeação de defensor dativo em face da conduta do defensor constituído, visando impedir sua intimação. Inexistência de nulidade.

Se o defensor constituído pelos réus maliciosamente se conduz visando impedir a sua intimação para os atos do processo, de modo a entravar o seu regular andamento, legítimo é ao Juiz designar defensor dativo que, no caso, proporcionou aos acusados, com desvelo, o exercício do direito de defesa, que lhes foi plenamente assegurado.

Não pode a parte argüir nulidade a que haja dado causa ou para a qual tenha concorrido, hipótese dos autos.

Eventuais nulidades no curso da instrução criminal hão de ser argüidas em momento próprio, tal como previsto no artigo 571 do Código de Processo Penal, sob pena de terem-se como sanadas.

Sentença que bem apreciou a prova, para dar pela procedência da denúncia.

Apelação a que se nega provimento.

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, 30 de novembro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Carlos Madeira, Presidente. — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Contra Sebastião Benedito Alves e Antônio Saccon Barbosa denúncia foi oferecida dizendo que eles, no dia 16 de junho de 1983, por volta das dezenove horas, «foram surpreendidos por policiais quando mantinham guardada, para posterior tráfico, enorme quantidade da erva tóxica vulgarmente conhecida como «maconha», substância que determina dependência física e psíquica e que se encon-

trava escondida nos arredores do campo de aviação», da Comarca de Ibitinga, São Paulo.

Apurou-se, prossegue a peça acusatória, que

«por volta das 11 horas daquele dia um avião aterrissou no aeroporto local, que é afastado da cidade, e seu piloto descarregou 37 pacotes daquela erva tóxica, num total de 340 quilos, escondendo-os sob arbustos e capim existentes próximos à pista de pouso, de onde seriam recolhidos à noite pelos indiciados, que já se encontravam nesta cidade, hospedados no Hotel Henrique, e transportados por eles à capital do Estado para serem comercializados entre viciados.

Policiais, contudo, cientificados da ocorrência, lograram deter os indiciados no estacionamento do hotel quando procuravam sair com um veículo em direção ao aeroporto, de onde a maconha seria recolhida por eles e transportada para São Paulo » (fl. 3).

Deu o signatário da denúncia como configurando o fato acima referido o crime definido no artigo 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 (fls. 3/4).

Foram os acusados presos e autuados em flagrante, prestando então as declarações constantes, respectivamente, de fls. 9/10/11/12.

«Auto de Apresentação e Apreensão» da substância tóxica referida na denúncia consta de fl. 15. À fl. 14 estando o «Laudo de Exame de Constatação» dando-a como sendo *Canabis sativa lineu* (maconha).

À fl. 16 «Auto de Apresentação e Apreensão» do automóvel que se encontrava em poder dos acusados e dos documentos pertinentes ao referido veículo.

À fl. 33 relatório noticiando que, no dia referido pela denúncia, fora preso pela Polícia Federal, em Naviraí-MS, o piloto paraguaio Sílvio Nery Bueno, porque no interior do avião Cessna, prefixo ZP-TSG, vestígios de maconha tinham sido encontrados, confessando ele que transportara para Ibitinga trezentos quilos de maconha, diligência nesta última localidade sendo realizada, ensejando que a referida substância tóxica fosse ali apreendida e efetuada a prisão dos acusados, ora apelantes.

À fl. 37 «Auto de Incineração» dos trezentos e quarenta quilos de maconha apreendidos em Ibitinga.

A denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual foi recebida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Ibitinga, por despacho datado de 23 de junho de 1983 (fl. 38v.). Às fls. 40/41 constando o interrogatório dos acusados em Juízo, quando negaram, como já o haviam feito na Polícia, houvessem praticado o crime a eles imputado.

À fl. 61 consta a promoção dirigida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, ao MM. Juiz de Direito da Comarca de Naviraí, arguindo a incompetência da Justiça daquele Estado para o processo e julgamento do crime objeto de apu-

ração em inquérito policial que naquele Estado havia sido instaurado contra Sílvio Nery Bueno Barbosa, ante a prova de que ele transportara para Ibitinga para serem entregues aos ora apelantes trezentos e quarenta quilos de maconha, sendo este lugar o da consumação do crime.

Pela decisão constante de fls. 64/65, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Naviraí/MS, com fundamento no disposto pelo artigo 77, inciso I, do Código de Processo Penal, acolheu a exceção de incompetência suscitada pelo Ministério Público, determinando a remessa dos autos de prisão em flagrante de Sílvio Nery Bueno Barbosa para a Comarca de Ibitinga/SP, determinando, no mesmo ato, a remoção do indiciado para a Cadeia Pública dessa última Comarca onde deveria ficar à disposição da Justiça Pública local.

Apresentou, então, o Ministério Público do Estado de São Paulo, em exercício na Comarca acima referida, aditamento à denúncia que originariamente oferecera contra os ora apelantes, fazendo-o nos seguintes termos:

«O indiciado Sílvio, que é piloto civil brevetado no Paraguai, onde nasceu e reside, por volta das 11 horas do dia 16 do mês passado, provindo de Pedro Juan Caballero, situada naquele País, aterrissou um avião — prefixo ZP-TSG - no aeroporto local e descarregou 340 quilos de maconha, acondicionados em 37 pacotes, escondendo-os sob arbustos e capim existentes próximos ao campo de pouso, de onde seriam recolhidos na tarde daquele dia pelos outros dois denunciados, que os transportariam à capital do Estado para serem comercializados entre viciados.

Os denunciados Sebastião e Antônio haviam entrado em contato com Sílvio, dias antes, e adquirido dele a maconha por

Cr\$ 4.500.000,00, ficando acertado que ele a traria da cidade de Pedro Juan Caballero até o aeroporto local, onde seria recolhida por aqueles.

Os dois, contudo, foram presos quando se preparavam para recolher a maconha, e Sílvio quando aterrissou o avião no aeroporto de Naviraí-MS, para abastecê-lo» (fls. 70/71).

O aditamento à denúncia foi recebido por despacho datado de 4 de julho de 1983 (fl. 72).

As fls. 74/75, interrogatório do acusado Sílvio Nery Bueno Barbosa negando a autoria do crime a ele imputado, alegando, então, que a maconha apreendida pela Polícia Federal no Aeroporto de Ibitinga ali teria sido levada por um outro piloto que não ele destinando-se aos acusados Sebastião Benedito Alves e Antônio Saccon Barbosa aos quais havia sido realmente apresentado em Pedro Juan Caballero como sendo os destinatários da referida maconha.

Em favor do acusado Sílvio Nery Bueno Barbosa defesa prévia foi apresentada, com rol de testemunhas (fls. 80/81), instruída com os documentos constantes de fls. 82/92.

De fls. 106/108v. consta, por xerocópia, o termo da audiência de instrução e julgamento, noticiando decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Ibitinga/SP, no sentido de desmembrar os autos para que se desse prosseguimento à audiência tão-só no tocante ao réu Sílvio Nery Bueno Barbosa, pois em relação aos acusados Sebastião Benedito Alves e Antônio Saccon Barbosa ausente o defensor que haviam constituído e que em favor deles não apresentara defesa prévia nem se fizera presente à oitiva de testemunhas, necessário se tornava assegurar-lhes o exercício de tais direitos para que não se eivasse de nulidade o processo.

Determinou, então, que se expedisse Carta Precatória para intimação daquele defensor, com pedido de urgência no cumprimento dessa diligência (fls. 106 *in fine* a 107).

À fl. 109/109v. depoimento da testemunha arrolada pela acusação. À fls. 111/112/113/114 depoimento das testemunhas ouvidas em Ibitinga e arroladas pela defesa do acusado Sílvio.

As fls. 117/118, depoimento de testemunhas que, arroladas na denúncia, foram ouvidas por precatória.

De fls. 121/124 «Laudo de Exame em Substância Vegetal» indicando ser maconha a substância apreendida pela Polícia Federal em Ibitinga.

À fl. 125, folha de antecedentes penais de Sebastião Benedito Alves, vulgo «Tião» que também se apresenta sob o nome de Sebastião Caetano Alves, registrando que já foi indiciado em seis inquéritos policiais, cinco dos quais por crime de furto.

À fl. 130 «Laudo de Exame em Arma de Fogo» e à fl. 132 «Laudo de Exame em Aeronave», em cujo interior foram encontrados resíduos vegetais identificados como maconha (fl. 134), o que também confirmado pelo laudo de fls. 135/136.

Em face ao aditamento da denúncia decidiu o Juiz monocrático submeter os réus, ora apelantes, a novo interrogatório (fls. 141/141v. e 142/142v, quando novamente negaram a autoria do crime a eles imputado.

Em novo despacho determinou o MM. Juiz de Direito que se expedisse nova precatória intimando o defensor constituído pelos réus para apresentação de defesa prévia (fl. 144).

À fl. 152/152v «Termo de Audiência de Instrução e Julgamento» dos acusados Sebastião Benedito Alves e Antônio Saccon Barbosa, que se apresentaram desacompanhados do

advogado por eles constituído, e que, malgrado as reiteradas tentativas feitas para intimá-lo parecia criar obstáculos para que tanto ocorresse, os próprios acusados declarando que com ele haviam mantido contato por duas vezes.

O referido termo noticia a suspensão da audiência com designação de defensor para dar assistência aos acusados.

A fl. 156 manifestação do defensor designado no sentido de não poder aceitar o encargo (fls. 156/156v.), no mesmo sentido excusa apresentada por outro defensor (fl. 157), igual procedimento sendo adotado por dois outros (fls. 159/160).

Finalmente designado defensor dativo dos réus o bel. Walter Ranaci Júnior apresentou a defesa prévia constante de fls. 162/163, com rol de testemunhas.

Posteriormente esse último advogado, por questão de foro íntimo pediu que dispensado fosse de assistir aos réus, por constatar que eles tinham advogado constituído para assisti-los no processo (fls. 170/171).

Designou o Juiz novo defensor aos réus os quais se fizeram presentes à inquirição das testemunhas que em sua defesa prévia haviam sido arroladas (fls. 172v/173v/174v).

De fls. 176/182 «Termo de Audiência de Instrução e Julgamento», assistidos os réus por defensor dativo.

Prolatou o juiz, na audiência, sentença julgando procedente a denúncia para condenar os acusados Sebastião Benedito Alves e Antônio Saccon Barbosa, como incurso no artigo 12 c/c o artigo 18, incisos I e III da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, a pena que fixou basicamente em três anos de reclusão, para sobre esse quantitativo operar o acréscimo de 1/3, tornando-a definitiva em quatro anos de reclusão e a pena pecuniária de cento e cinqüen-

ta dias-multa correspondentes a Cr\$ 100.425,00, acima do mínimo, por considerar que os réus possuem rendimentos suficientes para arcar com tal encargo (fls. 179v/182).

De fls. 184/191 xerocópia da sentença que condenou o acusado Sílvio Nery Bueno Barbosa e foi já objeto de exame no julgamento da Apelação Criminal nº 6.080-SP, e a que, por unanimidade, se negou provimento.

Da sentença que lhes foi adversa apelaram os réus Antônio Saccon Barbosa e Sebastião Benedito Alves, por intermédio dos ilustres defensores que, para assisti-los no curso do processo foram designados pelo MM. Juiz monocrático (fl. 204), nas razões do apelo argüindo, em preliminar, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, caracterizada, segundo alegam, pela falta de intimação ao defensor constituído e pela falta de requisição dos réus para a prática de atos praticados fora da sede do Juízo mediante precatória.

No mérito alegam inexistir provas que autorizem a condenação dos acusados (fls. 10/17).

Contra-razões do Ministério Público às fls. 219/220, pugnando pelo improvimento do recurso no que secundado pela douta Subprocuradoria em parecer do ilustre Procurador da República, Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo não menos ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Os presentes autos foram originariamente distribuídos ao insigne Ministro Carlos Madeira, sendo-me redistribuídos em face da conexão existente entre a matéria noticiada pelo recurso e a da Apelação Criminal nº 6.080-SP, de que fui Relator.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Não há como acolher-se a suscitada alegação de nulidade do processo por falta de intimação do advogado indicado pelos apelantes, no interrogatório, para assisti-los no curso do processo.

A matéria foi lúcida e amplamente examinada na sentença pelo seu douto prolator, a realçar que:

«o advogado constituído com declinação por ocasião dos interrogatórios, embora sabedor de sua indicação para defesa dos co-réus, demonstrou uma aleivosia a toda prova, pois esteve em contato com eles nesta cidade, por duas vezes (fls. 141v/142v), portanto, fatalmente ficou sabendo das nomeações e das designações de datas, mas mesmo assim dificultou sua intimação a apresentar defesa prévia e para acompanhar a produção de provas em Juízo, forçando duas redesignações e desmembramentos dos autos (fls. 106/108). Valendo-se de orientação jurisprudencial que torna necessária a sua intimação para apresentar defesa preliminar (RTJ nº 95/146 — RT nº 538/347) e para acompanhar a produção de provas (RTJ nº 96/77), procurou retardar a instrução por se tratar de delito regulado em lei especial, que exige celeridade máxima. Entretanto, quer nos parecer que a insídia não pode prosperar, pois a Justiça não pode ficar frustrada em caso como o dos autos, e enorme repercussão social, envolvendo brasileiros e estrangeiros, com a ação delituosa sendo praticada no Brasil e no exterior, diante de manobras subreptícias viliadoras de ampla defesa, a fim de subtrair criminosos da aplicação da lei penal. Com efeito, embora minoritária a jurisprudência admitindo a desnecessidade de intimação do advogado constituído

para apresentar defesa preliminar (RTJ nº 72/689) e, de outra parte ficou comprovado nos autos a expedição de Carta Precatória para intimação das datas de audiências, mas este deixou de comparecer a todas elas, embora estivesse em contato com os réus. Além disso na Carta Precatória devolvida o oficial teve a diligência frustrada (fl. 150) e em nova tentativa ficou demonstrado que ele estava viajando (fl. 147). É inadmissível um advogado constituído sabedor de sua nomeação deixar de se interessar pelo processo que tramita contra os seus clientes recolhidos à cadeia pública, e mesmo comparecendo fisicamente na comarca (fls. 141v/142v) não se dirige ao Cartório para tomar conhecimento dos autos. Em tais condições com o decurso de prazo para conclusão expirando-se e não podendo os réus ficar sem defensor, face ao princípio constitucional (fl. 153, §§ 15 e 16). Impunha-se dentre outras providências a nomeação de defensor dativo, e isto foi feito. Portanto, não houve qualquer prejuízo para a defesa e para o princípio do contraditório, a prova produzida processou-se regularmente (fls. 163 e seguintes). Sendo assegurado a ambos os réus a mais ampla defesa, durante a instrução patrocinada por dois valorosos e renomados advogados da vizinha comarca de Itápolis, tendo em vista as estranhas e significativas declinações dos advogados da Comarca de Ibitinga (fls. 156v/157/159/160/170). O Juízo mesmo enfrentando a dificuldade do cumprimento de uma Carta Precatória da Comarca de São Paulo procurou de todas as formas (fls. 43/44/77/190/145/147/150) inclusive com um mandado em mãos ao Oficial de Justiça da Comarca (fl. 165v) cientificar oficialmente o advogado constituído dentro do exíguo espaço de

tempo de trinta e oito dias, enquanto que aquele, mesmo sabedor das audiências designadas e de sua indicação ocultava-se para posteriormente argüir em **habeas corpus** uma nulidade salvadora.» (fl. 180/180v.)

As circunstâncias evidenciam que o advogado designado pelos réus, no interrogatório realizado aos 27 de junho de 1983, para assisti-los no curso do processo, bel. Ronaldo de Souza (cf. fls. 40/41) estava perfeitamente ciente dessa designação e atento ao desenrolar do processo, procurando, contudo, maliciosamente, furtar-se às intimações que eram dirigidas ao seu escritório, para de modo artificial, criar uma aparente nulidade processual a ser, quando entendesse oportuno, argüida em favor dos réus, ora apelantes.

E tanto já havia ensaiado em pedido de **habeas corpus** início por ele dirigido aos 25 de julho de 1983 ao insigne Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, nas informações que então prestou o MM. Juiz de Direito da Comarca de Ibitinga pondo em relevo a atuação condenável do advogado que os réus haviam constituído (cf. autos em apenso, fls. 7/9).

Dava, então, nas referidas informações, notícia do andamento do processo esclarecendo que o referido causídico estivera por duas vezes com os acusados orientando-os desde o primeiro interrogatório, estando indiscutivelmente ciente dos prazos e datas designados para a realização dos atos processuais a que, de caso pensado, se fazia propositadamente ausente.

Documentação constante dos autos não deixa qualquer margem a dúvida sobre as condenáveis manobras do defensor constituído, manobras que, contudo, configurando grosseira

chicana, não podem reverter em favor dos réus que com ela se punham em tácito acordo.

A certidão de fl. 150, entre outras, mostra que o advogado constituído pelos réus ora apelantes foi procurado no seu escritório onde não se encontrava, esclarecendo-se que ali não voltaria naquela data.

Outra vez procurado fez constar que estava viajando, isto no dia 14 de julho de 1983 (fl. 232/232v), mas a 25 desse mesmo mês impetrava **habeas corpus** em favor dos seus constituintes (fl. 3, apenso).

Teve contato pessoal com os acusados, o que por estes esclarecido ao serem interrogados (cf. fls. 141v/142v), estando plenamente ciente do andamento do processo e dos atos nele realizados aos quais deixou de comparecer com o deliberado propósito de viciá-lo de aparente nulidade.

Diz, contudo, o artigo 565 do Código de Processo Penal que «nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidades cuja observância só à parte contrária interesse».

Essa a hipótese dos autos, em que o defensor pelos réus constituído, com o indiscutível assentimento destes, tudo fez para obstar a sua intimação pessoal, de modo a criar artificialmente nulidade processual objetivando argüi-la quando se lhe afigurasse oportuno fazê-lo e assim tendo agido, o que emerge dos autos, é de aplicar-se ao caso a regra inscrita no preceito acima citado da lei de ritos.

Aos ora apelantes, malgrado a maneira artificialmente como se conduziram assegurou-se o amplo exercício do direito de defesa por advogados designados, os mesmos que apelam da sentença, e que, com empenho

lhes deram incensurável assistência, usando, no atendimento aos ora apelantes louvável empenho.

Inviável, assim, falar-se em cerceamento de defesa, pois tanto não se fez presente na hipótese de que tratam os autos.

No que concerne à segunda preliminar de nulidade do processo por falta de requisição dos réus e seus defensores para acompanhar em outra comarca o depoimento de testemunhas arroladas pela acusação, como também por ausência de seu defensor para que se fizessem presentes a tais atos.

Ora, tal nulidade, que não é absoluta, tem momento certo para ser argüida, sob pena de se tornar precluso o direito de fazê-lo.

Cumpria, pois, à defesa dos apelantes se a entendesse caracterizada, suscitá-la até a audiência de instrução e julgamento, e o que se verifica do termo pertinente à referida audiência é que nela ela não foi questionada (cf. fls. 177v/179v).

Dispõe o artigo 571 do Código de Processo Penal que as nulidades deverão ser argüidas:

«.....

II — as da instrução criminal dos processos de competência do Juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;

III — as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apreoadas as partes;

IV — as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência».

Há, portanto, um momento certo para a parte se manifestar sobre eventuais nulidades no curso da ins-

trução criminal, e se sobre estas deixa de se manifestar na ocasião devida, precluso estará o direito de fazê-lo tendo-se por sanada a irregularidade.

Superadas as preliminares e, no mérito, nenhuma razão assiste aos apelantes, a prova dos autos tornando indiscutível a procedência da denúncia.

O próprio co-réu Sílvio Nery Bueno Barbosa, ao prestar declarações no Auto de Prisão em Flagrante deixou certo que aos ora apelantes era destinada a maconha apreendida no Aeroporto de Ibitinga (fls. 47v/48).

E foi através da confissão por ele então feita que se logrou apreender, no referido aeroporto, a quantidade de maconha referida pela denúncia, como também identificar os ora apelantes como sendo os seus destinatários.

Vale realçar que, em Juízo, ao ser interrogado, muito embora tenha procurado dar versão diversa aos fatos, atribuindo a outro piloto o transporte da maconha ainda aí apontou os ora apelantes como sendo os destinatários do mencionado tóxico (fls. 74v/75).

Incisiva, outrossim, a declaração da testemunha Francisco Fernandes Mello a referir que fora procurada pelos apelantes no aeroporto de Ibitinga, os quais lhe pediram para ali autorizar a aterrissagem de um avião, indicando o nome ou apelido do respectivo piloto (fl. 109 e v), e referindo que tanto solicitavam, «para receberem umas encomendas trazidas por via aérea» (fl. 172v).

Significativas, igualmente as declarações prestadas pela testemunha Ildelfonso Ferreira Lima (fl. 117).

A presença, no Aeroporto de Ibitinga, do carro dos apelantes no dia em que o avião dirigido pelo co-réu Sílvio ali aterrissou é também referida pelas próprias testemunhas arroladas pela defesa (fls. 173 e v/174 e v), a prova dos autos tornando certo que a eles, tal como referido por Sílvio a maconha apreendida pela Polícia Federal era destinada.

Na sentença essa prova foi examinada com acuidade para justificar o convencimento do julgador quanto à procedência da denúncia, e tendo-a como irrepreensível em seus fundamentos que as razões do apelo não têm força para elidir, confirmo-a, negando provimento à apelação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Revisor): A ação policial teve início com a apreensão do avião do apelante em Naviraí, Mato Grosso do Sul. Ali, encontrados vestígios de maconha no avião, o apelante confessou que «desovara» no aeroporto de Ibitinga, em São Paulo, 300 quilos dessa erva tóxica. O Delegado da Polícia Federal em Naviraí comunicou o fato ao Delegado da Polícia Federal em Bauru, e este se deslocou, com dois Agentes, até Ibitinga. Encontrada a maconha, 340 quilos, dirigiram-se os Policiais a um hotel na cidade, onde foram reconhecidos os destinatários.

O avião teria aterrissado em Ibitinga, segundo as testemunhas, por volta de 10h 30min, e foi apreendido em Naviraí às 15h tendo voado, portanto, duas horas e meia, o que vem corroborar a declaração de um piloto comercial juntada à apelação, de que o tempo de voo é esse mesmo.

O esforço desenvolvido pela defesa, primeiro para afastar a competência deste Tribunal, por não haver a denúncia enquadrado a ação do apelante no artigo 18, I, da Lei nº 6.368/76, depois para infirmar a perícia, e joeirar nulidades processuais e, por fim, para confundir os elementos probatórios — faz jus ao brilho do advogado.

Mas o fato essencial que ressaí dos autos não ficou abalado: foi em virtude da apreensão do avião em Naviraí e das declarações do apelante, que a maconha foi encontrada em Ibitinga, sendo presos os receptadores.

Todo o trabalho em torno da prova é uma abundância de sofismas, inclusive sobre a cor do avião, a que as testemunhas não aludiram no auto de prisão em flagrante, pois o que era verde era um automóvel Passat que estivera no aeroporto de Ibitinga, com os dois receptadores da maconha. Também as ilações em torno da quantidade da maconha enviada à perícia, são mero exercício de ilusionismo.

Também não prospera a sustentação da competência do Tribunal Estadual e não deste Tribunal, para conhecer do recurso. O ilustre Juiz abordou com muita propriedade esse aspecto: depois de fixar o envolvimento do apelante e seus comparsas no tráfico internacional, passou a capitular o delito no artigo 12, combinado com o artigo 18, I e III da Lei nº 6.368, na forma do artigo 383 Código de Processo Penal.

Tenho, assim, como irretocável a sentença, inclusive quanto à pena acessória de perda do avião em favor do Estado, e às providências junto ao Ministério da Justiça, tendo em vista ser o apelante paraguaio.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.083 — SP — Registro nº 4.442.075 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Rev.: Ministro Carlos Madeira. Aptes.: Sebastião Benedito Alves e Antônio Saccon Barbosa. Ap-
da.: Justiça pública. Advs.: Dr. Ribamar de Souza Batista e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 30-11-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.325 — MT

(Registro nº 5.622.379)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Revisor: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelantes: Mariano Alcarás e Aparecida de Fátima Brugnoli

Apelada: Justiça Pública

Advogados: Alberto Gonçalves e outro e Zoroastro Constantino Teixeira

EMENTA

Penal. Descaminho. Prova. Apelo em liberdade e prisão-albergue.

1. A materialidade e a autoria ficaram demonstradas inclusive com as prisões em flagrante.

2. Para apelar em liberdade é necessário que os requisitos de primariedade e dos bons antecedentes constem da sentença. Se o processo menciona a prática de outros ilícitos na mesma e em outra Seção Judiciária, é claro que o réu não possui bons antecedentes.

3. A prisão-albergue pressupõe que o réu não seja considerado perigoso — artigo 30, §§ 5º e 6º c/c o artigo 77 do Código Penal.

4. Recursos improvidos.

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 às apelações para 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 agosto de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Reiteiro os termos do relatório de fls. 285/290, que leio.

2. Acrescento haver sido cumprida a diligência e a ré Aparecida de Fátima Brugnoli apresentou razões

dizendo que repudia tudo quanto disse à polícia; não se configurou a co-autoria, pois não teve vontade livre e consciente de concorrer para a ação dos co-réus e inexistiu indispensável nexó psicológico entre os co-autores.

3. O Ministério Público insiste que a apelação é intempestiva e, no mérito, acentua que a apelante esqueceu-se «de um dos elementos objetivos do crime, qual seja, a ação pode ser positiva ou negativa, pretendendo de forma sutil que, na ação de ocultar, não se vislumbra possibilidade de aderir à ação de outrem, no caso, aos demais réus por ser atuação negativa» (fls. 308/9).

4. Com vistas dos autos, o ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Valim Teixeira, reporta-se ao pronunciamento de fls. 281/3 e pede o improvimento do recurso de Aparecida de Fátima Brugnoli.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): A intempestividade do recurso de Aparecida de Fátima Brugnoli é matéria superada pelo julgamento da Turma na Sessão de 18-5-84 (fls. 292/7).

2. A meu sentir, os recursos não merecem prosperar, uma vez que a sentença está fortemente embasada na prova como se pode ver pelos seguintes lances:

«Ê pacífico e comprovado nos autos que os réus Mariano Alcarás e Luiz Joaquim da Silva residiam na mesma casa, em Várzea Grande-MT; ambos são procedentes de Aquidauana-MS e velhos conhecidos. Suas ligações de ordem comercial, no ramo de contrabando, vêm sobejamente evidenciadas.

Da mesma forma, os acusados Aparecida de Fátima Brugnoli e

Donivil Gonçalo da Conceição não eram locadores de «barracos» ou de «cômodos» para os dois primeiros, como quiseram parecer; sua participação no fato delituoso tem caráter grave, de ilicitude constatada. Recebiam em depósito, no exercício de comércio clandestino, mercadoria de procedência estrangeira, de propriedade dos dois outros. A ré chegou a declarar, na fase investigatória, na presença de seu advogado, que «sabia tratar-se de mercadoria irregular, mas quando decidira sair do «negócio», não foi mais possível» (fl. 13). Do mesmo modo, Luiz Joaquim da Silva não hesitou em declarar que Aparecida de Fátima e Donivil Gonçalo recebiam uma certa quantia, não pré-fixada, pelo depósito, pela guarda da mercadoria. Vejam-se a propósito suas declarações, à fl. 52, também prestadas em presença de um de seus advogados.

A mercadoria apreendida na residência de Donivil Gonçalo da Conceição constituía-se de 144 garrafas de uísque de origem estrangeira, 20 caixas de «lança-perfumes», num total de 238 frascos; 1.750 cartuchos calibre 38, CBC e 15 calibre 32, além de revólver Taurus, calibre 32 (auto de fl. 21).

Na residência de Aparecida de Fátima Brugnoli, conforme auto de fl. 22, foram encontradas e apreendidas 182 garrafas intactas de uísque estrangeiro, 4 toca-fitas, quatro aparelhos de telefone e doze frascos de lança-perfumes (três danificados).

As confecções apreendidas diretamente em poder de Mariano Alcarás é que lhe foram restituídas, por serem de procedência nacional.

Só a mercadoria descaminhada foi avaliada em mais de Cr\$ 680.000,00 (em 20-9-82).

Depoimentos testemunhais coligidos denotam os fortes e veementes indícios de que Mariano Alcarás andava em um automóvel Fiat, de cor vermelha, placa de Aquidauana-MS, vendendo mercadorias de procedência estrangeira, em Várzea Grande. Referida viatura foi seguida pela Polícia Federal, que constatou o seu itinerário: residência de Mariano Alcarás e Luiz Joaquim da Silva — residências dos pretensos locadores Aparecida de Fátima e Donivil.

Está patenteado, outrossim, que toda a mercadoria apreendida, produto de descaminho, pertencia a Mariano Alcarás e a Luiz Joaquim da Silva, achando-se tal mercadoria sob a guarda dos dois outros acusados.

A atividade de cooperação de que fala a denúncia, restou fartamente demonstrada. O objetivo comum de ferir os interesses da Administração Pública, o liame subjetivo que indica a consumação delituosa em co-autoria, vem estreitamente de dúvida.

As provas carreadas para os autos convencem-me, plenamente, quanto ao crime de descaminho, imputado aos réus, sendo certo que os dois primeiros receberam e ocultaram, tudo no exercício de atividade comercial, mercadorias oriundas do exterior, em grande quantidade e desacompanhadas de documentação legal, adquiridas pelos dois últimos réus.

A conduta delituosa ajusta-se, pois, ao tipo descrito no artigo 334, parágrafo 1º, letra d, do Código Penal.

Os acusados Mariano Alcarás e Luiz Joaquim da Silva são conhecidos no mundo do contrabando. O primeiro acha-se processado duas vezes neste Juízo e uma vez no Juízo de Mato Grosso do Sul, por fatos dessa natureza.

A Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, informou, pelo telex nº 466/83 — anexo, que Mariano acha-se não-só processado naquele Juízo — autos nº 137/80, mas também indiciado no IPL nº 54/80, em ambos por descaminho.

Ressalte-se que, neste Juízo, Mariano vê-se processado duas vezes, por descaminho que consumou no mesmo ano de 1982. Sua jornada rumo a tal espécie de crime, do conhecimento da Justiça, teve início em 1979.

Seus antecedentes induzem à presunção de que poderá voltar a delinquir.

O acusado Luiz Joaquim da Silva, em que pese seu íntimo relacionamento de amizade com Mariano e envolvimento em negócios escusos como este, consta ser primário, não registrando maus antecedentes.

Também os réus Aparecida de Fátima Brugnoli e Donivil Gonçalo da Conceição têm a seu favor a primariedade e os bons antecedentes. São pessoas radicadas em Várzea Grande, onde exercem atividades lícitas. Donivil é analfabeto. É pessoa jovem.

Todos os acusados se apresentaram como pessoas bem integradas no seio das próprias famílias.

O crime de que são acusados, praticaram-no por ambição, nenhum deles havendo, nem de longe, acenado para o estado de necessidade ou qualquer outra excludente ou dirimente. Tentaram negar a autoria delituosa, não o conseguindo, ante a evidência das provas.

As conseqüências do delito poderiam ser mais graves, não fosse a pronta ação policial, eis que dentre a mercadoria achavam-se 238 frascos de lança-perfumes, que seriam repassados à comunidade, em pre-

juízo moral e sanitário de inúmeras pessoas, além da ofensa aos interesses específicos da Administração Pública, quanto a todos os produtos ilegalmente introduzidos no país e aqui comercializados.

Ante as razões expendidas, constata-se que os elementos existentes no bojo dos autos permitem e impõem a prolação de sentença condenatória.

Isto posto,

Julgo procedente a denúncia, e, reconhecendo provadas autoria e materialidade do crime, cuja responsabilidade penal recai por inteiro nas pessoas dos acusados,

Condeno-os como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, letra d, do Código Penal.

Atendendo as circunstâncias do artigo 42, do Código Penal, supra-analisadas, fixo a pena-base em seu grau mínimo, ou seja, em um ano de reclusão, em relação aos acusados Aparecida de Fátima Brugnoli, Donivil Gonçalo da Conceição e Luiz Joaquim da Silva e em dois anos de reclusão, quanto a Mariano Alcarás.

Não havendo atenuantes ou agravantes genéricas a serem aplicadas, nem causas especiais de aumento ou diminuição, tornas definitivas.

Considerando que os acusados são tecnicamente primários e que, à exceção de Mariano Alcarás, têm bons antecedentes, concedo àqueles o benefício da suspensão condicional da pena aplicada, pelo prazo de três anos, sob as seguintes condições, individualmente:

1. comparecer a este Juízo, trimestralmente;
2. exercer ocupação lícita, fazendo a prova respectiva;

3. não mudar de residência, sem prévia comunicação a este Juízo, onde deve manter endereço atualizado.

Custas pelos condenados.

Lancem-se-lhes os nomes no rol dos culpados» (fls. 201/6).

3. Daguioberto Naves (fl. 140) ratificou integralmente o que havia dito à Polícia, *in verbis*:

«... por volta das 7:00 horas da manhã de hoje o declarante se dirigia para sua Chácara na Estrada de Praia Grande, quando fora abordado por alguns elementos que se identificaram por policiais federais e solicitaram sua colaboração no sentido de testemunhar uma busca que seria realizada num barraco à margem da estrada; que o declarante então se prontificou a colaborar e assistiu quando o policial Monteiro munido de Mandado de Busca adentrou no barraco e ali encontrou grande quantidade de Whisky, lança-perfumes, munição e roupas, sendo que a casa estava guardada pelo indivíduo que mais tarde veio saber chamar-se Donivil Gonçalo da Conceição, que o declarante esclarece ainda que testemunhou quando os policiais relacionaram a mercadoria ali existente e deram voz de prisão em flagrante aos elementos ...» (fl. 9).

José Airton do Nascimento (fl. 139 e v), hóspede da ré, Aparecida, confirma ter visto as garrafas de uísque apreendidas pela Polícia Federal e que estavam em um cômodo a que nunca teve acesso. Os policiais que participaram da diligência narram-na com maior riqueza de pormenores — fls. 142/143v.

De tudo emerge a prova da materialidade e da autoria. O vínculo subjetivo ligando as condutas dos apenados e o comportamento relevante para o resultado, afasta o pre-

tendido pelos apelantes, especialmente Aparecida de Fátima Brugnoli.

4. Importa registrar, ainda, ser incensurável a negativa quanto ao apelo em liberdade e à prisão-albergue, eis que a falta de bons antecedentes por parte do réu Mariano Alcarás ficou consignada na sentença ao esclarecer que se acha processado duas vezes em Mato Grosso e uma vez em Mato Grosso do Sul por fatos da mesma natureza.

E «não tem bons antecedentes o réu, de quem o processo noticia a prática de ilícitos» (RHC nº 59.462-0-RJ, Relator Ministro Rafael Mayer — (in DJ de 18-12-81, pág. 12.939; RHC nº 55.818-6-GO, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, in DJ de 3-3-78).

A periculosidade também ficou apontada na sentença quando assentou que, pelos antecedentes, tudo indica que voltará a delinquir, ajustando-se, assim, ao exigido pelo artigo 30, §§ 5º e 6º e artigo 77 do Código Penal. Conseqüentemente, não tem direito à prisão-albergue.

Dado o exposto, nego provimento aos recursos.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Revisor): Sustenta o apelante Mariano Alcarás não haver nos autos indícios sequer de molde a apontá-lo como autor do delito previsto no artigo 334, § 1º, letra d, do Código Penal. As únicas provas contra ele existentes são os depoimentos dos policiais Hildebrando Afonso da Mata e José Raimundo Monteiro Rocha, sendo o primeiro o condutor, mas que a nada assistiu. O mesmo se poderá dizer do tópico referente ao automóvel Fiat cor vermelha. O veículo não foi apreendido em poder do apelante, nem este foi comprovadamente visto em sua direção.

É de ver-se, porém, que a autoria do delito decorreu do estado de flagrância. E a sua materialidade está comprovada com o Auto de Apreensão às fls. 17/19. O apelante, pelo menos, ocultava mercadoria estrangeira sem cobertura fiscal, conforme previsto no artigo 334, § 1º, letra d, citado. Há provas da ilicitude do depósito, que seria imperioso descaracterizar, não através de declarações fantasiosas, mas de provas cabais.

O apelante está sendo processado em Mato Grosso e em Mato Grosso do Sul por fatos da mesma natureza. É considerado perigoso, tanto que lhe foi negada a prisão-albergue, bem como o direito de apelar livre.

Nego provimento às apelações e confirmo a respeitável sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, bem como pelas achegas trazidas aos autos nas contra-razões do MPF e no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.325 — MT — Registro nº 5.622.379 — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Revisor: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Apelantes: Mariano Alcarás e Aparecida de Fátima Brugnoli. Apelada: Justiça Pública. Advogados: Alberto Gonçalves e outro e Zoroastro Constantino Teixeira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em, 31-8-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.512 — RJ
(Registro nº 8.609.675)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Revisor: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelante: Agrimaldo Pessanha

Apelada: Justiça Pública

Advogados: Drs. Antônio Cruz Brandão e outro

EMENTA

Criminal. Lesão corporal de natureza grave. Artigo 129, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Provada a responsabilidade do acusado pelos ferimentos produzidos na pessoa da vítima, agente da Polícia Federal, quando em serviço de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, confirma-se parcialmente, a sentença condenatória, que vai reformada somente no quantum da pena imposta pelo juiz. No mais, confirma-se a decisão recorrida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, dando prosseguimento ao julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gueiros Leite, por maioria, dar parcial provimento à apelação do acusado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1984 — (Data do Julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro — José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Agrimaldo Pessanha, como incurso nas penas do art.

121, § 2º, inciso V, c/c o art. 12, II do Código Penal, ante a ocorrência do seguinte fato, verbis:

«No dia quatro de junho de 1982, por volta das 23 horas, o denunciado, portando um revólver calibre 38, disparou três tiros contra o agente federal Luiz Carlos Guimarães de Oliveira, na localidade conhecida como Parque Leopoldina, próximo às favelas da Baleeira e Oriente, na cidade de Campos, RJ, causando-lhe as lesões descritas no laudo de fls. 16/19, com o intuito de matá-lo, o que só não conseguiu em virtude do pronto auxílio prestado pelos demais policiais, que com a vítima, ali se achavam cumprindo missão que lhes havia sido atribuída no sentido de reprimir o tráfico de entorpecentes.

O crime foi cometido para assegurar ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, eis que, na ocasião, o denunciado portava considerável quantidade de maconha, tendo percebido que estava na iminência de ser preso em flagrante pela vítima.

Ressalte-se ainda que o denunciado contou com o auxílio eficaz de dois outros indivíduos, que tal como o denunciado trocando tiros com os policiais federais, asseguraram a fuga dos três co-autores, não tendo sido possível, até a presente data, identificar esses dois indivíduos que prestaram auxílio ao crime».

Recebida a denúncia, foi o acusado citado e à fl. 118, interrogado. Seguindo-se a defesa prévia de fl. 121, enumerando as testemunhas à fl. 122. Sumário de acusação consoante às fls. 144/145, 157/158; prova da defesa às fls. 167/171. Superado sem requerimento o prazo das diligências, manifestaram-se as partes na conformidade do art. 406 do Código de Processo Penal, sendo as alegações finais do Ministério Público à fl. 178v, e as da defesa, às fls. 187/189.

A MM. Juíza Federal da 13ª Vara, Dra. Julieta Lídia M. Cunha Lunz, às fls. 207/214, desclassificou o delito para o art. 129, § 1º, III do Código Penal, condenando o acusado à pena de cinco anos de reclusão.

Inconformado, apelou o réu, com as razões de fls. 205/208, arguindo que a colheita da prova não ofereceu dados concretos e indubitáveis da autoria do crime, não podendo prosperar o decreto condenatório que afrontou os elementos probantes dos autos, salientando, afinal, que a pena não poderia ultrapassar do mínimo legal.

Contra-razões à fl. 210.

Subindo os autos, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 215/217, pela confirmação da sentença de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): O apelante insiste na sua tese, assim expressa:

«... não havia, como ainda não há, qualquer prova indubitável de que fosse o recorrente o autor do disparo que atingira a vítima; segundo, porque não existe nos autos qualquer prova que induza à conclusão de que tenha ele qualquer ligação com o tráfico, ou mesmo uso, de qualquer entorpecente» (fl. 205)

Depois de outras considerações, conclui pedindo a sua absolvição, «por não existir prova suficiente para a sua condenação...», ou que lhe seja diminuída a pena para o mínimo legal (fl. 208).

As testemunhas arroladas pela defesa, Irani Viana Coelho das Dores (fl. 168), Joanita Dias de Carvalho (fl. 169), Adalzio Francisco de Oliveira (fl. 170) e Neilton Azevedo Alves (fl. 171), nada sabem sobre os fatos descritos na denúncia. É idêntica a posição da testemunha Amaro Batista (fl. 158) convocada pela acusação, embora no inquérito policial haja informado, que o réu, conhecido pela alcunha de «Dudu»

«...sempre foi pessoa metida a valente sendo comum dar tiros sem mais nem menos; que nunca gostou de negócios com «Dudu»; que conheceu «Dudu» na Favela da Baleeira; que, certa ocasião, dias antes de ser preso, encontrou-se com «Dudu» na Favela da Baleeira, ocasião em que esse indivíduo referenciou ao declarante que havia dado tiros em cima de um «federal»; que «Dudu», referenciou naquela oportunidade que reagiu a tiros contra o policial federal porque portava naquela oportunidade cerca de duzentos e cinquenta gramas de maconha; que «Dudu» confidenciou algumas vezes ao declarante, que possui um revólver calibre trinta e oito e que a ter que ser preso, reage à prisão, preferindo ser morto pela polícia; que quer esclarecer que

«Dudu» confessou que atingiu a tiros o braço do policial federal; que, «Dudu» fala sempre que para ser preso em flagrante, só será conduzido à polícia morto» (fls. 67/68).

Da análise fria da prova dos autos, a conclusão a que se chega é de que o acusado é, de fato, o responsável pelos ferimentos produzidos, por arma de fogo, na pessoa do agente Luiz Carlos.

No «auto de reconhecimento», de fl. 54, ficou bem definida a autoria do delito, tal como apontada pela inicial. Ali está dito que Agrimaldo (ou Dudu), foi reconhecido por Luiz Carlos, «... como o mesmo indivíduo que no dia 4 de junho do corrente ano o alvejou no braço direito, quando desempenhava missão policial...» (fl. 54).

Esse reconhecimento está confirmado pelo depoimento da testemunha Carlos Magno do Egito, à fl. 145.

Desta forma, não há como acolher as razões da apelação. Também os autos confirmam que o acusado não tem bons antecedentes policiais. Ele próprio confirma haver atirado em uma pessoa conhecida por «Jangada», que veio a falecer. Os autos não informam sobre o trânsito em julgado, do ora imputado, de sentença que lhe tenha condenado. Em outras passagens do processo, surge como integrante de grupo traficante de drogas.

A pena que lhe foi imposta neste processo, cinco anos de reclusão, foi pela defesa considerada excessiva. Enquadrado no art. 129, § 1º, inciso III, do Código Penal, teve o réu um castigo fixado no máximo da pena in abstracto. Entendo que seja possível a sua redução para três anos de reclusão, considerando-se que os antecedentes do réu admitem a diminuição de sua pena.

Em razão disso, dou parcial provimento ao recurso do réu somente para reduzir a punição que lhe foi imposta, para três anos de reclusão.

No mais, confirmo a decisão recorrida.

É o meu voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro Costa Lima: Não encontrei prova capaz de ensejar uma condenação.

O fato ocorreu à noite, sem testemunhas, havendo a informação do ofendido de que o agressor tinha:

«... cor escura, usava um gorro na cabeça, bigode ralo, estatura mediana...» (fl. 24).

A ocorrência foi no dia 5-6-82 e no dia 28-7-82, o delegado escrevia:

«Realizamos investigações e diligências diariamente durante, praticamente, um mês, no intuito de apontar a autoria do crime em questão. As investigações se tornaram bastante difíceis, uma vez que os locais citados são redutos de perigosos marginais desta cidade, esconde inclusive meliantes de outras localidades e Estados.

As circunstâncias em que ocorreu o crime, isto é, altas horas da noite e praticamente sem testemunhas, por se tratar de local ermo e com iluminação precária, tornara ainda mais difícil a descoberta do seu autor. Contudo ainda, os investigadores conseguiram um elenco de suspeitos, entre eles o traficante conhecido como «Dudu», e três outros marginais procedentes do Espírito Santo, conhecidos como «Jorginho», «Gerson», e «Tonho Cesário», que atualmente se encontram em lugar completamente ignorado. Entretanto, nada de positivo restou a respeito da participação dos mesmos no crime, já que no atual estágio, fica im-

possível conseguir dados ou qualquer informação com os moradores das vizinhanças do local onde ocorreu o crime, pois os mesmos temem represálias por parte dos marginais» (fl. 36).

Ouvido, o denunciado esclareceu:

«Que, o declarante é conhecido pelo apelido de «Dudu»; que o declarante mora há vinte e nove anos na Rua Azevedo Lima; que o declarante é conhecido na favela da Baleeira, em razão de morar nas suas proximidades; que o declarante conhece vários moradores da favela mencionada; que o declarante nunca teve envolvimento com maconha, tampouco, conhece alguém envolvido; que, o declarante recorda-se que o dia quatro de junho foi uma sexta-feira; que o declarante recorda-se da mencionada data, em decorrência de ter surgido um boato na referida favela, envolvendo o seu nome como autor de um disparo em um policial; que o declarante não sabe exatamente a razão da origem do boato, acreditando que tenha sido a mãe de uma ex-namorada sua; que o declarante, no mencionado dia, levou sua namorada, Itala Miranda, ao Colégio Bitencour; que a namorada do declarante mora num Pombal, situado na Avenida Quinze de Novembro; que, após ter deixado a sua namorada no colégio, o declarante passou a andar no centro da cidade com a sua motocicleta; que o declarante, na motocicleta, inicialmente deu carona a um indivíduo, ou melhor se fez acompanhar de um indivíduo de nome Bere; que, o declarante ficou passeando até as vinte e duas horas e trinta minutos, de motocicleta, ocasião em que retornou ao colégio mencionado, para reencontrar-se com sua namorada; que, após ter deixado a sua namorada em casa, o declarante dirigiu-se a sua residência, che-

gando às vinte e duas horas e quarenta e cinco minutos; que o declarante uma vez em casa, não saiu mais; que o declarante lembra-se que o dia quatro de junho era uma sexta-feira, gravando perfeitamente a data, em razão de ter havido um tiroteio perto de sua casa; que, em razão do boato existente, envolvendo o seu nome como autor do disparo feito no policial, o declarante teve inclusive vontade de se apresentar a esta Divisão; que o declarante não se apresentou a esta Divisão, porque não tinha condições de contratar um advogado; que o declarante nega ter participado do mencionado tiroteio, tampouco ter baleado o policial federal; que, na favela, existe algum boato dizendo que os autores dos disparos foram alguns assaltantes do Espírito Santo que estavam omissiados, na época, na favela mencionada; que o declarante tem conhecimento que os mencionados assaltantes não mais se encontram na referida favela; que o declarante, no ano de mil novecentos e setenta e sete, trocou tiros com um indivíduo apelidado «Jangada»; que o declarante na época portava um revólver calibre vinte e dois; que o declarante foi baleado na perna direita e deu três tiros no citado indivíduo; que Jangada foi encaminhado ao hospital porém posteriormente faleceu; que o declarante encontra-se respondendo o mencionado crime na Justiça Criminal de Campos» (fls. 38/39).

Em outubro de 1982, feito um reconhecimento, a vítima, declarou:

«...Após, transportaram-se todos para a sala onde se encontrava o suspeito, num grupo constituído por Cidinei dos Santos, residente à Rua São Benedito, 34, Goitacaz, Campos-RJ, Gilson Nascimento Virgílio, residente à Rua São Benedito, 34 Goitacaz, Campos-RJ, Sil-

vio Teixeira da Silva, residente à Rua Alfredo Bacher, 266, Alcântara, São Gonçalo-RJ e Gustavo França Izac, residente na Fazenda Cacomanga s/nº, Tapera, Campos-RJ, todos parecidos com o reconhecido, sendo este apontado com presteza e segurança, ou seja a pessoa de Agrimaldo Pessanha» (fl. 54).

Todavia, em Juízo, o advogado Neilton Azevedo Alves (fl. 171) esclareceu:

«Que pouco mais de um ano foi procurado por Agrimaldo para servir como seu advogado em questão pertinente aos fatos de que a denúncia dá notícia. Dada a palavra do Sr. Antônio Cruz Brandão foi perguntado e respondido o seguinte: que o trabalho do depoente se resumiu em acompanhar Agrimaldo Pessanha até as dependências da delegacia federal nesta cidade para assisti-lo durante um ato de «reconhecimento» que estava marcado visando a identificação por um policial que havia sido atingido por um disparo de arma de fogo daquele que o agredira; que na ocasião foram colocadas umas oito pessoas numa sala e depois chamado o policial ferido e este não logrou apontar com segurança aquele que contra ele houvera feito disparo de revólver; que Agrimaldo Pessanha estava colocado entre as pessoas postas diante do agredido; que o delegado que presidiu a diligência de reconhecimento foi o Dr. Eziel Ferreira Santos; que ouviu do Dr. Delegado a afirmativa de que «pela descrição» o agressor só podia ser Agrimaldo; que terminado o reconhecimento, em conversa particular logo em seguida com o depoente, o Dr. Delegado insistiu em dizer que o agressor era mesmo Agrimaldo, só que o soldado referido não queria ou não podia confirmar isso; que o Policial chegou a falar com o depoente que

o fato de não reconhecer Agrimaldo como seu agressor podia ser entendido até como uma maneira de não envolvê-lo num futuro «desaparecimento» de Agrimaldo» (fl. 171).

O agente Marcelino Galvão (fls. 10/11) além de ressaltar a escuridão reinante, lembra que houve troca de tiros entre o agressor e os policiais, tendo aquele fugido de bicicleta, enquanto que o réu possuía motocicleta (fl. 38). As declarações de Amaro Batista (fls. 49 e 67), condenado pelo art. 281 do CP e traficante de tóxicos, têm de ser consideradas com muita reserva, pois nesse campo as quadrilhas procuram eliminar-se e acusam-se mutuamente.

A perícia (fl. 30) menciona que o projétil extraído da vítima é de arma de fogo calibre 38, que é usado pela polícia, embora o particular possa utilizá-la. Pois bem, mesmo depois de tal identificação, a Polícia não cuidou de ir à casa do apelante verificar se ele tinha alguma arma e qual o calibre, porquanto disse ele que possuía um revólver calibre vinte e dois (fl. 39).

Acentue-se ainda que o réu afirmou no interrogatório:

«...que foi submetido a dois reconhecimentos que não tiveram êxito; que poucos dias depois do reconhecimento recebeu três tiros, em virtude do que, foi hospitalizado; que quando saiu do hospital foi prestar esclarecimento na polícia estadual, em Campos, e depois foi à polícia federal, onde foi reconhecido» (fls. 118/119).

Pode o apelante até ser um traficante de tóxico, ter cometido outros crimes, mas, no caso dos autos, não me deparo com prova capaz de ensejar uma condenação, pois há dúvidas, e sérias, de que seja o autor dos disparos.

O órgão do Ministério Público, tendo imputado ao apelante a prática

do ato, deixou de carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer tenha o réu concorrido para a infração penal.

Via de conseqüência, com fundamento no art. 386, VI do Código de Processo Penal absolvo Agrinaldo Pessanha da imputação feita na denúncia.

VOTO VISTA

O Senhor Ministro Gueiros Leite: Apesar da precariedade da prova colhida, conforme bem salientou o Ministro Costa Lima, levo em consideração, na hipótese, as circunstâncias do crime. Não é fácil identificar um acusado que se defronta com a vítima em duelo solitário, tanto mais se esta última, seriamente ferida, não possa detê-lo.

Nesses casos impõe-se ao julgador u'a tarefa árdua e especial, qual seja o aproveitamento da prova em suas minudências, em verdadeiro exame crítico, conforme recomenda o STF, no julgamento do HC nº 57.355 (RTJ nº 93/570 e RT nº 542/433), ao cogitar do reconhecimento de pessoas, que o CPP admite como prova (art. 226 c/c art. 6º, VI) e prova relevante no entender de Frederico Marques (Elementos de Direito Processual Penal, II/334; RT nº 439/321, *apud* Damasio de Jesus, CPP anotado, 4ª ed., 1984, pág. 144).

O ofendido ou vítima apresenta-se, em condições normais, como um sujeito da atividade processual e objeto de prova, quanto a esta quando a atividade delituosa tenha recaído sobre a sua pessoa, de modo que ela forma o corpo de delito, em benefício da materialidade do delito.

Assim, o policial ferido e que esteve frente a frente com o acusado, é fonte de prova e elemento de prova, isto é, indicará todas as provas de que dispõe ou que julga em condições de esclarecer os fatos; e teste-

munha o delito de que se tornou vítima, por percepção pessoal. O policial, como agente da lei e auxiliar da Justiça, tanto pode processualizar as suas informações na qualidade de vítima, como pode fazê-lo, por exemplo, na ocasião do flagrante de descaminho ou como policial-condutor.

Os doutrinadores recomendam, como posição de meio-termo, que não é facultado alhear-se o Juiz às informações da vítima como elemento de prova, tanto mais se estão previstas na lei, se suas informações são partidas de um policial e resultantes de diligência a que estavam vinculado, sendo verossímeis e minuciosas.

Li as declarações do policial ferido e devo dizer que não refogem a esses padrões. Ademais, ele já conhecia o acusado, não sendo difícil identificá-lo. A defesa apenas alega a insuficiência dessa prova para ensejar sentença condenatória, mas seria necessário primeiramente a destruísse, o que não fez. Acho, pois, embora se trate do próprio ofendido, é ele, antes de tudo, um policial. Sendo assim, aquela possível reserva que oporia a um depoimento comum, desaparecerá, passando a revestir-se o mesmo de toda eficácia probante.

Lembro aqui a lição de Chrysolito de Gusmão, quando ponderava sobre certos crimes cuja prova se torna até mesmo impossível, se não se der valor preponderante às informações da própria vítima. Assim é, por exemplo, nos delitos de conjunção carnal, máxime de defloração, onde o testemunho da ofendida, tomado com rigorosa técnica e corroborado pelo exame médico-legal, serve como elemento probante indireto ou indiciário, mas que faz prova irrecusável do delito.

O exemplo é próprio dentro do processo, embora desatualizado em face dos costumes atuais, pois o au-

tor citado escreveu a sua obra (Dos Crimes Sexuais, 2ª ed., pág. 276) em 1934, quando a virgindade ainda não era considerada anti-higiênica, mas antes de tudo um salvo-conduto recomendável à satisfação do machismo latino, tão sofisticado que tocava às raias da excentricidade, conforme tão bem descrita no livro de Piti-grilli, A Virgem de 18 Quilates.

Ponho-me ao lado, pois, de Manzini, alienígena dos bons, enquanto afasto-me de Bento de Farias, para adotar, no Brasil, o apoio definitivo do Ministro Soriano de Souza e de Vicente Piragibe (Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil, 1934, nº 3178), sem falar, ainda, no Juiz Prudente Siqueira, em sentença publicada no RF nº 75/416 — todos citados por Espinola Filho (Código de Processo Penal Brasileiro, anotado, vol. III, 1942, págs. 7/9).

Deixo para trás a bolorenta regra que o direito romano assentara, inserindo no Digesto, L. 22, T. V. I. 10, o fragmento de Pomponius:

Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.

Depois de Florian o reconhecimento, longe de ser apenas um ato instrutório informativo (Manzini, Trattato di Procedura Penale Italiana, vol. 2º, 1914, pág. 341) é, enfim, a prova da identidade física da pessoa ou da coisa, suficiente para o efeito de considerá-lo como meio de prova (Delle Prove Penali, vol. 2º, 1924, pág. 502). Aliás, a Exposição de Motivos apresentada à aprovação presidencial do antigo projeto, proclamava que este «ainda inova quando regula especialmente como meio de prova o reconhecimento de pessoas e coisas».

Acrescente-se que é de eliminar-se o possível valor do reconhecimento quando alguém o tenha feito por si, particularmente, referindo-a à autoridade depois. Recomenda Altavilla (Manuale di Procedura Penale, 1935,

pág. 264) o reconhecimento judiciário, que se proceda sob o controle do juiz. Assim está, igualmente, no art. 226, do CPP, podendo realizar-se no curso da ação penal, ou na fase do inquérito pela autoridade policial. Assim foi feito, à fl. 54 dos autos.

Por fim, leia-se a respeito da personalidade do acusado, às fls. 41/42, verbis:

«Ao longo das investigações policiais o nome do indivíduo conhecido como «Dudu», Agrimaldo Pessanha, se tornou constantemente presente como autor do crime em tela, figurando em todas situações como realmente envolvido e participante do tiroteio ocorrido, o qual passou a merecer fosse investigado mais diretamente por parte dos signatários, surgindo então os seguintes dados: 1. Que o nominado mora a poucos metros do local do acontecimento; 2. Há vários indícios de que o mesmo é um dos grandes traficantes que atuam na localidade e vive exclusivamente dos rendimentos desse comércio, posto que não trabalha e possui carro e motocicleta; 3. Anda constantemente armado, tendo a fama de disparar arma de fogo com bastante facilidade e possui boa pontaria; 4. O nominado é bastante respeitado na favela, por parte dos moradores, que o temem, devido à sua fama naquele meio; 5. Que o mesmo encontra-se envolvido em vários delitos: a) Homicídio contra o motorista de Táxi, Alair Ferreira Pimentel, praticado em agosto de 1978, na cidade de Bom Jesus de Itabapoana, conforme informações prestadas pelo Delegado da SSP/Campos/RJ, 111ª DP, Dr. Davi de Matos e o Policial Plantonista da 122ª DP/Bom Jesus de Itabapoana/RJ, de prenome Edson; b) Homicídio praticado contra um indivíduo conhecido como Jangada, no ano de 1977, nesta cidade, conforme declarações prestadas pelo

mesmo em depoimento nesta Divisão; c) De acordo com investigações realizadas pela 111ª DP/CP/RJ, possivelmente está envolvido, juntamente com o indivíduo conhecido como «Dominguinho» no homicídio praticado contra Paulo Cesar Gomes Arantes, em janeiro de 1981, nesta cidade; d) Várias entradas na 111ª DP/CP, por roubo e envolvimento com entorpecente. Conseqüentemente, o elemento em questão, Agrimaldo Pessanha, é o suspeito que reúne o maior elenco de indícios de ter sido o autor do crime praticado contra o agente federal Luiz Carlos Guimarães de Oliveira» (fls. 41/42)

Ante o exposto e lamentando divergir o eminente Revisor, acompanho o Relator.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.999 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Suscitante: Juiz Federal da 2ª Vara — RJ

Suscitada: Juíza Federal substituta da 1ª Vara — RJ

EMENTA

Competência. Imóvel.

Disputando-se, em diversas ações, a posse parcial de um mesmo imóvel, justificados estão o conhecimento e o julgamento de todas elas pelo mesmo juiz, para se garantir a coerência dos julgados.

Conflito improcedente, declarada a competência do MM. Juiz Federal da 2ª Vara do Rio de Janeiro.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito e declarar competente o MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal do

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.512 — RJ — Registro nº 8.609.675 — Relator: O Sr. Ministro José Cândido. Rev.: Sr. Ministro Costa Lima. Apte.: Agrimaldo Pessanha. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Antônio Cruz Brandão e outro.

Decisão: A Turma, dando prosseguimento ao julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Gueiros Leite, por maioria, vencido o Sr. Ministro Revisor, deu parcial provimento à apelação do acusado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 13-11-84 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro Gueiros Leite votou com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

Rio de Janeiro, suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de setembro de 1982 (Data do julgamento). — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Otto Rocha**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Trata-se de Ação de Reintegração de Posse proposta perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, por Antônio Coelho da Silva contra João Quirino Chabudete e outros, e onde assim despachou a MM. Juíza Federal, Drª Tania de Melo Bastos Heine:

«Pela petição de fl. 87, o INCRA dá ciência de que há, na 2ª Vara Federal uma ação de desapropriação indireta, no momento em grau de recurso para o TFR, do antigo foreiro José Maria Rollas.

Pela certidão de fls. 9/10, o autor desta ação ocupava a casa sede do imóvel «Curral Falso», aforada em nome de José Maria Rollas e Francisco Rollas.

Conclui-se, pois, que a área, objeto desta ação, faz parte da 2ª Vara Federal, pelo que devem ser estes autos remetidos àquela Vara, anotando-se nos registros».

Remetidos que foram os autos, o MM. Juiz Federal, Dr. Ney Magno Valadares, também deu-se por incompetente, entendendo não se configurar a hipótese de continência, nem de conexão, entre a ação anteriormente proposta na 2ª Vara e por ele já julgada, e a ação reintegratória agora ajuizada na 1ª Vara Federal.

Ao suscitar o conflito, assim justifica seu entendimento:

«Em primeiro lugar, cumpre restabelecer a propriedade dos termos, porque a Ação Ordinária proposta por José Maria Rollas contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que tramitou por esta Vara, visava à decretação de nulidade da Deliberação nº 135/68, pela qual a autarquia demandada declarara extinto o aforamento de imóvel situado no

lugar denominado «Curral Falso», na Freguesia de Santa Cruz, nesta cidade. A sentença, prolatada por este Juízo, é que converteu a ação anulatória em ação de indenização por expropriação indireta.

Em segundo lugar, observa-se que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), apesar de citado, não assumiu posição processual definida na Ação de Reintegração de Posse, entre Antônio Coelho da Silva e João Quirino Chabudete e outros, limitando-se, depois de instado pela MM. Juíza suscitada, a proporcionar «dados suficientes para o esclarecimento da situação, reservando-se para falar em defesa de seus interesses no momento devido».

Conclui-se, à vista da exposição feita, que as partes na Ação Ordinária, julgada por este Juízo, não são litisconsortes nem assistentes dos litigantes que integram a relação processual na Ação de Reintegração de Posse, distribuída à 1ª Vara Federal.

Afastada a hipótese de continência, resta saber se existe conexão entre as ações, já referidas. Evidentemente, não se trata de ações conexas, porque o respectivo objeto não é comum, nem existe, entre ambas, identidade de **causa petendi**. A eventual ocorrência de prejudicialidade não serviria de fundamento para que a MM. Juíza suscitada declinasse de sua competência, preventiva pela distribuição, devendo, se fosse o caso, proceder na conformidade do art. 265, inciso IV, do Código de Processo Civil, **verbis**:

«Art. 265. Suspende-se o processo:

I — **omissis**.

II — **omissis**.

III — **omissis**.

IV — quando a sentença de mérito:

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

Estabelecida a distinção entre prejudicialidade e conexão, é evidente que a MM. Juíza suscitada, que tem a sua competência preventiva, pela distribuição, para processar e julgar a Ação de Reintegração de Posse, poderia determinar a suspensão do respectivo processo, até o trânsito em julgado da sentença proferida por este Juízo na Ação Ordinária, entre partes diferentes, evitando, assim, a probabilidade de divergência, na apreciação de questão incidental, tida como prejudicial».

Solicitadas que foram informações à Dr.^a Juíza Federal suscitada, prestou-as às fls. 12/17, com a seguinte conclusão:

«Acredito, ainda, que não só quanto ao objeto (dentro da alteratividade do texto, art. 103 — objeto ou causa de pedir), mas até quanto à **causa petendi** (os fatos jurídicos colocados como fundamentos das demandas, os títulos das ações), as duas demandas devem ser julgadas no mesmo Juízo, pela apensação que deveria ter sido feito dos respectivos processos, como imperativo legal (art. 105), em se tratando de juizes com a mesma competência territorial e havendo, como na hipótese, a prevenção pela procedência do ajuizamento (art. 106).

De qualquer forma, mesmo já tendo sido julgada uma das ações (como se deu no processo originário da 2.^a Vara, com sentença em grau de recurso), nada impede o julgamento, pelo mesmo Juízo, da outra, dentro das condições anali-

sadas, tanto mais que, em face da primeira decisão, até mesmo a coisa julgada material possa vir a existir».

Os autos foram ter à ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, onde recebeu o seguinte Parecer: (lê, fl. 41).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: Entendo, como também entendeu a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que a razão está com a Dra. Juíza Federal suscitada, ao esclarecer em suas informações, verbis:

«Conforme Vossa Excelência poderá verificar da sentença junta, proferida pelo Dr. Ney Magno Valadares, no Processo nº 5.521/73 (ação ordinária proposta por José Maria Rollas contra o INCRA e a União Federal), não somente esse, mas vários outros se constituíram (págs. 8/9), tendo como objeto um mesmo bem imóvel, denominado Curral Falso, parte integrante da Fazenda Nacional de Santa Cruz.

Ao lado dessas ações, todas tramitando na 2.^a Vara Federal (algumas provenientes da Justiça do Estado), encontra-se a de reintegração de posse, promovida por Antônio Coelho da Silva contra João Quirino Chabudete, Daniel Chabudete, Antonio Machado, o INCRA e a União Federal, também visando o resguardo de fatos relacionados com o imóvel Curral Falso, demanda que achei por bem remeter àquele MM. Juiz, para os fins do art. 105, do Código de Processo Civil, isto é, a reunião de ações conexas e propostas em separado, no sentido de um julgamento simultâneo ou, pelo menos, dentro de uma razoável e coerente sucessividade.

O MM. Juiz suscitante assim não entendeu, todavia, mas eu acho, **data venia**, que agi com acerto, levando em conta os seguintes fatos, comuns a todas essas demandas, a saber:

a) No Processo nº 5.521/73 (sentença junta), o autor, José Maria Rollas, sendo detentor do domínio útil de uma maior porção de terras no Curral Falso, pediu fosse anulada a extinção do seu aforamento, levada a efeito pelo INCRA.

Esse terreno encontrava-se parcialmente ocupado por terceiros, entre os quais Antônio Coelho da Silva também litigante (como réu) em ações de reintegração de posse (Processo nº 5.485) e de incidente de atentado, que lhe haviam sido propostas por José Maria Rollas (autor no Processo nº 6.566, que deu lugar ao conflito), provenientes do Juízo da 15ª Vara Cível, do Estado, e na qual ingressou o INCRA (antigo IBRA) com embargos de terceiro.

A vinda dessa ação, da 15ª Vara Cível, não se opôs, **data venia**, o Juiz suscitante, muito embora já se encontrasse, a mesma, em fase de execução (v. sentença junta, pág. 8).

b) Na ação que deu lugar ao conflito (Processo nº 8.565, na 2ª Vara, e 6.566, na 1ª Vara), Antonio Coelho da Silva, dizendo-se possessor legítimo pelo INCRA de alguns hectares de terras no Curral Falso (fl. 9), sustenta haver sido esbulhado por pessoas insufladas por José Maria e Francisco Rollas (João Quirino e Daniel Chabudete e Antônio Machado) e pede, em consequência, a reintegração.

O INCRA foi citado como proprietário direto dos terrenos.

Eis como se situa a questão em torno dessas terras, na versão de Antônio Coelho da Silva:

«A referida área de 2,5 hectares integra outra maior, de 1.599.280,00 metros quadrados, da qual eram foreiros os Srs. José Maria Rollas e Francisco Rollas.

Por inadimplemento destes, o INCRA extinguiu-lhes o aforamento, em 27 de maio de 1969 (Doc. nº 5), mantendo o aforamento em relação à área menor».

(Petição inicial, fl. 2, nº 3).

O INCRA foi chamado ao processo (fls. 14/15). Os réus, ao contestarem, defenderam a situação dos Rollas (especificamente de José Maria), que não se demitiram da posse das terras, vinculando, pois, aquela demanda à outra em curso na 2ª Vara Federal, assim:

«... haveria o impedimento legal (à pretensão de Antônio Coelho da Silva ao aforamento), porquanto o depósito (dos foros feito por Rollas) ocorreu necessariamente em 19 de setembro de 1969, no aceso da lide, ao calor do debate, que se processava na 2ª Vara Federal» (fl. 25, contestação de João Quirino Chabudete).

Quando Antônio Coelho da Silva ajuizou a sua ação de reintegração de posse na 1ª Vara Federal (que deu lugar ao conflito), já estava em curso na 2ª Vara outra dos Rollas contra o INCRA, versando sobre a mesma área, em maior porção é certo, mas atingindo a posse daquele ocupante, o qual, conforme menciona o próprio juiz suscitante na sentença junta (pág. 8), entrara em luta com os Rollas (pelos mesmos motivos e com o mesmo objetivo) no Processo nº 5.485 (outra reintegração) e no incidente de atentado, ambos já referidos.

Quanto ao INCRA, ao falar às fls. 87/88, informou o seguinte:

1. a consolidação do domínio em suas mãos e a conseqüente extinção do aforamento da área do Curral Falso;

2. a transformação do pedido feito pelos Rollas, na 2ª Vara Federal, de anulação de extinção do aforamento em desapropriação indireta;

3. a condição de empregado de Antônio Coelho da Silva (de José Maria Rollas), arvorando-se, por isso, em foreiro do imóvel onde morava e cuja posse guardava;

4. a falsidade do cadastramento feito por Antônio, no INCRA, da posse alegada na ação de que se cuida (2,5 ha.);

5. a qualidade de ocupante de outra área, na mesma localidade, do réu João Quirino Chabudete, mas por mera liberalidade do Coordenador do INCRA. (V. fls. 87/88, Processo nº 6.566 e/ou 8.565).

c) Além dos casos indicados, de ações girando em torno dos mesmos objetos e em que se questionam os mesmos títulos, o Dr. Juiz suscitante menciona vários outros, às págs. 8/9 da sentença junta, de tal modo que achou ele difícil desvincular as soluções daquela que viesse a ser dada na ação referida, em face dos múltiplos interesses conexos:

«Pelo número de ações propostas e pelos incidentes processuais ocorridos, verifica-se que o tumulto criado pelas partes, na disputa de seus interesses, somente pode ser eliminado por um ato de cirurgia jurídica, que suprima os apêndices desnecessários e as discussões processuais, restringindo o debate aos pontos essenciais da questão. Daí a necessidade de uma visão ampla do assunto, que não pode nem deve ser confundido com a prolixidade

na narração dos fatos, porque todos eles foram focalizados, exatamente para que se tornasse possível um juízo seletivo». (V. sentença junta, págs. 9/10).

«Ora, essa «visão ampla» a que se refere, não se restringiu à matéria questionada no processo decidido, de modo que não se justificaria, *data venia*, apenas quanto à ação da 1ª Vara, funcionasse a sua «cirurgia jurídica», para dissociá-la do complexo de ações referidas, sob pena de frustrar-se a coerência dos julgados.

Considerando ilegal a atuação do INCRA, quanto à maneira pela qual extinguiu a enfiteuse em relação aos Rollas, o magistrado da 2ª Vara mandou indenizá-los. E não deixou de tangenciar a situação dos outros interessados nas terras, a saber:

«Os ocupantes, invasores, posseiros, esbulhadores, ou que sejam chamados ao gosto do réu (o INCRA), como pessoas que necessitam de explicações quanto ao cumprimento de uma ordem jurídica, tão válida como qualquer outra ordem judicial — diria eu — os turbadores foram mantidos no imóvel a requerimento do réu (o INCRA), com o seu consentimento e em virtude de sua intervenção». (V. sentença junta, pág. 19).

Trata-se *data venia*, de verdadeiro prejulgamento das outras causas cónexas, no contexto das quais se encontra a ação de Antônio Coelho da Silva que, por isso, não me cabe decidir».

Como se viu, disputa-se, de qualquer sorte, em diversas ações, a posse parcial de um mesmo imóvel, o imóvel «Curral Falso».

Ao propósito, ensina Celso Agrícola Barbi:

«Apesar de a lei não haver dito expressamente, o objeto capaz de levar à conexão entre duas ações é o mediato. Vale dizer, se as diversas demandas versam sobre o mesmo bem, elas são conexas. Podemos tomar como exemplo a ação de reivindicação contra dois possuidores de partes diferentes de um mesmo imóvel» (Coment. ao Cód. de Proc. Civil», vol. I, tomo I, pág. 272).

No caso concreto, em se tratando de mais uma disputa possessória de trato do mesmo imóvel («Curral Falso»), justificados estão o conhecimento e o julgamento pelo Juiz que de outras já conheceu e até decidiu, e evitar-se-á a possibilidade de incoerência de julgados.

Com estas considerações, julgo improcedente o conflito, a fim de declarar competente o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ou seja, o suscitante.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 2.999 — RJ — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Suscte.: Juiz Federal da 2ª Vara — RJ. Suscdo.: Juíza Federal Substituta da 1ª Vara — RJ.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito e declarou competente o MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro, suscitante. (Em 8-9-82 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger e Torreão Braz votaram de acordo com o Relator. Impedido o Sr. Min. Gueiros Leite. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Madeira e Pereira de Paiva. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Lauro Leitão**.

HABEAS CORPUS Nº 5.051 — PR (Registro nº 3.299.171)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Impetrante: Saulo José Carlos Fornielles Martins

Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara

Paciente: Manoel Gomes das Virgens

EMENTA

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Testemunho de policiais.

A lavratura do auto de prisão não há que ser coincidente com a apresentação do preso à autoridade policial.

O que a lei exige, e que foi cumprido, é a comunicação da prisão em flagrante e a expedição de Nota de Culpa ao Juiz competente, nos termos e no prazo do artigo 306 e parágrafo único do CPP.

Repelida a alegação de inidoneidade da prova produzida pelo testemunho de policiais, por improcedente. Precedentes do Pretório Excelso e deste Tribunal.

Repelida, também, a argüição de excesso de prazo para encerramento da instrução, por inexistente.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por 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, 7 de agosto de 1981 (Data do julgamento). — Ministro Otto Rocha, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: O bacharel Saulo José Carlos Fornielles Martins, inscrito na OAB — Seção do Paraná, sob o nº 9.254, impetra a presente ordem de Habeas Corpus em favor de Manoel Gomes das Virgens, devidamente qualificado à fl. 12, e que se encontra recolhido à Prisão Provisória de Curitiba, à ordem e disposição do MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, da Seção Judiciária do Estado do Paraná.

Apoiando-se no art. 153, § 20, da EC nº 1, de 1969, e nos arts. 647, 648 (incisos I, II e V) e 654, do Código de Processo Penal, expõe e requer o seguinte:

«Auto de prisão em flagrante: Manifestamente nulo.

1. Que, o suplicante encontra-se preso e recolhido à Prisão Provisória de Curitiba, à disposição do respeitável Juízo Federal da 1ª Vara, desta Capital, virtude Auto de Prisão em Flagrante, lavrado no dia 12 de maio de 1981, às 14 horas,

na cidade de Foz do Iguaçu (PR), pela Polícia Federal, dessa localidade.

Que, não obstante a isso, aparentemente preso com justa causa, na verdade, está a sofrer sério constrangimento ilegal, no seu jus libertatis, posto que a prisão-custódia, data venia, não está revestida das formalidades legais, redundando em ser peça nula, portanto ineficaz.

E, como ensina o renomado Professor Hélio Tornaghi «Ato nulo é aquele que não produz efeitos até que seja convalidado. Se não for convalidável, se o mal for incurável, não produzirá efeitos nunca» (in Compêndio de Processo Penal, Tomo II, edição 1967, pág. 612).

Vejamos:

a) Salienta do Auto de Prisão em Flagrante que o paciente Manoel Gomes das Virgens, foi preso por volta das 23 horas, do dia 11-5-81, tendo o instrumento respectivo, somente sido lavrado no dia seguinte, ou seja, dia 12, às 14 horas.

Aí, denota-se, a primeira irregularidade, pois consoante dispõe o art. 304 e seu parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, o recolhimento do preso ao xadrez só pode acontecer, depois da autoridade policial lavrar o auto de prisão em flagrante, sendo, de concluir-se, sem medo de erro — ter sido fundamentalmente ilegal —, a custódia do paciente por um lapso de tempo de 15 horas, sem o preenchimento dessa formalidade, que o diploma adjetivo penal vigente, considera essencial.

Caso contrário, não constaria da lei ora enunciada.

b) Por não bastar isso, infere-se, de outra maneira, existir séria, frontal e contundente contradição, entre os depoimentos do condutor Hélio Carlos de Lima (Agente de Polícia Federal) e a do Policial de Serviço na Delegacia (no Plantão e Permanência) Ronaldo Sérgio Abreu da Costa (também Agente de Polícia Federal), arrolado como terceira testemunha, pois, enquanto o primeiro afirma categoricamente:

«... que diante desse fato deu voz de prisão em flagrante ao condutor do veículo Manoel Gomes das Virgens e em seguida encaminhou o preso à autoridade que a este preside».

O segundo,

à sua vez, após declarar que se encontrava de serviço na Delegacia (no Plantão e Permanência), diz textualmente:

«... que juntamente com o preso foi apresentado o veículo já citado; que, após a comunicação à autoridade de plantão, e as medidas de praxe, o preso foi recolhido ao xadrez desta DPF/FI, para a lavratura do competente Auto de Prisão em Flagrante».

Ora, em sendo assim, evidente, que essas versões, por antagônicas e divergentes, não espelham com sinceridade a realidade dos acontecimentos.

Pelo menos uma delas.

A mais correta, no entanto, parece ser a segunda, pois, caso contrário, como se conceber que o paciente tenha ficado na presença da autoridade presidente do auto de prisão em flagrante, sem eira nem beira, por 15 horas sem que nesse lapso de tempo tivesse acontecido a lavratura do auto?

À evidência, data venia, resulta comprovado estreme de dúvidas, no que respeita a essa circunstân-

cia, que o policial condutor do paciente, lamentavelmente, faltou com a expressão da verdade, e por via de consequência, com o seu dever também, pois, com esse comportamento irregular, deixou efetivamente de apresentar o preso à autoridade policial judiciária, como de forma categórica lhe impunha e impõe a lei processual penal em vigor.

Apenas, força é convir, apresentou o acusado ao Agente de Polícia Federal, de plantão, na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu (PR).

Sobre o assunto, o ilustre Professor Fernando da Costa Tourinho Filho, disserta com propriedade, verbis:

«O auto de prisão em flagrante deve ser lavrado no instante mesmo em que o conduzido é apresentado à autoridade policial. É certo não existir preceito expresso. Entretanto, pela redação do art. 304 do Código de Processo Penal, se subentende tenha sido esta a vontade do legislador. Não teria cabimento que o condutor acompanhado do conduzido e das testemunhas se apresentasse à autoridade e esta dispensasse as testemunhas e o condutor para, no dia imediato, lavrar o flagrante» (in Processo Penal, 3º vol., edição de 1975, pág. 271).

Nesse sentido, de sublinhar-se, a jurisprudência, não discrepa:

«Ilegal é o auto de flagrante lavrado no dia seguinte ao da prisão, não ocorrendo necessidade invencível para justificar o adiamento de sua lavratura» (obra citada, pág. 273-RF vol. 152).

Igual entendimento já foi manifestado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso de Habeas Corpus nº 47.938-MG (2ª Turma), in verbis:

«Prisão em flagrante que não atendeu às condições previstas no art. 304 do Código de Processo Penal — Recurso provido».

.....
 «Nulidade do auto de prisão em flagrante, por não atender às condições previstas no art. 304 do Código de Processo Penal» (in RTJ nº 54/728).

De tal modo, infelizmente, o Auto de Prisão em Flagrante, é ilegal, como também, nulo, posto que não retrata com fidelidade os fatos havidos. O acusado, é bem de ver-se, logo após a sua prisão, não foi imediatamente apresentado à autoridade competente, como declarou o condutor, mas, sem razão, apresentado ao policial de plantão, que o recolheu ao xadrez, pura e simplesmente.

.....
 «O sistema da imediata apresentação do preso à autoridade judiciária é adotado em quase todo o mundo. No Brasil a apresentação se faz, em caso de flagrante, à «autoridade competente» para a lavratura do respectivo auto. E, como a autuação do flagrante é uma das formas de iniciar o inquérito, a autoridade competente, a que refere o art. 303, caput, é a policial (Código de Processo Penal, arts. 4º e 8º — in compêndio de Processo Penal, Tomo II, edição de 1967, pág. 1212, do ilustre Professor Hélio Tornaghi).

Todos esses argumentos já foram expendidos para o nobre e probo Doutor Juiz Federal da 1ª Vara, desta Capital, mas, sua Excelência, em respeitável despacho de fl. 80/80v, surpreendentemente, entende de modo diverso, a nosso ver, decidindo inclusive contra **legem**, pois, seguramente afirma não haver nenhum mal se a terceira testemunha o policial de plantão substituiu a expressão «pre-

sentação» por «comunicação», dada à reserva de fé pública, reconhecida aos agentes da administração pública...

Mas, não disse o digno Magistrado que apresentação — ação ou resultado de apresentar — é «por adiante; à vista, introduzir uma pessoa; exhibir... (in Dicionário-Mor da Língua Portuguesa, primeiro volume, pág. 229, de supervisão geral do ilustre Professor Cândido de Oliveira, Edição Livro-Mor Editora Ltda., edição 1967).

E que

Comunicação é ato ou resultado ou meio de comunicar. Aviso, informação; participação. Ato de transmitir uma ordem ou reclamação (obra citada, primeiro volume, pág. 620).

E que por aí se vê, data venia, duas situações claras e antagônicas, difíceis de serem substituídas ou confundidas.

Se assim foram usadas é de solar evidência que não podem pre- valecer.

Mas, tudo leva a crer como já afirmado que a terceira testemunha tenha falado a verdade, ao passo que o condutor do paciente não.

Pois, a subsistir interpretação diversa, da que foi dada por ela, ter-se-ia um esdrúxulo posicionamento, porque não se pode conceber que o paciente tenha ficado, em frente da autoridade policial presidente do auto de prisão em flagrante, por 15 horas, ou seja, das 23 horas do dia 11-5-81, até as 14 horas do dia 12-5-81, sem que se lavrasse o instrumento.

Essa estranha circunstância sequer foi examinada pelo respeitável despacho de fl. 80/80v, inobstante, exaustivamente ser o fundamento da súplica intentada pelo paciente (petitório de fls. 54 usque

60), junto ao nobre e digno Doutor Juiz Federal da 1ª Vara, desta Capital.

2. Que, afora esse vício de fundo, que não é formal, devido acatamento, causa espécie o fato de só deporem no Auto de Prisão em Flagrante «policiais» da própria Delegacia, providência sem dúvida inconcebível, já que é público e notório, que a Ponte Internacional da Amizade (onde teria ocorrido a prisão do acusado), localizada na fronteira Brasil-Paraguai, tem regularmente uma intensa movimentação de pessoas, estando, também aí, de outra parte, localizados outros serviços públicos, além dos que costumeiramente são operados pela Polícia Federal.

Tanto mais quando de há muito está assente na doutrina que «todos os tratadistas que se ocuparam do estudo da prova testemunhal foram unânimes em assinalar a sua fragilidade e acentuar que as testemunhas devem ser insuspeitas, idôneas e dignas de fé» (in da Prisão em Flagrante, edição Saraiva 1980, do Professor Tales Castelo Branco, págs. 103/104).

De outro lado, versando questão idêntica, a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em brilhante Acórdão, datado de 26-7-72, lavrou a seguinte observação:

«Muito abuso tem sido praticado ultimamente, por maus policiais, a pretexto de repressão ou tráfico e vício de substâncias tóxicas. Reiteradas vezes este Tribunal tem profligado esse incorreto, insólito e arbitrário procedimento. Não obstante, a polícia continua fazendo ouvidos moucos. Dia-a-dia reparam-se flagrantes, na presença de inúmeras pessoas estranhas a seus quadros e apenas depõem policiais». «Por isso mesmo, a jurisprudência, até há pouco inteira-

mente dominante, unânime quase, no sentido da não-suspeição dos depoimentos dos investigadores e outros funcionários da polícia, vai se alterando». «Referidas testemunhas têm sido sistematicamente repudiadas como suspeitas, sempre que, embora possível (como no caso em tela) não é recrutada prova testemunhal estranha aos quadros da Secretaria de Segurança Pública» (RT nº 447/353, in a Defesa na Polícia e em Juízo, 5ª edição 1980, pág. 203, do Professor José Barcelos de Souza).

3. Que, *mutatis mutandis*, ainda que assim não fosse, «a nova sistemática legal (Lei nº 6.416, de 1977) não se satisfaz mais, para a subsistência da prisão em flagrante, com um auto revestido de todas as formalidades legais, exigindo, além disso, que se demonstre, de forma satisfatória, a necessidade desta prisão em face da existência dos requisitos objetivos e subjetivos autorizadores da decretação de prisão preventiva. Afastados tais requisitos, a prisão cautelar mostra-se desnecessária e nenhum constrangimento à liberdade de ir e vir do cidadão encontra, então, motivação» (in da Prisão em Flagrante, edição Saraiva 1980, do Professor Tales Castelo Branco, pág. 308).

Ora, do exame dos autos constatada-se sem qualquer esforço, que o acusado é primário, com efeito, um «inocente útil», ingênuo e desinformado, não sendo, por isso mesmo, um criminoso em potencial.

Tem profissão definida e residência fixa.

O fato em si (de salientar-se), lhe atribuído, não exhibe um teor de gravidade que chegue a desencadear uma aparente perturbação da ordem pública. Tampouco, há indícios de que tenha procurado di-

ficular o esclarecimento cabal da ação investigatória. A atitude por ele empreendida não passa de uma circunstância única e isolada em sua vida, não se justificando, de modo algum, um prejulgamento de que pretenda subtrair-se a ação da Justiça.

O paciente vive com Terezinha Gomes da Silva, portadora do Título de Eleitor, inscrição nº 6.193 do Juízo Eleitoral da 120ª Zona — com sede na Comarca de Formosa D'Oeste, PR, acerca de 15 anos, tendo nascido dessa união Lucilene Gomes da Silva, com 9 anos de idade.

Além dessa filha, o casal ainda cria outras duas crianças: Lucileide Gomes da Silva, de 6 anos de idade; e Luciano Aparecido Gomes da Silva, de 5 meses de idade (certidões acostadas aos autos).

Já trabalhou como Inspetor de Quarteirão na cidade de Céu Azul, sob as ordens do Ten.-Cel. Vilson Irajá Taborda Ribas, da Polícia Militar deste Estado.

Nas eleições de 1976 e 1978, no município de Nova Aurora, exerceu as funções de fiscal da extinta ARENA.

Não pretende como já afirmado, fugir à ação da Justiça pois, se assim não fosse, no momento da prisão, teria resistido ou empreendido fuga.

Dessa maneira não agiu, porque efetivamente se trata de pessoa pacata, ordeira, sendo esta a primeira e única vez que teve envolvimento com a Polícia.

Pretende tão-somente responder o processo em liberdade, para que trabalhando possa prover a subsistência material, como sempre o fez, honestamente, da mulher e filhos.

4. Que, finalmente, por outro motivo, o paciente já está a so-

frer grave constrangimento ilegal, pois, conforme está comprovado, responde a presente Ação Criminal de nº 1.459/81 juntamente com o co-réu Juraci Rufino dos Santos, o qual segundo está noticiado nos autos, encontra-se solto, tendo o Meritíssimo Doutor Juiz processante, marcado o seu interrogatório somente para o dia 29 de julho do ano em curso, às 13:30 horas (fl. 73).

De tal modo, está mais que seguro, que a instrução criminal não encerrar-se-á dentro do prazo determinado no art. 401 do Código de Processo Penal, porque, há que se aguardar a citação do mesmo e após esta, a data do interrogatório, não é mesmo?

Por isso, de que adianta a assertiva do nobre e culto Doutor Juiz de que se ocorrer o excesso de prazo, reexaminará a legalidade da continuação da custódia do paciente, se a priori, data máxima venia, já está a ocorrer e praticamente já se pode ter como consumado?

É para se indagar?

A Lei, ora a Lei...

O Estado no dizer de Costa Manso — «exige respeito à Lei por ele promulgada não deve pois, ordenar ao cidadão que infrinja, para só depois conhecer o seu alcance» (in Ação Declaratória de acordo com o novo Código de Processo Civil, de Cristiano Almeida do Vale, edição de 1975, pág. 6).

Acrescente-se a isso, a circunstância de que as testemunhas não residem nesta comarca e haverão de ser inquiridas por deprecada.

Assim,

Ante o exposto

Com profundo respeito, requer:

1. Se reconheça as nulidades apontadas, decretando-se, conse-

qüentemente, a nulidade do Auto de Prisão em Flagrante Delito, virtude conter vício substancial, sendo por isso mesmo, peça ineficaz, sem qualquer efeito.

Ou

2. Face estar provada sua residência fixa, pelo atestado firmado pela 6ª Subdivisão Policial de Foz do Iguaçu (PR), sua profissão definida, qual seja, de corretor autônomo de imóveis, reconhecida pela própria denúncia do ilustrado Procurador da República, ser primário e de bons antecedentes, conforme atestam as certidões de fls. e fls. — o relaxamento da prisão — concedendo-lhe a liberdade provisória, mediante a prestação de fiança em grau mínimo, pois,

«Se o acusado, depois de condenado, pode aguardar em liberdade o desenvolvimento do processo, com mais forte razão ainda, antes da propositura da ação penal, pode permanecer solto a despeito da lavratura da prisão em flagrante» (In RT. vols. 478/289-91).

E também por incorrer qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 6.416, de 24-5-77).

Todavia, em qualquer dos casos, respeitosamente, mandando expedir incontinenti, a favor do paciente Manoel Gomes das Virgens, retro qualificado, o indispensável Alvará de Soltura, por ser ato da mais pura e lidima justiça».

Acompanharam a peça vestibular os documentos de fls. 10/92.

Solicitadas que foram (telex de fl. 94), vieram as informações através do Of. nº 310/81, nestes termos: (lê, fls. 96/98).

Acompanharam as informações os documentos de fls. 99/108.

Os autos foram à Subprocuradoria-Geral da República que opinou,

através de Parecer da lavra do ilustrado Subprocurador-Geral, Dr. Hélio Pinheiro da Silva, pela denegação da ordem (fls. 110/114).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: Sem razão o paciente ao entender nulo o flagrante, por ter o respectivo instrumento somente sido lavrado no dia seguinte, às 14 horas, quando fora preso por volta das 23:00 (vinte e três) horas do dia anterior.

Em verdade, não exige a lei que a lavratura do auto de prisão seja coincidente com a apresentação do preso à autoridade policial.

Preliminarmente, a autoridade policial toma o depoimento do conduzido, dos condutores e das testemunhas, para em seguida determinar a lavratura do auto de prisão.

Ora, no caso concreto, como se viu, o paciente fora preso por volta das 23:00 (vinte e três) horas do dia 11-5-81, prestes a terminar o dia, só podendo a lavratura do auto de prisão ser concluída no dia seguinte, dia 12, como o foi, às 14 horas.

O que a lei exige é que a autoridade policial, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, faça a comunicação deste ao juiz competente, bem como expeça a Nota de Culpa, nos termos do art. 306 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

Aqui, esta formalidade foi cumprida, antes de decorridas as 24 horas previstas pelo supracitado dispositivo da lei processual.

De outra parte, improcede a argüida nulidade do flagrante pelo fato de só deporem os policiais da própria Delegacia.

Pronunciando-se nestes autos, diz o Dr. Hélio Pinheiro da Silva, subscritor do douto Parecer de fls. 110/114:

«O Pretório Excelso tem repellido, por sua improcedência, a alegação de inidoneidade da prova produzida pelo testemunho de policiais, valendo por oportuno, citar decisão proferida no julgamento do Rc. Criminal nº 86.926-PR, de que foi Relator o insigne Ministro Cordeiro Guerra, e cuja ementa diz:

«.....
Os agentes policiais podem ser testemunhas, e são presumivelmente idôneos por exercerem função pública de relevante interesse social» (DJ 2-10-77, pág. 7381).

Também o Egrégio Tribunal Federal de Recursos assim tem entendido, sendo exemplo disso a decisão prolatada no julgamento da Ap. Crim. nº 3.361-RS, Relator o preclaro Ministro Carlos Mário Veloso, e que tem a seguinte ementa:

«Penal. Prova. Código Penal, art. 281 com a redação da Lei nº 5.726/71.

I — Prova testemunhal que, inobstante ter sido produzida praticamente através do depoimento dos policiais que efetuaram a diligência, casa-se com o narrado pelo próprio acusado, que ademais, está sendo processado por crime idêntico — tráfico de drogas.

II — Recurso provido apenas para reduzir a pena para dois anos de reclusão» (DJ 1-8-77, pág. 5170)».

Desprocede, também, a alegação de que o local em que foi feita a prisão (Ponte Internacional da Amizade), localizada na fronteira Brasil-Paraguai, tem, regularmente, intensa movimentação. Isto porque, dado o avançado da hora em que se deu a prisão do paciente, 23 (vinte e três) horas, tudo indicava que o local es-

taria ermo, não permitindo aos agentes policiais arrolarem testemunhas.

Entende o paciente que, no caso, a prisão cautelar «mostra-se desnecessária, por ser ele primário e de bons antecedentes».

Neste particular, ao prestar suas informações, esclarece o Dr. Juiz Federal:

«Por todos esses motivos, realçando que o réu reside em Foz do Iguaçu, como tem acontecido em outros tantos casos, facilmente podendo homiziar-se no território paraguaio, quer por conveniência da instrução, seja para assegurar a aplicação da lei penal, nesta fase processual, convencido da inopertunidade da liberdade do paciente, foi que indeferi os pedidos de fiança e de «relaxamento da prisão».

Finalmente, pretende o paciente que se conceda a ordem por entender que o prazo para encerramento da instrução criminal será por certo ultrapassado, pois responde ação criminal com o co-réu Juraci Rufino dos Santos, o qual encontra-se solto.

Desprocede tal pretensão, pois tal excesso funda-se em mera suspeita, esvaída na cautela demonstrada pelo Dr. Juiz, ao prestar suas informações, verbis:

«2. Como o co-réu, encontra-se em liberdade, antes de decidir a respeito da prisão preventiva do mesmo, requerida pelo nobre agente do «parquet» (doc. IV), marquei data para o interrogatório daquele para 29 de julho vindouro. A elasticidade da data se justifica porque o ato depende de precatória, no caso consubstanciando o «motivo de força maior» (arts. 402 e 403, CPP), embora tenha, por telefone, encarecido urgência ao MM. Juiz de Direito deprecado (Comarca de Foz do Iguaçu). Pois, desde logo, se o réu não for locali-

zado (hipótese bastante viável), sem esperar aquela data, cuidarei da citação editalícia e da conveniência de separação ou não dos processos (art. 80, CPP)».

Com estas considerações e coerente com pronunciamentos meus, em hipóteses semelhantes, sou obrigado a denegar a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.051 — PR — Registro nº 3.299.171 — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Impete.: Saulo José Carlos For-

nielles Martins. Impdo.: Juízo Federal da 1ª Vara. Pacte.: Manoel Gomes das Virgens.

Decisão: A Turma, à unanimidade, denegou a ordem. (Em 7-8-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Sebastião Reis votaram com o Relator. O Sr. Ministro Sebastião Reis compareceu para compor quorum regimental. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Ministros Peçanha Martins e Lauro Leitão. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.514 — DF (Registro nº 3.236.382)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — DF

Apelante: União Federal

Apelada: Indiana Calçados Ltda.

Advogado: Dr. Ronaldo Ribeiro de Faria

EMENTA

Processual. Mandado de Segurança. Licitação. Pedido prejudicado. Carência de ação.

Em se tratando de competição pública, como é a licitação, e não havendo vício que a contamine ex radice, nem se possa atribuir aos outros competidores, o interessado tem de ajuizar a ação mandamental a tempo de impedir que, pela evolução dos fatos, o juiz pode obstar pela medida liminar, sobrevenha direito de algum desses concorrentes, sob pena de ficar prejudicado o pedido na via mandamental (art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51).

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, reformar a sentença, para denegar a segurança; prejudicado o recurso voluntário, na forma do relató-

rio e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: A empresa apelada candidatou-se à licitação aberta pela Diretoria de Material de Intendência do Ministério do Exército, porém teve sua inscrição vetada pela Comissão respectiva, inicialmente, por não haver apresentado o documento de quitação com o serviço militar, relativamente a um de seus sócios. Argumentou que esse sócio estava desobrigado do serviço militar, visto já contar 66 anos, mas não obteve êxito, sendo-lhe assinado prazo de 24 horas para exibir o documento. Envidou esforços e o conseguiu (fl. 55). Todavia, ainda permaneceu mantida fora do certame, porque o documento foi obtido depois da data prevista para qualificação dos concorrentes.

2. Ajuizou, então, a presente ação de mandado de segurança, solicitando:

«Pelos fatos provados e pelas razões sumariadas de teses jurídicas mansas e pacíficas, quando não de leis, instruções e do próprio Edital, a impetrante requer que o presente seja processado com concessão de Medida Liminar nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, notificando-se a autoridade coatora a que preste informações, anule imediatamente a sessão de abertura das propostas e atos seguintes, para que se convoquem novas propostas, prosseguindo o procedimento com a participação da impetrante» (fl. 8).

3. A sentença de 1º grau, após afastar a preliminar, suscitada pelo Ministério Público, de carência de ação por existir recurso administrativo de efeito suspensivo, acolheu o pedido pelo mérito, *in verbis*:

«Esclarece a própria autoridade coatora ter a impetrante sido afastada definitivamente da concorrência por não ter providenciado a re-

gularidade da situação militar de seu sócio Pedro Militão dos Reis, já com 66 (sessenta e seis) anos de idade. Ora, tal documento nem sequer poderia ter sido exigido da impetrante face ao disposto no artigo 5º, *caput*, da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, *verbis*:

«Art. 5º A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos».

Há muito já havia desaparecido a obrigação do Sr. Pedro Militão para com o Serviço Militar. Como não havia nenhuma dúvida sobre a idade do aludido sócio da impetrante porque é a própria autoridade coatora que confessa ser a idade dele de 66 anos, não se poderia exigir da impetrante a juntada de qualquer documento para comprovar a regularidade de situação militar do Sr. Pedro Militão. A desobrigação deste para com o Serviço Militar, não é dada por atestado. Ela decorre da lei e a impetrante não poderia ser afastada por falta de juntada de documento supérfluo. Caso houvesse alguma dúvida sobre a idade do sócio da impetrante, bastaria a autoridade administrativa ter exigido a apresentação da Carteira de Identidade dele. Mas, mesmo assim, a autoridade administrativa exigiu a apresentação de prova de isenção com o Serviço Militar e a impetrante apresentou o atestado exigido (doc. de fl. 55). Como a data inicial fixada pela autoridade administrativa para a entrega de documentos era 10 de abril e o referido atestado só foi oferecido 16 (dezeses) dias depois, ou seja no dia 26 do mesmo mês, foi a impetrante inabilitada sob o fundamento de que a apresentação do aludido

atestado tinha de ser até o dia 10 de abril. Ora, a exigência de junta do citado documento foi feita pela autoridade administrativa bem depois do dia 10 de abril. Verifica-se pelo documento de fl. 27/27v, firmado pelo Presidente da Comissão de Licitação que: «Poderão ainda ser exigidos, em qualquer época ou oportunidade, documentos ou informações complementares». Estabelece também o artigo 16 das Normas Gerais, da Diretoria de Material de Intendência (doc. de fls. 29/30) que a «A Comissão de Licitação poderá solicitar a apresentação de outros documentos se assim julgar conveniente...». O documento poderia ser apresentado após o dia 10 de abril.

A autoridade administrativa exigiu a apresentação do atestado de fl. 55 e ele foi apresentado no prazo por ela marcado e não se pode admitir o afastamento da impetrante por ter juntado depois da data de entrega dos envelopes-propostas, um documento que nem sequer poderia ter sido exigido e, principalmente porque a própria exigência de sua apresentação foi feita depois de tal data.

O fato de não ter sido anulada tempestivamente, «a sessão de abertura das propostas e atos seguintes, para que fossem convocadas novas propostas, prosseguindo-se o procedimento com a participação da impetrante» não pode prejudicar a impetrante. Esta não teve culpa e deve ser ressarcida ainda que seja por perdas e danos. O que não se pode é lhe negar a segurança.

Isto posto,

Concedo a segurança» (fls. 84/85).

4. Inconformado, apelou o Ministério Público Federal com as razões de fls. 90/92, fundadas, em síntese,

em que a partir dos 45 anos o cidadão se desobriga da prestação do serviço militar em tempo de paz, mas não se livra do dever de exhibir a quitação ou a isenção, o que foi feito depois do prazo do edital.

Não houve resposta.

5. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 97/99, pelo provimento.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Como resulta do pedido e da conclusão da v. sentença apelada, lidos no Relatório, a impetração foi formulada quando, pelo não-encaminhamento regular do recurso da impetrante na esfera administrativa, o qual teria, inclusive, efeito suspensivo — já a Comissão de Licitação deira por finda a fase de inscrição e abrisa as propostas das outras empresas. Bem por isto o pedido foi no sentido de que se anulasse a sessão de abertura das propostas e «atos seguintes» (fl. 8); e a sentença conclui pela necessidade de que a impetrante seja ressarcida, ainda que por perdas e danos.

2. Entendo, destarte, que a ação já estava prejudicada quando do ajuizamento, visto que sobreviera situação de fato irremovível. A menos que o pedido tivesse por fundamento algum vício que importasse na nulidade de toda a licitação, como foi o caso de igual providência promovida pelo IBDF e recentemente examinada por esta Turma (AMS 102.095-DF, julgado em 6-12-83).

3. No caso, não há dúvida de que a exigência administrativa era sem fundamento legal, como bem entendeu o ilustre Dr. Juiz. Mas a impetração, mesmo que houvesse sido devidamente processada, com a convocação ao feito das empresas concorrentes, como litisconsortes neces-

sários, teria de vir a Juízo antes da consumação da abertura das propostas e ser amparada por medida liminar que impedisse essa consumação, pois, segundo lição que nos deixou o saudoso Castro Nunes, esse é o objetivo primordial do mandado de segurança — impedir que, pela evolução dos fatos, sobrevenha situação irremovível pelo simples mandado, como é precisamente o caso. A abertura das propostas deu ensejo ao surgimento de direito de terceiros não responsáveis pela ilegalidade de que se queixa a impetrante. Assim, anulá-la seria suprimir, sem base legal, esse direito. O próprio art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51 leva a essa conclusão.

4. O pedido estava, portanto, prejudicado na via mandamental, ou se tornara legalmente impossível, ao vir a Juízo. A impetrante era carecedora da ação mandamental, visto que esta não tem efeitos reparatórios (Súmula nº 271 do STF).

5. Isto posto, dou provimento à remessa oficial para julgar a impetrante carecedora da ação e cassar

o «writ», ressaltando-lhe, porém, a possibilidade de reclamar, em processo próprio, a reparação civil a que se julgar com direito. Prejudicado o recurso voluntário do Ministério Público.

E o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.514 — DF — Registro nº 3.236.382 — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara-DF. Apelante: União Federal. Apelada: Indiana Calçados Ltda. Advogado: Ronaldo Ribeiro de Faria.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença, para denegar a segurança; prejudicado o recurso voluntário, tudo nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 28-9-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.549 — PB

(Registro nº 3.236.102)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: Claudia Uchoa Fernandes de Carvalho

Apelada: Universidade Federal da Paraíba

Advogados: Drs. Manuel Batista de Medeiros e outros e José Alves de Oliveira

EMENTA

Administrativo. Concurso público. Professor universitário.

— Injustificável a insurgência do candidato com relação a alteração no Edital, se este ocorreu anteriormente a sua inscrição no concurso. Também, o cômputo e a valoração de certo título, é matéria que escapa ao âmbito restrito do mandado de segurança.

— 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, 10 de abril de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezini: Trata-se de apelação da r. sentença de primeiro grau, que em mandado de segurança impetrado por Cláudia Uchoa Fernandes de Carvalho, contra a Universidade da Paraíba, denegou a ordem, ao sustentáculo de a interessada, não logrando a pontuação de suas concorrentes, deixou de ser classificada, enquanto que o cômputo e valoração de certo título apresentado é matéria incabível na via eleita.

As alegações iniciais da impetrante são contra os critérios do concurso para o emprego de professor colaborador, alegando que lhe foi desprezado, determinado título, para a contagem de pontos, além da exigência de exame oral, que não era originariamente previsto.

Os fundamentos da apelação de fls. são a repetição dos argumentos da inicial.

Sem contra-razões, subiram os autos, onde, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República se pronuncia pela manutenção da v. sentença apelada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezini: Sr. Presidente, os fundamentos básicos da presente impetração e da apelação, estão em que se deixou de proceder a contagem exata de prova de títulos, sendo desprezado um deles apresentado pela autora, o que a levou a obter notas menores do que as outras candidatas e, em conseqüência, não obter a classificação desejada para o concurso de professor colaborador da Universidade Federal da Paraíba.

Outro fato alegado, foi a exigência de exame oral, originariamente não previsto nas normas do concurso.

Verifica-se que a sentença de primeiro grau ao não conceder da segurança agiu com inteiro acerto.

Com efeito, ao contrário do afirmado pela autora que a exigência de prova oral se deu extemporaneamente à publicação do edital, vê-se pela prova dos autos que a candidata, ora apelante, se inscreveu em 12-3-80, quando já estava publicada, deste 5-3-80, a retificação do edital de 29-2-80, estabelecendo a exigência da prova oral, pelo que, não pode a autora alegar a falta de conhecimento de tal alteração.

Quanto ao cômputo e valoração de certo título é matéria que escapa ao âmbito restrito do Mandado de Segurança, porque se firma em critérios estabelecidos pela comissão examinadora.

A meu ver, não há direito líquido e certo a proteger.

Nego provimento ao apelo.

Mantenho integralmente a r. decisão de primeiro grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.549 — PB — Registro nº 3.236.102 — Rel.: O Sr. Ministro Flaque Scartezzini. Apte.: Claudia Uchoa Fernandes de Carvalho. Apda.: Universidade Federal da Paraíba. Advs.: Drs. Manuel Batista de Medeiros e outros e José Alves de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 10-4-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.152 — PB
(Registro nº 3.262.170)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Apelante: Maria do Perpétuo Socorro do Nascimento Silva

Apelada: Universidade Federal da Paraíba

Advogados: Drs. Aldo Moraes Alves e outro e Fenelon Medeiros Filho

EMENTA

Administrativo. Mandado de Segurança. Seleção para contratação de professor colaborador. Legitimidade das decisões do CONSEPE e do Conselho Universitário da UFPB.

I — Edital de concurso contendo exigências não previstas em lei. Legitimidade do ato que declarou a anulação do processo seletivo realizado e inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pelo mandamus.

II — Sentença que se confirma.

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, 18 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária da Paraíba, Dr. Rivalvo Costa, assim sintetizou a hipótese de que tratam os autos:

«Maria do Perpétuo Socorro do Nascimento Silva, brasileira, solteira, cirurgiã-dentista, residente e domiciliada nesta Capital, à Rua Luiz Lianza, nº 659, Bairro dos Expedicionários, impetrou segurança contra ato do Conselho Universitário, da UFPB, que anulou seleção para o cargo de «Professor Colaborador» da disciplina Anatomia, do Departamento de Morfologia do

Centro de Ciências da Saúde, e para ser restabelecida a decisão do Conselho Superior de Ensino e Pesquisa que classificou a impetrante, em 1º lugar.

Em resumo, os fatos são os seguintes:

a) a seleção para o preenchimento da vaga de professor colaborador, em causa, constou, além do exame de títulos como dispõe a Resolução do CONSEPE de uma prova prática, incluída no edital por decisão do Conselho do Centro de Ciências da Saúde;

b) O CONSEPE, através de recurso, anulou apenas a prova prática, por entender que o Conselho de Centro não poderia acionar quaisquer outras exigências, além do exame de títulos, ante o que dispõe a Resolução nº 14/79, que regula o assunto;

c) O Conselho Universitário, ora impetrado, ao aprovar o parecer do Relator, também em recurso que fora interposto, encampou a interpretação expendida pelo CONSEPE, e anulou a seleção, por inteiro.

Pede, ao final, que restabelecida a decisão do CONSEPE, seja o procedimento administrativo encaminhado ao Departamento de Pessoal da Universidade, para efetivar-se a contratação — fls. 2/5.

As informações foram prestadas pelo Reitor, nessa qualidade e como Presidente do Conselho Universitário, alegando que a anulação da seleção ocorreu por ter o «edital de inscrição» se baseado na Resolução nº 69/79, do Conselho Universitário, quando deveria ter fundamentado na Resolução nº 14/79, do CONSEPE. Ter sido o Conselho Universitário, em última instância, quem decidiu pela anulação da seleção, daí não caber a segurança contra ato do Conselheiro

Relator. Dizem, ainda, as informações não caber segurança contra atos meramente normativos. Quanto ao mérito, sustentam a legalidade do ato impetrado — fls. 24/28.

O parecer do MPF, da lavra do Dr. Edinaldo de Holanda, é contrário à pretensão. Primeiro, por descaber segurança contra um parecer e sua aprovação; segundo, não aflorar direito ao amparo mandamental e, finalmente, ser inidôneo o meio requerido, ou seja: «Remessa de qualquer processo que seja ao Departamento de Pessoal da Universidade» para efeito de contratação da requerente — fls. 42/43.» (Fls. 45/46).

Denegou S. Exa. a segurança ao entendimento de que inviável o atendimento do pedido, ocorrendo que o resultado do concurso, computadas as notas das provas, se apresentaria desfavorável à requerente (fl. 47).

Da decisão que lhe foi adversa apelou a impetrante, as razões do recurso constando de fls. 50/53.

Contra-arrazoou a impetrada, Universidade Federal da Paraíba, pugnando pela confirmação da sentença (fl. 56).

Pelo improvimento da apelação manifestou-se, nesta Instância a douta Subprocuradoria em parecer da lavra do ilustre Procurador da República, Dr. Getúlio Rivera Velasco Cantanhede, aprovado pelo não menos ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Repeliu com acerto o douto prolator, da respeitável sentença apelada, preliminar suscitada nas informações de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada porquanto a Ação Mandamental deveria ter si-

do dirigida contra ato do Reitor da Universidade Federal da Paraíba que na qualidade de Presidente do Conselho Universitário, decidira pela anulação do concurso, não contra ato de um Conselheiro que, em parecer acolhido por aquele órgão superior, se manifestara naquele sentido.

Do Conselho Universitário, pois, a decisão atacada na inicial, pela impetrante, com vistas à sua anulação pelo que, prestadas as informações pelo Reitor, defendendo o ato impugnado investira-se da condição de autoridade coatora, até porque descabido se apresentaria impetrar segurança contra simples manifestação de um Conselheiro que poderia ser ou não acolhida.

No mérito tampouco existe o que reparar na r. sentença apelada.

A Universidade Federal da Paraíba abriu processo de seleção de Professor Colaborador, através de Edital que firmando-se na Resolução de nº 69/79, de 22 de fevereiro de 1979, do Conselho Universitário, exigia dos candidatos, entre outras condições, se submetessem a provas de didática e conhecimentos da disciplina, em áreas de especialização que especificava (fl. 7).

Diz a impetrante, em sua inicial, que se submeteu às referidas provas sendo classificada em primeiro lugar. Ocorre que, provendo recurso interposto pelo segundo colocado, o Diretor do Centro de Ciências da Saúde — CCS — revira as notas a ela atribuídas.

Como essa decisão vulnerasse direito seu, líquido e certo, contra ela se insurgiu através de recurso por cujo provimento se manifestou o Conselheiro Relator, Dr. Celso de Paiva Leite, da Primeira Câmara do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão — CONSEPE — em parecer acolhido à unanimidade.

Reconheceu-se, então, que ela obtivera maior número de pontos na prova de títulos, de acordo com a exigência da Resolução nº 14/79, ou mesmo da de nº 69/79, que disciplinara a realização do processo seletivo.

O fato de esta última Resolução haver ocasionado o engano do número do Edital e de ser posterior à de nº 14/79, de 15 de março de 1979, em nada teria alterado o mecanismo da seleção, pois a única diferença entre ambas situava-se no item 9 do artigo 11, que modificara de 5 para 10 pontos o valor pertinente aos trabalhos de natureza técnico-científica, de qualquer sorte, não apresentados por qualquer dos candidatos.

Sucedede que, por ato do Conselho Universitário, veio a ser anulado o Edital de Inscrição das Provas a que ela se submetera, daí pretender, pela concessão do mandamus, o desfazimento dessa última decisão, de modo a que fosse contratada como Professora Colaboradora.

Das informações proporcionais pela ilustre autoridade impetrada e documentos que a instruem resulta, contudo, demonstrado que a anulação do processo seletivo, pelo Conselho Universitário, teve por origem vícios constantes do Edital ajustando-se essa decisão, em seus fundamentos, à que formulada pelo Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão — CONSEPE que dava pela anulação das provas indevidamente exigidas no citado Edital como de ser prestadas pelos candidatos e que se devem limitar à mensuração do valor a ser atribuído aos títulos por eles apresentados, atendidos os critérios e respectiva contagem indicados na Resolução nº 14/79, que regula a contratação de Professores Colaboradores.

Qualquer outra exigência nesta última não prevista se apresenta ilegítima, porque exorbitante, sendo de ressaltar que a Resolução nº 14/79

fora elaborada pelo CONSEPE, ao qual é atribuída privativa competência para deliberar sobre as condições em que as provas de seleção devem ser realizadas, nos termos do artigo 135, § 3º, do Regimento Geral da UFPB, outro órgão não tendo como dispor sobre a matéria de modo diverso.

Vale acrescentar ainda, e este é aspecto de indiscutível relevância, que, relativamente à impetrante, ocorreu engano na contagem dos pontos pertinentes aos seus títulos, o que contraria a própria Resolução nº 69/79, em seu art. 11. Tanto é referido no parecer junto por xerocópia (fls. 35/37), a esclarecer que, no tocante aos títulos por ela apresentados, verbis:

«Houve contagem cumulativa de pontos expressamente proibida nesta Resolução» (fls. 35 in fine a 36).

Essa circunstância, que por si só bastaria para invalidar a pretensão da impetrante, não fora a reconhecida nulidade do Edital, é focalizada na r. sentença apelada pelo seu douto prolator, a realçar:

«Registre-se, por outro lado, que o resultado final do concurso, computadas as notas das provas, é desfavorável à requerente» (fl. 47).

Na hipótese em exame, além de adversa tal circunstância à impetrante, indubitosa também se apresenta a ilegitimidade de exigências inseridas no Edital a que se refere a inicial, por contrariar a Resolução nº 14/79, pelo que lícito se apresentava à Administração dar pela sua nulidade. Não se caracteriza, pois, na hipótese a pretendida lesão a direito líquido e certo da impetrante.

Nego, portanto, provimento à apelação para confirmar a sentença denegatória da segurança.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 91.152 — PB — Registro nº 3.262.170 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro — Apte.: Maria do Perpétuo Socorro do Nascimento Silva — Apda.: Universidade Federal da Paraíba — Advs.: Drs. Aldo Moraes Alves e outro e Felton Medeiros Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 18-9-84 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.482 — PB (Registro nº 3.290.000)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelante: IAPAS

Apeladas: Maria das Graças de Souza e outras

Remetente Ex officio: Juízo Federal na Paraíba

Advogados: Drs. Maria do Socorro de Andrade Campos e João Eliazar Bezerra e outro

EMENTA

Administrativo. Concurso para residência na área de medicina social do INAMPS.

Se o edital respectivo não destinou número determinado de vagas para cada setor (medicina, odontologia, enfermagem e nutrição), há direito líquido e certo das impetrantes ao prosseguimento do concurso e submissão às provas orais independentemente do número de vagas, eis que, na primeira fase alcançaram notas que as habilitaram a disputar a segunda. Segurança 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 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, 10 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Carlos Thibau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Thibau: Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado genericamente contra o INAMPS por Maria das Graças de Souza e outras nutricionistas, que se inscreveram no concurso para residência médica e estágio em nível residencial, com características de pós-graduação e cujo edital estabelecia que para as dez vagas existentes concorreriam na prova oral, todos os candidatos aprovados na primeira fase do exame, independentemente de distribuição de determinado número de vagas para a medicina, para a odontologia, para a enfermagem e para a nutrição.

Como as impetrantes não foram convocadas entraram com Mandado de Segurança para poder continuar a concorrer às provas, o que lhes foi assegurado em medida liminar.

A segurança foi-lhes, afinal, concedida pelo MM. Juiz Federal, Dr. Ridalvo Costa, de cuja sentença houve submissão ao duplo grau obrigatório de jurisdição e apelação voluntária da autarquia (fls. 110/112).

Nesta instância, a douta SGR, em parecer da lavra do Dr. Getúlio Rivera Velasco Cantanhede, aprovado pelo Dr. Paulo Sollberger, opinou pela confirmação da sentença concessiva da segurança (fls. 120/121).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Carlos Thibau (Relator): O MM. Juiz Federal assim fundamentou sua decisão:

Segundo o Edital, ao Estágio de Residência, na área de «Medicina Social», com 10 vagas poderiam concorrer, além de médicos, os diplomados em enfermagem, nutrição e odontologia e, a seguir, no item 3, dispôs:

«Dentre os candidatos aprovados na prova escrita, será convocado para a prova prático-oral, um número igual ao de vagas, mais cinquenta por cento».

Alega a autoridade impetrada que as impetrantes não foram convocadas para a prova prático-oral, por ter havido distribuição de, apenas, 2 vagas para os diplomados em «Nutrição», das 10 de «Medicina Social». Convocadas as três melhores colocadas na área de nutrição, não houve preterição de qual-

quer direito das impetrantes, que, inclusive, se submeteram expressamente, às normas do concurso.

Sem dúvida, por ocasião da inscrição os candidatos «se submeteram às normas do concurso e às decisões que viessem a ser tomadas pelos INAMPS, em casos omissos» (fl. 21).

Todavia, o edital de inscrição prevê, expressamente, o número de vagas da área de «Medicina Social», sem qualquer distribuição entre as especialidades que a compõem.

As «Normas do Concurso» também não previram que as 10 vagas, já aludidas, seriam distribuídas entre as especialidades, nas quantidades mencionadas nas informações.

Assim, as impetrantes, por se encontrarem entre os 15 primeiros colocados da área para a qual concorrem, independentemente da especialidade, têm direito líquido e certo de participarem da prova oral, de acordo com o item 3, do edital». (fls. 107/108).

Por concordar inteiramente com S. Exa., nego provimento à apelação e à remessa de ofício.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 92.482 — PB — Registro nº 3.290.000 — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: IAPAS. Apeladas: Maria das Graças de Souza e outras. Remetente ex officio: Juízo Federal na Paraíba. Advvs.: Drs. Maria do Socorro de Andrade Campos e João Eliazar Bezerra e outro.

Decisão: A Turma à unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa de ofício (Em 10-8-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Min. Jarbas Nobre por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Washington Bolívar.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.202 — DF (Registro nº 3.306.909)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Requerentes: José Geraldo de Oliveira Costa e outros

Requerido: Ministro de Estado das Minas e Energia

Litisconsorte Passivo Necessário: Arthur Reginaldo Jerosch Filho

Advogados: Drs. Luiz Carlos Bettiol e José Reinaldo Carneiro Lyra e outros

EMENTA

Administrativo. Pesquisa Mineral. Lei nº 6.567/78 — artigos 1º, 2º e 13º.

Autorização para pesquisa mineral, por terceiro, concedida à revelia do proprietário, e superficiário, no cumprimento de sentença de primeiro grau, proferida em mandado de segurança. Reformada a sen-

tença, pela jurisdição de segundo grau, da qual o ato ministerial atacado é simples reflexo, ou decorrência, concede-se o Mandado de Segurança, para o invalidar.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, rejeitar a prejudicial de decadência e, no mérito, deferir o pedido, 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 1984 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por José Geraldo de Oliveira Costa e outros, em 14-7-1981, contra ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia, sob os seguintes fundamentos, fls. 2/3:

1. «Os impetrantes são os titulares do domínio sobre um imóvel rural, localizado nos Municípios de Jacareí e São José dos Campos, Estado de São Paulo, adquirido, por força das escrituras de partilha dos bens deixados por seu pai e por sua mãe, lavradas, respectivamente, às fls. 176 verso usque 182, do Livro nº 101, do 1º Tabelião de Taubaté (Doc. nº 2) e à fl. 1, do Livro nº 271, do 2º Tabelião de Taubaté (Docs. nºs 3 e 3.a).

2. O Sr. Arthur Reginaldo Jerosch Filho, em 30 de novembro de 1977, requereu, no Departamento Nacional da Produção Mineral, autorização para, em parte das referidas terras de propriedade dos

impetrantes, numa extensão de 49 hectares e 65 ares, proceder à pesquisa de substância mineral, consistente em areia, para emprego na construção civil (Doc. 4).

3. Como conseqüência desse requerimento administrativo, que deu ensejo à formação do Processo nº 807.171/77, o Ministro de Estado das Minas e Energia autorizou o Sr. Arthur Reginaldo Jerosch Filho a pesquisar areia no referido imóvel rural de propriedade dos impetrantes, conforme Alvará nº 6.325, de 15 de outubro de 1980 (Doc. nº 5). Esse o ato contra o qual se insurgem os impetrantes, que dele tomaram ciência, ao pedirem vista do Processo Administrativo nº 807.171/77, em 25 de março de 1981 (Doc. nº 6).»

Alegam que o Alvará nº 6.325, de 15 de outubro de 1980, é manifestamente ilegal à vista do disposto nos arts. 1º, 2º e 13º, da Lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978, pelo que pedem o mandado de segurança para «impedir que o terceiro autorizado pelo ato impugnado venha a explorar areia nas terras de propriedade deles, impetrantes.

Indeferida a medida liminar, e solicitadas as informações de estilo, vieram aos autos as que decorrem de fls. 82 usque 88, instruídas com documentos, alegando, preliminarmente, decadência do direito de ação, visto que o ato impugnado veio a lume no DO de 24-10-1980, e a impetração foi protocolizada em 14-7-81, tardiamente, portanto, e no que tange ao mérito, alegando — *in verbis*, fls. 83/84:

«3. O Alvará nº 6.325/80 foi baixado em decorrência do cumprimento da sentença prolatada pelo

MM. Juiz da 2ª Vara da Justiça Federal desta Capital, no bojo do processo de Mandado de Segurança nº 373-M-79, impetrado por Arthur Reginaldo Jerosch Filho, contra o arquivamento do Processo Administrativo DNPM nº 807.171/77 — em que se habilitara à obtenção desse título autorizativo ora contestado, arquivamento esse efetivado em observância do preceito estabelecido no art. 13 da Lei nº 6.567/78.

4. Com efeito, entendendo inconstitucional a norma legal citada, por entender prejudicado o direito adquirido à obtenção do alvará objetivado por Arthur Reginaldo Jerosch Filho, oriundo do fato de haver sido a protocolização do respectivo requerimento anterior àquela Lei nº 6.567/78, assim veio a decidir a sentença de que se cuida:

«... Concedo o mandado de segurança, para anular o arquivamento e determinar que o processo se já decidido sem aplicação da Lei nº 6.567, de 24-9-78».

5. Anulando o arquivamento do processo, a ordem judicial consistiu claramente em que o pedido vinculado no processo desarquivado fosse decidido sem aplicação da Lei nova, de conseguinte fosse decidido — mediante a expedição do Alvará postulado — com aplicação da Lei reguladora do objeto desse pedido, o Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28-2-67).

6. O presente Mandado de Segurança não poderia ser admitido, uma vez que a sentença proferida no Mandado de Segurança anteriormente, referido Processo de nº 373-M-79, impetrado contra o ato do Sr. Diretor-Geral do DNPM (cópia anexa — doc. junto), encontrasse pendente de decisão a ser proferida no recurso de apelação, em obediência ao preceituado no item

II, do art. 475, do CPC, e parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com a redação dada pela Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974.»

Após citar legislação e doutrina pertinentes a discorrer sobre a matéria, postula a denegação da ordem, à minguia de liquidez e certeza do direito, salvo melhor juízo — fl. 88.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer, endossou a alegação de decadência, e, de meritis, opinou no sentido do indeferimento do pedido.

Pelo despacho exarado na fl. 102 ordenou-se a citação do litisconsorte passivo necessário — Arthur Reginaldo Jerosch Filho, ordem essa que, cumprida pelos autores, acarretou o comparecimento do mesmo ao processo, oferecendo manifestação em defesa do ato impugnado e pela denegação da ordem — fls. 115 a 126.

Novo pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República, em desfavor do pedido.

Face à situação da AMS nº 89.884-DF — Rel.: Min. Cid Flaquer Scarcezini — certificada nos autos — fl. 132, determinou-se a suspensão do processo, com fundamento no inciso a, do item IV, do art. 265, do CPC.

Novo pedido de liminar, autuada em apartado (apenso 1º), pleiteando a suspensão do alvará impugnado, já em fase de execução perante o Juízo da comarca de Jacareí, que já homologara o laudo de avaliação relativo à exploração de areia nas terras dos impetrantes — Súmula nº 24, foi indeferido por despacho proferido no anexo 2 —, sob o argumento, em resumo, de que a autoridade coatora, no particular, é o Juiz de Direito, que não figura no pedido de segurança dos impetrantes, em tal qualidade, e não o Ministro de Estado.

Certificado, no processo, a última-ção do julgamento da AMS nº 89.884 — pela Egrégia 3ª Turma —, cujo Acórdão foi publicado no DJ de 7-6-84 — (fl. 138), foram os autos conclusos ao Relator.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Os impetrantes não foram partes no Processo Administrativo nº 807.171/77 do Ministro das Minas e Energia, no arremate do qual expediu-se o Alvará Ministerial nº 6.325, de 15 de outubro de 1980, publicado no DO, na edição do dia 10 do indicado mês e ano, que autorizou o litisconsorte Arthur Reginaldo Jerrosch Filho a pesquisar areia nas terras de propriedade dos impetrantes. São terceiros, em relação do processo primário.

Em 25 de março do ano de 1981 — em virtude de pedido de vista, processo administrativo matriz do ato atacado, é que tomaram ciência deste, em termos inequívocos, de maneira que, contado o prazo de 120 dias, para requerer o Mandado de Segurança, a partir do dia 25 de março chega-se a conclusão certa de que o ajuizamento do pedido, no dia 7 de julho do referido ano, sucedeu em tempo útil, razão por que rejeito a preliminar de intempestividade do «writ». Peço destaque.

VOTO MÉRITO

No mérito, verifica-se que o Alvará nº 6.325/80, que é o ato impugnado, foi expedido no cumprimento da sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Federal do Distrito Federal, impetrado por Arthur Reginaldo Jerrosch Filho contra o arquivamento do Processo Administrativo nº 807.171/77, pelo Departamento Nacional da Produção Mineral, deter-

minado com base no art. 13 da Lei nº 6.567/78 — em cujo bojo se habilitara a obter título autorizativo para explorar, nas terras dos impetrantes, areia destinada a emprego na construção civil.

A Egrégia 2ª Seção, ao julgar a AMS nº 89.884-DF, interposta pela União, sendo Rel. o Min. Flaquer Scartezzini, deu-lhe provimento, para reformar a sentença e cassar a segurança, com a consequência óbvia de suprimir os alicerces jurídicos do ato impugnado.

O relatório, na Turma, expôs a matéria assim:

«Trata-se — lê — fl. 140.

As razões do voto do ilustre Relator são estas, fl. 141:

«Sr. Presidente, com inteira razão, a meu ver, a União Federal.

Data venia, não podem prosperar os argumentos da r. sentença monocrática, ao entendimento de que o direito à prioridade de pesquisa e lavra de minérios se regula pela lei vigente ao tempo em que o interessado reuniu os requisitos necessários para formalizar o pedido de autorização.

Entende-se do pedido do autor que seu prefalado direito adquirido tem base no art. 11, letra a, do Código de Mineração, que reza:

«Art. 11 Serão respeitados, na aplicação dos regimes de Autorização. Licenciamento e Concessão:

a) o direito de prioridade à obtenção da autorização de pesquisa ou do registro de licença, atribuído ao interessado cujo requerimento tenha por objeto área considerada livre para a finalidade pretendida, à data da protocolização do pedido no Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), atendidos os demais requisitos cabíveis, estabelecidos neste Código.»

Tal dispositivo, evidentemente, não fere qualquer direito adquirido, consubstanciado no § 3º do art. 153 da Constituição, pois o simples protocolo do pedido não constitui, desde logo, direito à autorização, o que só ocorrerá à vista dos elementos determinados pelo Código de Mineração e resguardados os interesses nacionais.

Tal assunto, que versa sobre a constitucionalidade do art. 13 da Lei nº 6.567/78, na qual estribou-se a autoridade indigitada coatora para arquivar o requerimento ao autor, já não comporta mais discussões.

Este E. Tribunal, julgando o AMS nº 89.849-DF, em que foi Relator o eminente Ministro William Patterson, decidiu pela aplicação imediata da citada lei, sendo que o v. Acórdão ficou assim ementado:

«A norma de ordem pública, como se há entender qualquer regra da Lei nº 6.567, pela própria e indiscutível natureza, tem aplicação imediata. Descabe cogitar da sobrevivência de situações jurídicas ainda não definitivamente constituídas porquanto meras expectativas não podem ser alcançadas e protegidas pelo postulado direito adquirido.

Recurso provido. Segurança cassada».

Tal entendimento foi ratificado pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a Lei sobre Mineração como legítima e de Ordem Pública, com incidência imediata, consoante se pode ver do RE nº 67.977-DF, publicado na RTJ nº 61, pág. 403.

Despicienda qualquer outra consideração.

Dou provimento ao apelo da União Federal para julgar improcedente a ação, cassando, assim, a segurança concedida.

É o meu voto.»

O Acórdão da 5ª Turma foi publicado no DJ de 7-6-84 — fl. 189.

Sr. Presidente.

Suprimida, por força de decisão judicial terminativa, a causa jurídica do ato atacado, tem-se que a alegação de ilegalidade contra os direitos dos superfuncionários impetrantes, já agora procede, com plenitude, motivo por que o meu voto é anulando o ato questionado e concedendo o Mandado de Segurança, nos termos do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 93.202 — DF — Registro nº 3.306.909 — Rel.: O Sr. Min. Moacir Catunda. Requerentes: José Geraldo de Oliveira Costa e outros. Requerido: Ministro de Estado das Minas e Energia. Litisconsorte Passivo Necessário: Arthur Reginaldo Jerosch Filho. Advogados: Drs. Luiz Carlos Bettiol e José Reinaldo Carneiro Lyra e outros.

Decisão: O Plenário, por unanimidade, preliminarmente, rejeitou a prejudicial de decadência, e, no mérito, deferiu o pedido (Plenário — 25-10-84).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaque Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau e Costa Leite. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Velloso, Otto Rocha e Ademar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.851 — MG
(Registro nº 3.336.840)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: Roberto Levy Gonçalves Vilela

Apelada: Universidade Federal de Minas Gerais

Advogados: Drs. Rosemiro Pereira Leal e outros, Lúcia Massara e João Procópio de Carvalho

EMENTA

Funcionalismo. Servidor celetista. Rescisão de contrato de trabalho.

Em se tratando de servidor optante pelo regime celetista, pode o mesmo ser dispensado a qualquer momento e sem nenhuma necessidade de motivação, assegurado todos os direitos de reparação previstos em lei. Ademais, a ação de segurança não é a via adequada para dirimir controvérsia trabalhista.

Sentença mantida.

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, 6 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Roberto Levy Gonçalves Vilela, contra ato do Sr. Reitor da Universidade Federal de Minas Gerais e do Sr. Diretor da Faculdade de Engenharia da mesma entidade, objetivando sua reintegração no cargo, do qual foi dispensado, por força de rescisão contratual.

A r. sentença de primeiro grau denegou a segurança com o que não se conformou o impetrante, razão de seu apelo de fls. 56/59.

Contra-razões às fls. 63/67.

Subiram os autos e, nesta superior instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, pelo que se depreende dos autos, o impetrante, ora apelante, era funcionário-professor da Universidade Federal de Minas Gerais, regido pelo regime celetista e, que, na dispensa, lhe foram assegurados todos os direitos de reparação previstos em lei.

Entendo que a sentença ao negar a segurança agiu com acerto, pois é evidente que, se primeiramente tal questão não poderia ser apreciada no âmbito do mandado de segurança eis que o alegado direito líquido e

certo não ficou cabalmente provado com a inicial, por derradeiro é de atentar-se que se trata de rescisão contratual que se deu dentro dos parâmetros legais.

Com efeito, o impetrante era optante pela FGTS e não há, neste regime a obrigatoriedade do empregador em manter no emprego seu empregado. O que há é a obrigatoriedade de, na dispensa, assegurar ao dispensado todos os direitos de reparação previstos em lei, que o ato acarretou.

Assim, não sendo possível o uso da ação de segurança para dirimir controvérsia trabalhista, não havendo direito líquido e certo a proteger e não tendo, a impetrada, obrigação de manter no emprego, servidor regido pela CLT, nego provimento ao apelo interposto para conservar inalterada a r. decisão de primeiro grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 94.851 — MG — Registro nº 3.336.840 — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Apte.: Roberto Levy Gonçalves Vilela. Apda.: Universidade Federal de Minas Gerais. Advs.: Drs. Rosemiro Pereira Leal e outros, Lúcia Massara e João Procópio de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 6-4-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.769 — CE (Registro nº 3.356.701)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira
Remetente: Juiz Federal da 1ª Vara
Apelante: IAPAS
Apelado: SERVAL — Servidora Real Ltda.
Advogados: Drs. Zilmar Pires, George Lopes Leite e outro

EMENTA

Administrativo. Licitação. Concorrência. Exigência para a habilitação dos interessados.

Tratando-se de concorrência, o maior rigor nas exigências para a habilitação dos interessados, decorre de suas características próprias, que não se limitam aos registros cadastrais, mais apropriados para a modalidade de tomada de preços. As exigências podem ser relacionadas com a especialidade dos serviços, da obra ou do fornecimento a serem contratados, e mesmo com a capacidade financeira dos interessados, em face do seu valor.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer da remessa e dar provimento à apelação, para cassar o Mandado de Segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Em edital de licitação para prestação de serviços de limpeza e higienização do Hospital Geral de Fortaleza, o Chefe do Serviço de Material do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social — INAMPS, Superintendência Regional do Ceará, inseriu a seguinte exigência para qualificação dos licitantes, no item 10, alínea b:

«Comprovação mediante apresentação de no mínimo 2 (dois) atestados fornecidos por entidades diferentes, de que a firma vem prestando serviços de Limpeza e Higienização de Hospitais, há mais de 2 (dois) anos consecutivos, numa área superior a 24.000m² e faturamento mensal superior a Cr\$ 3.500.000,00, tudo em cada serviço, constando expressamente o cumprimento integral das cláusulas contratuais».

Considerando ilegal injurídica a exigência, por não se conter nos limites do Decreto nº 86.025, de 1981, que regulamenta os dispositivos do Decreto-Lei nº 200/67, relativos à licitação, a SERVAL — Servidora

Real Ltda., impetrou mandado de segurança, para que a mesma fosse revogada, com deferimento da medida liminar.

O Juiz atendeu ao pedido da medida liminar e a autoridade prestou informações, sustentando que a exigência tem fundamento no § 2º, alínea II, do art. 12, do Decreto nº 86.021, de 22 de maio de 1981, e se torna necessária em face do vulto do contrato.

Ouvido o Dr. Procurador da República, o Juiz Federal da 1ª Vara do Ceará concedeu o mandado de segurança, para que a impetrante participe da licitação, sem o atendimento das exigências contidas na alínea b do item 10 do Edital.

Sentença remetida.

Apelou o IAPAS.

Contra-arrazoou a impetrante.

O processo me foi redistribuído em novembro de 1982, vindo o parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo improvemento do recurso.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Eis a fundamentação da sentença:

«...A exigência do Edital extrapola claramente o disposto no art. 5º, inciso I, alínea a, do Decreto regulamentar das licitações, pois, enquanto este exige apenas dois atestados, expedidos por diferentes pessoas de direito público ou privado, do desempenho anterior da atividade licitada, do referido Edital consta que tal atividade deva estar sendo desempenhada há mais de dois anos. Portanto, o dispositivo regulamentar admite participar da licitação a empresa que já tenha prestado serviços licitados para mais de uma entidade de

direito público ou privado, não importando por quanto tempo nem que tais contratos ainda se achem em vigor. Já pelo Edital, é necessário que os serviços estejam sendo prestados por mais de dois anos consecutivos, o que se choca frontalmente com o dispositivo regulamentar.

Ademais, o Edital exige, ainda, que os serviços venham sendo prestados em Hospitais, numa área superior a 24.000m², e faturamento mensal superior a Cr\$ 3.500.000,00, tudo em cada serviço. Como se vê, trata-se de exigências descabidas sem qualquer respaldo legal, portanto, além do Decreto nº 86.025/81 não conter tais exigências para avaliação da capacidade técnica de empresas licitantes, raras são as unidades hospitalares, pelo menos no Estado do Ceará, com área superior à exigida no Edital 01/81.

É bem verdade que, segundo o disposto no § 2º, parte final, do art. 12, e parte final da alínea b do inciso I do art. 5º do Decreto nº 86.025/81, a Administração pode exigir no Edital de licitação «outros elementos ou informações consideradas úteis e oportunas», «que permitam avaliar a capacidade técnica e a idoneidade financeira do interessado».

Entretanto, tal concessão que o Decreto faz à entidade que promove a licitação, não implica na faculdade discricionária da autoridade que baixa o respectivo edital, de distorcer, ampliar ou extrapolar exigências constantes das normas legais e regulamentares que regem o instituto da licitação» (fls. 59/60).

Cabe ressaltar, desde logo, que se trata não de convite ou tomada de preços, mas de concorrência, para a qual há, necessariamente, a fase de habilitação preliminar, destinada à

qualificação dos interessados (art. 11 do Decreto nº 86.025/81). Para a tomada de preços, a Administração mantém um Cadastro de Habilitação de pessoas físicas e jurídicas, e a participação nela só é facultada a quem for previamente cadastrado. Esse cadastro compreende a parte básica, relativa à Capacidade Jurídica e Regularidade Fiscal — CJRF, e a parte específica, relativa à capacidade técnica e idoneidade financeira do interessado. CRCE (art. 3º do Decreto nº 86.025/81).

Na concorrência, a parte básica abrange a personalidade jurídica, a capacidade técnica e a idoneidade financeira, e a parte específica, que se refere à capacidade técnica do interessado para realizar determinada obra, serviço ou fornecimento, em função de sua especialização, bem como no que se relaciona à sua idoneidade financeira, em função do vulto do contrato. As exigências da parte básica poderão ser substituídas pelo CJRF, mas as da parte específica não de ser complementadas com elementos não constantes do CRCE, que permitam avaliar a capacidade técnica e a idoneidade financeira do interessado, devendo tais exigências constar do edital (art. 12 do Decreto nº 86.025/81).

O maior rigor das exigências para a habilitação na concorrência decorre do fato de que, embora sujeita aos princípios gerais da licitação, ela tem características próprias, tal como a universalidade, que permite a participação de quaisquer interessados, independentemente do registro cadastral na Administração.

Nessa modalidade de licitação os registros cadastrais são documentos válidos nos limites em que vigoram, mas não impedem que a Administração faça novas exigências para a qualificação dos interessados.

Nem se trata de concessão do regulamento à Administração, pois,

como se depreende da própria leitura do Decreto nº 86.025, o tratamento dispensado à tomada de preços é bem distinto do que é dado à concorrência.

Ora, o fato de ser registrado no Cadastro de Habilitação e no Cadastro Específico para a tomada de preços, não isenta o licitante, na concorrência, de atender às novas exigências que, a juízo da Administração, forem feitas no edital.

E essas exigências podem se relacionar com a natureza especial do serviço e com o valor da concorrência. Eis porque não é ilegal nem ilegítima a exigência da comprovação de prestação de serviços de limpeza e higienização em hospitais há mais de dois anos consecutivos, em área superior a 24.000 metros quadrados, e faturamento mensal igual ou superior a Cr\$ 3.500.000,00. É que, como é curial, o serviço de limpeza e higienização de hospitais é um serviço especial, a exigir certa habilitação técnica, certa idoneidade prática com ambientes relacionados com os serviços de saúde. A ninguém é dado ignorar que a infecção de hospitais em nosso país é um problema grave, chegando ao ponto de se fazer preliminarmente a escolha de nosocômios pela idoneidade do seu serviço de limpeza. E se essa desconfiança pública é manifesta mesmo em relação a hospitais particulares, fácil é imaginar quanto mais profunda é em relação a hospitais públicos, principalmente os de grandes dimensões.

Some-se a esse cuidado, que se reflete na exigência do edital, a própria especialização do serviço de limpeza e higienização, que deve obedecer a padrões diferentes do comum, de limpeza prestada nos órgãos públicos.

Não é, assim, descabida a exigência, pois, ao contrário, é até louvável. E, no plano jurídico, ela se situa no juízo discricionário da Administração, em ordem a apurar da conveniência de contratar, com quem melhor condições oferece, para a prestação do serviço.

Com estas considerações, conheço da remessa e dou provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar o mandado de segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 95.769 — CE — Registro nº 3.356.701 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: IAPAS. Apdo.: SERVAL — Servidora Real Ltda. Advs.: Drs. Zilmar Pires, George Lopes Leite e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu da remessa e deu provimento à apelação, para cassar o mandado de segurança (Em 13-11-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezzini votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.751 — PR

(Registro nº 3.375.404)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: CREEA

Apelado: Agro Industrial Eliane S/A

Advogados: Drs. Alexandre Machado da Silva e Neri Trombim e outros

EMENTA

Administrativo. Conselho de classe. CREEA. Registro.

— As empresas ou sociedades que não exercem atividades vinculadas ao exercício da profissão regulamentada ou que não tenham alguma seção ligada ao exercício profissional da engenharia, estão isenta do registro obrigatório no CREEA.

— 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, 4 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: O relatório da lavra do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, digno Subprocurador-Geral da República, está às fls. 70/71, nestes termos:

«A Agro Industrial Eliane S.A impetra segurança contra ato do Chefe do Departamento de Registro e Fiscalização do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia — CREEA do Estado do Paraná, visando a anulação da decisão que exige o registro de sua filial em Cascavel-PR, naquele órgão, sob o fundamento de que sua matriz em Criciúma-SC, cuja atividade básica é a fabricação de rações e concentrados para alimentação animal, já se encontra registrada perante a Autarquia corpo-

rativa do respectivo Estado. Entretanto, sua filial apenas adquire milho e o armazena, razão pela qual entende que a exigência da inscrição é manifestamente ilegal e configura violação de seu direito líquido e certo, pois não executa serviços privativos de profissionais abrangidos pela Lei nº 5.194/66.

S. Exa., o ilustre magistrado de primeira instância, determinou o procedimento regular do feito, com deferimento da liminar, consoante despacho de fl. 39v. e, afinal concedeu a segurança, na forma do pedido de fls 51/53».

Dessa decisão recorre a digna autoridade dita coatora, às fls. 55/60.

As contra-razões vieram aos autos às fls. 61/67.

Após a subida dos autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, pelo que se depreende dos autos, a filial da mencionada firma impetrante, se destina exclusivamente à compra e armazenagem de cereais para o fabrico de ração animal, na sua sede, em Criciúma, Santa Catarina, não incidindo, desta forma, em execução de serviços inerentes às profissões compreendidas no âmbito da Lei nº 5.194/66.

A este respeito muito bem salientou o Dr. Juiz monocrático, na sua sentença à fl. 53:

«A sujeição da impetrante ao império da Lei nº 5.194/66, neste Estado, depende do efetivo exercício das atividades previstas naquele diploma, pela sua filial em Cascavel, circunstância que não foi comprovada e, antes, fica demonstrado não ocorrer, senão a atividade de comércio de cereais. Não basta organizar-se ou manifestar a intenção de exercer tais atividades para a ocorrência do fato gerador da obrigação administrativa do registro no CREA. É mister que tais atividades, efetivamente, sejam exercidas, pois que não será possível a lavratura de Auto de Infração contra quem não esteja exercendo atividade regradada pelo diploma legal invocado, à Lei nº 5.194/66».

Este Eg. Tribunal tem entendido desta mesma maneira, e seria inócuo citar os inúmeros acórdãos que fazem o entendimento dominante desta Corte, exatamente no sentido da tese esposada pelo impetrante e confirmada pela r. sentença de primeiro grau.

No entanto, por ser absolutamente idêntica ao caso versado nos presentes autos, não posso deixar de transcrever a ementa do Acórdão proferida na AC nº 47.905-RB, publicado no DJ de 20-8-81, em que foi Relator o eminente Ministro Pádua Ribeiro:

«Ementa: Administrativo — CREA — Registro de empresa destinada à industrialização e beneficiamento de peles e couros. Aplicação dos arts. 59 e 60 da Lei nº 5.194/66 e do art. 1º, letra c, da Resolução nº 214/72 CONFEA.

I — As pertinentes regras normativas apenas exigem o registro obrigatório no CREA das empre-

sas que exerçam atividades vinculadas ao exercício da profissão regulamentada ou que tenham alguma seção ligada ao exercício profissional da engenharia.

II — Não é lícita, em razão disso, a exigência de registro feita pelo CREA com relação a empresa cuja atividade é a industrialização de peles e couros, pelo simples fato de possuir em seus quadros um engenheiro encarregado de dirigir as suas obras internas e de prestar assistência técnica a suas máquinas.

III — Precedentes do TFR.

IV — Apelação desprovida».

Não vemos, assim, onde possa o CREA enquadrar a impetrante, na legislação pertinente, pelo simples fato da compra e armazenamento de milho, atividade que se sabe, não é privativa de nenhum dos ramos da engenharia.

Pelo exposto e pela iterativa jurisprudência no assunto, nego provimento ao apelo interposto e mantenho a r. decisão de primeiro grau, por seus jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.751 — PR — Registro nº 3.375.404 — Rel.: O Sr. Ministro Flaque Scartezzini. Apte.: CREAA. Apdo.: Agro Industrial Eliane S.A. Advs.: Drs. Alexandre Machado da Silva e Neri Trombim e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 4-5-85 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.096 — SC
(Registro nº 3.479.765)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Apelante: Frigorífico Sul Catarinense S.A. — FRISULCA

Apelado: Conselho Regional de Medicina Veterinária

Advogados: Drs. Neri Trombim e outros e Amaury Guimarães Born

EMENTA

Administrativo. Conselho Regional de Medicina Veterinária. Matadouro e frigorífico.

Não exercendo tal empresa atividade básica de medicina veterinária, nem prestando serviços de tal natureza a terceiros, ilegítima se apresenta a exigência do Conselho de que nele se registre para prosseguir no regular exercício de suas atividades.

Remessa de que se conhece para, dando o provimento à apelação da impetrante, reformar a sentença e conceder a segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer da remessa e dar provimento à apelação, para reformar 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, 16 de outubro de 1984. (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina, Dr. Hélio Calado Caldeira, assim relatou a hipótese que lhe foi dado julgar:

«Frigorífico Sul Catarinense S.A. — FRISULCA, empresa de direito privado, por seu advogado devida-

mente constituído, impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho Regional de Medicina Veterinária — CRMV-2, em resumo, alegando e afinal requerendo o seguinte:

1. Que, a impetrante, é uma empresa industrial estabelecida com matadouro e frigorífico, e na forma do disposto no art. 3º de seu Estatuto Social, tem por objetivo o abate de animais suínos, bovinos, aves e outros; a industrialização de suas carnes e subprodutos, bem como a comercialização dos mesmos, importação e exportação, representação e outras atividades correlatas.

Assevera a impetrante que está registrada no Ministério da Agricultura, sob nº SIF 2.105, o qual, através de seu órgão competente, a SIPA — Secretaria de Inspeção de Produto Animal, mantém dentro do seu estabelecimento, inspeção federal permanente, durante as 24 horas do dia, através de seus fiscais.

Aduz, ainda, que a autoridade impetrada de maneira abusiva, repetidamente, lhe vem notificando a fim de que se inscreva no CRMV-2, culminando mesmo, por efetuar o seu registro *ex officio* no aludido Conselho, enviando-lhe a guia de recolhimento correspondente à taxa de inscrição e anuidade referente ao exercício de 1982.

Entende a impetrante que o ato da autoridade impetrada é ilegal e fere seu direito líquido e certo. Assim é que a lei básica que regulamenta a profissão de médico-veterinário, a Lei nº 5.517, de 23-10-68, alterada pela Lei nº 5.634, de 2-12-70, estabelece a obrigatoriedade do registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionam, apenas, para as empresas que exercem atividades peculiares à Medicina Veterinária. Argumenta, todavia, a impetrante que este não é o seu caso, pois, sua atividade básica é a de matadouro-frigorífico sendo que a inspeção e fiscalização dos animais e dos seus produtos são realizadas pelo órgão competente do Ministério da Agricultura, a SIPA. Assevera a impetrante que não exercendo nenhuma atividade peculiar ou privativa de médico-veterinário, não está sujeita à obrigatoriedade de registro no CRMV. Mais, ainda, com o advento da Lei nº 6.839/80, tornou-se manifesta esta desobrigatoriedade, uma vez que, a atividade básica da impetrante, a de matadouro e frigorífico, não é de competência privativa de médico-veterinário.

Pede, finalmente, lhe seja deferida a segurança impetrada, inclusive liminarmente, a fim de ser anulada a decisão da autoridade impetrada que determinou o seu registro *ex officio* e, em consequência, desobrigada fique do registro no CRMV-2.

A impetrante instruiu seu pedido com o instrumento de procuração

judicial de fl. 11 e documentos de fls. 12/46 e preparou as custas (documento de fl. 49).

2. A liminar foi indeferida. Notificada, a autoridade impetrada prestou, tempestivamente, suas informações, em ressumta, alegando o seguinte:

Que a impetrante tendo por objetivo social o abate de animais diversos, industrialização de suas carnes e subprodutos, bem como a comercialização dos mesmos, está obrigada a registro nº CRMV-2, na forma do disposto nas alíneas e e b do art. 27, da Lei nº 5.517/68, com a redação dada pela Lei nº 5.634/70. Ressalta que, destarte, a impetrante exerce atividade peculiar à Medicina Veterinária, tanto isto é verdade que está sujeita a registro na SIPA. Esta obrigatoriedade de registro da impetrante decorre não só do disposto no art. 27 da Lei nº 5.634/70, mas, também, do art. 5º da Lei nº 5.517/68, bem como do Decreto nº 69.134, de 27-8-71 e Resolução nº 182, de 28-10-76, do Egrégio Conselho Federal de Medicina Veterinária. Pondera, por outro lado, a autoridade impetrada, que é peculiar à atividade do médico-veterinário os problemas de saúde pública que envolvem «a inspeção e a fiscalização, sob o ponto de vista sanitário, higiênico e tecnológico dos matadouros, frigoríficos, fábricas de conservas de carne e de pescado...». Aduz, ainda, que ao contrário do que sustenta a impetrante, o Decreto nº 69.134/71 que regulamentou a Lei nº 5.517/68, cujo decreto previa em seu art. 1º, alínea f, a obrigação do registro, não poderia ser alterado pelo Decreto nº 70.206/72, especialmente em seu art. 1º, para excluir desta obrigatoriedade os matadouros e frigoríficos, uma vez que um decreto não pode ser modificado por outro, se for ele o regu-

lamentador de uma lei. Pede, finalmente, seja denegada a segurança.

A autoridade impetrada acostou às suas razões de defesa os documentos de fls. 62/108.

3. «Finalmente, em longo parecer, o agente do Ministério Público Federal opina no sentido de que seja denegada a segurança postulada, amparado nas informações prestadas pela autoridade impetrada» (fls. 113/115).

Denegou S. Exa. a segurança postulada, realçando que:

«... se qualquer dúvida persistisse quanto à obrigatoriedade do registro da impetrante no CRMV, seria ela dissipada com o advento da Lei nº 6.830/80 que estatui em seu art. 1º:

«O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados delas encarregados serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros».

No caso, entendeu que «a atividade básica da impetrante relaciona-se à Medicina Veterinária, impondo-se, por esta forma, o seu registro no CRMV-2. Tanto isso é verdade que nenhum produto de origem animal poderá sair de seu estabelecimento sem o visto do médico-veterinário» (fl. 116).

Da decisão que lhe foi adversa apelou o impetrante (fl. 120), nas razões com que manifestada a sua irrisignação, pugnando pelo provimento do recurso (fls. 121/130).

Contra-arrazoou a autoridade impetrada objetivando a manutenção da sentença (fls. 122/123), no que secundada pela douta Subprocuradoria em parecer da lavra do ilustre

Subprocurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (fls. 127/130).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): A impetrante é, como esclarecido na inicial, empresa estabelecida como matadouro e frigorífico, que tem por objeto social:

«O abate de animais suínos, bovinos, aves e outros que lhe convier, industrialização de suas carnes e subprodutos, assim como a comercialização dos mesmos, importação e exportação, representação e outra qualquer atividade correlata ou que atenda direta ou indiretamente aos interesses sociais, a critério da Diretoria, bem como participar do capital social de outras sociedades como sócio, quotista ou acionista, mesmo de outros setores econômicos, mediante recursos próprios e de incentivos fiscais, através da Diretoria, autorizada pelo Conselho de Administração» (fls. 2/3).

Sua atividade básica e que efetivamente desempenha é a do abate de animais e industrialização de suas carnes, estando registrada no Ministério da Agricultura, sob nº SIF 2.105, o qual, através de seu órgão específico — a Secretaria de Inspeção de Produto Animal (SIPA), mantém no estabelecimento da impetrante, que para tanto paga as taxas devidas, inspeção federal diária e permanente (cf. doc. fl. 13).

Dada a natureza da sua atividade básica, circunscrita, como acima referido, ao abate de animais e à industrialização das suas carnes, sob permanente fiscalização e inspeção do órgão competente do já citado Ministério, manifestou pela via mandamental sua inconformidade à exigência do Conselho Regional de Me-

dicina Veterinária no sentido de obrigá-la a nesta inscrever-se ou efetuar o seu registro.

Entendo, data venia do ilustre prolator da sentença apelada, que razão lhe assiste na sua irresignação, não vendo como a tanto se considerar esteja compelida por força do disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/80, segundo o qual, verbis:

«O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados delas encarregados serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestam serviços a terceiros».

É que no caso, não presta a impetrante, a terceiros, serviços pertinentes à Medicina Veterinária, nem a tanto se pode equiparar a sua atividade básica, quando, então sim, exigível seria da impetrante o registro no Conselho de Medicina Veterinária.

Nesse sentido reiteradas são as decisões deste Egrégio Tribunal, valendo por sua rigorosa adequação ao caso em exame citar-se, entre outras, as seguintes:

«Conselho Regional de Medicina Veterinária. Inscrição. Matadouro-Frigorífico. Lei nº 5.517/68. Lei nº 5.634/70.

Só estão sujeitas a registro no CRMV as firmas que efetivamente exercem atividades peculiares à Medicina Veterinária, segundo nova redação dada ao art. 27 da Lei nº 5.517/68 pelo art. 1º da Lei nº 5.834/70, ficando excluídas as que, como os matadouros e frigoríficos, apenas desempenham atividades parcialmente dependentes do exercício da Medicina Veterinária, no tocante à inspeção sanitária.

Apelação a que se nega provimento» (AMS nº 89.616-MT — Rel.: Min. Moacir Catunda, in DJ de 18-12-80, pág. 10878).

«Administrativo. CRMV. Inscrição. Exigência descabida.

Não exercendo a empresa impetrante atividades básicas, nem preponderantes, da Medicina Veterinária, nem prestando serviços a terceiros, nessa área, descabe fazer exigência no sentido de ser procedida a inscrição do estabelecimento no CRMV.

Regulamentação que extravasa os limites do ordenamento específico.

Sentença confirmada» (REO nº 100.763-RS, Rel.: Min. William Patterson).

Com propriedade assinalou o insigne Ministro Décio Miranda, ao votar no Recurso Extraordinário nº 86.912-PR, de que foi Relator o preclaro Ministro Djaci Falcão, em que focalizada a situação de empresa que guarda identidade com a da ora apelante, que nelas o médico-veterinário «pode exercer uma função de controle sanitário. Neste caso será um empregado da empresa. Pode exercer, também uma tarefa de fiscalização sanitária. Neste caso, será o empregado do órgão encarregado desta fiscalização. Mas a empresa, em si mesma, não é dedicada à prática da Medicina Veterinária».

E prosseguindo realçou S. Exa. que «nos termos da nova redação introduzida pela Lei nº 5.634, de 2-12-70, as firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que estão sujeitas a registro são aquelas que exercem atividades peculiares à Medicina Veterinária. Não são aquelas que exercem atividades dependentes, mas parte da Medicina Veterinária».

O v. Acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 86.912-PR, acima citado, e de que não se conheceu, com arrimo na Súmula nº 400, tem a seguinte ementa:

«Conselho Regional de Medicina Veterinária — Exigência de inscrição de pessoas jurídicas associadas do Sindicato da Indústria de Carnes e Derivados.

Segundo a nova redação dada ao art. 27 da Lei nº 5.517 pela Lei nº 5.634, de 2-12-70, as firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que estão sujeitas a registro são aquelas que exercem atividades peculiares à Medicina Veterinária. Estão, pois, excluídas as que, como os matadouros e frigoríficos, desempenham atividades apenas parcialmente dependentes do exercício da Medicina Veterinária, no tocante à inspeção sanitária» (RTJ nº 100, pág. 670).

Tais decisões se ajustam à hipótese em exame, quando a empresa impetrante, cuja atividade básica, matadouro e frigorífico, é apenas parcialmente dependente do exercício da Medicina Veterinária, no que concerne à inspeção sanitária nela exercitada, em caráter diário e permanente, pelo órgão específico do Ministério da Agricultura, tal seja, a Secretaria de Inspeção de Produto Animal.

Já esta Egrégia Turma, no julgamento da REO nº 97.651-SP, de que foi Relator o insigne Ministro Carlos Madeira, posicionou-se quanto ao critério que deve presidir a vinculação de empresas ou entidades a Conselhos de Fiscalização do Exercício de Profissão em v. Acórdão cuja ementa diz:

«Conselhos de Fiscalização do Exercício de Profissões. Critério para vinculação de empresas ou entidades.

Os Conselhos de Fiscalização do Exercício de Profissões consideravam que o emprego de serviços profissionais transformava a empresa que os utilizava em prestadora dos próprios serviços, numa clara e abusiva inversão de valores.

A Lei nº 6.839, de 1980, veio coibir os abusos praticados, consagrando o critério da obrigatoriedade do registro das empresas ou entidades nos Conselhos, somente nos casos em que a sua atividade básica decorrer do exercício profissional, ou em razão da qual prestam seus serviços a terceiros.

Sentença que decidiu segundo esse entendimento, anteriormente à lei, merece confirmação» (DJ de 3-11-83, pág. 17077, unânime).

In casu, a atividade básica da apelante, matadouro e frigorífico, não pode ser tida como peculiar ao exercício da Medicina Veterinária, da qual só depende no tocante à inspeção sanitária, nem presta serviços de tal natureza a terceiros, pelo que ilegítima se apresenta a exigência do Conselho Regional de Medicina Veterinária, de obrigá-la a nele registrar-se.

Conheço, pois, da remessa oficial para dar provimento à apelação e reformar a sentença concedendo à apelante a segurança por ela postulada.

Ê como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.096 — SC — Registro nº 3.479.765 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Apte.: Frigorífico Sul Catarinense S.A. — FRISULCA. Apdo.: Conselho Regional de Medicina

Veterinária. Advs.: Drs. Neri Trombim e outros e Amaury Guimarães Born.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu da remessa e deu provimento à apelação para reformar a sentença. (Em 16-10-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Mins. Carlos Madeira e Fláquer Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Adhemar Raymundo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.650 — BA
(Registro nº 3.288.030)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelante: Geraldo Lemos do Couto

Apelados: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção da Bahia e Ary da Costa Tourinho e outros

Advogados: Drs. Genaldo Lemos do Couto (em causa própria) e José Joaquim Calmon de Passos

EMENTA

Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Secional. Eleição de seus membros. Alegação de inelegibilidade, Lei nº 4.215/63, artigo 22, § 3º, parte final.

1. O advogado inscrito na OAB e na plenitude de suas prerrogativas, possui legitimação bastante para valer-se do mandado de segurança contra a própria instituição, na pessoa dos seus dirigentes, porque é seu dever pugnar pela boa aplicação das leis e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (Lei nº 4.215/63, art. 87).

2. Não podem concorrer à eleição para membros do Conselho Secional os advogados que ocupem cargos públicos de que possam ser demitidos ad nutum (Lei nº 4.215/63, artigo 22, § 3º, parte final), salvo se a segurança profissional do candidato, em face do Poder Público, repouse na estabilidade da função pública, da qual as tarefas adicionais, gratificadas ou de confiança, sejam simples projeções.

ACÓRDÃO

Custas como de lei.

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação e confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator e das notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Brasília, 20 de novembro de 1984
(Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Adoto o relatório da respeitável sentença a quo, a saber:

«Geraldo Lemos do Couto, advogado, em causa própria, requer segurança contra ato da Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Bahia, integrada pelos Béis. Thomas Bacellar da Silva, Marcelo Duarte Guimarães, George Fragoso Modesto e Pedro Guimarães. Alega, em síntese, que é candidato inscrito para o pleito que a entidade fará, a 27-11-80 (sic), para renovação de seu Conselho, e que, nessa qualidade, tomando conhecimento das instruções baixadas para a regência da eleição, pela Diretoria impetrada, vem de constatar que as mesmas são conflitantes, quando, de um lado, rezam dever ser o voto pessoal obrigatório e secreto e, de outro, estabelecem um sistema de cédulas que nega a aplicação ao princípio, na medida em que permite (o sistema) aos próprios interessados transformarem as chapas por eles impressas em cédulas de votar, em desacato, segundo entende, ao art. 46 da Lei nº 4.215/63. O processo, diz, «amesquinha e torna ineficaz o sigilo do voto, pois favorece a identificação do sufrágio e das preferências do eleitor» (fl. 4). Noutra linha de fundamentação assinala, também, que a Diretoria impetrada não exigirá dos candidatos a prova de que não ocupam cargos públicos demissíveis *ad nutum* a despeito de saber, ou não poder razoavelmente ignorar, que muitos deles, que relaciona (fl. 8), estão naquela situação, que substancia transgressão ao art. 22, § 3º, da Lei nº 4.215/63. Assim, entendendo que não está obrigado a concorrer «a eleições que não sejam livres, ou a disputar com quem não reúne condições de elegibilidade» (fl. 6), impetra segurança, pedindo «a decretação da ilegalidade do processo de votação, bem como das inscrições de candidatos em desatenção ao preceituado em lei»

(fl. 6). Junta os documentos de fls. 8/20 e 23/24, pedindo liminar. Deferida a liminar que, entretantes, não chegou a produzir os efeitos queridos pelo impetrante, porque condicionada à verificação de certos elementos (fls. 26/28 e 36v.), sobrevêm as informações de fls. 53/59, acompanhadas de documentos (fls. 60/61), defendendo a harmonia entre as instruções baixadas e os preceitos específicos da Lei nº 4.215/63, que não ditam o sistema de cédula única, anotando que as eleições na OAB sempre foram realizadas da forma prevista nas instruções. Quanto à inscrição de candidatos averbados de ilegíveis, por ocuparem cargos de que possam ser demitidos *ad nutum*, afirmam não existir nenhum ato ilegal a corrigir, visto como a questão não fora suscitada perante qualquer órgão da Ordem, que, assim, não deliberara a respeito. Acrescentam que o exame da satisfação dos requisitos de elegibilidade a que se refere o art. 22, § 3º, do Estatuto, é feito, em princípio, à luz dos assentamentos do advogado, que tem o dever legal de comunicar qualquer impedimento ou incompatibilidade decorrente da investidura em cargo público, e que, à vista dos mesmos, não consta nenhuma informação (nos termos argüidos pelo impetrante) quanto aos candidatos inscritos. Formulando outras considerações, e opondo-se à citação dos litisconsortes necessários (os candidatos ditos ilegíveis), pedem o indeferimento da segurança (fl. 59). Chamado a se pronunciar, o Ministério Público Federal adere as informações da Diretoria impetrada (fl. 62/62v.). Neste passo, sobrevêm a sentença de fls. 67/70, denegando a segurança e cassando a liminar, ao fundamento de que a ação, atacando as instruções baixadas para a eleição, que configu-

ram norma em tese, não se dirigira contra ato concreto da Diretoria impetrada, que se limitara a convocar o pleito, conforme os ditames da legislação adequada, não se corporificando o direito líquido e certo resguardável pela via constitucional do mandado de segurança. Ainda assim, adentrando o mérito, preleciona que não existe a antinomia apontada pelo impetrante entre o exercício do voto secreto, conforme a lei, e a utilização de cédulas impressas ou datilografadas, considerando que a Lei nº 4.215, de 27-4-63 (art. 41), exige apenas a indicação do número de lugares a preencher, ficando a imprimir ou datilografar os nomes escolhidos a cargo dos eleitores ou dos candidatos (fl. 69). Sobre a inelegibilidade de candidatos, decide no sentido de que seu ataque não pode ser veiculado por mandado de segurança, senão através de argüição, no momento próprio, perante o órgão encarregado da direção do pleito, do registro dos candidatos etc. (fls. 69/70). Reexaminada a decisão pelo Eg. Tribunal Federal de Recursos, mercê de apelação do impetrante (que, antes, deduzira embargos de declaração, também rejeitados — fls. 74/79), a sua 2ª Turma, sob o relato do Min. Gueiros Leite, embora divergindo do entendimento de que as instruções configuram norma em tese, substanciando, antes, norma meramente formal e de efeitos concretos — e admitindo, conseqüentemente, a idoneidade da via mandamental para o ataque — admitiu, com a sentença, inexistir «a antinomia apontada pelo impetrante, entre o esclarecimento de que o voto é secreto, como determinado em lei, e a utilização de cédulas impressas ou datilografadas para o exercício do direito de voto» (fl. 108). No que toca à inelegibilidade de candidatos ao Conselho, por su-

posta infringência do art. 22, § 3º, do Estatuto, todavia, desautora a conclusão sentencial, anotando que, pela indicação de nomes de candidatos impedidos, pelo impetrante, sem contestação do fato pela Diretoria impetrada, impunhasse-lhes o chamado à relação processual, como litisconsortes passivos necessários (exceção feita ao Dr. Sérgio Emilio Schlang Alves, que já viera aos autos — fls. 43/52), para o esclarecimento da situação, já que as instruções eleitorais não adotaram um critério prático de prova negativa de inelegibilidade a ser apresentada pelos candidatos (fl. 111). por isso, i.é., pela lacuna processual decorrente da inaplicação do art. 47 do CPC, anula a sentença, nessa parte, para, convertendo o julgamento em diligência, mandar chamar ao feito os candidatos listados à fl. 8, à exceção de Sérgio Emilio Schlang Alves (fls. 111/115). Anulação, em parte, porque, ao lado de ter o voto condutor do Acórdão concordado com a sentença, na parcela em que não identificara antinomia entre o exercício do voto secreto e o sistema de cédulas utilizado («Estou com a respeitável sentença nessa parte» — fl. 108), o Ministro Relator, nos embargos declaratórios de fls. 117/123, ou melhor, no voto condutor do Acórdão de fl. 134, aduz que, quando utilizara aquela expressão, à fl. 108, referia-se, «exatamente a uma parcela da impugnação das eleições, que eu poderia examinar desde logo, e o fiz...», para concluir nestes termos, referindo-se à questão da inelegibilidade dos candidatos: «Se eles vierem a esclarecer a situação, julgar-se-á o que está sobejando do mérito». Mandado de Segurança nº 26.029/81. Neste, o mesmo impetrante, Bel. Geraldo Lemos do Couto — que, antes, irresignara-se contra o processo de

votação e contra a inscrição de candidatos considerados inelegíveis — dizendo que o Conselho Seccional da OAB-BA omitira-se na apreciação de impugnação do ato da posse dos Béis. Almir Bastos Júnior, Yon Yves Campinho, José César Santos e Roberto Freitas Pessoa, que formulara, em função da inelegibilidade do art. 22, § 3º, parte final, do Estatuto, requer segurança para, já em caráter liminar, obstar-lhes a posse (marcada para 1-2-81 — sic), e conseqüente exercício no cargo de Conselheiros, quando menos até o julgamento definitivo da impugnação formulada (fls. 2/6, autos apensos). Junta os documentos de fls. 7/12. Despachando a inicial, porém, o Meritíssimo Juiz indefere a segurança «de plano», por considerar que o requerente, ainda que com a condição de advogado inscrito na Ordem, ex-candidato ao Conselho Seccional, não dispunha de legitimação para o exercício da ação (fl. 14). Examinando a espécie, por força de apelo do impetrante, o Eg. TFR, pela 2ª Turma, ainda sob o relato do Min. Gueiros Leite, à vista da conexão com a primeira apelação (fls. 44, 46, 47/48), após reconhecer a legitimidade afastada pelo a quo, dá provimento à irresignação, anulando a sentença, para determinar ao órgão monocrático o exame do mérito da impetração, aplicando, sendo o caso, o art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil (fls. 57/61). Retornando os autos das duas impetrações, reunidos por força da conexão, dá-se cumprimento aos acórdãos, citando-se os litisconsortes José César Santos, Yon Yves Campinho, Arx Tourinho, Geraldo Sobral, Almir Bastos e Roberto Freitas Pessoa, visto ter o impetrante desistido da impugnação quanto a Gustavo Lanat, José Borba Pedreira Lapa e Saul

Quadros Filho (fls. 138/140/147). Em resposta, esses demandados, falando já em relação às duas impetrações (nºs 25.493 e 26.029), argüem, preliminarmente, a perda de objeto das demandas, por haver o processo eleitoral alcançado a sua plenitude, com a eleição, a 27-11-80, de 24 (vinte e quatro) membros do Conselho Seccional, entre os quais, eles, os demandados, com a posse e com o exercício integral dos mandatos, vencidos a 1-2-83, já tendo mesmo sido eleita e empossada nova Diretoria, sem qualquer impugnação. Tecem, mais, outras considerações em torno da falta de objeto e, no mérito, contrariam a existência das inelegibilidades argüidas, nos termos do citado art. 22, § 3º, do Estatuto, salientando que não ocupam (ou ocupavam) cargos em comissão, demissíveis ad nutum, mas, antes, disso, cargos efetivos (Procurador da República, Procurador do Estado etc.), em cujo exercício, e como meras «projeções», exerceram (alguns deles) funções e comissões, necessárias, técnica e administrativamente, ao seu efetivo desempenho orgânico, em termos de tarefas, competências e atribuições (fls. 153/158/163). A propósito dessa manifestação, bem assim sobre os documentos que a acompanham, o impetrante formula as considerações de fls. 167/169/171. A respeito da impetração de nº 26.029, indeferida que fora, «de plano», e tendo o Acórdão determinado o exame do mérito, dir-se-á ser necessária a tomada de informações, com manifestação do Ministério público etc., segundo os ditames da Lei nº 1.533, de 31-12-51. Esses segmentos processuais, todavia, tornaram-se desnecessários e sem finalidade. E, assim, porque, as manifestações de fls. 153/158/163, relativas a ambas as ações, e subscritas pelo atual Pre-

sidente da Seccional da OAB-BA, Dr. J. J. Calmon de Passos, substanciam informações, mesmo porque ferem todos os pontos das impugnações. Da mesma forma, a manifestação do Ministério Público Federal, à fl 160, abarca os dois pedidos. Passo, pois, ao julgamento, conjunto» (fls. 173/179).

Nela o ilustrado Dr. Olindo Herculano de Menezes decidiu, simultaneamente, as duas impetrações, porque conexas, a saber:

«Relatados. Decido. Impetração nº 25.493. Seus pedidos são «a decretação da ilegalidade do processo de votação», «bem como das inscrições de candidatos em desatenção ao preceituado em lei» (fl. 6). O primeiro, segundo posto no relatório, foi negado pela sentença (fl. 69), nessa parte mantida pela instância ad quem (fls. 108 e 128/130). Ainda que anulada, para aplicação do art. 47-CPC, por cuja regência a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes, importa ter presente que, em relação a esse pedido, a presença dos litisconsortes era (e é) desnecessária na relação processual, como, aliás, reconhece expressamente o impetrante, nas suas razões de embargos de declaração de fl. 122. Mas, acaso existisse dúvida quanto à manutenção dessa parte da sentença, de modo a tornar-se necessário o reexame da matéria, a decisão deste Juízo, agora, se antes não a considerasse prejudicada, seria (e será) nos exatos termos da veiculada à fl. 9. Isto é, pela inexistência de antinomia entre o exercício do voto secreto e a utilização de cédulas impressas ou datilografadas, não se distanciando as instruções eleitorais dos preceitos da Lei nº 4.215/63, tal como posto nos votos de fls. 108 e 128/130. Quanto ao outro pedido (decretação da ilegalidade das inscrições de candidatos

em desatenção ao preceituado em lei), não existe, aos meus olhos, nenhuma dúvida de que, a essa altura, está irremediavelmente prejudicado. As inscrições impugnadas, nos termos do art 22, § 3º, do Estatuto, destinavam-se às eleições dos membros do Conselho Seccional, a serem realizadas à 27-11-80, para o biênio 1981/1983. Realizadas as eleições (fls. 60/61), empossados os Conselheiros e cumpridos integralmente os mandatos, com a realização, já, de novas eleições (biênio 1983/85) e posse do novo Conselho (fls. 161/162), com o processo eleitoral completamente exaurido na sua plenitude, não faz nenhum sentido entrar no mérito do pedido. Como bem assinalam os litisconsortes, o bem da vida perseguido pelo impetrante tornou-se de atribuição impossível (fl. 154). Fosse o caso de pedido com lastro ou projeção patrimonial, em termos de direito subjetivo do impetrante, aí sim, teria propósito, ou significado jurídico, adentrar o mérito, visto porque, na hipótese de deferimento a impossibilidade de execução específica levaria à indenização. Entende o impetrante que o exaurimento do processo eleitoral não priva de objeto a impetração, à consideração de que, entre os resultados perseguidos na procedência, estão o triunfo do direito e a respeitabilidade de seu órgão de classe, ficando os ilegíveis impossibilitados de fazer constar nos seus currículos a condição de Conselheiros da OAB-BA (fl. 139). Mas, tais pretensões, sobre representarem uma mudança tardia do pedido (art. 264-CPC), desgarram-se, mormente a última, dos lindes conceituais do direito subjetivo. Impetração nº 26.029. Seu pedido, como desdobramento do anterior, consiste em obstar a posse e exercícios dos impugnados (Almir Bastos Júnior, Yon Yves

Campinho, José César Santos e Roberto Freitas Pessoa) no cargo de Conselheiros da OAB, quando menos até que definitivamente seja julgada a impugnação (fl. 5, dos respectivos autos). Sendo assim, e estando (repita-se) exaurido completamente o processo eleitoral, valem aqui todas as considerações postas no item 9 desta fundamentação, tendentes à conclusão que dá pela prejudicialidade do pedido, por perda de seu objeto. Não tem o ser humano condições de fazer voltar o tempo para impedir uma posse já realizada e exaurida plenamente. Pelo que, não terá sentido o exame do mérito. Necessário fosse evoluir no tema, oportuna seria a lembrança de que o próprio impetrante, na inicial deste *mandamus*, argumentando em prol da concessão da liminar, já afirmava que a denegação importaria em ineficácia da sentença concessiva (sendo o caso), que, dizia: «... não poderia produzir efeitos na sua inteireza, ante a impossibilidade material de fazer retornar aquele tempo em que os impugnados tiveram exercício das funções (fl. 5 — autos apensos). Agora, então, com o objeto do pedido tornado de atribuição impossível, mais razão haverá para tal inteligência. Em síntese. Dos dois pedidos do primeiro mandado, o de ilegalidade do processo de votação resultou indeferido pelo ad quem, tornando preclusa nova manifestação a propósito; manifestação que, se devida, e acaso não prejudicada, seria (e será) nos exatos termos da sentença anulada (fl. 69). O de decretação da ilegalidade das inscrições de candidatos, como, por igual, o do segundo mandado, consistente em obstar-lhes a posse, como Conselheiros, e o conseqüente exercício resultam prejudicados. Repilo, por fim, o asserto de que, julgando prejudica-

dos os pedidos, a Justiça estaria condescendendo com infratores (fl. 170), porque equivocado e, sobretudo, desrespeitoso» (fls. 179/182).

O impetrante apelou, em críticas à sentença e com pedido de nova decisão (fls. 184/188). Os autos subiram ao Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Valim Teixeira, foi pela confirmação da sentença (fl. 195).

Com um apenso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Temos a examinar duas apelações, a saber:

a) AMS nº 102.650-BA, já relatada. Sobre o assunto, a Turma manifestara-se anteriormente, confirmando a sentença sobre o seguinte tópico da impetração.

É ler-se:

«...Estou com a respeitável sentença nessa parte. Não se distancia a norma das instruções daquela inserida na Lei nº 4.215/63, art. 41, que exige apenas a indicação do número de lugares a preencher, ficando a imprimir ou datilografar os nomes dos candidatos escolhidos a cargo dos próprios eleitores ou dos candidatos. E nada autoriza que se conclua tenha sido feita essa distribuição no momento da votação e que tenha sido feita pela Mesa Receptora ou pela Diretoria da entidade, com exclusividade, muito menos que fosse colocado nas cabinas de votação igual número de cédulas para cada um dos candidatos registrados. Ao contrário, a mais elementar exegese do art. 41, parágrafo único, da lei, leva a admitir que as cédulas sejam confeccionadas, impressas ou datilografadas antecipadamente ao pleito e também antecipadamente

distribuídas, mesmo como material de propaganda, entre os advogados eleitores (Sentença, fl. 69) (fls. 108/109).

Quanto ao mais, ou seja, no respeitante à aventada inelegibilidade de candidatos ao Conselho, por suposta infringência do art. 22, § 3º, do Estatuto, disse, então, que não me satisfaziam as razões da respeitável sentença, nem o que se continha nas informações a respeito.

Achei por bem, então, anulá-la em parte e converter o julgamento em diligência, a fim de que os candidatos acoimados de inelegíveis fossem chamados ao feito, à exceção de Sérgio Emilio Schlang Alves, que já havia comparecido (fl. 111).

Assim foi feito em relação aos litisconsortes Arx da Costa Tourinho, Roberto Freitas Pessoa, Yon Yves Campinho, José Antônio César Santos, Geraldo Sobral Ferreira (fls. 153/158) e Almir Bastos Júnior (fl. 163).

A verdade é que somente dois dos litisconsortes e ex-Conselheiros da Seccional da Bahia poderiam ser apontados como supostamente inelegíveis em face do art. 22, § 3º, da Lei nº 4.215/63. Eram eles Yon Campinho e César Santos, que exerciam, no âmbito interno da Procuradoria do Estado, funções de confiança, meras projeções, entretanto, dos seus cargos efetivos de Procuradores do Estado. Das funções poderiam ser destituídos, nunca entretanto afastados do serviço público, em razão dos cargos que exercem em caráter efetivo.

Na verdade, o art. 22, § 3º, da Lei nº 4.215/63, considera inelegíveis, entre outros, os advogados que ocupem cargos públicos de que possam ser demitidos *ad nutum*. O valor tutelado no texto do Estatuto é o da independência do Conselheiro em face do Poder Público, indispensável para o desempenho do mandato, que recla-

ma não dependa ele, para a sua subsistência material e desempenho profissional, do Estado, em situação na qual a este último fique o arbítrio ou a discricção de retirar do Conselheiro os suportes necessários.

Sendo esse o valor tutelado, nenhuma interpretação do art. 22, § 3º, seria aceitável se alargada para abranger situações funcionais em que aquela insegurança não se faça presente. E dessa natureza são aquelas que tribunais e doutrinadores já caracterizaram, com precisão, como representando meras projeções dos encargos e deveres oriundos de um outro cargo no qual esteja investido, em caráter efetivo, o servidor. O cargo-base é o que cumpre seja ocupado em caráter efetivo pelo candidato ao Conselho (fls. 155/156).

A propósito, bem distinguiu Hely Lopes Meirelles, ao ensinar que a estabilidade é um atributo pessoal do funcionário, enquanto a efetividade é uma característica do provimento de certos cargos. Daí por que, ao exame da situação dos servidores estáveis, em face daqueles transitórios e demissíveis *ad nutum*, foi feliz em afirmar que a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público, em qualquer cargo equivalente ao de nomeação efetiva (Direito Administrativo Brasileiro, 7ª ed. atualizada, 1979, pág. 418 — RT nº 426/51, RDA nº 47/89, RDP nº 9/232).

Por tais razões, não vejo como censurar a inclusão dos litisconsortes referidos na chapa das eleições da Seccional da OAB, para o biênio 1981 a 1983, muito embora repunte razoável o reparo feito pelo impetrante à Diretoria da impetrada, ao omitir dos candidatos a prova (negativa) de que não ocupavam cargos públicos de demissão *ad nutum* (fls. 5/6), critério necessariamente adotado em outros pleitos eleitorais ou mesmo nas hipóteses da escolha de candidatos para ocupar funções em que,

como advogados, não dependam do arbítrio do Poder Público (cf. art. 16, § 2º, Código Eleitoral). A cautela — conforme sustenta o impetrante — além de oriunda da lei, revestese, também, de fundo eminentemente ético e capaz de coibir abusos que não atingem apenas o direito das partes, mas ofendem precipuamente os ditames do Estatuto, pois os impedimentos para o exercício da advocacia também impedem que a corporação de classe abrigue, entre os seus dirigentes, profissionais não habilitados (fl. 171).

b) AMS nº 92.418-BA, também já relatada e em apenso. Sobre a mesma — que contém o desdobramento do pedido anterior, consistente em obstar a posse e o conseqüente exercício da atividade de Conselheiro, pelos litisconsortes (fl. 51) — a 2ª Turma igualmente já se manifestou sobre a mesma, mas tão-só no pertinente à conclusão da sentença apelada, que indeferira o «writ» de plano, por inexistência de direito subjetivo do impetrante, que afirmara lesado. A Turma decidiu, então, que o advogado, inscrito na OAB e estando na plenitude de suas prerrogativas, possui legitimação bastante para valer-se do mandado de segurança contra a própria Instituição, na pessoa dos seus dirigentes:

a) primeiro porque é seu dever pugnar pela boa aplicação das leis e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (Lei nº 4.215/63, art. 87);

b) segundo porque, conforme o alegado, teriam sido eleitos Conselheiros da Secional candidatos que ocupavam cargos públicos e eram demissíveis ad nutum.

Por isso, a 2ª Turma deu provimento ao recurso do impetrante e determinou que o Dr. Juiz examinasse o mérito da impetração, apli-

cando à hipótese o art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil (fl. 57).

A integração do processo pelos litisconsortes ocorreu, como se viu, e a sentença final, a mesma para ambos os feitos, foi proferida dentro dos exatos termos da exigência da Turma. Sendo, porém, a mesma para os defeitos, outra não podia ser a sua conclusão nesta hipótese, senão a que prestou às fls. 181/182, dos autos da AMS nº 102.650-BA, quando sustentou que, «dos dois pedidos do primeiro mandado, o de ilegalidade do processo de votação resultou indeferido pelo ad quem, tornando preclusa nova manifestação a propósito, manifestação que, se devida, e acaso não prejudicada, seria (e será) nos exatos termos da sentença anulada (fl. 69). O da decretação da ilegalidade das inscrições de candidatos, como, por igual, o do segundo mandado, consistente em obstar-lhes a posse, como Conselheiros, e o conseqüente exercício resultam prejudicados» (fl. 182).

De fato, quanto à prejudicialidade do 2º «writ» dúvida não há, pois liberada, judicialmente, no 1º, a inelegibilidade dos litisconsortes.

Nego provimento à apelação.

Confirmo a sentença.

Ê como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 102.650 — BA — Registro nº 3.288.030 — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Apte.: Geraldo Lemos do Couto. Apdos.: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção da Bahia, e Ary da Costa Tourinho e outros. Advs.: Geraldo Lemos do Couto (em causa própria) e José Joaquim Calmon de Passos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 20-11-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.748 — SP
(Registro nº 1.268.295)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelantes: Escritório Corbiniano S.A. — Corretagem de Valores e outros

Apelado: Conselho Regional de Economia da 2ª Região

Advogados: Drs. Celso Antônio Bandeira de Mello e outros e Maria Silvia Meira Leudemann e outros

EMENTA

Conselhos Regionais de Economia. Empresa Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários. Registro (Súmula TFR 96).

Pela Súmula TFR 96 e, posteriormente, em face da Lei nº 6.839/80, o registro é obrigatório nestes casos. Tal situação não obriga retroativamente, tanto mais se a impetração foi ajuizada antes (1979) e pelo justo receio de sofrer coações na época abrangida.

Concessão parcial do «writ».

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator e das notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Escritório Corbiniano S.A. Corretagem de Valores e outros impetram mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho

Regional de Economia (2ª Região), objetivando eximirem-se de registro no referido Conselho.

Alegam os impetrantes que, por exercerem atividade tipicamente mercantil, realizando intermediação de títulos e valores mobiliários, apesar de servirem-se muitas vezes de economistas, estariam dispensados daquele registro, só sendo obrigatório o das empresas, entidades e escritórios com finalidade específica de exploração de atividades técnicas de economia e finanças, tal como dispõe o art. 14, parágrafo único, da Lei nº 1.411/51.

O feito processou-se sem liminar e foram requisitadas informações. Prestou-as a digna autoridade impetrada, às fls. 153/164, alegando, preliminarmente, carência de ação por não ser caso de mandado de segurança, uma vez ilíquido e incerto o

direito pleiteado. No mérito, sustenta que os impetrantes, além de suas atividades mercantis de negociação de títulos, prestam serviços técnicos e científicos de economia e finanças a seus clientes, estando sujeitos ao registro impugnado.

Depois de ouvido o Ministério Público — que pediu a denegação do writ (fl. 184) — e da manifestação dos impetrantes (fls. 191/192 e 198) e da impetrada (fls. 186/ 187, 194 e 200/202), proferiu sentença o Dr. Luiz Rondon Teixeira de Magalhães denegando a segurança (fls. 233/234).

Os impetrantes apelaram, em críticas à sentença e com pedido de nova decisão (fls. 237/241). Contra-razões, pela manutenção (fls. 243/251). Os autos subiram ao Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença (fl. 268).

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): A matéria já está sumulada. Trata-se da Súmula TFR nº 96, onde se lê que «as companhias distribuidoras de títulos e valores mobiliários estão sujeitas a registro nos Conselhos Regionais de Economia». A sumulação resultou do julgamento no IUJ na AC nº 65.890-RJ, ocorrido em 24 de setembro de 1981 e publicado no DJ de 18-3-82, no qual fiquei vencido.

Sobre o assunto, aliás, já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal, em Acórdão isolado da sua 2ª Turma, no RE nº 99.651-RJ, com a seguinte ementa:

«Administrativo. Registro profissional. Crédito, financiamento e investimento. Entidade profissional em que devem registrar-se os estabelecimentos dedicados a negócios financeiros. As empresas financei-

ras, só por abrigarem economistas a seu serviço, não estão obrigadas a registro no Conselho Regional de Economia. Neste, cabe o registro somente das empresas que vendem a terceiros serviços técnicos de economia e finanças.»

Como se vê, a referida decisão não tem a mesma extensão da Súmula do TFR nº 96, mas tampouco se aplica à situação das impetrantes, como é fácil de constatar.

De fato, as impetrantes admitem que, como suas designações indicam, são corretoras de câmbio e títulos mobiliários. Realizam basicamente a intermediação na compra e venda de títulos e valores mobiliários, inclusive administrando carteiras de valores mobiliários. Na consecução de seus objetivos servem-se de economistas que muitas vezes integram os seus quadros.

O ilustrado Juiz a quo apenas transcreveu a súmula, sem examinar qual a finalidade social das impetrantes. Mas isso foi confessado na inicial do «writ». Quanto às preliminares argüidas nas informações, tampouco foram apreciadas, mas perderam o seu objetivo.

As impetrantes apelaram, alegando que o «writ» teria sido de 1979, antes portanto da Súmula nº 96, e, também, da Lei nº 6.839/80. Elas pretendiam, exatamente, a não-filiação e, conseqüentemente, o não-pagamento das anuidades, à época da impetração, dada a farta jurisprudência em sentido contrário à pretensão do Conselho (fl. 239).

Acho que nessa parte têm razão. Eu mesmo, segundo já disse, votei contra, no Pleno. A decisão não foi unânime, como é sabido. Daí porque acolho, em parte, a pretensão das impetrantes, para forrá-las de quaisquer exigências anteriores à Súmula nº 96 e à Lei nº 6.839/80, nos termos do pedido.

O meu voto foi o seguinte:

«Acho que o art. 14, parágrafo único, da Lei nº 1.411/51, depende de implementação, pois é de redação vaga, quando se refere à exploração de atividades técnicas de Economia e Finanças. Tanto é assim que o Conselho Regional de Economia tem baixado resoluções para tal fim, indicando-se as de nº 80/74 e 875/74, já examinadas pelo Tribunal, as quais exorbitam da lei, ao sujeitar a registro, indiscriminadamente, empresas que se dedicam à subscrição de emissões de títulos e valores mobiliários e à intermediação, para sua colocação no mercado. Já acentuei em outros julgamentos que não é a sociedade que exerce a profissão de economista mas os profissionais que a integram, de sua vez obrigatoriamente registrados. Entre exercer a atividade e explorar essa atividade vai uma distância muito grande, para os efeitos específicos da lei. De qualquer modo, desafia-se o interlocutor a indicar qual seria a sanção aplicável às sociedades de crédito, financiamento, investimentos e outras que, na exploração de tais atividades técnicas, se rebelasse contra a exigência de inscrição. Não seriam, por certo, as do elenco da lei e muito menos a vedação do exercício de suas atividades, cuja competência é do Banco Central, ex vi da legislação aplicável dentro do nosso sistema financeiro» (IUJ na AC nº 65.890-RJ).

Resolvi decidir a hipótese desde logo, embora a competência pudesse ser atribuída à 2ª Seção, ex vi do disposto no art. 10, § 3º, inciso II, do nosso Regimento Interno. Digo assim em face da inexistência, ao tempo, de qualquer imposição patrimonial a título de penalidade ou multa.

Leia-se do pedido:

«... pretendendo, liminarmente, a) não filiação ao Conselho; b) não pagamento da anuidade; c) não Autuações e multas por não pagamento das anuidades; (omissis)» (fl. 238).

Dou provimento parcial à apelação.

E como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 102.748 — SP — Registro nº 1.268.295 — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Aptes.: Escritórios Corbiniano S.A. — Corretagem de Valores e outros. Apdo.: Conselho Regional de Economia da 2ª Região. Advs.: Celso Antônio Bandeira de Mello e outros e Maria Silvia de Meira Luedemann e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 20-11-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.576 — DF

(Registro nº 5.606.012)

Relator Originário: O Sr. Ministro José Cândido

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Requerente: Sérgio Sulisk Wais e outros

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda

Advogados: Drs. Paulo Távora e Henrique Fonseca de Araújo

EMENTA

Mandado de Segurança. Seguros. Sociedade. Autorização para funcionamento. Ato vinculado. Requisitos previstos. Decreto-Lei nº 73/66, artigo 36.

I — O ato de autorização para o funcionamento das sociedades seguradoras é vinculado, não podendo o administrador fugir aos limites traçados na legislação que rege o assunto, sob pena de se constituir em ato inválido.

II — Desde que a sociedade reúna certos requisitos, previamente estabelecidos em lei, desaparece para a administração a possibilidade de escolha. Sua conduta, in casu, é regida, vinculada, predeterminada — Decreto-Lei nº 73/66, artigo 36.

III — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide o Pleno do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Pedro Acioli, Relator p/Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Sérgio Sulisk Wais e outros impetraram mandado de segurança contra ato do Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) que indeferiu, na Sessão de 25-10-83, seu requerimento de autorização para funcionamento da sociedade «Gente Seguradora S.A.», como empresa de seguro nos ramos elementares. Aduzem que o próprio órgão técnico da SUSEP, no exercício da competên-

cia que lhe é atribuída pelo art. 36 do Decreto-Lei nº 73/66, assim concluiu:

«6. Examinada a legislação em vigor, constatamos não existir no momento, nenhum ato que proíba a constituição de novas seguradoras, a não ser o poder de concessão que cabe ao Governo (Art. 74 — Decreto-Lei nº 73/66).

7. Em face do exposto, informamos ainda que o pedido foi apresentado de forma correta, e de acordo com o que determina o art. 74, do Decreto-Lei nº 73/66 e Decreto nº 60.459/77. Assim, submetemos à consideração de Vossa Senhoria.»

Seguem, argüindo que, apesar disso, o Superintendente da SUSEP, extrapolando a competência de opinar sobre a «política traçada pelo CNSP» (art. 36 citado), emitiu parecer contrário à pretensão dos impetrantes (doc. nº 8), no que foi seguido pelo próprio Conselho, por maioria de votos.

Alegam que o CNSP já usara de seu poder discricionário na edição dos critérios impessoais para a habilitação, os quais, satisfeitos, imporiam a observância de diretrizes e normas previamente estabelecidas

para a apreciação dos pedidos. É o que resulta do art. 74 do Decreto-Lei nº 73/66.

Afirmam que, preenchidos os requisitos (condições personalíssimas), e feito o depósito do vultoso capital e reconhecido oficialmente tal fato, «a capacitação para o exercício da atividade econômica, ou o funcionamento, é imanente. Pois, a lei não faz obra frívola, ao criar órgão e incumbi-lo, especificamente, de enunciar os critérios de constituição, ensejando aos interessados concorrer a sua verificação, para, afinal, negar eficácia aos próprios atos da regulação» (fl. 12).

Em suma, a norma imperativa do art. 74, do Decreto-Lei nº 73/66 (A autorização para funcionamento será concedida...), reconheceria o direito à autorização, atendidos os requisitos; e mesmo o exame da «conveniência e oportunidade» pela SUSEP «permanecia vinculado aos padrões de aferição «ditados» (sic) pelo CNSP», como se depreende dos termos do art. 43 e incisos do Decreto nº 60.459/67.

O excesso, pois, da SUSEP, adstrita à «política ditada pelo CNSP», residiria nas próprias palavras do seu Superintendente, quando ofertou, ao Senhor Ministro da Fazenda, seus estudos para a elaboração de critérios «a serem previamente estabelecidos» (Doc. nº 8), *in verbis*:

«11. Isso não obstante, caso entenda V. Exa. como válida a elaboração de estudo sobre o aumento do número de seguradoras, poderia o mesmo ser efetuado com observância de critérios específicos a serem previamente estabelecidos, tais como: capital mínimo e área de atuação (regional, como postulado, ou de âmbito nacional), além de outros aspectos técnicos de igual importância...»

Afirmam, ainda, o empenho do legislador em instituir «em letra de lei

o princípio ético de os pedidos serem apreciados em função de diretrizes e normas» previamente conhecidos.

Estaria o CNSP vinculado às regras que ele próprio estabelecera como poder normativo, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República.

Negando a autorização sem prévia resolução (art. 27 do Decreto-Lei nº 73/66) sobre «diretrizes e normas», como fizera com a prorrogação da suspensão do exame do pedido de autorização para a previdência privada (DO 5-7-84 — Doc. nº 13), o CNSP incorreria em abuso de poder decisório.

Continuam, discorrendo sobre a política de abertura e fechamento do mercado segurador, tendo à frente o Decreto-Lei nº 1.115/70 (Doc. nº 14) passando o País por 12 anos de fechamento, geradores da liquidação, praticamente, das seguradoras regionais, reduzidas de 185 para 94. A situação foi desoladora para esse mercado que contribui, segundo alegam e tentam demonstrar com exemplo de outros países, para o aumento ou a diminuição do PIB, por isso que não houve mais prorrogações, a partir de 27-7-82, para a suspensão de novas autorizações.

Os impetrantes, pois, ter-se-iam habilitado em época propícia, porque atenderam os requisitos necessários, e não podiam ficar à mercê de critérios inventados (sic) que visam reinstalar a política de suspensão, em desapareço às próprias normas que editam, em afronta ao Decreto-Lei nº 1.115 que subordina essa providência a três requisitos:

«A) competência exclusiva do Ministro de Estado, e não do CNSP;

B) ato geral, de natureza normativa, e não por decisão casuística;

C) fixação de prazo de vigência da medida restritiva, e não por um indefinido termo «no momento» (Doc. n.º 2).»

Aduzem, ainda, que essa reserva de mercado é base para a possibilidade especulativa das seguradoras que, não funcionando, vêm valorizar suas cartas patentes.

Citam, em abono de sua pretensão, o fato de o Conselho haver autorizado a Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. a funcionar através do Processo n.º 2/84 CNSP, provando a «política de abertura dos seguros privados» dentro da ordem constitucional de franqueamento do mercado a quem satisfizer os requisitos.

Requerem, finalmente:

«Os autores pedem a concessão da segurança para mandamentar-lhes o direito líquido e certo de funcionamento da empresa «Gente Seguradora S.A.», que constituíram, nos termos da solicitação, indeferida, ilegal e abusivamente, pelo Conselho Nacional de Seguros Privados no Processo CNSP n.º 19/83-E.

XI — Requerimento.

Requerem:

47.1 — a notificação do Sr. Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente do CNSP e órgão da União (Lei n.º 1.533/51, art. 7.º, I), em seu gabinete no Bloco P da Esplanada dos Ministérios em Brasília, com o encaminhamento da 2ª via desta inicial e documentos acompanhantes, para a resposta que julgar merecer, no prazo legal (Lei n.º 4.348, de 1964, art. 1.º, a);

47.2 — a requisição à ilustre autoridade impetrada de fornecer a decisão do CNSP, no Processo n.º 2/84-E, tomada da data de hoje, sobre o funcionamento de nova empresa seguradora no País;

47.3 — com ou sem as informações, a abertura de vista à douta Subprocuradoria-Geral da República para, nos termos do art. 10 da Lei n.º 1.533/51, officiar como Ministério Público.»

Solicitadas as informações, apresentou-as a autoridade impetrada, da seguinte forma:

— que os impetrantes confundem expansão do mercado segurador com multiplicação das seguradoras;

— que vem do Código Civil (art. 20, § 1.º) e foi mantido pelo Decreto-Lei n.º 73/66 (art. 72) o intuito restritivo da proliferação das empresas desse tipo;

— que o próprio Decreto-Lei n.º 1.115, citado pelos impetrantes, estimulador da fusão e incorporação das seguradoras, alcançou seu objetivo conforme esclarece o Superintendente da SUSEP ao despachar, como Relator, o processo dos ora impetrantes, *in verbis*:

«apesar da ênfase atribuída pelo Sr. Sérgio Wais à necessidade de aumento do número das seguradoras nacionais, como forma de se obter o crescimento da relação percentual do montante de prêmios sobre o PIB, a verdade é que a evolução histórica do mercado segurador nacional mostra exatamente o contrário: na medida em que, por força da implementação do Decreto-Lei n.º 1.115/70, foi diminuindo o número de seguradoras, cresceu simultaneamente a participação dos seguros no PIB (com ressalva dos últimos anos, como resultado natural do agravamento da situação econômica do País)... (vide em anexo).»

— que a autorização dada à Seguradora Brasileiro-iraqueana S.A. refere-se a caso diverso, porque visa o mercado exterior, além de sua criação estar dentro dos parâmetros do Decreto-Lei n.º 1.115/70.;

— que, como leciona Oswaldo Bandeira de Mello, em trecho que transcreve à fl. 138, o ato atacado é discricionário e contém-se no Juízo de conveniência e oportunidade que o Conselho adotou;

— que, político ou discricionário, contido nas atribuições da SUSEP e do Conselho, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, refoge à apreciação do judiciário, ao qual só seria submetido à vista de flagrante ilegalidade.

E conclui:

«As questões colocadas levamos, assim, a estas conclusões:

a) Não apenas o funcionamento, mas a própria constituição das empresas seguradoras sujeita-se ao prudente critério da administração pública;

b) A política securitária ditada pela lei (Decreto-Lei nº 1.115/70) tende antes à diminuição de empresas seguradoras, por fusões e incorporações, do que à criação de mais empresas;

c) O ato do Conselho Nacional de Seguros Privados, emitido ao fim da regular tramitação prevista em lei e regulamento, e não tendo ilegalidade a inquiná-lo, é inalcançável por pretensão mandamental, por ser ato discricionário daquele alto colegiado.»

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, após um breve relato tanto das razões da impetração como das informações, opina pelo indeferimento.

Já incluídos os autos na pauta de julgamentos, de 7-6-84, os impetrantes ingressaram com a petição de fls. 183-6, chamando a minha atenção para «dois fatos» vinculados ao processo, e assim descritos: o primeiro, alusivo à «sonegação de esclarecimento à Justiça» (fl. 184), por não haver a autoridade coatora exi-

bido certidão requerida com a inicial de despacho do Sr. Ministro da Fazenda, em expediente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional «sobre ato, objeto da presente impetração» (fls. 183/4). O segundo, sobre um pedido da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização — FENASEG, para o Conselho limitar a atuação da Seguradora Brasileiro-Iraqueana «às operações ligadas ao fluxo do comércio bilateral Brasileiro-Iraque» (fl. 185), o que mereceu resposta negativa, por parte do Sr. Ministro da Fazenda (Aviso nº 231, de 6-4-84), ao fundamento de que a lei «não lhe permite discriminar entre empresas locais e alienígenas em matéria de seguros» (fl. 185).

Por envolver o primeiro fato, violação à regra contida no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533, de 31-12-51, já que se omitira certidão deferida na inicial, determinei diligência e retirei os autos da pauta de julgamentos.

Notificado, o Sr. Ministro da Fazenda enviou ao Tribunal a certidão reclamada, esclarecendo tratar-se de «Nota» de circulação interna, de sua orientação exclusiva não integrando «o processo administrativo no qual foi proferida a decisão impugnada por via de mandado de segurança, nem a fundamentou» — (fl. 197). Acrescentou que a «Nota» trata de assunto administrativo, «que diz respeito à sua disciplina interna, enfim, matéria interna corporis ...» (fl. 202), assim expressa: (lê fl. 199).

Por outro lado, abordando ainda o segundo ponto tratado pelos petionários, isto é, sobre a sua autorização para o funcionamento da Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., diz a autoridade impetrada, verbis:

«A autorização para funcionamento teve como razão precípua dar cumprimento a um acordo bilateral, celebrado pelo Banco do

Brasil S.A. e Rafidain Bank, instituição financeira oficial de origem iraquiana, visando a constituição de uma sociedade binacional, denominada Banco Brasileiro-Iraqueano S.A., e, bem assim, de uma subsidiária desse banco, a ser constituída no Brasil, para operar como Companhia de Seguros. Dito acordo bilateral foi aprovado pelos Ministros da Fazenda do Brasil e do Iraque. E, celebrado em 14-11-81, cumpria às autoridades brasileiras lhe dar cumprimento, inclusive em obediência ao princípio **pac-ta sunt servanda**.

Portanto, além de cumprir este secular e universal princípio de direito, a recusa em impor restrições à área de atuação da Seguradora Brasileiro-Iraqueana decorre do cumprimento das normas jurídicas brasileiras, que teriam de ser violadas para que se pudesse atender a pretensão da FENASEG.»

A douta Subprocuradoria voltou a pronunciar-se, às fls. 207-8, pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: (Relator): Os impetrantes se estribam no chamado abuso do poder, com que teria procedido a autoridade impetrada. Consideram que o art. 74, do Decreto-Lei nº 73/66, de caráter imperativo, assegura-lhes direito ao que pretendem, de forma líquida e certa, porque «atenderam a todos os critérios estabelecidos pelo CNSP para constituição de seguradora» (fl. 13).

Em razão disso, estranham que lhes tenham indeferido a competente autorização, sem que haja sido especificado o motivo de tal recusa, quando é certo que o CNSP, «em sua 123ª Sessão Ordinária, realizada em

25 de outubro último, não aprovou o pedido, por considerar inoportuno e inconveniente, no momento, a concessão de autorização para funcionamento de novas seguradoras» (fl. 14).

Em debate, portanto, como ilegal e abusivo o ato que deu pela inoprotunidade e inconveniência de que novas seguradoras venham a operar no País.

Assim, posta a demanda, estamos diante do poder discricionário da administração em conceder ou não novas autorizações para o funcionamento de Companhias de Seguros Privados no território nacional.

Não sou dos que se filiam, com intransigência, à tese de que o poder judiciário não pode examinar ato discricionário da administração pública, havido como inoportuno e inconveniente, a exemplo da hipótese em julgamento.

Por essa razão, passo ao exame do ato impugnado, para apurar se foi ele «exercido sem os fundamentos legais ou acima dos limites fixados pela lei» tal como conceitua o abuso de poder, o inolvidável mestre Temístocles Brandão Cavalcanti, em sua «Teoria dos Atos Administrativos», 1973, pág. 129.

Sobre a legalidade da decisão administrativa parece não haver objeção. A autoridade impetrada agiu com base na orientação traçada pelo Decreto-Lei nº 1.115/70, como demonstra em suas informações. Resta a hipótese de haver-se excedido no poder que tem de aferir a oportunidade e conveniência da concessão pretendida, como arguem os impetrantes. Para tanto, se apóiam nos seguintes fatos descritos na vestibular:

a) que o pedido de autorização de funcionamento encaminhado ao CNSP, através da SUSEP, estava legalmente constituído, na forma do

art. 32, incisos I e XI, do Decreto-Lei nº 73/66, não comportando o seu indeferimento; b) que não subsistem as proibições para eventual autorização para funcionamento de novas Sociedades Seguradoras, a partir da Portaria nº 607/79; c) que a SUSEP não justificou a sua recusa, no ofício de fl. 34; resumindo tal procedimento nas razões argüidas pelo Conselho, sobre «ser inoportuno e inconveniente» a pretendida autorização; que «não admira, assim, que a obstrução prolongada ao ingresso de outros concorrentes e a adoção de práticas aberrantes da autêntica economia de mercado produzissem uma situação desoladora do seguro no País. Além de não alcançar sequer a metade da taxa de participação a que se propuseram no PIB, inclusive na fase áurea do desenvolvimento nacional, essa famigerada política estiolou os empreendimentos regionais, amorteceu a dinâmica empresarial na conquista de novos espaços e relegou o Brasil a uma desclassificação abaixo de outras nações com menor Produto Interno Bruto (Doc. nº 17)»; e) que o Sr. Superintendente da SUSEP não podia «inventar» critério, quando sua apreciação de conveniência e oportunidade subordinava-se à «política de seguros privados ditado pelo CNSP» (art. 43, alínea a do Regulamento) (fl. 27); f) e, por último, deixam expressa a sua inconformidade com o tratamento desigual dado pelo CNSP à sua postulação, quando autorizou o funcionamento (Processo CNSP nº 2/84-E) nesta data, de nova «Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., «com sede no Rio de Janeiro, para operar em ramos elementares». E concluem mostrando, enfaticamente, a sua insatisfação, afirmando, verbis:

«É a evidência material que está em vigor a regra básica de nossa ordem constitucional, de franquear o mercado, inclusive à concorrên-

cia do capital estrangeiro, a quem satisfaz os critérios de habilitação estabelecidos. A menos que haja carta marcada, de dar preferência à finança alienígena em detrimento da iniciativa nacional, privada e independente, para ter acesso a esse setor de nossa economia».

Revelados esses aspectos, é de concluir-se que o ponto crucial da impetração reside no tratamento diferenciado, por parte do CNSP, aos pedidos de autorização de Sociedade Anônima Gente Seguradora, constituída pelos impetrantes, e o da Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. (SBI). Esta última, através da Portaria nº 41, de 13-3-84, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda, foi autorizada a operar em seguros dos ramos regulares, e a firma dos postulantes teve igual pedido de carta patente recusado pelo CNSP.

Essa diversidade de tratamento, em face da possibilidade de reabertura de constituição de novas Sociedades Seguradoras, constitui a pedra angular da demanda.

Aqui os impetrantes querem que o Tribunal substitua o CNSP na aferição do seu pedido, e que determine que aquele órgão da administração pública proceda de forma contrária, considerando ser oportuno e conveniente para a política nacional de seguros privados, que a empresa dos autores venha operar em seguros dos ramos regulares, no Brasil.

Para atender a tal pretensão, esta Egrégia Corte tem que transpor sério obstáculo de ordem jurídica, expresso na doutrina que restringe unicamente à administração pública dizer da oportunidade e da conveniência de sua decisão. Com esse entendimento comungam vários autores, valendo destacar a figura do eminente professor Cretella Júnior (Manual de Direito Administrativo-For., 1979, pág. 144), quando afirma que

«o ato discricionário é insuscetível de apreciação por outro poder que não aquele que o editou». E acrescenta: que «É a administração que se pronuncia a respeito da oportunidade e da conveniência da ordem», e quando se nega a concedê-la, «fere apenas interesse e nunca o direito do administrado». É evidente que o ilustre mestre ao fazer tal restrição, sustenta que o ato do administrador, considerado do ponto de vista substancial, não pode ser praticado pelo juiz. É, na sua conformação jurídica, o que diz também o eminente Helly Lopes Meirelles, em texto lapidar, no seu «Direito Administrativo Brasileiro» — Ed. RT, 1979, pág. 96, verbis:

«Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da administração.»

Vale repetir a expressão do ilustre administrativista: «o que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo juiz».

A SUSEP, que é o órgão encarregado de apreciar o pedido de autorização dirigido ao Conselho Nacional de Seguros Privados, está vinculada à obrigação de examiná-lo sob todos os seus aspectos, «em face da política de seguros ditada, por esse mesmo órgão, como diz expressamente o art. 43, do Decreto nº 60.459, de 13-3-67, que regulamenta o Decreto-Lei nº 73, de 21-11-66.

Exercendo essa atividade precípua, o Egrégio Conselho da SUSEP deliberou «ser inoportuna e inconveniente, no momento, a conces-

são de autorização para o funcionamento de novas Sociedades Seguradoras». (fl. 34) (Ato considerado violador do suposto direito líquido e certo dos postulantes). Observe-se que a autoridade impetrada ao proceder desta forma, dispôs tão-só, sobre esses dois pressupostos da pretendida autorização, nos limites do seu poder discricionário, tendo em vista o interesse público. O juiz da discricionariedade é apenas a Administração Pública, jamais o Poder Judiciário, como adverte Cino Vita., em seu «Diritto Amministrativo», 3ª Ed., 1949, vol. I, pág. 303.

No caso em julgamento, a autoridade impetrada responde com profunda sensibilidade jurídica a todos os pontos focalizados na inicial, já por mim resumidos e enumerados.

Quanto à afirmação de que é desoladora a situação do seguro no País, porque não alcança «sequer a metade da taxa de participação a que se propusera no PIB», o Sr. Ministro da Fazenda é categórico na resposta, dizendo: (fls. 136/7):

«Quanto à participação dos seguros no Produto Interno Bruto, pode-se averiguar que os resultados perseguidos pelo Decreto-Lei nº 1.115/70 foram alcançados, conforme está bem esclarecido no Parecer do Ilmo. Superintendente da SUSEP, Relator do Processo CNSP nº 19/83-E, relativo ao requerimento dos impetrantes, litteratim: «A respeito, apesar da ênfase atribuída pelo Sr. Sérgio Wais à necessidade de aumento do número das seguradoras nacionais, como forma de se obter o crescimento da relação percentual do montante de prêmios sobre o PIB, a verdade é que a evolução histórica do mercado segurador nacional mostra exatamente o contrário: na medida em que, por força da implementação do Decreto-Lei nº 1.115/70, foi diminuindo o

número de seguradoras, cresceu simultaneamente a participação dos seguros no PIB (com ressalva dos últimos anos, como resultado natural do agravamento da situação econômica no País) ... (vide em anexo).»

Pondo em destaque o objetivo a ser alcançado pelo Decreto-Lei nº 1.115/70, que concede estímulos às funções e às incorporações das sociedades seguradoras, acentua o Sr. Superintendente da SUSEP, em documento que instrui as informações (fls. 143/4).

«Vale destacar, ainda, tendência de as seguradoras se voltarem para os grupos financeiros, como for-

ma de compensar o baixo resultado operacional e ampliar sua área de atuação, através de venda de seguros por intermédio de agências bancárias, de captação de poupança e outras, sistemas esses inacessíveis às chamadas «seguradoras independentes». A simples concessão de mais uma carta patente para seguradora, também independente, em nada contribuiria, s.m.j. para modificar tal situação.

Observe-se que a produção de prêmios de seguro está concentrada em reduzido número de empresas de grande porte, ligadas a conglomerados financeiros ou industriais, como abaixo se demonstra:

Prêmio de Seguros Diretos em 31-3-83 (em Cr\$ 1.000,00)

Seguradora	Prêmios	% s/Mercado
Itaú (SP)	11.495	7,00
Bradesco (RJ)	8.679	5,28
Satma (RJ)	7.690	4,68
Internacional (RJ)	6.275	3,82
Bamerindus (PR)	5.848	3,56
Sul América (RJ)	5.835	3,55
Aliança da Bahia (BA)	5.010	3,05
Bandeirante (SP)	4.862	2,96
Boavista (SP)	4.214	2,57
União de Seguros (RS)	4.200	2,55
Subtotal	64.108	39,02
Outras 84	100.202	60,98
Total	164.310	100,00

A nosso ver, portanto, a expansão do mercado não depende somente do número de seguradoras atuantes, como pretende o postulante, mas da própria situação econômico-financeira do País e da adoção de medidas que viabilizem o maior dinamismo daquelas já existentes, em número de 94, suficiente, concluímos, para atender à demanda e à possibilidade de crescimento do mercado».

O Sr. Superintendente da SUSEP, como se vê da transcrição acima, não «inventou critério», como insinuam os impetrantes na peça vestibular.

Desta forma, o ponto nodal da controvérsia, como já assinalado, é a autorização concedida pelo Sr. Ministro da Fazenda à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. (SBI) para operar no Brasil, no ramo de seguros privados.

Nenhuma razão assiste aos impetrantes, quando pretendem ocupar posição idêntica à da Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. No particular, basta que se atente para o que esclarece a autoridade apontada como coatora, em suas informações, verbis:

«No que diz respeito à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., citado como exemplo pelos impetrantes, o caso é bem diverso, como nos explicita o Parecer que informou a decisão do CNSP (em anexo). Esta companhia participa de um grupo, liderado pelo Banco Brasileiro-Iraqueano, e seu objetivo é, precipuamente, a penetração no mercado internacional de seguros.

Como se percebe, além de sua criação estar dentro do parâmetro estabelecido pelo Decreto-Lei nº 1.115/70, sua atuação está fadada a desenvolver-se em outro mercado, isto é, no mercado exterior de seguros, não havendo, pois, contradição entre o Parecer relativo aos impetrantes, que fala em saturação do mercado, e o Parecer favorável ao funcionamento da outra companhia, já que são distintas as respectivas áreas de atuação». (fl. 137).

Mais adiante, no Parecer que instruiu a decisão do CNSP, doc. de fls. 145/6, disse a SUSEP, por intermédio do seu presidente, verbis:

«Como se verifica da documentação anexa, foi firmado em 14-11-81, pelo Banco do Brasil S.A. e Rafidain Bank, instituição financeira oficial existente e organizada sob as leis do Iraque, com sede em Bagdá, um acordo visando à constituição de uma sociedade binacional, denominada Banco Brasileiro-Iraqueano S.A. ao mesmo tempo que concordaram em que o aludido estabelecimento bancário teria uma subsidiária integral, a ser

constituída no Brasil, para operar como Companhia de Seguros, cuja denominação seria Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. (SBI).

Referido acordo mereceu o beneplácito dos Excelentíssimos Senhores Ministros da Fazenda do Brasil e do Iraque, bem como dos Presidentes do IRB e da Organização Estatal de Seguros daquele país.

Como objetivo final, a seguradora se propõe a «promover e desenvolver a cooperação econômica no setor de seguros, intercâmbio de experiência técnica».

Dando seguimento ao avençado, o Banco Brasileiro-Iraqueano S.A., promoveu, através de escritura pública, passada no 3º Ofício de Notas da Comarca da Cidade do Rio de Janeiro, livro 3.041, fl. 11, a constituição da subsidiária integral, denominada Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., tendo por objeto a realização, no Brasil, de operações de seguro e resseguro, nos ramos elementares.

Agora, o incorporador da Companhia de Seguros, o Banco Brasileiro-Iraqueano S.A. apresenta requerimento à SUSEP, nos termos do art. 74 do Decreto-Lei nº 73/66, para que faça presente ao Conselho Nacional de Seguros Privados o seu pedido de autorização para a «Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A.» funcionar como Companhia de Seguros, juntando cópia da respectiva escritura de constituição e a tradução de acordo anteriormente firmado.

Examinada pelos órgãos técnicos da SUSEP, ficou constatado que a escritura pública é obrigatória, quando se trata de constituir subsidiária integral, na forma do disposto no art. 251, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

É de registrar-se que o capital da Seguradora Brasileiro-

Iraqueana S.A., fixado em Cr\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de cruzeiros), está dividido em 75.000 (setenta e cinco mil) ações sem valor nominal, cujo preço de emissão corresponde a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), todas ordinárias nominativas. O capital foi integralizado, na base de 50% (cinquenta por cento) do respectivo montante, com base no art. 49 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967. No que se refere ao Estatuto Social da Seguradora, constante da escritura pública em referência, nada há a objetar, posto que está elaborado em harmonia com as disposições legais vigentes, sendo de assinalar, que os Diretores da novel sociedade somente poderão tomar posse após a aprovação pela SUSEP dos seus nomes, de acordo com a Resolução CNSP nº 8, de 3 de outubro de 1975.

Assim sendo, considerando que o pleito consulta os interesses nacionais, vimos submeter o presente processo à elevada consideração desse Plenário, opinando pela concessão da autorização à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., com sede na Cidade do Rio de Janeiro, para operar em seguros dos ramos elementares.»

Mais adiante, o Sr. Ministro da Fazenda, falando sobre a pretensão da FENASEG, quanto ao limite da «Seguradora Brasileiro-Iraqueana» às operações ligadas ao fluxo do comércio bilateral Brasil-Iraque, volta, a afirmar, de modo categórico:

«Os impetrantes alegam, ainda, ter sido concedida autorização para funcionamento e operação, em ramos elementares de seguros, à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. Outrossim, trazem à colação pedido da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização — FENASEG ao

Sr. Ministro da Fazenda para que restringisse a atuação dessa seguradora às «operações ligadas ao fluxo do comércio bilateral Brasil-Iraque», e a resposta ao Sr. Ministro quanto à impossibilidade legal de atendimento do seu pleito. A autorização para funcionamento teve como razão precípua dar cumprimento a um acordo bilateral, celebrado pelo Banco do Brasil S.A. e Rafidain Bank, instituição financeira oficial de origem iraqueana, visando a constituição de uma sociedade binacional, denominada Banco Brasileiro-Iraqueano S.A. e, bem assim, de uma subsidiária desse Banco, a ser constituída no Brasil, para operar como Companhia de Seguros. Dito acordo bilateral foi aprovado pelos Ministros da Fazenda do Brasil e do Iraque. E, celebrado em 14-11-81, cumpria às autoridades brasileiras lhe dar cumprimento, inclusive em obediência ao princípio *pacta sunt servanda*.

Portanto, além de cumprir este secular e universal princípio de direito, a recusa em impor restrições à área de atuação da Seguradora Brasileiro-Iraqueana decorre do cumprimento das normas jurídicas brasileiras, que teriam de ser violadas para que pudessem atender a pretensão da FENASEG.» (fl. 203).

Observe-se que há expressa referência ao fato de que «o pleito consulta os interesses nacionais», como se vê do documento acima transcrito. No pedido de autorização para a «Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A.», houve, na forma da letra a, do art. 43, do Decreto nº 60.459, de 13-3-67, por parte da SUSEP, expressa opinião sobre «a conveniência e oportunidade da autorização, em face da política de seguros ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados».

Examinados os fundamentos jurídicos da justificável recusa da autoridade impetrada, é de concluir-se que o julgador, agora investido do poder discricionário da administração pública, não pode chegar à conclusão diversa, atendidas as circunstâncias objetivas do fato em julgamento. Como equiparar, tendo-se em conta o interesse nacional, no setor de seguros privados, «Gente Seguradora S.A.», com sede em Porto Alegre, como empresa independente, de pequeno porte, com a Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. (SBI), constituída pelo Banco do Brasil S.A., e o Rafidain Bank, órgãos oficiais dos Governos do Brasil e do Iraque?

Destaque-se em favor do ato do Sr. Ministro da Fazenda, a perspectiva do exuberante comércio internacional de seguros privados, a ser realizado por essa empresa binacional, sobretudo em área onde o Brasil mantém inúmeros contratos mercantis.

Para julgar com isenção de ânimo a presente demanda, tendo em vista o alegado abuso de poder por parte do impetrado, recolhi na Biblioteca do Banco Central alguns dados sobre o Rafidain Bank, os quais devem ser revelados ao Tribunal. Trata-se de um Banco de Governo do Iraque, com sede em Bagdá. Figura entre os principais Bancos do mundo (The principal banks of the world), como se vê no «The Bankers' Almanac And Year Book 1984» (impresso na Inglaterra). Tem 222 agências no Iraque e oito no estrangeiro: London, Beirute, Amman, Mafraq, Abdu, Dhabi, Bahrain e duas no Cairo. São seus correspondentes, em New York: Bank America International, Chase Manhattan Bank, Chemical Bank, Citibank, Continental Bank International, Irving Trust, Manufactures Hanover Trust e o Morgan Guaranty Trust. No balanço de 1982, o Rafidain Bank apresentou um movimen-

to global de 12.805.612,262 (doze bilhões, oitocentos e cinco milhões, seiscentos e doze mil, duzentos e sessenta e dois) de «dinats» (um «dinat» corresponde a US\$ 3.2004).

Pelo exposto, há de concluir-se que foi extremamente oportuno e conveniente para a política de seguros privados no Brasil, a organização da «Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A.» autorizada pelo Sr. Ministro da Fazenda.

Essa decisão administrativa está rigorosamente de acordo com a determinação do Decreto-Lei nº 1.115, de 24-7-70, que, especificamente, «concede estímulos às fusões e às incorporações das sociedades seguradoras...» basta que se leia o seu artigo 1º, verbis:

«As incorporações ou fusões das sociedades seguradoras aprovadas pelo Ministério da Indústria e do Comércio gozarão dos benefícios financeiros estabelecidos neste decreto-lei.»

Disto resulta a lúcida compreensão de que a política recomendada pelo CNSP é a de que nesta área operem as grandes empresas, os conglomerados mais ativos dos setores econômicos e financeiros, os únicos que, pela diversidade das operações, podem suportar o mercado de seguros privados. Dentro desse critério está certa a administração pública. Ao contrário do que afirma a inicial, de que estaria o Sr. Superintendente da SUSEP inventando critério (fl. 27), o que se observa é que essa autoridade permaneceu fiel ao espírito do Decreto-Lei nº 1.115, de 24-7-70, acima transcrito. Ao negar autorização para o funcionamento da Sociedade «Gente Seguradora S.A.», como empresa de seguros nos ramos elementares, a autoridade impetrada quis apenas evitar que mais uma empresa, de capacidade mínima, entrasse no mercado, contrariando a política securitária bra-

sileira, definida pelo Decreto-Lei nº 1.115/70, cujo objetivo é a «diminuição de empresas seguradoras, por fusões e incorporações», e não o aparecimento de outras de pequeno porte. Dentro dessa orientação, justifica-se, em sentido contrário, o ato do Governo ao admitir o funcionamento da «Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A.», que passa a ser entre nós, a maior empresa da área de seguros privados.

Através do estudo comparativo das razões que levaram o Sr. Ministro da Fazenda a decidir em favor da «Seguradora Iraqueana S.A.» e contra a «Gente Seguradora S.A.», representada pelos impetrantes, chega-se à conclusão que a esta última não seria de reconhecer-se conveniência e oportunidade para o seu funcionamento, pelo menos nas contingências do mercado atual de seguros privados. Não há, na inicial, motivo que justifique o pedido dos autores, e, muito menos, prova que leve o Tribunal a decidir de modo contrário aos interesses da administração pública. Considere-se que não está em causa, propriamente, o direito dos impetrantes, mas o seu interesse, que neste instante conflita com o do poder concedente, que julga a pretensão inicial como inconveniente e inoportuna para o momento. Advirta-se que o pedido dos aa., a rigor, só poderia ser atendido se eles juntassem ao processo prova inequívoca de que a autoridade impetrada agira ilegalmente ou com abuso do poder. Isto não aconteceu. Por isso o Judiciário não pode substituir o administrador público.

Sobre o tema, disserta com bastante lucidez, o professor Celso Antônio Bandeira de Melo, ao afirmar:

«Dado que o dever administrativo imposto pelo direito é sempre e sempre o de produzir unicamente o ato capilarmente ajustado ao interesse público, tem-se que é

ilegítima a conduta administrativa — inobstante praticada no exercício de competência ensejadora de discricção — que não realize de maneira ótima o interesse público aferível *in concreto*, isto é, diante das circunstâncias do caso.

Logo, o problema do controle da validade dos comportamentos praticados a título de discricção administrativa, converte-se, em larga medida, num problema de prova. Fica a cargo de quem impugna o ato demonstrar que a providência tomada não realiza, *in concreto*, a perfeita satisfação do interesse tutelado em abstrato pela regra de direito. Se o fizer, o ato terá que ser fulminado pelo Judiciário porque revelada estará sua desconformidade com o direito.

Note-se que, em alguns casos, será possível comprovar que uma única providência — distinta da que a administração adotou — seria a adequada para realizar a finalidade normativa. Em outros casos tal demonstração será impossível, mas possível será demonstrar que, de toda sorte, aquela específica medida adotada não era a idônea para atender com exatidão a finalidade da lei. Deveras, muitas vezes não se pode saber o que uma coisa é, mas pode-se saber o que aquela coisa não é. Portanto, em certos casos não será possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público, mas será possível dizer que aquele comportamento específico adotado não é o que o atende, conforme bem registra o prof. Afonso Rodrigues Queiroz.» (RDA nº 152, pág. 13).

Ora, os pontos enfocados pela inicial foram todos rebatidos pelo Sr. Ministro da Fazenda, de forma incensurável. Daí ser impossível a atuação judicial em sentido contrário, isto é, adotando um critério que a inicial não fundamenta.

Por isso, adverte ainda o professor paulista, verbis:

«Haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa, se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério, igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador. Não haverá indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo, se o critério ou opção do administrador houverem sido logicamente insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando por isso na eleição de providência desconstruída com a finalidade legal a que o ato deveria servir.» (RDA nº 152, pág. 15).

Não há, em virtude disto, qualquer desconformidade desse ato com o outro que deferiu à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., autorização para operar no mercado de seguros privados. É incomparável a posição de uma em relação à outra. Basta acentuar que na hipótese da seguradora binacional há um interesse expresso do Governo brasileiro, através do seu Banco Oficial, em penetrar no mercado internacional de seguros privados. Por outro lado, é incomensurável a distância que separa as duas pretensões.

Após essas longas considerações, devo concluir por confessar que não encontrei, nos presentes autos, os elementos necessários à formação do meu convencimento, em sentido contrário ao manifestado pelo Sr. Ministro da Fazenda.

Não vejo nos autos a ilegalidade ou o abuso do poder apontados na inicial.

Por isso, denego a ordem.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Colhe-se dos autos que os impetrantes em abril de 1983 constituíram, por escritura particular, uma sociedade denominada Gente Seguradora S.A., para operar no setor de seguros — ramos elementares.

A sociedade foi constituída de acordo com a Res. nº 9/81, do CNSP. Efetuou-se no Banco do Brasil o depósito de 50 milhões de cruzeiros (metade do capital da sociedade), e em ato contínuo requereram os postulantes, por intermédio da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), autorização para seu funcionamento. Esse órgão — que detém poder opinativo — assim se manifestou:

«6. Examinada a legislação em vigor, constatamos não existir, no momento, nenhum ato que proíba a constituição de novas seguradoras, a não ser o poder de concessão que cabe ao Governo (Art. 74 — Decreto-Lei nº 73/66).

7. Em face do exposto, informamos ainda que o pedido foi apresentado de forma correta, e de acordo «com o que determina o artigo 74, do Decreto-Lei nº 73/66 e Decreto nº 60.459/77. Assim, submetemos à consideração de Vossa Senhoria.» (Fls. 6/7).

Tal posicionamento da SUSEP tem respaldo no art. 36, do Decreto-Lei nº 73/66, assim escrito:

«Art. 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e re-

forma dos estatutos das sociedades seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP.»

Surge, neste ínterim, o Superintendente da SUSEP com parecer examinando as situações em que «se encontram as seguradoras no País», e destaca que a produção de prêmios de seguro está concentrada em reduzido número de empresas de grande porte, ligadas a conglomerados financeiros ou industriais, exemplificando: Itaú-SP, Bradesco-RJ, Sul-América e vários outros, para afinal concluir, no essencial, de modo opinativo, nestes termos:

«A nosso ver, portanto, a expansão do mercado não depende somente do número de seguradoras atuantes, como pretende o postulante, mas da própria situação econômico-financeira do País e da adoção de medidas que viabilizem o maior dinamismo daquelas já existentes, em número de 94, suficiente a nosso ver, para atender à demanda e à possibilidade de crescimento do mercado.

Em face do exposto, manifestamos nossa opinião contrária ao deferimento do pedido, submetendo o assunto à consideração de V. Exa., que melhor decidirá a respeito.» (fl. 104).

O Exmo. Senhor Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente do Conselho Nacional de Seguros Privados, entendeu ser inoportuna e inconveniente a concessão de autorização para o funcionamento de novas sociedades seguradoras, o que ensejou o indeferimento do pedido de funcionamento (autorização) da Sociedade «Gente Seguradora S.A.»

É justamente contra esse ato que se insurgem os impetrantes, acoimando-o de ilegal e arbitrário, valendo-se para tanto dos argumentos expostos na exordial, dos quais destaco:

«Ao ser protocolizado o pedido de funcionamento, em abril de 1983 (Doc. nº 5), vigia, por conseguinte, a política de abertura à iniciativa e concorrência das empresas privadas, consagrada constitucionalmente. Prevalencia como diretriz fundamental a disputa do mercado, com o trabalho e o capital daqueles que comprovassem, à luz dos critérios editados, capacidade empresarial, idoneidade gerencial e demais requisitos enunciados.

Os autores habilitaram-se sob essa égide constitucional e satisfizeram a todas as exigências postas pelo órgão competente, de acordo com o art. 32, I e XI do Decreto-Lei nº 73/66. Não podia data venia, o Sr. Superintendente da SUSEP «inventar» critério, quando sua apreciação de conveniência e oportunidade subordinava-se à «política de seguros privados ditada pelo CNSP» (art. 43, alínea a do Regulamento). E essa «política», à míngua de prévia resolução normativa em contrário, tornara ao leito normal de abertura do mercado ao estímulo da concorrência. Por outro lado, o mesmo Conselho não possuía poder de livre arbítrio para decidir solicitações específicas, vinculado que estava, legalmente, às «diretrizes e normas» por que devia também reger-se. Cessada a «política de fechamento», sua decisão tinha de ater-se aos «critérios de constituição estabelecidos pelo CNSP», e esses os impetrantes preencheram-no às completas.

Em verdade, o ato colegial pretendeu reinstalar, sub-repticiamente, a política de suspensão que durou 12 anos. Fê-lo com infringência manifesta do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.115, de 1970, que só permite essa providência mediante três requisitos:

a) competência exclusiva do Ministro de Estado, e não do CNSP;

b) ato geral, de natureza normativa, e não por decisão casuística;

c) fixação de prazo de vigência da medida restritiva, e não por um indefinido termo «no momento» (Doc. nº 2)» (fls. 27/28).

Não há negar que o ato de autorização para funcionamento de sociedades seguradoras está vinculado a critérios definidos em regulamento — assim o quis o legislador. Segue-se que o ato que nega a autorização de funcionamento, sem motivação, é inválido. A simples referência a expressões genéricas, como conveniência e oportunidade, é mero circunlóquio que não serve para motivar o ato de que se cuida. A motivação exige que se estabeleça, que se demonstre a relação efetiva de causa e conseqüências entre a situação de fato e a determinação do direito, numa ordenação de vigência.

Convém destacar-se a precisa observação da inicial:

«O legislador do Decreto-Lei nº 73/66 abominou o casuismo nessa área sensível de interesses econômicos, em que as empresas privadas dependem de uma autorização do Estado para exercitar o direito de explorar o mercado segurador. Daí o empenho de instituir em letra de lei o princípio ético de os pedidos serem apreciados em função de «diretrizes e normas» conhecidas antecipadamente de todos. Essa «política», que constitui «as regras do jogo» em linguagem livre, objetiva resguardar a administração pública e os administradores dos desvios de uma economia cartorial sem rumos predefinidos, sujeita aos riscos de particularismos personalistas a influências do dia e, até, aos humores da burocracia.» (Fl. 18)

O prof. Cretella Júnior, in «Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder», pág. 42, distingue o vocábulo «Mérito», no Direito Processual Civil e no Direito Administrativo, ensinando que, no primeiro, significa a mera substância do litígio e, no segundo, relaciona-se com a oportunidade e conveniência da medida a ser editada. E, afinal, pontifica: «O mérito não é requisito essencial do ato administrativo. No entanto, o administrador sempre se baliza pela oportunidade ou pela conveniência da medida, de modo que é necessário que se analise o mérito apenas para saber a razão da medida, mas isso não dá possibilidade ao administrador, cujos interesses foram contrariados por motivos de mérito, de promover o desfazimento desse ato pelo Poder Judiciário.»

No caso concreto, o desfazimento do ato administrativo de S. Exa. o Ministro de Estado da Fazenda, no meu sentir, é imperativo, eis que o ato em apreço desafia a legislação que rege o assunto.

O pedido dos impetrantes tem respaldo no art. 36, do Decreto-Lei nº 73/66, transcrito à fl. 2, que define a competência da SUSEP, no procedimento relativo às sociedades seguradoras, com o encaminhamento de processos ao CNSP.

Esse órgão — SUSEP — tem poder opinativo e o pedido atendeu a todos os pressupostos para que o CNSP concedesse a autorização ao funcionamento da sociedade, o que não foi feito dado o parecer contrário do Superintendente da SUSEP, catalisador do ato indeferitório do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda, sob o esdrúxulo fundamento da «inconveniência e inoportunidade» para o funcionamento da «Gente Seguradora S.A.».

O ato de autorização ou indeferimento deve ser editado dentro dos limites do direito posto.

Desde que reúna certos requisitos, previamente estabelecidos em lei, desaparece para a administração a possibilidade de escolha. Sua conduta, *in casu*, é regida, vinculada, pre-determinada.

Veja-se, por outro lado, que S. Exa., o Min. da Fazenda, ao conceder — julgando legal, portanto — a autorização para operar à Seguradora Brasileiro-Iraqueana e, negando à «Gente Seguradora S.A.» (dos impetrantes) usou procedimento duvidoso, censurável sob o crivo da legalidade.

Estou em que razão assiste aos impetrantes.

Se não bastasse o fiel cumprimento das normas prescritas na legislação específica, pelos impetrantes, para a autorização do funcionamento da «Gente Seguradora S.A.», viria em reforço à pretensão o tratamento dado à Seguradora Brasileiro-Iraqueana.

Ademais, vale acentuar o benefício regional que trará o funcionamento da sociedade em epígrafe — destinada ao ramo de seguros — dado o volume de capital e mão-de-obra que certamente serão movimentados.

Isto posto, forçoso é reconhecer a invalidade do ato, dispensando-me, para fazê-lo, de outras considerações.

Nessa linha de idéias, peço vênia ao Em. Min. Relator para, dissentindo do seu voto, conceder a segurância, nos termos do pedido.

É como voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Senhor Presidente, a matéria acha-se bem esclarecida diante do douto vo-

to proferido pelo eminente Ministro Relator e, ainda, do douto voto proferido pelo eminente Ministro Pedro Acioli. Ademais, brilhante sustentação oral foi produzida pelo eminente advogado dos impetrantes, que, também, fez distribuir excelentes memoriais.

Diante desse contexto, irei, de logo, prolatar o meu voto quando, se outras fossem as circunstâncias, melhor seria que pedisse vista dos autos, por ter de me pronunciar logo após dois votos divergentes.

Insurgem-se os impetrantes contra ato do Conselho Nacional de Seguros Privados, que, em Sessão de 25 de outubro de 1983, indeferiu o pedido de autorização à Sociedade Anônima «Gente Seguradora S.A.», para funcionar como empresa de seguro.

Convenci-me, diante dos fatos aqui controvertidos, de que, no caso, estamos diante de um ato arbitrário, violador de direito subjetivo dos impetrantes, e não em face de um ato discricionário.

Na verdade, o Conselho impetrado tem o poder discricionário de estabelecer os critérios da política de seguros privados. É o que decorre do Decreto-Lei nº 73/66, art. 32, incisos I e II, ensejo em que o referido Conselho atua tendo em conta os aspectos de conveniência e de oportunidade.

Todavia, quando decide sobre os pedidos de autorização, organização e funcionamento das sociedades seguradoras, age no exercício de poder vinculado, e mais, vinculado às diretrizes por ele próprio traçadas.

Com efeito, cabe-lhe examinar tais pedidos após o seu processamento pela SUSEP, que é o órgão executor da política no setor (Decreto-Lei nº 73/66, art. 32, inciso I), devendo deferi-los ou indeferi-los de maneira fundamentada, por se tratar de ato vinculado.

Tais distinções acerca da atuação normativa ou executiva do Conselho são tão claras que, segundo seu Regimento Interno devem consubstanciar-se, no primeiro caso, em Resolução, e, no outro caso, em Ato (Regimento Interno do Conselho, art. 27, parágrafo único).

E o que ocorreu na espécie? A decisão denegatória, além de não consubstanciar-se em ato (consta apenas da ata da reunião do Conselho), tal qual previsto na citada norma regimental, está desprovida de qualquer fundamentação.

Desse deslize, da falta de fundamentação, deu conta a própria Procuradoria da Fazenda Nacional. Tanto assim que, meses após a impetração, já conhecendo a fundamentação desta, recomendou ao Conselho, que fosse baixado o indispensável ato, o que, aliás, se verificou. Tal procedimento, contudo, no meu entender, longe de afastar, vem apenas corroborar a conclusão no sentido da arbitrariedade do ato malsinado nesta impetração.

Ademais, é impressionante a contradição em que incidiu o Conselho impetrado: nega autorização para funcionar a sociedade brasileira e concede tal direito a grupo estrangeiro, sob a invocação de acordo internacional, sem que exista acordo firmado, a propósito, segundo rito constitucional, entre o Brasil e o Iraque.

Diz a Constituição, no seu artigo 81, inciso X, que é da competência privativa do Presidente da República, e não do Ministro da Fazenda, celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional.

Portanto, não podemos aceitar o argumento de que a concessão feita à seguradora alienígena o teria sido em cumprimento de acordo internacional. Que acordo é esse? Acordo

feito pelo Sr. Ministro da Fazenda? Isso não se compadece com o nosso Texto Constitucional.

Se se trata de algum acordo efetivado, tendo em vista aspectos negociais, obviamente que esse acordo há de adstringir-se às regras gerais, previstas também no próprio Texto Constitucional, ao tratar dos direitos e garantias individuais, segundo o qual não se pode distinguir entre brasileiros e estrangeiros, no tocante ao exercício dos direitos privados.

Nesse contexto, pareceu-me contraditório o voto do ilustre Relator, quando afirma que não cabe ao Judiciário examinar os aspectos de conveniência e oportunidade quanto à prática dos atos administrativos, e, a seguir, com base nas informações, passa a examinar os aspectos que informaram o deferimento do pedido de funcionamento da empresa alienígena.

De fato, não cabe ao Poder Judiciário examinar os aspectos de conveniência e de oportunidade dos atos administrativos, mas cabe-lhe examinar a sua legalidade, legalidade essa que assume controle mais amplo quanto aos atos administrativos vinculados, quando se lhe abre ensejo para o exame da sua motivação, que no caso é inexistente.

Atendidas, pois, na espécie, todas as exigências para a sociedade funcionar no País, segundo expressamente reconhecido pela SUSEP, o indeferimento do pedido dos impetrantes, através de ato praticado sem a forma legal e desprovido de fundamentação, constitui arbítrio violador de direito subjetivo que, na espécie, mais se aflora, se analisado à vista dos princípios constitucionais da livre iniciativa, do acesso à concorrência e da expansão de oportunidades de emprego produtivo (Constituição, art. 160, incisos I, V e VI).

Isto posto, com a devida vênia ao eminente Relator também concedo a segurança, na linha do douto voto, aqui proferido pelo eminente Ministro Pedro Acioli.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Costa Lima: Senhor Presidente — Havia eu, na sessão primeira desse julgamento, após ler o memorial, ouvir o relatório, as sustentações orais e o voto proferido pelo eminente Ministro Relator, escrito o meu voto. Vejo que, hoje, após os eruditos pronunciamentos dos Senhores Ministros Pedro Acioli e Pádua Ribeiro, nada tenho a acrescentar às notas que escrevera.

A impetrante teve recusado o pedido para operar por «ser inoportuna e inconveniente no momento a concessão de autorização para o funcionamento de novas sociedades seguradoras», embora em data posterior tenha sido concedida autorização à «Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A.».

Todas as operações de seguros privados realizadas no País subordinam-se ao que dispõe o Decreto-Lei nº 73, de 21-11-66, regulamentado através do Decreto nº 60.459, de 13-3-67, eis que o Decreto-Lei nº 1.115, de 24-7-70 tratou de estimular as fusões e as incorporações de seguradoras, por prazo definido.

A política de seguros privados objetivará:

I — promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País;

II — evitar evasão de divisas, pelo equilíbrio do balanço dos resultados do intercâmbio de negócios com o exterior;

III — firmar o princípio da reciprocidade em operações de seguros, condicionando a autorização

para o funcionamento de empresas e firmas estrangeiras a igualdade de condições no país de origem;

IV — promover o aperfeiçoamento das sociedades seguradoras;

V — preservar a liquidez e a solvência das sociedades seguradoras;

VI — coordenar a política de seguros com a política de investimentos do Governo Federal, observados os critérios estabelecidos para as políticas monetária, creditícia e fiscal.

Foi criada, então, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) para executar a política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados — CNSP, na qualidade de «órgão fiscalizador da constituição, organização e funcionamento e operações das sociedades seguradoras» — art. 36.

Conferindo-se o disposto no art. 32 do Decreto-Lei nº 73 e o art. 21 e incisos do Decreto nº 60.459, verifica-se que ao CNSP compete:

I — fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados, tendo em conta as condições do mercado nacional de seguros;

.....
VII — regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas ao Decreto-Lei nº 73/66;

.....
XIII — prescrever os critérios de constituição das sociedades seguradoras, com fixação dos limites técnicos das operações de seguros;

.....
XIX — baixar resoluções, nos casos de suas atribuições específicas, a serem observadas pelos integrantes do Sistema Nacional de Seguros Privados.

À sua vez, o Decreto nº 61.589, de 23-10-67, insiste:

«Art. 6º A constituição, organização, funcionamento e fiscalização das sociedades seguradoras obedecerão às disposições da legislação aplicável e às condições estabelecidas pelo CNSP e pela SUSEP.

Tem-se, então, que ao CNSP foi conferida liberdade para formular a política de seguros privados, mas a execução da mesma política sai do campo da discricionariedade para cingir-se às normas previamente estabelecidas, seja no Decreto-Lei nº 73/66, seja no regulamento ou nas resoluções baixados.

Do contrário, as autorizações decorrentes do disposto no art. 74 do Decreto-Lei nº 73/66 ficariam ao gosto ou ao interesse de pessoas da SUSEP ou do CNSP.

De modo que, se o CNSP não traçou as «diretrizes e normas da política de seguros privados» como era do seu dever e de sua competência, a autorização submete-se ao que está expresso no regulamento, assim enunciado:

«Art. 42. A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP.

Parágrafo único. O pedido será instruído com a prova de regularidade de constituição da sociedade do depósito no Banco do Brasil da parte já realizada do capital e exemplar do estatuto.

Art. 43. O pedido de autorização para funcionamento será encaminhado à apreciação do Conselho Nacional de Seguros Privados pela SUSEP, que opinará sobre:

a) a conveniência e oportunidade da autorização, em face da política de seguros ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados;

b) a saturação e possibilidades do mercado segurador nacional;

c) a regularidade da constituição da sociedade;

d) probabilidade de êxito de suas operações;

e) regime administrativo;

f) inconveniências, omissões e irregularidades encontradas na Constituição, nos Estatutos ou planos de operações.»

De sorte que, a conveniência e a oportunidade, não se subordinam ao «momento», ao sabor de «a» ou de «b», porém à «política de seguros ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados».

Quer dizer, o motivo e a finalidade do ato administrativo de autorizar ou negar, aí esbarram.

O alegado poder discricionário tem-se de conter na vontade da lei, ficando dentro dos limites de opção que a norma faculta.

A autorização para portar arma, por exemplo, concede certa margem de discricionariedade ao Poder Público. Se o particular a requer, a Administração a deferirá ou não, pois a lei não a obriga concedê-la. Verifica-se convém ou não, no caso concreto, atender o pedido.

A propósito, leio ensinamentos encontrados em Celso Antônio Bandeira de Melo — «Elementos de Direito Administrativo», 1ª ed. 2ª tiragem, pág. 63:

«Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal e pode ser definida como: «A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou

juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal».

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever) cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.»

Amílcar de Araújo Falcão — «Introdução ao Direito Administrativo», pág. 49, adianta:

«Importa acentuar que o poder discricionário conferido à administração pública não se confunde com o arbítrio encontrando limites na ordem jurídica.

Uma dessas limitações diz respeito à competência, de modo que só dispõe do poder discricionário o órgão ao qual foi dada atribuição para a prática do ato de que se trate.

A outra limitação é constituída pela proibição do excesso ou desvio de poder, que consiste na utilização da discriminação para fins não coincidentes com aqueles que constituem a causa da atividade administrativa, isto é, com fins que digam respeito não ao interesse público ou à utilidade pública, mas a propósitos de caráter pessoal ou a caprichos do titular do órgão; se ocorrer esse desvio na prática do ato, embora a adminis-

tração pública disponha de um poder discricionário e, assim, possa adotar uma deliberação livre, o ato será nulo, porque não se destinou a ele a concretização de um objetivo que é comum a todos os atos administrativos, qual a finalidade de interesse, necessidade ou utilidade pública.»

Marcelo Caetano — «Princípios Fundamentais do Direito Administrativo» leciona:

«O poder é vinculado na medida em que o seu exercício está regulado por lei.

O poder será discricionário quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere.

É como se tivéssemos de enviar uma carta a certo destino, confiando-a a um mensageiro: poderemos fixar a este rigidamente o itinerário a seguir, vinculando-o às ordens dadas, ou então deixar-lhe liberdade de adotar aquele dos caminhos que lhe parecer mais curto, mais seguro, mais conveniente, porque o importante é que a carta chegue.

No primeiro caso, cumprida a missão, quem a ordenou pode preocupar-se em saber se o itinerário marcado foi seguido, ou não. No segundo, isso não importa, o que interessa é saber se a carta chegou nas melhores condições às mãos do destinatário: o fim prevalece sobre os meios usados.

O poder vinculado, sendo exercido quando a lei impõe ou nos termos que ela dispõe, entende-se que o é sempre na ocasião oportuna e por modo a atingir os fins para que foi conferido. Só se a lei não for respeitada, a função deixa de ser desempenhada.

Quanto ao poder discricionário, a liberdade dada por lei para num e noutro aspecto do seu exercício o respectivo titular agir segundo seu critério não lhe tira o caráter funcional. Embora quem o exerce seja o único juiz da oportunidade e da conveniência de exercê-lo, deve ser exercido sempre que assim o exijam os interesses servidos e para o fim que eles imponham.

A discricionariedade de certos poderes conferidos por lei aos órgãos da Administração traduz o reconhecimento pelo legislador da impossibilidade de prever na norma toda a riqueza e variedade das circunstâncias em que o órgão pode ser chamado a intervir e as soluções mais convenientes consoante os casos. O legislador deixa, pois, em maior ou menor grau, a quem tiver de aplicar a lei, liberdade para encontrar a melhor solução para cada caso concreto, considerando legal a essa solução desde que preencha o fim de interesse público que se pretende realizar.» (Págs. 141/142)

No caso concreto, a autoridade disse que não convinha «no momento» a autorização. Contudo, não esclareceu porque não convinha autorizar, embora estivesse subordinada ao comando do art. 43, a, do regulamento, a dizer: à política de seguros ditada pelo CNSP.

Afirmou-se que assim procedeu considerando o interesse público.

Porém, é como observa Miguel Reale — «Revogação e Anulamento do Ato Administrativo», «todo ato administrativo possui como fundamento o interesse público, a utilidade social que a lei consagra e reclama, realizando fins que se contêm na lei ou que com ela se harmonizam» (pág. 43).

O arbítrio do ato impugnado foi tal que, agora nas informações, procura a autoridade justificar-se falando em

interesse público, na necessidade de limitar o número de seguradoras, de autorizar quem tem capital elevado.

Ora, nada disso está na lei e nem por ela deixado à discricionariedade da autoridade.

A meu ver, por ser uma empresa de pequeno porte e de âmbito regional isso não é motivo para ser proibida de funcionar pois, quase sempre, de empreendimentos assim modestos nascem os grandes e fortes conglomerados. Importava examinar, na época, se preenchia os requisitos objetivamente postos no decreto-lei, no regulamento ou em resolução preexistente. E isto ocorreu tanto que o órgão próprio da SUSEP concluiu informando que o pedido foi apresentado corretamente e de acordo com o Decreto-Lei nº 73/66, art. 74 e Decreto nº 60.459/67.

Pelo visto, o poder discricionário tem-se de conter na vontade da lei, isto é, ficar dentro dos limites de opção que a norma faculta. No caso, a conveniência e a oportunidade ficaram sem um prévio disciplinamento, valendo para a impetrante um modo de posicionar-se e, a seguir, outro e bem diverso, para outra entidade. Assim, não me parece ter havido adequação do fato à hipótese normativa, uma vez que a política de seguros de competência do CNSP, como se viu, não fixou previamente em que se assenta a conveniência e a oportunidade, falando que, no momento, é inoportuna a autorização, esse critério não tem apoio no sistema legal pertinente ao assunto. Portanto, o ato desveste-se de fundamentação.

De conseguinte, a autoridade agiu com abuso de poder.

Concedo, pois, o «writ», data **venia**.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Senhor Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente Ministro Pedro Acioli, concedendo a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: A concessão de autorização para o funcionamento da seguradora constituir-se-ia imperativo para o Poder Público, em face do tempo do verbo existente no art. 74 do Decreto-Lei nº 73, não fosse o art. 43, a, que mitigou tal imposição, ao estabelecer que essa autorização será deferida tendo em vista suas conveniências e oportunidades, em razão da política de seguros ditada pelo CNSP, segundo parâmetros estabelecidos pelo art. 36 do mesmo diploma.

Trata-se, pois, tal concessão, de ato administrativo, que poderá ser baixado com certa margem de discricionariedade pelo Poder Público, porém sempre tendo em vista diretrizes normativas segundo a política, predeterminada, e impessoal, estabelecida pelo CNSP para atender aos objetivos enunciados pela lei.

Ocorre, no entanto, que os impetrantes demonstraram que, formalmente, o seu pedido de autorização estava correto, tanto é que a própria SUSEP assim o considerou.

E demonstraram, também, os impetrantes que, enquanto o CNSP indeferiu o seu pedido, deferiu igual pretensão à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., para operar no ramo de seguros privados em âmbito internacional e nacional.

A tal conclusão cheguei pelo esclarecimento prestado pelo Ministro da Fazenda, quando considerou a empresa multinacional em condições de atuar em operações simplesmente internas, no País.

O tratamento desigual dispensado a pretensões de idêntico teor, formuladas praticamente na mesma época, deixa à mostra a arbitrariedade do comportamento ora impugnado, posto que, a meu ver, não há motivo de conveniência e oportunidade que justifique a autorização para que uma empresa seguradora multinacional opere no Brasil e que, ao mesmo tempo, sirva de base ao indeferimento a uma empresa brasileira, em graciosa amplianda, odiosa restringenda, tanto mais que o acordo entre os Governos brasileiro e iraqueano não foi consagrado em trato formal aprovado pelo Congresso Nacional, não sendo, pois, oponível à Nação.

Os dois atos são discrepantes, foram praticados *intuitu personae* e não em função de qualquer política de seguros.

Mas a empatia pessoal não pode ser fundamento ou parâmetro para o ato administrativo, mesmo sendo ele discricionário.

De modo que não me parece que o ilustre Relator esteja com a razão, ao entender que os impetrantes pretendem que o Tribunal se substitua ao CNSP para aferir da conveniência e da oportunidade da concessão da autorização, pois ficou patente que a negativa não teve por motivo qualquer política e sim critérios subjetivos de preferência de uma empresa em detrimento de outra.

O ilustre Relator, ao denegar a segurança, é que adentrou em considerações de conveniência e oportunidade para justificar a autorização concedida à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A., questão que, *data venia*, não é objeto do pedido, senão o tratamento desigual que as duas empresas mereceram por parte do impetrado.

E isso está sujeito ao controle do Judiciário, pois se trata de puro arbítrio, de inconfessável desvio de

poder, mascarado sob razões de Estado, que fere direito líquido e certo dos impetrantes e, pior que isso, afronta os princípios constitucionais de isonomia e de liberdade de iniciativa.

Pelo exposto, concedo a ordem, **data venia** do ilustre Relator.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Na ata da reunião do Conselho Nacional de Seguros Privados, em que foi apreciada a pretensão dos impetrantes, registrou-se o seguinte:

«Com a presença do Ministro, a matéria foi novamente discutida. Colocada em votação, o Conselho aprovou o voto do Senhor Superintendente da SUSEP, negando a carta patente solicitada, por considerar inoportuna e inconveniente, no momento, a concessão de autorização para funcionamento de novas seguradoras.»

A ausência de ato que especifique tal deliberação deixa em branco as razões de inoportunidade e inconveniência, que levaram o Conselho a indeferir a autorização a novas seguradoras. Ao que se deduz da impetração, a razão da decisão seria a de que o número de seguradoras existentes no País desaconselharia a autorização de mais uma.

O Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, atribui à Superintendência de Seguros Privados competência para processar os pedidos de autorização para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP (art. 36, alínea a). A autorização será concedida pelo Ministro de Estado, me-

diante requerimento dirigido ao CNSP, apresentado por intermédio daquela Superintendência (art. 74).

Tanto significa que o pedido de autorização de constituição de nova seguradora é primeiramente submetido a exame e parecer da Superintendência, cabendo ao Conselho decidir quanto ao seu deferimento. Só após essa decisão, será baixado o ato ministerial concessivo ou não da autorização.

O ato ministerial é, portanto, vinculado à decisão do Conselho. Esta se concretiza naquela.

Tais considerações demonstram o vício de forma da decisão ora impugnada, pois os impetrantes informam que não houve ato ou resolução do Conselho sobre o pedido de autorização. O que o órgão colegiado decidiu constitui apenas uma deliberação, que deveria ser concretizada em ato ou resolução, para ter eficácia de ato administrativo formalmente perfeito.

De qualquer sorte, os impetrantes se irredimiram com a própria deliberação do Conselho, dando-lhe, por via da oposição, aquela eficácia.

Superado o aspecto do vício de forma, cumpre examinar se cabe o exame da legalidade do ato. Entende o eminente Ministro Relator ser descabido tal exame, por se tratar de ato emanado do poder discricionário da Administração.

Mas é de se considerar que o art. 21 do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, que regulamentou o Decreto-Lei nº 73, de 1966, dispõe, em seu inciso I, que compete privativamente ao CNSP «fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados, tendo em conta as condições do mercado nacional de seguros». Tal disposição importa, sem dúvida, no estabelecimento prévio de uma limitação ao juízo de conveniência e oportunidade, em que se funda

o poder discricionário. Se a lei determina que se fixe uma política de seguros que leve em conta as condições do mercado, estabelece, evidentemente, um parâmetro, um modelo, uma prévia conformação às decisões administrativas sobre seguradoras. A negativa ao pedido de autorização só tem, então, validade, se demonstrado que as condições do mercado de seguros não comportam o deferimento, segundo a política adotada.

A definição do poder discricionário como o direito concedido à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, não conduz, necessariamente, à noção da discricionariedade absoluta. O próprio Hely Lopes Meirelles adianta que «a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado». (Direito Administrativo Brasileiro, 9ª edição, pág. 80).

Marcel Waline leciona que «a l'ancienne notion d'acte discrétionnaire, s'est donc substituée celle d'un certain pouvoir discrétionnaire qui existe dans chaque cas, sauf dans celui de compétence liée, mais qui existe à des doses qui varient d'un cas à l'autre suivant que la loi a mis des bornes plus ou moins étroites à la liberté d'option de l'administrateur». (Traité de Droit Administratif, 9ª edição, pág. 451). O ilustre professor observa ainda que, se a lei diz que a Administração poderá, em caso de necessidade, tomar tal ou qual medida, a necessidade torna-se uma condição de legalidade da medida, arrematando: «Celle-ci est une appréciation d'opportunité, car ce qui est nécessaire est, a fortiori, opportun». (ob. cit. pág. 478).

O ato discricionário pode, portanto, ser submetido ao juízo de legalidade, não só quanto à competência, à forma e à sua finalidade, mas também quando a esse juízo interessa a conveniência ou oportunidade, ou quando a lei condiciona o administrador a que só pratique o ato, segundo condições externas a ele.

Talvez a síntese da questão, em Direito Administrativo, se encontre no Manual de Bartolomé Fiorini, quando afirma que «la discricionariedade se presenta como atribución inherente ao poder administrador para crear un acto o una norma, eligiendo e juzgando los motivos creadores, quando éstos no aparecen establecidos em norma particular. Toda la actividade discricionel se desenvuelve en un proceso de razonabilidad para el juicio de los motivos y la voluntad creadora do acto o norma». E adiante: «Cuando la norma general o particular establece todos los preceptos que determinam la creación de un acto, el poder administrador aplica directamente los hechos o antecedentes que lo presupongan; cuando esto no se ha establecido le poder administrador deberá previamente elegir y determinar los hechos que causan el acto. En uno, el acto se encuentra predefinido, en el otro está indeterminado». (Manual de Derecho Administrativo, Vol. I, Buenos Aires, 1968, pág. 243).

Quando o ato discricionário tem como condicionante uma norma indeterminada, como a ditada pelo inciso I, do art. 21, do Decreto nº 60.459, de 1967, ou seja, as diretrizes e normas da política de seguros privados, levadas em conta as condições do mercado nacional de seguros, não pode ser praticado, segundo o mero juízo de conveniência e oportunidade, sem explicitar quais as condições do mercado, que suportam o ato.

E isto porque a atribuição conferida ao Ministro de Estado, pelo art. 6º, do Decreto-Lei nº 1.115, de 1970, de suspender a concessão de autorização para funcionamento de sociedades seguradoras foi prorrogada somente até julho de 1982, não sendo, desde então, vedado o pedido de novas autorizações. Aberto o mercado, a denegação de qualquer autorização só pode ser válida se contiver a sua exata razão, ou seja, a de ser incompatível uma nova seguradora, em face das condições do mercado.

A ausência dessa justificação, sob a vaga alegação de inconveniência e inoportunidade, torna a decisão do Conselho viciada, passível de anulação, tanto mais porque, na mesma época, excepcionando o princípio de legalidade, foi dada autorização à empresa estrangeira para funcionar no País. Não importa, no caso, que a exceção decorra de acordo do nosso País com o país estrangeiro. O que tem relevo é que, se a autorização à Seguradora Brasileiro-Iraqueana S.A. foi dada com o mercado ainda fechado, isto é, no prazo de suspensão de novas autorizações — como se houvesse reserva de mercado para casos excepcionais —, criando-se um precedente, com declarada absorção de boa parcela desse mercado segurador, não é justo negar-se a um grupo nacional a mesma autorização, já não em caráter excepcional, mas absolutamente normal, pois desde que reaberto o mercado, a iniciativa privada se encontra, no setor, no pleno gozo das garantias contidas no art. 170 da Constituição.

Com estas considerações, concedo o mandado de segurança, **data venia** do ilustre Ministro Relator.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Os impetrantes organizaram uma sociedade anônima para operar em seguros, nos ramos elementares e cujos

atos constitutivos não conseguiram registrar por falta de autorização do Conselho Nacional de Seguros Privados, atualmente presidido pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda.

A falta de autorização está sendo agora objeto de impugnação sob a pecha de ilegal, arbitrária e abusiva, porque o pedido dos impetrantes foi apresentado de forma correta e de acordo com o disposto no art. 74, do Decreto-Lei nº 73/68, conforme consta de parecer da SUSEP, órgão competente para processar os pedidos de autorização para constituírem-se, organizarem-se e fazerem-se funcionar sociedades seguradoras, sendo esta a sua atribuição precípua, embora também opina **ad referendum** do Conselho Nacional de Seguros Privados (Decreto-Lei nº 53/68, art. 37, letra a).

Discrepando do parecer da SUSEP, o seu próprio Superintendente opinou contrariamente à concessão da autorização pleiteada, porque seria mais uma empresa a acrescentar o número já grande das congêneres existentes no País. Com base nesse parecer e sendo o mesmo parecerista também relator do processo no Conselho, houve este por bem negar a carta patente, por considerar inoportunas e inconvenientes novas autorizações.

Acho, primeiramente, que está havendo desentrosamento entre os dois órgãos máximos do sistema securitário nacional, que são a SUSEP e o CNSP, porque o primeiro foi favorável ao funcionamento da empresa impetrante e o segundo não. O desentrosamento é preocupante, porque a SUSEP opina tecnicamente, objetivamente, como faria um perito de confiança do juízo, enquanto o CNSP deve julgar com base nos elementos que lhe sejam fornecidos no processo, sem afastar-se da realidade dos fatos e lançar juízo subjetivo desmoralizante da fase instrutória e também conclusiva que a lei prevê.

A SUSEP existe para o que dispõe o art. 36, do Decreto-Lei nº 73/68, **verbis**:

«Art. 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização, para a constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP; (omissis).»

Ora, com esse poder, a SUSEP foi além da objetividade que lhe é exigida. E como executora da política traçada pelo CNSP, além de processar o pedido dos impetrantes, opinou no sentido de não haver constatado, no momento, nenhum ato que proibisse a constituição de novas seguradoras, a não ser o poder de concessão que cabe ao Governo. Esse poder atribuído ao Governo é apenas sancionador, vinculado às diretivas da SUSEP e do CNSP.

É ler-se, igualmente, o art. 74, do Decreto-Lei nº 73/68, **verbis**:

«Art. 74. A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Fazenda, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP.»

Ora, se tudo está em ordem, esse sancionamento governamental é vinculado (repita-se) às diretivas da SUSEP e do CNSP, cabendo a este «fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados» (art. 32, I, Decreto-Lei nº 73/68). Mas o Governo não poderá tomar conhecimento do processo se o CNSP simplesmente disser não pode ou não deve.

Aí é que está o fulcro da causa. Abandona-se tudo o que foi regularmente feito e aprovado e fica-se na dependência, pura e simples, de alguns, porque nem todos negaram o pedido da impetrante. A decisão foi por maioria. Dir-se-á, todavia, que o defeito estaria na lei. Mas logo vem em socorro dos pequenos concorrentes a palavra cautelosa e prudente de um dos votantes, aliás vencido, o Conselheiro Daniel Monteiro, quando suscitou importantíssima questão preliminar, sequer votada: impõe-se a preexistência de norma regulamentadora da política do CNSP em matéria de autorização de funcionamento de novas seguradoras, sob pena de estarmos sempre às voltas com uma política variável, insegura e quase sempre criada **ex pos facto**.

Isso é contra os princípios.

Não teria sentido, realmente, que a lei erigisse todo um complexo sistema disciplinador para a constituição de empresas seguradoras e após o reconhecimento oficial de estarem preenchidas as condições personalíssimas, tudo se tornasse inócuo e na dependência de mero capricho do aplicador. As normas gerais de uma política administrativa, que competem ao CNSP (art. 32, XI), dizem respeito aos elementos orgânicos da pessoa jurídica. Evidenciada a viabilidade à luz de tais requisitos, a capacitação para o exercício da atividade econômica, ou o funcionamento, é imanente. A lei não faz obra frívola ao criar um órgão e incumbilo, especificamente, de enunciar os critérios que ensejem aos interessados concorrer à sua verificação, para no fim negar-lhes eficácia (Memorial, pág. 6).

A margem de discricionariedade foi reservada ao CNSP para fixar a política de seguros através de norma geral, prévia e impessoal. Fixada esta, a apreciação do pedido, mesmo sob o ângulo da conveniência e da

oportunidade, há de se fazer à luz de uma política previamente traçada. Ora, o mesmo Superintendente da SUSEP, em ofício ao Ministro da Fazenda, procurando justificar sua posição contrária ao pedido da impetrante, admitiu que o fazia à margem de qualquer diretriz ou norma prévia do CNSP sobre pedidos de autorização, desconhecendo até mesmo as diretrizes e normas de capital mínimo, tipos de operação e áreas de atuação geográfica, constantes da Resolução CNSP nº 9/81.

O CNSP é órgão normativo, mas como órgão executório, também, deve obediência às normas gerais e impessoais que ele próprio traçar, mas previamente (repita-se), ao apreciar cada caso concreto.

Meirelles fecha com chave de ouro:

«Já temos acentuado, e insistimos, mais uma vez, que ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discricção e arbitrio são conceitos inteiramente diversos. Discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbitrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre e sempre ilegítimo e inválido.» (Direito Administrativo Brasileiro, 10ª ed., pag. 126).

Ante o exposto concedo a ordem, **data venia**.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Sr. Presidente, procurarei ser breve, tendo em vista a manifestação dos eminentes colegas que me antecederam, já que a matéria está plenamente esclarecida. Mas acho que devo dar as razões, ainda que sucintamente, do meu convencimento.

Li, com especial atenção, os memoriais que foram distribuídos pelos eminentes Advogados, um dos quais já ilustrou esta Casa e o outro, os altos escalões da República, na área do Executivo, chefiando o Ministério Público Federal.

Ouvi a sustentação do eminente Ministro Advogado Paulo Távora e, naquela oportunidade, fiz algumas breves anotações.

Nem vou me reportar a elas, tal o esclarecimento de que todos já estamos possuídos, a esta altura do julgamento. Todavia, como disse, penso que devo deixar expresso o motivo do meu convencimento, pois o de que se está tratando aqui é, precisamente, de um vício do ato administrativo, em razão do motivo e por desvio de sua finalidade.

Como todos sabemos, os atos jurídicos, em geral, exigem sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei; os atos administrativos, além disso, exigem o motivo e o fim. O motivo é a situação jurídica, em razão da qual o ato foi praticado; e o fim, como sabemos, é o resultado, é o efeito que a administração quer atingir. Por suposto, todos esses elementos que devam integrar o ato administrativo devem ter, por suporte, a presunção legal do seu acerto, do interesse público que lhes deva nortear.

Conhece, todavia, o Direito Administrativo — e já sobre ele falaram, com muito brilho, os demais colegas que me antecederam — um dos vícios referentes ao fim: no caso, o desvio de poder.

Pelo que entendi de tudo quanto se discutiu aqui, havia uma política do Governo, que se prolongou por um certo número de anos, no sentido da incorporação e da fusão das sociedades de seguro. Durante largo tempo, essa era a motivação que levava a impedir a concessão ou a autorização a outras empresas.

Posteriormente, porém, deliberou o Governo, dentro da sua política referente aos seguros, que já não haveria mais razão para impedir a concessão, tanto que não mais se prorrogou o ato que impedia, justamente, tais concessões.

Referiu-se o eminente Relator ao Decreto-Lei nº 73, de 1966, no qual se traça, em linhas gerais, a norma ou a diretriz referente aos seguros privados. E o decreto que o regulamentaria, ou complementaria, ou esclareceria, é o Decreto nº 60.459, de 1967.

Pelo art. 43 do referido decreto, alínea «a», quando do pedido, o órgão o examinará sob os critérios da conveniência e oportunidade e, também, quanto à saturação do mercado, além de outros: a regularidade da constituição da sociedade, a probabilidade de êxito de suas operações, o regime administrativo, inconveniências, omissões e irregularidades encontradas na constituição, nos Estatutos ou planos de operações.

Pelo que entendi, a sociedade obtve, ao ser examinada pelos órgãos técnicos da SUSEP, o plácito, a aprovação completa sobre todos os itens relativos à sua constituição e idoneidade.

Entretanto, quando da denegação do pedido, se disse, no Conselho, que isso ocorria por inoportunidade e inconveniência.

Na verdade, a inoportunidade é a inconveniência no tempo, em determinado momento histórico-condicionado. A inconveniência, esta sim, radica-se nos outros elementos do ato administrativo, no motivo e no fim. Dir-se-ia que ao Poder Judiciário não seria dado investigar a motivação e a finalidade do ato, típicos da administração.

Entretanto, ensina Cretella Júnior — e todos aqui sabemos disso — que, sendo a atividade administrativa

condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a administração pública dela se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista, quando autorizou a sua prática. É o ensinamento de Seabra Fagundes.

A apreciação do mérito pelo Poder Judiciário, segundo Cretella Júnior, há de fazer-se, inclusive, quanto à matéria de fato, sem a qual não se pode aquilatar, se efetivamente houve, ou não, o indigitado desvio; porque, «se ao Poder Judiciário fosse interdito examinar a matéria de fato, básica para a formação do ato administrativo, estaria ele transformado em mero homologador das decisões do Poder Executivo, mediante superficial exame das formalidades extrínsecas do ato editado por autoridades da esfera deste Poder», como bem argumenta aquele douto administrativista, no seu livro «Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder».

O outro item a que se reportou a denegação seria o da saturação do mercado, que se encontrou, segundo foi dito pelo eminente Advogado, num número esotérico, mágico, que seria o número 94, o teto a que atingiriam as empresas de seguro privado, no País. Depois, verifica-se que esse número não era tão exato, tão esotérico, tão mágico assim, pois haveria outro, ainda mais esotérico, mais mágico, mais poderoso, o número 95, porque se deu a uma outra entidade, a uma outra empresa, a Seguradora Brasileiro-Iraqueana, a concessão que se negava à empresa nacional.

De qualquer sorte, porém, o próprio Governo se encarregou de demonstrar a inexistência da motivação referente à saturação.

Cretella Júnior, no seu livro sobre a anulação do ato administrativo, já citado e aqui invocado pelo eminente Ministro Pedro Acioli, lembra bem, quanto à existência de indícios, que não somente na esfera do Processo Penal, mas em todo o Direito, especialmente no Direito Administrativo, também devem ser considerados os indícios de desvio de poder.

No caso, nós temos um, quanto à saturação, que já demonstrei — a concessão a outra empresa; há o tratamento, diversificado, em relação à nacional.

Ainda há outro indício, como foi dito aqui, no memorial e na sustentação oral: fez-se uma Resolução com motivação a *posteriori*, para que a preliminar, que tinha sido levantada quando da discussão do tema no Conselho, isto é, a falta de diretrizes, ficasse atendida.

Mas o que se fez, com isso, foi indicar, precisamente, que as normas vieram depois e não antes da realização do ato, indício veemente e claro, a meu ver, do desvio de poder.

Finalmente, Sr. Presidente, a política de economia de mercado, estabelecida primeiro no fechamento, por tão longo tempo, e depois modificada, talvez pelos novos tempos, para a abertura, e a pseudo-saturação — já se pode apelidar assim — estão a demonstrar que, efetivamente, ocorreu um desvio de poder, que compete ao Poder Judiciário corrigir, o quanto antes.

Só para quebrar um pouco, talvez, a monotonia das minhas palavras, recordo que, quanto à saturação, ainda que ela houvesse, ainda que não fosse tão mágico o número 94, ainda que ele fosse, de fato, o teto, nada há na natureza humana que seja tão completo, tão espesso, tão absolutamente saturado, em que não caiba algo mais. Se não me engano, foi Malba Tahan quem contou a seguinte passagem: «na Academia dos

Silenciosos não poderia ingressar ninguém que, evidentemente, fizesse requerimento mediante palavras, por desnecessárias» (é uma pena que eu tivesse falado tanto); por isso mesmo, deveriam os candidatos demonstrar, não só o seu poder de síntese — dizer o máximo com o mínimo ou nenhuma palavra — como também de suas qualidades, da sua competência, do seu nível, para ingressar em tão admirável Academia.

Quando o solicitante chegou, o Presidente mostrou-lhe, diante de todos os demais pares, um copo, que estava absolutamente cheio, pelas bordas, não cabia uma gota sequer; qualquer gota, entornaria. E, mostrado isso ao candidato, é lógico que se lhe estava dizendo que não havia lugar para ele.

Acontece que o postulante, vendo uma rosa no jardim, dirigiu-se a ela, tirou-lhe uma pétala e colocou-a, sobrenadando, no copo, que, evidentemente, não derramou.

Isso demonstra que a saturação, como acabei de dizer, é inexistente, no plano físico ou no plano moral, enfim, em todos os sentidos. O homem é inventivo, sempre capaz de descobrir novas modalidades de criação e de crescimento. Tolher isso, impedir tais coisas, é precisamente impedir o progresso na sua própria raiz.

Quando se falou — e isso vai dito apenas «en passant» e para finalizar — que personalidades da vida pública brasileira haviam atestado a idoneidade da empresa, evidentemente não tinham elas — é o que está dito no memorial, portanto, não é segredo algum — não tinham elas nenhum interesse escuso, mas interesse regional, tanto que ainda há uma outra personalidade, não citada e tão importante, tão relevante quanto as outras: o Governador do Estado...

O Sr. Ministro José Cândido: V. Exa. me permite um aparte? Quando fiz a afirmação, não aludi a nenhum procedimento escuso dessas autoridades. Quis apenas revelar ao Tribunal que, em face das indicações ou pedidos, havia resistência da autoridade fazendária, o que me levava à convicção de que ela não cederia, mesmo assim, em razão daquilo que julgava estar procedendo na forma da lei, na forma da conveniência do postulado.

Não disse e não fiz nenhuma referência nesse sentido.

O Sr. Ministro Washington Bolívar: V. Exa., eminente Ministro José Cândido, não o disse e sequer insinuou, mas a verdade é que os julgamentos são públicos, e tudo deve restar bem esclarecido.

O que estou lendo no memorial, distribuído a quantos desejaram lê-lo — e todos o lemos — diz assim:

«A mesma alegação, despida de qualquer fundamentação, foi feita também pelo Conselho, ao se dirigir ao Sr. Governador do Estado do Rio Grande do Sul e ao Sr. Deputado Nelson Marchezan, que haviam manifestado interesse e a importância de se concretizar o empreendimento para a economia regional, abonando a idoneidade empresarial dos postulantes».

Portanto, nada há de equivocado nos pedidos. Primeiro, porque ao Governador compete defender os interesses do seu Estado; segundo, porque também compete aos Deputados defender os interesses do povo, em geral, pelo qual foram eleitos e, em particular, pelo povo daquele Estado que representam na Câmara.

Com essas considerações, Sr. Presidente, estou firmemente convencido de que houve desvio de finalidade, abuso de poder e, em consequência, também concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Sr. Presidente, fico com o Sr. Ministro Pedro Acioli, com a vênua devida ao Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Concedo a segurança, data vênua do eminente Ministro Relator, acompanhando o voto do eminente Ministro Pedro Acioli.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: O grande Benjamin Villegas Basavilbaso, em sua magnífica obra «Derecho Administrativo», vol. 2, págs. 234/235, preleciona:

«Es de advertir que la actividad de la administración pública, como acertadamente lo expresa Fiorini, sea discrecional o reglada, estará ligada radical y fundamentalmente con la norma legislativa o ley que ejecuta. No puede existir, agrega, actividad de la administración, vinculada o discrecional, sin ley previa que autorice la gestión de la administración pública. La actividad discrecional está tan ligada a la norma como lo debe estar la actividad vinculada».

Desta notável lição extrai-se o postulado do permanente respeito e acatamento aos ordenamentos jurídicos, seja para cumprir fielmente os seus textos, seja para observar os seus propósitos e diretrizes. Discricionariedade significa agir com uma certa margem de liberdade, dentro dos padrões legais preestabelecidos. Ultrapassar essas fronteiras é cair no campo da arbitrariedade, e, portanto, sujeitar-se ao controle do Judiciário.

In casu, o Decreto-Lei nº 73, de 1966, autorizou o Conselho Nacional

de Seguros Privados a exercer o poder regulamentar, normatizando as atividades da política de seguros privados. A discricionariedade permitida pela legislação situa-se no âmbito de fixação de normas, e, assim, mesmo, nos limites dos seus comandos.

A execução, conferida à SUSEP, no particular, não oferece meios para o exercício de poderes discricionários mas, apenas, vinculados.

Diante disso, desde que permitida, de forma genérica, a constituição de novas empresas, após longo período recessivo, a conveniência e interesse da Administração cede aos rigores dos preceitos por ela mesma exercidos, para cumprir as finalidades da lei.

Se a impetrante preencheu os requisitos da regulamentação, consoante restou demonstrado, qualquer outra condição que venha a ser invocada para excluí-la do processo equivale a abuso de poder.

Argumentar-se-á, contudo, que a impetrada, apenas, restabeleceu o fechamento do mercado, o que lhe cabe, como parece óbvio, no uso da prática do interesse e conveniência. Poderia concordar com tal alegação se o procedimento tivesse alcance amplo e não discriminatório. Todavia, há notícia de que organização mais poderosa foi autorizada a funcionar, circunstância infirmativa daquelas intenções. A renovação das suspensões, em ato posterior à habilitação da suplicante, não pode, evidentemente, servir de pretexto à sua recusa.

Ante o exposto, concedo a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, **data venia** do eminente Relator, acompanho o Sr. Ministro Pedro Acioli e o faço precipuamente por reconhecer que, na sistemática

do Decreto-Lei nº 73, há que distinguir entre a competência normativa do Conselho, que comporta juízos de valor, critérios de conveniência e oportunidade, e a competência executória, esta vinculada à política preestabelecida.

De outra parte, segundo recolhi dos debates, ao tempo do indeferimento do pedido das impetrantes, a política do mercado segurador fechado já se encontrava superada, prevalecendo a orientação do mercado aberto.

À luz dessa diretriz, a autoridade impetrada, quando não se deteve apenas nos aspectos objetivos do pedido, mas alongou-se em considerações de valor, de conveniência, de oportunidade, evidentemente transbordou da sua competência e, ao fazê-lo, praticou ato ilegal.

Em face dessas breves considerações e reportando-me aos doutos votos já proferidos nesse mesmo sentido, concedo a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 103.576 — DF — Registro nº 5.606.012 — Rel. originário: Sr. Ministro José Cândido — Rel. p/ Acórdão: Sr. Ministro Pedro Acioli — Requerente: Sérgio Sulisk Wais e outros — Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda — Advs.: Drs. Paulo Távora e Henrique Fonseca de Araújo.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deferiu o mandado de segurança. (Em 27-9-84 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Pedro Acioli, que lavrará o Acórdão, os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Vello-

so, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raimundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Ferrante. Não participaram do julgamento

os Srs. Ministros Américo Luz, Fláquer Scartezzini, Hélio Pinheiro e Costa Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.645 — RS
(Registro nº 5.465.052)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Apelante: COTRIEXPORT — Cia. de Comércio Internacional

Apelado: Conselho Regional de Economia — 4ª Região

Advogados: Drs. Roberto Sfoggia, Faride Belkis Costa Pereira e outros

EMENTA

— Registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões.

— Nos termos da Lei nº 6.839, de 30-10-80, as companhias de comércio exterior não estão sujeitas a registro nos Conselhos Regionais de Economia.

— Inaplicação ao caso da Súmula nº 96 do TFR.

— Apelação provida. Concessão da segurança.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a sentença apelada e conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de novembro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: O Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do Rio Grande do Sul sumariou a espécie nestes termos (fls. 51/52):

«Segundo a inicial, recebeu a impetrante, em 17-5-83, ofício do Conselho Regional de Economia solicitando providências no sentido de promover o seu registro naquela autarquia. Inconformada, respondeu esclarecendo não possuir, em seu objetivo social, qualquer atividade relacionada com economista, tendo o Plenário do Conselho mantido a exigência, com prazo de dez dias para efetivação da medida. Desatendida a determinação, novo ofício, agora acompanhado de auto de infração lavrado em 8-8-83, deixando a postulante de apresentar defesa administrativa. Sustentando nulidade do precitado auto, amparada no Decreto nº 31.794/52 e na Lei nº 6.839/80, requer a concessão de liminar para que a autoridade impetrada se abstenha de medidas judiciais ou preparatórias, deferindo-se, a final, a segurança para desconstituir o auto de infração e cominações, impedindo-se o registro (fls. 2/23).

Deferida a liminar (fl. 2).

Nas informações, a autoridade coatora suscita: a) descabimento da segurança, pois a mera elaboração do «auto de infração» não tem força nem capacidade para produzir qualquer lesão ou ameaça a direito da impetrante; b) adequação do auto de infração às disposições legais vigentes; c) competência fiscalizadora do Conselho; d) legalidade do ato impugnado. Espera a sustação da liminar e a denegação do mandamus (fls. 26/47).

O Ministério Público Federal opina pelo deferimento do pleiteado (fls. 49/50)».

A sentença denegou a segurança, com fundamento na Súmula nº 96 deste Egrégio TFR.

Apelou a impetrante, aduzindo as razões de fls. 58/60.

Contra-razões às fls. 72/74.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso (fls. 79/81).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, reza a Súmula nº 96 deste Colendo Tribunal que «as companhias distribuidoras de títulos e valores mobiliários estão sujeitas a registro nos Conselhos Regionais de Economia».

Fiquei vencido quando da edição desse verbete, por entender que o art. 1º da Resolução nº 875/74, do Conselho Federal de Economia, alargara desmesuradamente o alcance do art. 14 e seu parágrafo único da Lei nº 1.411/51, na redação da Lei nº 6.021/74.

De qualquer forma, a mim me parece que a inteligência firmada no texto sob comento não se estende às companhias de comércio exterior,

não obstante estarem elas incluídas no citado art. 1º da Resolução nº 875/74.

É a conclusão que se tira da seguinte passagem do voto condutor do Ministro Carlos Velloso, verbis:

«As companhias de crédito, financiamento e investimentos, corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, ao que penso, exercitam atividades técnicas de Economia e Finanças.

É verdade que a sua atividade não tem como finalidade a prestação de serviços, ou a venda de serviços diretamente pertinentes a tais conhecimentos, vale dizer, não exploram, diretamente, atividades técnicas de Economia e Finanças. Assim, essas empresas não oferecem, a terceiros, análises, planejamentos e projetos econômicos.

Todavia, no exercitar as suas atividades próprias, subscrever emissões de títulos ou valores mobiliários, contratar a sustentação de preços dos títulos no mercado no período de lançamento e colocação de emissão, intermediar a colocação de emissões no mercado, comprar e vender, por conta própria, à vista, a prazo ou a prestações, títulos e valores mobiliários, encarregar-se da venda, à vista, a prazo ou a prestações, de títulos e valores mobiliários por conta de terceiros, administrar fundos de investimentos, conceder crédito, financiar empresas, etc., necessita a companhia realizar pesquisas de viabilidade econômica das operações, estudos econômicos financeiros, análises de mercado financeiro, análise de balanços de empresas, realizando, inclusive, planejamentos econômicos e financeiros, para o fim de captar as condições financeiras, a viabilidade econômica do empreendimento no campo

comercial, bancário e industrial, ou a oportunidade do investimento frente ao mercado financeiro, etc.

Ou não se fazendo, ou as operações de tais empresas se colocariam no campo empírico, o que resultaria em insegurança para o investidor, geralmente terceiros que, de boa fé, procuram essas companhias a fim de aplicarem as suas disponibilidades econômicas, as suas economias.

Sendo assim, força é convir que tais companhias de crédito, financiamento, investimento, corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários explorem atividades técnicas de Economia e Finanças, à luz do disposto no art. 3º, do Decreto nº 31.794, de 17-11-52.

Devem, então, ser registradas nos CREP, na forma do preceituado no parágrafo único do art. 14, da Lei nº 1.411, de 13-8-51:

«Art. 14.»

Parágrafo único. Serão também registrados no mesmo órgão as empresas, entidades e escritórios que explorem, sob qualquer forma, atividades técnicas de Economia e Finanças».

A atividade exercida pela apelante é de comissão mercantil, não prestando quaisquer serviços na coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros ou economias de terceiros, como enfatizado no Acórdão que uniformizou a jurisprudência.

Ademais, é preciso atentar para a circunstância de que a Lei nº 6.839, de 30-10-80, só considerou obrigatório o registro de empresas «nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros».

Consoante a impetrante deixou bem claro na petição inicial, essa obrigatoriedade só ocorre, verbis (fl. 5):

«a) em razão da atividade básica, quando a sociedade for constituída por profissionais (advogados, médicos, engenheiros, economistas, etc.), para a prestação dos serviços profissionais próprios da categoria a terceiros, podendo, eventualmente, ter outras atividades secundárias.

b) em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros, quando a sociedade presta serviços que, em razão da lei, requeiram a habilitação profissional, como por exemplo as empresas construtoras, que devem possuir engenheiro registrado no CREA».

Via de conseqüência, reputo ilegal o ato impugnado, por isso que a impetrante, além de não se enquadrar nas duas hipóteses acima referidas, está fora do raio de incidência da Súmula nº 96, limitada às companhias de crédito, financiamento e investimentos, corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários.

Do quanto foi exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença apelada e conceder a segurança, nos termos do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 103.645 — RS — Registro nº 5.465.052 — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Apte.: COTRIEXPORT Cia. de Comércio Internacional. Apdo.: Conselho Regional de Economia — 4ª Região. Advs.: Drs. Roberto Sfoggia, Faride Belkis Costa Pereira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença apelada e conceder a segurança. (Em 14-11-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Jarbas Nobre. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.709 — RJ
(Registro nº 5.809.983)

Relator: O Sr. Ministro Jarbas Nobre

Apelante: Cia. Engenho Central de Quissaman

Apelado: IAPAS

Advogados: Drs. Orandi Mendes Silva (Apte.) e Cesar do Prado (Apdo.)

EMENTA

Certidão negativa de débito. Expedição. Penhora.

A certidão negativa de débito deve ser expedida se o débito previdenciário está garantido por penhora e submetido à decisão do Poder Judiciário.

Aplicação da Súmula nº 38 do TFR.

Apelação provida.

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 à apelação nos termos da Súmula nº 38, deste Tribunal, 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 outubro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Jarbas Nobre, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: Companhia Engenho Central de Quissaman impetrou mandado de segurança com requerimento de liminar, contra ato do Procurador Regional do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência

Social — IAPAS — em virtude da recusa de fornecimento de Certidão Negativa de Débito — CND — a pretexto da existência de dois débitos previdenciários em fase de execução, garantidos por penhora e embargos.

Deferida a liminar, foram prestadas as informações, nas quais se suscita as preliminares de ilegitimidade passiva e litispendência.

O MM. Juiz a quo sentenciando às fls. 93/96, assim decidiu:

«Isto posto, acolho a preliminar de litispendência para julgar extinto o processo, cassando a liminar e seus efeitos. Uma vez que a impetrante e seu patrono agiram em flagrante má fé na obtenção da liminar, omitindo-se quanto à existência de outra ação, anteriormente distribuída, onde não a conseguiram, condeno a autora em perdas e danos, a teor do art. 16 do Código de Processo Civil, a serem

apuradas em execução de sentença (art. 18, § 2º), além de custas judiciais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado das certidões de débito referidas na vestibular».

Inconformada, apela a impetrante (fls. 100/116).

À fl. 159, a Subprocuradoria-Geral da República, embora entendendo tratar-se de matéria substanciada em Súmula deste Tribunal, opina pelo indeferimento do «writ», ante a complexidade dos fatos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jarbas Nobre (Relator): Está à fl. 3 que o alegado crédito previdenciário no momento está em discussão judicial através de duas execuções fiscais distribuídas aos Cartórios de 2º e 3º Ofícios, ambos garantidos por penhora.

Essa assertiva não foi contestada.

Se isto é certo, e tudo leva a crer que o é, a divergência pode ser solucionada pela aplicação da Súmula nº 38 do TFR, no sentido de que os certificados de quitação e de regularidade não podem ser negados, se o débito estava garantido por penhora regular (CTN, art. 206).

Por estas razões, dou provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 103.709 — RJ — Rel.: O Sr. Ministro Jarbas Nobre. Apelante: Cia. Engenho Central de Quissaman. Apelado: IAPAS. Advogados: Orandi Mendes Silva (Apte.) e Cesar do Prado (Apdo.).

Decisão: A 6ª Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos da Súmula nº 38, deste Tribunal (em 24-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.745 — DF

(Registro nº 5.617.057)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Requerente: Antônio Oliveira da Silva

Requerido: Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal

Litisconsortes: Banco Central do Brasil e Banco do Brasil S/A

Advogado: Dr. Walter Maier Santiago

EMENTA

Processual penal. Mandado de segurança contra decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal. Cabimento do recurso apreciado.

I — Decretado o seqüestro dos bens do impetrante com fundamento no artigo 153, § 11, da CF, nos artigos 125 e seguintes do CPP, 2º do Decreto-Lei nº 3.415/41, 1º e seguintes do Decreto-Lei nº 3.240/41 e Lei nº 3.164/57, e alterada a decisão para nomeá-lo depositário dos bens seqüestrados, desse despacho, indiscutivelmente interlocutório e não elencado no artigo 581 do Código de Processo Penal,

cabível a correção parcial de que se valeu o Ministério Público Federal, nos termos do artigo 6º, I, da Lei nº 5.010/66 e corretamente deferida pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal. Em se tratando de medida assecuratória de natureza incidental, jungida aos autos da ação penal, até que transite em julgado a sentença condenatória, as decisões nele proferidas só encontrarão como os recursos idôneos a atacá-los os que previstos no Código de Processo Penal e, inexistente o recurso adequado, pode a parte requerer a correção parcial.

II — Inexistência de identidade entre a matéria apreciada na correção parcial e a constante da decisão citada, que diz respeito à apelação interposta de sentença que acolheu, liminarmente, embargos de terceiro, para deferir a entrega dos bens seqüestrados.

III — Improcedência da alegação de encontrar-se revogado o Decreto-Lei nº 3.415/41, argumento que se apresenta despciendo quando a impetração visa tão-só ver anulada a decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal, para que prevaleça a do Juiz Federal de Primeira Instância.

IV — Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pelo mandamus.

V — Segurança que se denega.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, prosseguindo no julgamento, indeferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 4 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente. — (p/ julgamento) — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Antônio Oliveira da Silva, já qualificado na inicial, impetra mandado de segurança contra decisão do Egrégio

Conselho da Justiça Federal que aponta como praticada ilegalmente, com evidente abuso de poder, ofensiva a direito seu líquido e certo.

Diz que, em 24 de novembro de 1981, o Ministério Público Federal, agindo em nome próprio ou, mais provavelmente, como representante ou substituto processual da União Federal, ajuizou pedido de seqüestro de bens a ele pertencentes, firmando-se para tanto no art. 153, § 11, da Lei Fundamental, como também nos arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal, art. 2º do Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, art. 1º e seguintes do Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941, e também na Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, bem como no que disposto nas Portarias nºs 188/81 e 209/81, do Sr. Ministro da Fazenda.

Tal pretensão foi acolhida pelo Juiz Federal em decisão no qual de-

cretou o seqüestro dos bens que especificou (fl. 49), acrescentando que as importâncias apreendidas, em dinheiro ou em Cadernetas de Poupança, fossem depositadas na Caixa Econômica Federal, Posto da Justiça Federal, à disposição do Juízo.

Na mesma decisão nomeou depositário e administrador dos bens imóveis seqüestrados o Serviço do Patrimônio da União, na pessoa dos seus Delegados, nos Estados do Brasil onde se situam; nomeou, outrossim, depositária e administradora, para os bens móveis, a Delegacia do Ministério da Fazenda, no Estado de Pernambuco, na pessoa de funcionário indicado pelo titular da Delegacia do Ministério da Fazenda no referido Estado, e para os imóveis rurais, fazendas apreendidas com todos os seus acessórios, máquinas, veículos e semoventes, nomeou depositária e administradora a Coordenação das Empresas Incorporadoras ao Patrimônio Nacional — CEIPN, em seus Coordenadores, nos Estados onde ditos bens se encontram, exceção feita a dois tratores que, embora seqüestrados, deveriam permanecer sob a guarda e depósito de pessoas que especificou na citada decisão, até ulterior deliberação judicial.

Diz ainda o impetrante, na inicial, que muito embora não tivesse o Ministério Público Federal pedido a citação, notificação ou intimação de quem quer que fosse para produzir defesa, tal iniciativa foi tomada pelo Juiz, sendo ele para aquele fim intimado, e como se encontrasse internado para tratamento de saúde se fez assistir nos autos do Pedido de Seqüestro nº 91/81, relacionado com a Ação Penal nº 13/82 a que, com outras responde, pleiteando, então, o levantamento de seus bens e de terceiros, independentemente de intimação (fl. 3), bens entre os quais figuram propriedades rurais denominadas fazendas Papagaio, Lajedo,

Malhada da Areia, Serra Negra e São Miguel, com respectivos bens móveis e semoventes.

Refere, outrossim, que, decorridos mais de dois anos da apreensão e depósito da totalidade do seu patrimônio e cerca de dois anos do seqüestro durante os quais ficou privado de administrá-lo como também de uma pensão para o sustento de sua família, inclusive de um menor enfermo excepcional, requereu, no dia 23 de novembro de 1983 ao Juiz Federal da 1ª Vara, em Pernambuco, lhe fosse deferida a administração das empresas ou propriedades agrícolas seqüestradas acima referidas, ou, alternativamente, uma pensão, prevista em lei, nunca inferior a 30 (trinta) salários mínimos regionais, até que se decidisse ao final, em sentença irrecorrível, sobre a propriedade e posse do patrimônio confiscado, isso porque, a persistência do seqüestro da totalidade do seu patrimônio, bem como a inexistência de uma pensão módica para o seu sustento, bem como dos seus familiares, acarretaria prejuízos incalculáveis à universalidade dos referidos bens, privando-o, outrossim, dos meios indispensáveis à sua própria manutenção e ao sustento dos seus familiares.

Aduz, por fim, que nomeados foram como depositários dos bens seqüestrados, servidores administrativos pertencentes a órgãos públicos federais, sem condições para o desempenho de tal encargo, pois que, improvisados em agricultores e pecuaristas, por simples efeito de uma portaria emanada de autoridades sediadas na capital federal, têm exercitado, no correr do tempo, atividade que é de se apontar como predatória.

Prosseguindo, diz o impetrante que o Código de Processo Penal subordina o depósito e a administração de bens seqüestrados a preceitos da

lei processual civil, este último dispondo, em seu art. 824, que ao Juiz incumbe nomear o depositário daqueles bens, a escolha podendo recair em pessoa indicada, de comum acordo pelas partes ou em uma delas, desde que ofereça garantias e junte caução idônea.

E teria sido para atender a tais ponderações, que o MM. Juiz Federal da 1ª Vara em Pernambuco deferiu em parte seu pedido, nomeando-o, nos autos do pedido de seqüestro a que responde, como depositário das fazendas rurais Papagaio, Lajedo, Malhada da Areia, São Miguel e Serra Negra, com todos os animais constantes do auto de apreensão, com o aumento que houver ocorrido nos rebanhos, também confiando-lhe a guarda dos tratores, veículos, máquinas, móveis, acessórios e tudo mais que descrito se encontra no respectivo auto de apreensão.

Acrescenta que o Ministério Público Federal, imaginando defrontar-se, no caso, com uma decisão interlocutória proferida em processo criminal, contra a qual não caberia interpor o recurso em sentido estrito previsto no art. 581 do Código de Processo Penal, requereu, com fundamento no art. 6º da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, ao Egrégio Conselho da Justiça Federal, correição parcial, alegando em resumo não caber contra o ato do Juiz Federal (denominado de despacho, mas, na realidade, decisão interlocutória) o recurso acima referido, por se ajustar a qualquer das situações elencadas no acima citado preceito da lei processual penal, não se cuidando, tampouco, de sentença definitiva ou com força de definitiva, para que dela coubesse apelar, e, no caso em exame, a malsinada decisão importara em erro acrescido de abuso de poder, pois em face do disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, que «dispõe sobre a prisão administrati-

va e sobre o depósito de bens apreendidos aos acusados de crimes contra a Fazenda Nacional», o juiz não tem «a faculdade de nomear depositário, haja vista que a lei expressamente já o faz».

Ao Juiz apenas compete, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.415, proceder ao seqüestro, enquanto que o art. 4º do mesmo diploma expressamente determina que os bens sejam entregues à União.

Por outro lado, argumentara ainda o Ministério Público Federal, não oferecera o ora impetrante garantias adicionais, nem prestara caução idônea, pelo que, admitindo-se aplicável fosse, no caso, o Código de Processo Civil, a decisão não teria atendido ao disposto no art. 824 do referido Código, sendo de ressaltar-se que os bens seqüestrados não poderiam ser oferecidos em caução idônea porque não podem ser «admitidos como reforço da garantia maior do próprio seqüestro, sendo de estranhar-se a inusitada eficiência com que foram tomadas as providências determinadas pelo MM. Julgador quando da devolução dos bens à guarda e administração do denunciado».

O Pedido de Correição Parcial foi secundado, esclarece o impetrante na inicial, pelos assistentes da acusação no processo penal, respectivamente o Banco Central do Brasil e o Banco do Brasil S.A., reproduzindo ambos os mesmos argumentos do Ministério Público Federal.

Solicitado ao Juiz Federal da 1ª Vara Federal, em Pernambuco, que prestasse informações, proporcionou-as S. Exa. sustentando em preliminar que, no caso, o recurso a interpor-se contra a sua decisão seria o de apelação, desde que não se tornava possível atacá-la através de recurso em sentido estrito, e em caso semelhante este Egrégio Tribunal, no julgamento de Carta Teste-

munhal, mandara que fosse pelo Juiz recebida a apelação interposta contra decisão que deferira, liminarmente, embargos de terceiro.

No mérito, sustentara o Juiz nas citadas informações, que a regra inscrita no art. 824 do Código de Processo Civil é posterior à que inscrita no art. 4º do Decreto-Lei 3.415/41, não estando, assim, o julgador restrito e obrigado a nomear depositário dos bens seqüestrados as Repartições Públicas Federais neste último artigo mencionadas, através de servidores de qualquer delas.

Apesar disso, aduz o impetrante, «o Egrégio Conselho Federal da Justiça Federal, por unanimidade de votos, deferiu a Correição Parcial, para anular o ato atacado, restabelecendo, em toda a sua plenitude, a decisão anterior». (fl. 10)

Ao fazê-lo, porém, em momento algum a decisão objeto da presente impetração teria examinado o fundamento principal das informações, ou seja, o cabimento da apelação contra a decisão que se atacara através de Correição Parcial, quando aquele e não este último seria o recurso a interpor, conforme anteriormente decidido em caso semelhante.

Sustenta o impetrante que a veneranda decisão do E. Conselho Federal se ressentia de ilegalidade e abuso de poder, porque não só vulneraria dispositivos da Lei Fundamental e dos Códigos de Processo Penal e Civil, como também divergiria de julgado proferido por esta Egrégia Corte na Carta Testemunhal acima mencionada.

Assim é que, argumenta, para o Egrégio Conselho da Justiça Federal cabe apenas Correição Parcial contra decisão que defere ao acusado a administração dos bens seqüestrados, por se tratar no caso de decisão interlocutória simples, não prevista no elenco do art. 581 do Código de Processo Penal, não tendo força de

definitiva, quando, então, atacável através de apelação, nos termos do art. 593, inciso II, da lei de ritos.

Tratar-se-ia, portanto, de decisão irrecorrível, passível tão-só de ser atacada por Correição Parcial, como previsto no art. 6º, inc. I, da Lei nº 5.010/66.

Para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, contudo, a hipótese seria de decisão interlocutória mista, com força de definitiva, ensejando o cabimento do recurso de apelação, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal, entendimento que, originariamente, não seria o do Juiz Federal.

Diante disso, diz o impetrante que, «só mesmo em processo em que pressões da imprensa e da opinião pública nacional poderiam levar o Poder Judiciário, nas instâncias ordinárias, revelar-se dúbio na aplicação correta da lei» (fl. 15), a decisão impugnada tolhendo-lhe o amplo exercício do direito de defesa».

Sustenta, outrossim, o impetrante que o v. Acórdão proferido na Correição Parcial admite, equivocadamente, reger-se o pedido de seqüestro e os recursos a ele inerentes pelo Código de Processo Penal, o que não lhe cercearia o direito de defesa, pois na apelação há o contraditório.

Descabido, porém, se apresentaria entender que o pedido de seqüestro seja regido pelo Código de Processo Civil, mas os recursos contra as decisões nele proferidas encontram disciplinação em preceitos da lei processual penal (arts. 581 e 593), pois inadmissível que possa ser simultaneamente disposição de leis processuais diversas, sendo de ressaltar-se que o depósito e a administração de bens seqüestrados, conforme preceituado pelo art. 139 do Código de Processo Penal, se subordinam a disposições da Lei Processual Civil e por este último (art. 824) incumbe ao Juiz nomear o depo-

sitário dos bens seqüestrados, podendo a escolha recair em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea (fl. 16).

Sustenta ainda o impetrante que o Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, oriundo de um governo ditatorial, teria sido revogado pelo advento do vigente Código de Processo Civil.

No caso em exame, aduz ainda o impetrante que «atentassem os julgadores do Egrégio Conselho da Justiça Federal e do Colendo Tribunal Federal de Recursos para a natureza cível do processo do pedido de seqüestro, teriam essas instâncias superiores encontrado a definição exata do despacho que defere, nos processos de seqüestro, a administração do bem ao requerido, e, bem assim, o recurso cabível contra o aludido despacho, respectivamente, arts. 162, § 2º, e 522 do Código de Processo Civil».

Logo — conclui — «a decisão é interlocutória e o recurso é o agravo de instrumento, tão-só e simplesmente» (fl. 17).

Resultaria, pois, incabível, sustenta o impetrante, o pedido de Correição Parcial contra decisão interlocutória proferida em processo cível, contra a qual seria de opor-se agravo de instrumento, consoante disposto no art. 522 do Código de Processo Civil, apresentando-se abusiva e ilegal a decisão contra a qual se dirige a presente impetração.

Alonga-se ainda o impetrante em considerações para, concluindo, afirmar que o seqüestro, no caso em exame, se constituiu em verdadeiro confisco, medida inconstitucional que somente encontrou legitimação no período de vigência do AI-5, de 13 de dezembro de 1968 (art. 8º), contra a decisão impugnada apresentando-se adequada para atacá-la a ação mandamental, nos termos do art. 71 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de

1966, de sorte a que, concedida a segurança, fosse ela anulada ou reformada, para que restabelecida a decisão do Juiz Federal de 1ª Instância.

Requeru o impetrante liminar, que indeferi, mandando notificar as autoridades por ele apontadas na inicial como litisconsortes passivos necessários, ou assistentes (fl. 26).

Encontra-se a inicial instruída com os documentos de fls. 28 a 152.

Sendo-me distribuídos os autos do presente mandado de segurança, solicitei informações ao insigne Ministro Presidente do Egrégio Conselho da Justiça Federal, que as prestou (fls. 165/166), fazendo-as ilustrar com o documento de fls. 167/171.

Em aditamento ao despacho de fl. 154, determinei que citados fossem os na inicial apontados litisconsortes necessários, determinando, outrossim, que se expedisse ofício ao Exmo. Sr. Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União para que informasse qual a decisão daquela Corte de Contas sobre o impetrante, acusado que é de se haver locupletado com recursos do PROAGRO, em ação penal que tem curso na Justiça Federal, Seção de Pernambuco, pois que os bens referidos na impetração foram objeto do seqüestro formulado pela União Federal (fl. 157).

Tive, contudo, que, em seguida, paralisar o normal andamento da presente ação mandamental, por força do disposto no art. 288, parágrafo único, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, até solução de incidente suscitado pelo patrono do impetrante (fl. 163) e rejeitado à unanimidade por este Colendo Tribunal, em Sessão Plenária.

Constavam já dos autos as informações prestadas pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal, a manifestação dos litisconsortes passivos necessários (fls. 165/166, 171/175, 176/178) e o Aviso nº 337/SP/84,

do ilustre Presidente do Egrégio Tribunal de Contas da União.

Com a comunicação de fl. 182, fiz, então, remeter os autos à douta Subprocuradoria que, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles, sustentou, preliminarmente, ser, no caso inadmissível chamar-se como litisconsortes passivos necessários o Banco Central do Brasil e o Banco do Brasil S.A., isso porque o ato impugnado não contou com a efetiva participação de qualquer deles, restringindo-se a uma decisão do Conselho da Justiça Federal. No mérito, manifestou-se pela denegação da segurança, pois nela, em última análise, postulava-se declaração de direito contra a lei em tese, desnaturando, conforme entendimento jurisprudencial, a natureza do *remedium juris*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Mostram os autos que, acolhendo requerimento do Ministério Público Federal, decretou o Juiz da 1ª Vara Federal, em Pernambuco, o seqüestro dos bens relacionados na inicial.

Transcrevo o pedido então dirigido ao referido magistrado:

«O Ministério Público Federal, por seu Procurador ao final assinado, no uso de suas atribuições legais, vem, com fundamento no art. 153, § 11, da Constituição Federal, nos arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal, art. 2º do Decreto-Lei nº 3.415, de 10-7-41, art. 1º e seguintes do Decreto-Lei nº 3.240, de 8-5-41 e Lei nº 3.164, de 1-6-57, e nos termos das Portarias nºs 188/81 e 209/81, do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, requerer o

seqüestro dos bens de Antônio Oliveira da Silva, brasileiro, casado, agricultor,

Por ser ele, como então ressaltado, «um dos principais envolvidos no desvio de recursos federais, constantes do Orçamento da União, oriundos do PROAGRO — Programa de Garantia da Atividade Agropecuária, instituído pela Lei nº 5.969, de 11 de dezembro de 1973».

O citado requerimento do Ministério Público Federal fez-se acompanhar do Processo Administrativo em que constava a relação dos bens apreendidos, os respectivos termos de apreensão e outros documentos (fls. 29/30), sendo deferido pelo Juiz da 1ª Vara Federal, em decisão trazida por xerocópia aos autos, com a inicial, pelo impetrante, e dela passo a transcrever a sua parte dispositiva, verbis:

«Procedem as petições do Ministério Público Federal. O indiciado Antônio Oliveira da Silva, proprietário no Município de Floresta e noutros municípios deste Estado e em municípios do Estado da Bahia, conforme consta das peças que instruem o presente processo, além das inseridas no Inquérito Policial respectivo, tornou-se um dos principais responsáveis por prejuízo vultoso junto à Agência do Banco do Brasil S.A., em Floresta, neste Estado, mais precisamente causando prejuízo ao Programa de Garantia da Atividade Agropecuária — PROAGRO, formado de recursos federais, desde que constituído dito Programa, do Orçamento próprio da União Federal.

Há «indícios veementes» de que os bens indicados em referência, apresentados nos autos, pelo M.P. Federal, tenham sido adquiridos ilicitamente, ou seja, com o produto do citado prejuízo.

Decreto, assim, com base na legislação citada pelo Ministério Pú-

blico Federal, o seqüestro dos bens relacionados nos Autos de Apreensão de fls.

Quanto às importâncias apreendidas, em dinheiro ou em Caderne-tas de Poupança, determino que sejam depositadas na Caixa Econô-mica Federal, Posto da Justiça Federal à disposição deste Juízo...» (fl. 49.)

O seqüestro dos bens relacionados na inicial se fez, como visto, por decisão que se firmou em legislação citada no requerimento do Ministério Público acima mencionado e pelo Juiz Federal da 1ª Vara — Seção Judiciária de Pernambuco, tida como de correta aplicação ao caso, tais sejam: art. 153, § 11, da Lei Fundamental, art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal, art. 2º do Decreto-Lei nº 3.415, de 10-7-41, art. 1º e seguintes do Decreto-Lei nº 3.240, de 8-5-41, e Lei nº 3.614, de 1-6-57, como também com respaldo nas Portarias Ministeriais de nºs 188 e 209, de 1981.

Ora, a Lei Magna, em seu art. 153, § 11, expressa e especificamente assegura o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, pena cuja disciplinação, dispõe, deve ser feita por lei ordinária.

Por sua vez o Código de Processo Penal em seu artigo 125 e seguintes disciplina:

«Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 127. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante repre-

sentação da autoridade federal, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

Art. 128. Realizado o seqüestro, o Juiz ordenará a sua inscrição no Registro de Imóveis.

Art. 129. O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro».

Na hipótese objeto da impetração havia inquérito policial já instaurado, nele figurando como indiciado o ora impetrante, o próprio Juiz Federal ao decretar o seqüestro dos bens relacionados na inicial, tendo ressaltado essa circunstância externando, outrossim, o seu convencimento quanto à existência de «indícios veementes» de que os bens seqüestrados haviam sido adquiridos ilícitamente, ou seja, com o produto do prejuízo que o impetrante teria causado ao PROAGRO.

Inclui-se o seqüestro entre as medidas assecuratórias pertinentes ao processo em que se apura fato por cuja prática esteja o réu a responder, sendo daquele parte integrante.

Medida de natureza cautelar, é o seqüestro procedimento de natureza incidental, por isso mesmo devendo ser atuado em apartado aos autos da ação penal a estes permanecendo jungido até que transite em julgado a sentença condenatória, só após isso cabendo promover a sua remessa ao Juízo cível.

Diz o art. 143 do Código de Processo Penal, **verbis**:

«Passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos de hipoteca ou seqüestro, remetidos ao Juiz do cível (art. 63)».

Reporta-se o citado preceito ao art. 63 da lei de ritos, que também só cogita de qualquer iniciativa, a

ser tomada no Juízo cível, após o advento de sentença condenatória com trânsito em julgado.

A essa última condição fica igualmente submetida a apreciação dos embargos de terceiro de boa fé, como do acusado, consoante comando inscrito no parágrafo único do art. 130 do Código de Processo Penal ficando, como dito por Eduardo Spínola Filho, em seu «Código de Processo Penal — Anotado», prejudicados os embargos quando, à vista da absolvição ou da extinção da punibilidade, desaparecer a obrigação da reparação civil do dano (obra citada, vol. 2º, 2ª ed., pág. 337).

Esses embargos, sim, pela sua natureza, e que só podem ser apreciados na oportunidade acima referida, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença, regem-se pelo Código de Processo Civil, mas deles não se cuida na hipótese em exame nem haveria como apreciá-los estando em curso a ação penal em que figura como denunciado o impetrante, ação esta cujo encerramento, pelo extenso rol de testemunhas arroladas pelos réus, não se tem como prever quando chegará ao fim.

Estando, porém, a ação penal em curso, aos autos do respectivo processo encontrando-se em apartado os do seqüestro, que objetiva preservar a legítima pretensão do lesado de ser ressarcido do prejuízo que lhe foi causado pela prática do crime, e só podendo ao Juízo cível serem remetidos os autos do seqüestro após o trânsito em julgado da sentença condenatória óbvio que as decisões nele proferidas, no âmbito criminal, só encontrarão como recursos idôneos a atacá-las os que previstos no Código de Processo Penal.

Na hipótese focalizada pela impetração o Juiz que preside a ação penal deferiu, parcialmente, pedido a ele dirigido pelo impetrante para alterar o despacho que decretara o se-

qüestro dos bens requerido pelo Ministério Público Federal, e nomeá-lo depositário das fazendas especificadas na mesma decisão como também conferir-lhe a guarda dos tratores, veículos, máquinas, móveis e acessórios descritos em autos de apreensão (fl. 87).

Como fundamentação a esse **decisum** diz que, ao invés da pensão, pedido que como alternativa lhe fora formulado pelo réu, na ação penal, melhor seria atender à primeira solicitação, merecendo acrescentar, aduz, **verbis**:

«... que a Ação Penal de nº 76/81, por que respondem o requerente e mais vinte e quatro acusados, terá longa caminhada, desde que cerca de duzentas testemunhas deverão ser inquiridas, além de todos os incidentes processuais que o feito possa tomar, pelo que a situação econômico-financeira do requerente, sem o depósito, pelo menos de parte dos bens, fica insustentável, no que concerne, principalmente, à manutenção sua e à dos seus familiares.

Logo, defiro em parte as petições de fls. 595/599 e 635/639, e, assim, conseqüentemente, em parte, altero o despacho de fls. 490/492, para nomear, como nomeio, Antônio Oliveira da Silva, qualificado nos autos do pedido de seqüestro por que responde, como depositário das fazendas rurais: Papagaio, Lajedo, Malhada da Areia, São Miguel e Serra Negra...» (fl. 87.)

Como realçado pelo seu próprio prolator, essa decisão está contida em despacho, e a este, no caso, não se tem como atribuir natureza terminativa, tampouco definitiva, pois dá tão-só solução provisória a uma petição do impetrante no curso da ação penal de que o seqüestro é medida assecuratória de natureza incidental, só passível de submissão ao

Juízo cível após o advento de sentença condenatória com trânsito em julgado.

Ora, o despacho, que resolve questão incidental, é indiscutivelmente interlocutório, pelo que, estivesse o processo penal encerrado por sentença irrecorrível e já remetidos os autos do seqüestro ao Juízo cível, e neste tivesse sido proferida tal decisão, então sim, cabível seria contra ela investir por agravo de instrumento.

Enquanto, porém, tem curso a ação penal, e aos autos desta se encontram jungidos os do seqüestro, as decisões interlocutórias neste procedimento proferidas não de ser atacadas pelos recursos que encontram disciplinação no Código de Processo Penal.

Em tais condições inviável pretender-se contra ela interpor apelação pois esta, como expresso no art. 593 da lei de ritos, só cabe opor em relação às:

— sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por Juiz singular;

— decisões do Tribunal do Júri, nos casos restritamente especificados no inc. III, letras a, b, c, d e respectivos parágrafos do artigo acima citado.

Inviável, outrossim, contra a referida decisão interpor o recurso em sentido estrito, de que cogita o art. 581 do Código de Processo Penal, pois não se ajusta a qualquer das situações nele taxativamente elencadas.

E na inexistência de recurso a ser contra ela interposto cabia tão-só ao Ministério Público Federal valer-se da Correição Parcial que, ao Egrégio Conselho da Justiça Federal compete em tais situações apreciar, nos termos do art. 6º, inciso I, da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966.

No caso em exame dela conheceu o Colegiado para deferi-la, à unanimidade, apresentando-se a decisão profligada com a seguinte ementa:

«Correição Parcial — Recurso Criminal — Decisão Interlocutória Simples — Descabimento de Recurso.

1. Em se tratando de decisão interlocutória simples, que resolveu apenas uma questão incidente ou emergente do processo, torna-se ela irrecorrível, por não constar a hipótese do elenco do art. 581 do CPP e nem ter força definitiva para ser atacada nos termos do art. 593, inciso II, daquele diploma legal.

2. Correição parcial que se defere, para o fim de anular a decisão atacada».

No voto que então proferiu assim se manifestou o insigne Ministro Otto Rocha:

«Preliminarmente, devemos resolver acerca do cabimento, ou não, do presente pedido de correição parcial.

Com assento no art. 6º da Lei nº 5.010/66, entendem os requerentes caber a medida.

A seu turno, prestando as informações que lhe foram solicitadas, o ilustre requerido, escorando-se no mesmo dispositivo legal, entende incabível o pedido correicional, afirmando tratar-se de decisão definitiva, ou com força de definitiva, estando, desta sorte, sujeita ao recurso de apelação (art. 593, inciso II, do CPP).

José Frederico Marques, ao cuidar dos «Atos jurisdicionais», ensina:

«Atos processuais jurisdicionais são todos aqueles emanados do poder jurisdicional do órgão judiciário, compreendendo, por isso, não só as decisões sobre o pedido e a li-

de, como ainda os atos que, provin- dos do Juiz, servem para preparar a sentença ou para regular o anda- mento do processo.

Tais atos podem ser assim divi- didos: atos decisórios, atos de ins- trução e atos de documentação.

O art. 800 do Código de Processo Penal classifica os atos decisórios, assim os discriminando: decisões definitivas e decisões interlocu- tórias mistas (art. 800, I); decisões interlocutórias (art. 800, II); e des- pachos de expediente (art. 800, III).

Nos despachos de expediente (ou despachos ordinatórios), limita-se o Juiz a prover a respeito do anda- mento do processo. É o que se ve- rifica quando manda citar, o ma- gistrado, ao réu, ou quando deter- mina ele que se dê vista a alguma das partes, ou ainda quando desig- na data para uma inquirição de testemunhas».

E a seguir acrescenta:

«Despachos ou decisões mera- mente interlocutórias são as «que decidem as questões controverti- das relativas à regularidade e à marcha do processo, sem pôr-lhe fim» e sem ter possibilidade para isto. Elas diferem das interlocu- tórias mistas, porquanto estas têm força de definitiva. Segundo expli- ca Ramalho, é «interlocutória a sentença que decide a questão inci- dente ou emergente do processo. Se a decisão é somente relativa à ordem do processo, a sentença denomina-se interlocutória sim- ples; e se de algum modo prejudica a questão principal, ou põe fim ao juízo e à instância... denomina-se mista» (Frederico Marques «Trata- do de Direito Processual Penal», vol. 2, págs. 343/344).

Afinando-se com este entendi- mento, leciona Borges da Rosa, em seu «Processo Penal Brasileiro»:

«Já é clássica a divisão das deci- sões em: definitivas, interlocu- tórias com força de definitivas, e in- terlocutórias simples. Para as pri- meiras e as segundas cabe apela- ção, quando a lei não prevê expres- samente outra espécie de recurso, qual seja, em Processo Penal, o re- curso no sentido estrito». (Borges da Rosa, «Proc. Penal Brasileiro, vol. 4º, pág. 14).

Ao propósito, outra não é a lição de Fernando da Costa Tourinho Fi- lho, *in verbis*:

«Apeláveis são, também, as deci- sões com força de definitivas, de- nominadas de interlocutórias mis- tas, se para elas não houver sido previsto o recurso *senso stricto*. Podemos dizer que elas encerram a relação processual, sem julga- mento de mérito, ou, então põem termo a uma etapa do procedimen- to. No primeiro caso, ela se diz ter- minativa (interlocutória mista ter- minativa). Exemplos: decisão que acolhe a exceção de coisa julgada, a exceção de litispendência, a que rejeita a denúncia ou queixa, etc.

No segundo, fala-se em interlocu- tória mista não terminativa, por- quanto ela não impede o fluir da relação processual, apenas pondo fim a uma etapa do procedimento. Ex.: — pronúncia» (Tourinho Fi- lho, «Processo Penal», vol. 4º, pág. 225).

Estou em que, no caso concreto, cuida-se de decisão interlocutória simples; aquela que «decide uma questão incidente ou emergente do processo» no sentir de Ramalho, citado por Frederico Marques, sem causar prejuízo à questão principal e tampouco põe fim ao juízo. Ela, apenas, decide as questões contro- vertidas, regulando o andamento do processo.

Em verdade, aqui não se trata de sentença interlocutória mista, com força de definitiva, atacável

pelo recurso da apelação, segundo os termos do art. 593, item II, conforme entendeu o MM. Juiz requerido.

Em se tratando de decisão interlocutória simples e não constando a hipótese do elenco do art. 581 do CPP, torna-se ela irrecorrível; passível, tão-somente, da medida requerida, segundo autoriza o art. 6º, item I, da Lei nº 5.010, de 1966.

Demais disso, se entendermos, como o fez a decisão impugnada, caber na hipótese o recurso de apelação nos termos do art. 593, item II, do CPP, a primeira decisão, a que deferira o seqüestro dos bens e nomeara os respectivos depositários, não poderia ser reformada, dois anos depois, por uma simples petição; pois já fizera, de há muito, coisa julgada.

No que tange ao mérito, a respeitável decisão atacada pela via da correção parcial aplicou à espécie, subsidiariamente, dispositivos do Código de Processo Civil que cuidam do seqüestro, quando havia legislação específica regulando a matéria, qual seja o Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, que assim determina em seu art. 4º:

«As quantias em dinheiro apreendidas de quem esteja preso administrativamente serão recolhidas, em depósito, aos cofres da Tesouraria-Geral do Tesouro Nacional, aos da Delegacia Fiscal, da Alfândega, da Coletoria Federal e, onde não houver essa exatoria, à repartição fiscal estadual, e na sua falta, à municipal.

Igual destino terão, até a decisão final do procedimento judicial contra o criminoso, os títulos de crédito, ações de companhias e empresas como todos os bens móveis apreendidos de acordo com este decreto-lei e, havendo imóveis, serão eles entregues à administração

da Diretoria do Domínio da União ou ao seu Serviço Regional nos Estados».

Com a devida vênia, sem razão o MM. Juiz requerido ao atender o pedido de Antônio Oliveira da Silva, reformando a decisão que ordenara o seqüestro de seus bens e, que, por força de lei, nomeara depositários, há mais de dois anos.

Ante o exposto, o meu voto é no sentido de deferir o presente pedido de correção parcial, para o fim de anular a decisão impugnada, restabelecendo em toda a sua plenitude a decisão anterior (fls. 167/169.)

Com esse entendimento, que se respalda na melhor doutrina e na lei, não vejo como discordar.

Diz, contudo, o impetrante que a decisão **sub censura** se põe em contraste com outra proferida em caso que guardaria com o presente absoluta identidade.

Refere-se, para assim argumentar, à que proferida no julgamento da Carta Testemunhável nº 918-PE, de que foi Relator o insigne Ministro Lauro Leitão e que, nas informações proporcionadas ao Egrégio Conselho da Justiça Federal fora citada pelo Juiz da 1ª Vara Federal em Pernambuco.

Nenhuma identidade, porém, existe entre elas estando a última assim ementada:

«Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Decisão do Juiz. Carta Testemunhável.

Razão assiste ao testemunhante, pois havendo veementes indícios de ligação da Testemunhada com o crime, a sua relação deve ficar sujeita, até prova em contrário, à eficácia constritiva do seqüestro. Por isso é cabível a apelação interposta, de acordo com o art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal.

Assim, conhece-se da Carta Testemunhável, para dar-se provimento ao recurso em sentido estrito e, em consequência, determinar-se que seja regularmente processada a apelação interposta da decisão que acolheu liminarmente os embargos de terceiro».

Como resulta evidente, neste último caso cuidava-se do cabimento de apelação interposta e não recebida pelo Juiz, contra sentença que, acolhendo liminarmente embargos de terceiro que se dizia afetado no seu direito de senhor e possuidor de bens seqüestrados, determinara lhe fossem estes devolvidos.

Por esta decisão, com força de definitiva, exauria-se a prestação jurisdicional, pois através dela se mandava restituir à mulher de um dos réus no processo do chamado «escândalo da mandioca», bens seqüestrados, reconhecendo-os o Juiz desde logo como pertencentes à embargante.

Contra ela, portanto, cabia interpor apelação mas não a recebendo o Juiz, manifestou o Ministério Público Federal Carta Testemunhável de que conheceu a Egrégia 1ª Turma para determinar fosse o apelo regularmente processado.

Não se tratava, como visto, de decisão interlocutória simples, como a que mandada anular pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal para restabelecer em sua plenitude a anterior.

Com precisão situou tal circunstância o insigne Presidente do Conselho, Ministro José Fernandes Dantas, ao demonstrar a dessemelhança entre o precedente da 1ª Turma e o caso **sub judice**:

«... porquanto, sobre dizer do cabimento de apelação para exame da decisão liberatória de bens seqüestrados, o Acórdão colacionado o disse em recurso interposto con-

tra a decisão definitiva, proferida nos embargos de terceiro (de autoria da esposa do réu),

Portanto, convenha-se que, no tema do cabimento do recurso, vai longa distância entre a decisão interlocutória simples, que libera os bens seqüestrados, a pretexto de remover o depositário (hipótese dos autos), e a sentença que acolhe liminarmente os embargos do terceiro que se disse afetado no seu direito de senhor e possuidor (espécie precedente)» (fls. 165/166).

Vale ressaltar, outrossim, a inoportunidade da decisão que proferida fora nos citados embargos, pois anterior ao advento de sentença condenatória, com trânsito em julgado, com violação, portanto, do disposto no parágrafo único do art. 130 do Código de Processo Penal.

Sustenta por fim o impetrante que o Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, em que também se respaldara o Ministério Público Federal para requerer aquela medida, teria sido revogado pelo advento do vigente Código de Processo Civil.

Não há como dar-se pela procedência desse entendimento.

Nele é assegurado à autoridade administrativa ordenar a busca e apreensão dos bens móveis e imóveis de propriedade da pessoa acusada do desvio ou apropriação de bens pertencentes à Fazenda Nacional, o seqüestro desses bens ou valores sendo de promover-se por intermédio do Ministério Público (art. 2º decreto-lei citado).

No caso em exame foi requerido pelo Ministério Público Federal, tal medida assecuratória estando igualmente prevista no Código de Processo Penal, em que ele também se respaldou.

Dispõe o art. 8º do Decreto-Lei nº 3.415/41 que:

«Transitada em julgado, a sentença condenatória importa a perda em favor da Fazenda Pública, dos bens que foram produto, ou adquiridos com o produto do crime, ressalvado o direito de terceiro de boa fé».

Tal disposição encontra ressonância em preceitos da lei processual penal já acima citados.

Despiciendo, assim, o argumento lançado pelo impetrante e que, de qualquer sorte, se apresenta de todo improcedente, nem mesmo tendo por que ser cogitado, quando pela presente impetração busca-se tão-só ver anulada a decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal para que restabelecida a do Juiz Federal de 1.^a Instância, ao fundamento de que não tinha como ser objeto de Correção Parcial.

Nenhuma razão, contudo, assiste ao impetrante, pelo que denego a segurança.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Sr. Presidente, ouvi atentamente o voto do ilustre Relator e concordo com S. Exa., porque desse ato não cabe recurso em sentido estrito. O enunciado do art. 581 do Código de Processo Penal é exaustivo. Não é simplesmente exemplificativo. Por outro lado, não cabe apelação criminal, que caberia se houvesse levantamento do seqüestro.

De maneira que, a única medida cabível é a correção parcial.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO VISTA

Processual Penal. Seqüestro. Recursos. Depósito e Administração dos bens seqüestrados. Regime do CPC. Correção. CPP, arts. 125 e seguintes. Lei nº 5.010/66, art. 6º, I.

I — O depósito e a administração dos bens seqüestrados ficam sujeitos ao regime do processo civil (CPP, artigo 139). Sendo assim, as decisões proferidas pelo Juiz, em tais casos, são atacáveis através dos recursos existentes no processo civil.

II — No caso, a decisão apóia-se no art. 824, II, CPC, decisão agravável, pelo que seria incabível a correção parcial (Lei nº 5.010/66, art. 6º, I).

III — O seqüestro relacionado com ação penal tem disciplina própria, que é aquela inscrita no Código de Processo Penal, artigos 125 e seguintes, sendo impertinente a invocação do Decreto-Lei nº 3.415, de 10-7-1941, art. 4º, mesmo porque o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3-4-41, tendo regulado por inteiro a matéria, e sendo posterior ao Decreto-Lei nº 3.415, de 10-7-41, a este revogou, no particular.

IV — Mandado de Segurança deferido.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O eminente Ministro Hélio Pinheiro, Relator, assim sumariou a espécie:

«Antônio Oliveira da Silva, já qualificado na inicial, impetra mandado de segurança contra decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal que aponta como praticada ilegalmente, com evidente abuso de poder, ofensiva a direito seu líquido e certo.

Diz que, em 24 de novembro de 1981, o Ministério Público Federal, agindo em nome próprio ou, mais provavelmente, como representante ou substituto processual da União Federal, ajuizou pedido de seqüestro de bens a ele pertencentes, firmando-se para tanto no art. 153, § 11, da Lei Fundamental, como também nos arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal, art. 2º do Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, arts. 1º e se-

guintes do Decreto-Lei nº 3.420, de 8 de maio de 1914, e também na Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, bem como no disposto nas Portarias nºs 188/81 e 209/81, do Sr. Ministro da Fazenda.

Tal pretensão foi acolhida pelo Juiz Federal em decisão na qual decretou o seqüestro dos bens que especificou (fl. 49), acrescentando que as importâncias apreendidas, em dinheiro ou em Cadernetas de Poupança, fossem depositadas na Caixa Econômica Federal, Posto da Justiça Federal, à disposição do Juízo.

Na mesma decisão nomeou depositário e administrador dos bens imóveis seqüestrados o Serviço do Patrimônio da União, na pessoa dos seus Delegados, nos Estados do Brasil, onde se situam; nomeou, outrossim, depositária e administradora, para os bens móveis, a Delegacia do Ministério da Fazenda, no Estado de Pernambuco, na pessoa de funcionário indicado pelo titular da Delegacia do Ministério da Fazenda no referido Estado, e para os imóveis rurais, fazendas apreendidas com todos os seus acessórios, máquinas, veículos e semoventes, nomeou depositária e administradora a Coordenação das Empresas Incorporadoras ao Patrimônio Nacional — CEIPN, em seus Coordenadores, nos Estados onde ditos bens se encontram, exceção feita a dois tratores que, embora seqüestrados deveriam permanecer sob a guarda e depósito de pessoas que especificou na citada decisão, até ulterior deliberação judicial.

Diz ainda o impetrante, na inicial, que muito embora não tivesse o Ministério Público Federal pedido a citação, notificação ou intimação de quem quer que fosse para produzir defesa, tal iniciativa foi tomada pelo Juiz, sendo ele para

aquele fim intimado, e como se encontrasse internado para tratamento de saúde se fez assistir nos autos do Pedido de Seqüestro nº 91/81, relacionado com a Ação Penal nº 13/82 a que, com outras responde, pleiteando, então o levantamento de seus bens e de terceiros, independentemente de intimação (fl. 3), bens entre os quais figuram propriedades rurais denominadas fazendas Papagaio, Lajedo, Malhada da Areia, Serra Negra e São Miguel, com respectivos bens móveis e semoventes.

Refere, outrossim, que, decorridos mais de dois anos da apreensão e depósito da totalidade do seu patrimônio e cerca de dois anos do seqüestro, durante os quais ficou privado de administrá-lo como também de uma pensão para o sustento de sua família, inclusive de um menor enfermo, excepcional, requereu, no dia 23 de novembro de 1983 ao Juiz Federal da 1ª Vara, em Pernambuco, lhe fosse deferida a administração das empresas ou propriedades agrícolas seqüestradas acima referidas, ou, alternativamente, uma pensão, prevista em lei, nunca inferior a 30 (trinta) salários mínimos regionais, até que se decidisse ao final, em sentença irrecorrível, sobre a propriedade e posse do patrimônio confiscado, isso porque, a persistência do seqüestro da totalidade do seu patrimônio, bem como a inexistência de uma pensão módica para o seu sustento, bem como dos seus familiares, acarretaria prejuízos incalculáveis à universalidade dos referidos bens, privando-o, outrossim, dos meios indispensáveis à sua própria manutenção e ao sustento dos seus familiares.

Aduz, por fim, que nomeados foram como depositários dos bens seqüestrados, servidores administrativos pertencentes a órgãos pú-

blicos federais, sem condições para o desempenho de tal encargo, pois que, improvisados em agricultores e pecuaristas, por simples efeito de uma portaria de autoridades sediadas na Capital Federal, têm exercitado, no correr do tempo, atividade que é de se apontar como predatória.

Prosseguindo, diz o impetrante que o Código de Processo Penal subordina o depósito e a administração de bens seqüestrados a preceitos da lei processual civil, este último dispondo, em seu art. 824, que ao Juiz incumbe nomear o depositário daqueles bens, a escolha podendo recair em pessoa indicada, de comum acordo pelas partes ou em uma delas, desde que ofereça garantias e junte caução idônea.

E teria sido para atender a tais ponderações, que o MM. Juiz Federal da 1ª Vara em Pernambuco, deferiu em parte seu pedido, nomeando-o, nos autos do pedido de seqüestro a que responde, como depositário das fazendas rurais Papagaio, Lajedo, Malhada da Areia, São Miguel e Serra Negra, com todos os animais constantes do auto de apreensão, com o aumento que houver ocorrido nos rebanhos, também confiando-lhe a guarda dos tratores, veículos, máquinas, móveis, acessórios e tudo mais que descrito se encontra no respectivo auto de apreensão.

Acrescenta que o Ministério Público Federal, imaginando defrontar-se, no caso, com uma decisão Interlocutória proferida em processo criminal, contra a qual não caberia interpor o recurso em sentido estrito previsto no art. 581 do Código de Processo Penal, requereu, com fundamento no art. 6º da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, ao Egrégio Conselho da Justiça Federal, Correição Parcial, ale-

gando em resumo não caber contra o ato do Juiz Federal (denominado de despacho, mas, na realidade, decisão interlocutória) o recurso acima referido, por se ajustar a qualquer das situações elencadas no acima citado preceito da lei processual penal, não se cuidando, tampouco, de sentença definitiva ou com força de definitiva, para que dela coubesse apelar, e, no caso em exame, a malsinada decisão importara em erro acrescido de abuso de poder, pois em face do disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 3.415, de 10 de julho de 1941, que «dispõe sobre a prisão administrativa e sobre o depósito de bens apreendidos aos acusados de crimes contra a Fazenda Nacional», o Juiz não tem «a faculdade de nomear depositário, haja vista que a lei expressamente já o faz».

Ao Juiz apenas compete, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.415, proceder ao seqüestro, enquanto que o art. 4º do mesmo diploma expressamente determina que os bens sejam entregues à União.

Por outro lado, argumentara ainda o Ministério Público Federal, não oferecera o ora impetrante garantias adicionais, nem prestara caução idônea, pelo que, admitindo-se aplicável fosse, no caso, o Código de Processo Civil, a decisão não teria atendido ao disposto no art. 824 do referido Código, sendo de ressaltar-se que os bens seqüestrados não poderiam ser oferecidos em caução idônea porque não podem ser «admitidos como reforço da garantia maior do próprio seqüestro, sendo de estranhar-se a inusitada eficiência com que foram tomadas as providências determinadas pelo MM. Julgador quando da devolução dos bens à guarda e administração do denunciado».

O pedido de correição parcial foi secundado, esclarece o impetrante na inicial, pelos assistentes da acusação no processo penal, respectivamente o Banco Central do Brasil e o Banco do Brasil S.A., reproduzindo ambos os mesmos argumentos do Ministério Público Federal.

Solicitado ao Juiz Federal da 1ª Vara Federal, em Pernambuco, que prestasse informações, proporcionou-as S. Exa., sustentando em preliminar que, no caso, o recurso a interpor-se contra a sua decisão seria o de apelação, desde que não se tornava possível atacá-la através de recurso em sentido estrito, e em caso semelhante este Egrégio Tribunal, no julgamento de Carta Testemunhal, mandara que fosse pelo Juiz recebida a apelação interposta contra decisão que deferira, liminarmente, embargos de terceiro.

No mérito, sustentara o Juiz nas citadas informações, que a regra inscrita no art. 824 do Código de Processo Civil é posterior à que inscrita no art. 4º do Decreto-Lei nº 3.415/41, não estando, assim, o Julgador restrito e obrigado a nomear depositário dos bens seqüestrados as Repartições Públicas Federais neste último artigo mencionado, através de servidores de qualquer delas.

Apesar disso, aduz o impetrante, «o Egrégio Conselho Federal da Justiça Federal, por unanimidade de votos, deferiu a correição parcial, para anular o ato atacado, restabelecendo, em toda a sua plenitude, a decisão anterior» (fl. 10).

Ao fazê-lo, porém, em momento algum a decisão objeto da presente impetração teria examinado o fundamento principal das informações, ou seja, o cabimento da apelação contra a decisão que se atacara, através de correição parcial, quando aquele e não este último

seria o recurso a interpor, conforme anteriormente decidido em caso semelhante.

Sustenta o impetrante que a veneranda decisão do E. Conselho Federal se ressentia de ilegalidade e abuso de poder, porque não só vulneraria dispositivos da Lei Fundamental e dos Códigos de Processo Penal e Civil, como também divergiria de julgado proferido por esta Egrégia Corte na Carta Testemunhal acima mencionada.

Assim é que, argumenta, para o Egrégio Conselho da Justiça Federal cabe apenas correição parcial contra decisão que defere ao acusado a administração dos bens seqüestrados, por se tratar no caso de decisão interlocutória simples, não prevista no elenco do art. 581 do Código de Processo Penal, não tendo força de definitiva, quando, então, atacável através de apelação, nos termos do art. 593, inciso II, da lei de ritos.

Tratar-se-ia, portanto, de decisão irrecurável, passível, tão-só, de ser atacada por correição parcial, como previsto no art. 6º, inciso I, da Lei nº 5.010/66.

Para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, contudo, a hipótese seria de decisão interlocutória mista, com força de definitiva, ensejando o cabimento do recurso de apelação, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal, entendimento que, originariamente, não seria o do Juiz Federal.

Diante disso, diz o impetrante que, «só mesmo em processo em que pressões da imprensa e da opinião pública nacional poderiam levar o Poder Judiciário, nas instâncias ordinárias, revelar-se dúbio na aplicação correta da lei» (fl. 15), a decisão impugnada tolhendo-lhe o amplo exercício do direito de defesa.

Sustenta, outrossim, o impetrante que o v. Acórdão proferido na correição parcial admite, equivocadamente, reger-se o pedido de seqüestro e os recursos a ele inerentes pelo Código de Processo Penal, o que não lhe cercearia o direito de defesa, pois na apelação há o contraditório.

Descabido, porém, se apresentaria entender que o pedido de seqüestro seja regido pelo Código de Processo Civil, mas os recursos contra as decisões nele proferidas encontram disciplinação em preceitos da lei processual penal (arts. 581 e 593), pois inadmissível que possa ser simultaneamente disposição de leis processuais diversas, sendo de ressaltar-se que o depósito e a administração de bens seqüestrados, conforme preceituado pelo art. 139 do Código de Processo Penal, se subordinam a disposições da lei processual civil e por este último (art. 824) incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados, podendo a escolha recair em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea (fl. 16).

Sustenta ainda o impetrante que o Decreto-Lei nº 3.415, de 1941, oriundo de um governo ditatorial, teria sido revogado pelo advento do vigente Código de Processo Civil.

No caso em exame, aduz ainda o impetrante que «atentassem os julgadores do Egrégio Conselho da Justiça Federal e do Colendo Tribunal Federal de Recursos para a natureza cível do processo do pedido de seqüestro, teriam essas Instâncias Superiores encontrado a definição exata do despacho que defere nos processos de seqüestro, a administração do bem ao requerido, e, bem assim, o recurso cabível contra o aludido despacho, respectivamente, arts. 162, § 2º, e 522 do Código de Processo Civil».

Logo — conclui — «a decisão é interlocutória e o recurso é o de agravo de instrumento, tão-só e simplesmente» (fl. 17).

Resultaria, pois, incabível, sustenta o impetrante, o pedido de correição parcial contra decisão interlocutória proferida em processo cível, contra a qual seria de opor-se agravo de instrumento, consoante disposto no art. 522 do Código de Processo Civil, apresentando-se abusiva e ilegal a decisão contra a qual se dirige a presente impetração.

Alonga-se ainda o impetrante em considerações para, concluindo, afirmar que o seqüestro, no caso em exame, se constituiu em verdadeiro confisco, medida inconstitucional que somente encontrou legitimação no período de vigência do AI-5, de 13 de dezembro de 1968 (art. 8), contra a decisão impugnada apresentando-se adequada para atacá-la a ação mandamental, nos termos do art. 71 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, de sorte a que, concedida a segurança, fosse ela anulada ou reformada, para que restabelecida a decisão do juiz federal de 1ª Instância.

Requeru o impetrante liminar, que indeferi, mandando notificar as autoridades por ele apontadas na inicial como litisconsortes passivos necessários, ou assistentes (fl. 26).

Encontra-se a inicial instruída com os documentos de fls. 28/152.

Sendo-me distribuídos os autos do presente mandado de segurança, solicitei informações ao insigne Ministro Presidente do Egrégio Conselho da Justiça Federal, que as prestou (fls. 165/166), fazendo-as ilustrar com o documento de fls. 167/171.

Em aditamento ao despacho de fl. 154, determinei que citados fos-

sem os, na inicial apontados, litisconsortes necessários, determinando, outrossim, que se expedisse ofício ao Exmo. Sr. Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União para que informasse qual a decisão daquela Corte de Contas sobre o impetrante, acusado que é de se haver locupletado com recursos do PROAGRO, em ação penal que tem curso na Justiça Federal, Seção de Pernambuco, pois que os bens referidos na impetração foram objeto do seqüestro formulado pela União Federal (fl. 157).

Tive, contudo, que, em seguida, paralisar o normal andamento da presente Ação Mandamental, por força do disposto no art. 288, parágrafo único, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, até solução de incidente suscitado pelo patrono do impetrante (fl. 163) e rejeitado à unanimidade por este Colendo Tribunal, em sessão plenária.

Constavam já dos autos as informações prestadas pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal, a manifestação dos litisconsortes passivos necessários (fls. 165/166, 171/175, 176/178) e o Aviso nº 337/SP/84, do ilustre Presidente do Egrégio Tribunal de Contas da União.

Com a comunicação de fl. 182, fiz, então, remeter os autos à douta Subprocuradoria que, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles, sustentou, preliminarmente, ser, no caso, inadmissível chamar-se como litisconsortes passivos necessários o Banco Central do Brasil e o Banco do Brasil S.A. isso porque o ato impugnado não contou com a efetiva participação de qualquer deles, restringindo-se a uma decisão do Conselho da Justiça Federal. No mérito, manifestou-se pela denegação da segurança, pois nela, em última análise, postulava-se de-

claração de direito contra a lei em tese, desnaturando, conforme entendimento jurisprudencial, a natureza do *remedium juris*».

S. Exa. votou, em seguida, indeferindo a segurança, com base nos seguintes argumentos, que foram resumidos na ementa do voto:

«Mandado de Segurança contra decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal. Cabimento do Recurso apreciado.

I — Decretado o seqüestro dos bens do impetrante com fundamento no art. 153, § 11, da CF, nos arts. 125 e seguintes do CPP, 2º do Decreto-Lei nº 3.415/41, 1º e seguintes do Decreto-Lei nº 3.240/41 e Lei nº 3.164/57, e alterada a decisão para nomeá-lo depositário dos bens seqüestrados, desse despacho, indiscutivelmente interlocutório e não elencado no art. 581 do Código de Processo Penal, cabível a correção parcial de que se valeu o Ministério Público Federal, nos termos do art. 6º, I, da Lei nº 5.010/66 e corretamente deferida pelo Egrégio Conselho da Justiça Federal. Em se tratando de medida assecuratória de natureza incidental, jungida aos autos da ação penal, até que transite em julgado a sentença condenatória, as decisões nele proferidas só encontrarão como recursos idôneos a atacá-lo os que previstos no Código de Processo Penal, e, inexistente o recurso adequado, pode a parte requerer a correção parcial.

II — Inexistência de identidade entre a matéria apreciada na correção parcial e a constante da decisão citada, que diz respeito à apelação interposta de sentença que acolheu, liminarmente, embargos de terceiro, para deferir a entrega dos bens seqüestrados.

III — Improcedência da alegação de encontrar-se revogado o Decreto-Lei nº 3.415/41, argumento

que se apresenta despidendo quando a impetração visa tão-só ver anulada a decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal, para que prevaleça a do Juiz Federal de 1ª Instância.

IV — Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pelo *mandamus*.

V — Segurança que se denega».

Os Senhores Ministros Thibau, Rollemberg, Catunda, Jarbas Nobre, Madeira, Gueiros, W. Bolívar e Torreão acompanharam o Sr. Ministro-Relator.

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do «writ».

II

Ressai da inicial que o Dr. Juiz Federal decretou o seqüestro de bens do impetrante, seqüestro esse «relacionado com a Ação Penal nº 13/82 que a Justiça Federal promove contra Antônio Oliveira da Silva e outros...» Acrescenta a inicial:

.....

«5. Decorridos mais de 2 (dois) anos da apreensão e depósito da totalidade do patrimônio e cerca de (dois) anos do seqüestro, durante os quais o requerente ficou privado da administração do seu patrimônio e de uma pensão para o seu sustento e o de sua família, inclusive de um menor enfermo e excepcional, o requerente, em data de 4 de novembro de 1983, pleiteou ao Juízo Federal da 1ª Vara (J-1), em Pernambuco, a administração das empresas ou propriedades agrícolas seqüestradas acima mencionadas, ou, alternativamente, uma pensão, prevista em lei, nunca inferior a 30 (trinta) salários mínimos regionais, até que se decidisse, ao final, em sentença ir-

recorrível, sobre a propriedade e posse do patrimônio confiscado. (Documentos 17 a 19).

6. A persistência do seqüestro da totalidade do patrimônio e, simultaneamente, a inexistência de uma pensão módica para o sustento do requerente e de seus familiares, acarretavam, de um lado, incalculáveis prejuízos à universalidade dos bens seqüestrados e, de outro lado, privavam o requerente dos meios indispensáveis à sua própria manutenção e ao sustento dos seus familiares.

7. Com efeito, uma vez seqüestrados os bens, foram nomeados, como depositários, servidores administrativos pertencentes a órgãos públicos federais, carentes, entretanto, de condições mínimas para o desempenho desse encargo, notadamente quando o patrimônio, de que se viu desapossado o requerente, é constituído, basicamente, de empresas agrícolas sediadas nesta sofrida região nordestina.

8. Incapacitados, esses depositários, por razões óbvias, de se investirem do mesmo espírito de sacrifício e de luta que anima os agricultores que labutam no semi-árido nordestino, pouco se poderia esperar da atuação desses funcionários, elevados — ou melhor, rebaixados — à condição de cultivadores e pecuaristas do sertão pernambucano.

9. As conseqüências dessa política de administração dos bens seqüestrados têm sido catastróficas, concorrendo, em pé de igualdade, com o flagelo, oriundo de causas naturais, que assola a região nordestina.

10. O certo é que o complexo agrícola e pecuário, implantado e mantido, com dedicação e sacrifício, pelo requerente, tem sido objeto de uma exploração predatória, que outra não poderia ser a

atividade desses servidores públicos, improvisados em agricultores e pecuaristas pelo simples efeito de uma portaria emanada de autoridades sediadas na Capital Federal.

11. A indicação de funcionários do Serviço do Patrimônio da União, da Delegacia do Ministério da Fazenda e da Coordenadoria das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional, para o exercício do encargo de depositários, se fez em obediência a uma regulamentação interna do Ministério da Fazenda, colidente, sob esse aspecto, com a legislação processual civil (CPC, art. 824), aplicável por força da própria legislação processual penal (CPP, art. 139).

12. Na verdade, o Código de Processo Penal subordina o depósito e a administração de bens seqüestrados aos preceitos da lei processual civil:

«Art. 139. O depósito e a administração dos bens seqüestrados ficarão sujeitos ao regime do processo civil».

13. Por sua vez, o Código de Processo Civil estabelece, regulando a disciplina da medida constritiva e cautelar do seqüestro:

«Art. 824. Incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados. A escolha poderá, todavia, recair:

I — em pessoa indicada, de comum acordo pelas partes;

II — em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea».

14. O Código de Processo Civil, como se comprovou, confere ao Juízo o poder de proceder a escolha do depositário (art. 824), atribuindo-lhe, com isso, a responsabilidade de prover a preservação e a conservação dos bens seqües-

trados, mediante a prestação de maiores garantias e de caução idônea» (fls. 4/5).

O Dr. Juiz Federal deferiu o pedido, nomeando o impetrante, Antônio Oliveira da Silva, como depositário das fazendas rurais «Papagaio», «Lajedo», «Malhada da Areia», «São Miguel» e «Serra Negra». Também ficariam sob a guarda do impetrante «os tratores, veículos, máquinas, móveis, acessórios e tudo o mais descrito nos autos...» A decisão assentou-se no disposto no art. 139 do CPP, c/c o art. 824, II, CPC.

Contra tal decisão, o MP requereu correição parcial ao Eg. Conselho da Justiça Federal, tendo este conhecido do pedido e anulado a decisão atacada. Contra este ato, pois, é que é impetrado o presente «writ»

III

Ainda como Juiz Federal em Minas, tive ocasião de examinar e discutir, na sentença que proferi nos Autos dos Embargos de Terceiro nº 048/72-C, em 20-10-1973, a questão do seqüestro dos arts. 125 e segs. do Código de Processo Penal. Escrevi, então:

«16. Preliminarmente, examina-se a prejudicial argüida pelo douto representante do INPS, o Prof. Jair Leonardo Lopes. Diz S. Exa. que processados os embargos na forma do CPP (arts. 125 e segs.), face ao disposto no § único do art. 130, não seria possível proferir decisão nestes embargos antes de passar em julgado a sentença que será proferida na ação penal.

17. **Data venia**, não tem procedência a preliminar argüida.

18. É que o seqüestro dos arts. 125 e segs. do CPP admitem três tipos de embargos, ou pode dito seqüestro ser embargado:

a) pelo terceiro (CPP, art. 129);

b) pelo acusado (CPP, art. 130, I);

c) pelo terceiro de boa fé (CPP, art. 130, II).

19. Esta, no passo, a lição de Magalhães Noronha, *verbis*:

«O seqüestro pode ser embargado pelo terceiro, pelo acusado e pelo terceiro de boa fé. O terceiro é o dono ou possuidor da coisa seqüestrada, mas totalmente estranho ao delito. O terceiro de boa fé é o que adquiriu a coisa do acusado, fazendo-o, porém, inconsciente da proveniência delituosa, crente de agir licitamente. Dos embargos daquele trata a lei no art. 129 e dos deste (juntamente com os do acusado) no dispositivo seguinte, havendo diferenças entre eles, como se verá» (Magalhães Noronha, «Curso de Direito Processual Penal», Saraiva, 2ª ed., 1966, pág. 99)

20. Nada dispendo a lei processual penal a respeito do processo dos embargos, ensina Magalhães Noronha «que deve ser o previsto na lei processual civil» (ob. e loc. cit.).

21. Os embargos aqui tratados são de terceiro. Isto é, não são do acusado (CPP, art. 130, I), nem do terceiro de boa fé (CPP, art. 130, II). Apenas estes dois últimos é que, por disposição expressa de lei, de duvidosa constitucionalidade, — parágrafo único do art. 130 do CPP — não podem ser julgados antes de passar em julgado a sentença condenatória. Também é esta a lição de Magalhães Noronha:

«Ao contrário do que sucede com os embargos do art. 129, os do acusado ou do terceiro de boa fé não podem ser julgados, antes de transitar em julgado a sentença condenatória» (Ob. e loc. cit.).

22. Não poderia ser de outra forma, *data venia*.

23. Requerido o seqüestro de um bem de um réu, numa ação penal, e efetivando-se dito seqüestro sobre uma coisa pertencente a terceiro, estranho ao caso, não é possível fazer com que este terceiro fique aguardando o trânsito em julgado de uma sentença criminal que em nada lhe interessa, a fim de ver resolvidos os seus embargos. Permitir isto, seria fazer tábula rasa da cláusula do «due process of law» que a Constituição consagra.

24. Rejeito, assim, *data venia*, a prejudicial argüida pelo douto Procurador do INPS».

Já em 1973, pois, dizia eu que a disposição inscrita no parágrafo único do art. 130, CPP, que estabelece que os embargos inscritos nos itens I e II do art. 130 — embargos do acusado e embargos do adquirente dos bens — não podem ser julgados antes de passar em julgado a sentença condenatória, é de constitucionalidade duvidosa.

Mas, no caso, essa questão não precisa ser trazida ao debate.

É que, conforme vimos, o impetrante esclarece que não apresentou embargos. O seqüestro foi decretado e, mais de dois anos depois, o que o impetrante pleiteou foi ficar na administração dos bens seqüestrados.

IV

A questão a ser examinada, portanto, é se teria aplicação, no caso, o Código de Processo Civil.

Não tenho dúvida que sim.

Neste sentido, aliás, no que concerne ao processo dos embargos, a lição de Magalhães Noronha («Curso de Dir. Proc. Penal», Saraiva, 1966, 2ª ed., pág. 99).

No que tange ao depósito e à administração dos bens seqüestrados, a lei é expressa ao estabelecer que ficam eles — depósito e administração dos bens seqüestrados — sujeitos ao regime do processo civil (CPP, art. 139). Magalhães Noronha, que escreveu quando tinha vigência o CPC de 1939, lecionou:

«Aplicam-se, então, analogicamente, os arts. 945 I, II, III e 953 a 956 do Código de Processo Civil, relativo ao depósito e à administração dos bens penhorados, pois ele não trata expressamente da matéria de que ora nos ocupamos» (Ob. cit., pág. 105).

Seriam aplicáveis, então, no caso, as disposições do CPC que cuidam da penhora, do depósito e da administração de empresas e outros estabelecimentos — CPC, arts. 677 a 679 — bem assim as disposições relativas ao seqüestro, CPC, arts. 824 e 825.

Sendo assim, sujeitos o depósito e a administração dos bens seqüestrados ao regime do processo civil (CPP, art. 139), segue-se que as decisões proferidas pelo Juiz, nesses casos, assim no regime do CPC, devem ser atacadas através dos recursos existentes no processo civil.

No caso, o Dr. Juiz decidiu com base no art. 824, II, CPC. A parte contrária podia atacar a decisão através do recurso de agravo (CPC, art. 522). A correição parcial requerida, pois, não tinha cabimento (Lei nº 5.010/66, art. 6º, I).

V

Acrescento, por derradeiro, que não cumpre invocar, no caso, o Decreto-Lei nº 3.415, de 10-7-41, art. 4º, porque o seqüestro de que cuidam os autos — relacionado com a prática de crime e ação penal — tem disciplina própria, que é aquela do Código de Processo Penal, arti-

gos 125 e seguintes. Ademais, o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-41, tendo regulado por inteiro a matéria, e sendo posterior ao Decreto-Lei nº 3.415, de 10-7-41, a este revogou, no particular.

IV

Diante do exposto, com a vênia devida ao emitente Ministro Relator, defiro o «writ».

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: Sr. Presidente, ante a divergência manifestada entre o voto do eminente Relator, que concluiu pela legalidade do ato do Conselho Federal que aplicou corretamente o art. 139 do Código de Processo Penal, e o voto do eminente Ministro Carlos Velloso, peço mais uma vez uma licença especial ao eminente Ministro Carlos Velloso, para dele dissentir.

O eminente Ministro Relator mantém o ato do Conselho Federal, e ressalta que o art. 139 do Código de Processo Penal só pode ter aplicação restritiva. Tratando-se de um procedimento penal disciplinado na lei específica — o Código de Processo Penal — descabida a aplicação do Código de Processo Civil, para permitir, vejamos V. Exas., num procedimento penal, a interposição de agravo de instrumento, descumprindo o disposto no art. 139 do CPP. Impossível ampliar-se esse dispositivo para se fazer aplicação do que dispõe o art. 824, II, do Código de Processo Civil.

Colocando-me ao lado do Relator, no particular, aduzo estas considerações, Sr. Presidente: o procedimento do seqüestro, de natureza cautelar, é estritamente penal. E o é por várias razões: primeiro, porque o art. 125 diz em que casos cabe a medida de constrição judicial; segundo, porque o Código de Processo dá titularidade

do direito de ação às pessoas que indica (art. 127 do CPP). Ademais, cabível o seqüestro no curso do inquérito policial ou após a instauração do processo. E mais, regulando por inteiro o procedimento penal do seqüestro, o Código de Processo estabelece que o procedimento será autuado em autos apartados, permitindo embargos, que são de três espécies: os embargos de terceiro, senhor e possuidor; os embargos do acusado e os embargos do terceiro de boa fé. Conseqüentemente, o procedimento é estritamente penal, tanto mais quanto este procedimento é instaurado por força do que dispõe o art. 74, I, do Código Penal que diz:

«São efeitos da sentença condenatória:

I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime».

E a medida de constrição tem o objetivo de acautelar, na realidade, uma medida definitiva a ser tomada posteriormente, com o objetivo de o ofendido ser ressarcido dos prejuízos patrimoniais resultantes do crime.

Ora, o art. 139 dispõe que o depósito e a administração serão regulados pelo Código de Processo Civil. V. Exa. não pode ir além da literalidade da norma legal, pelo seu caráter excepcional. Excepcional, porque em se tratando de um procedimento criminal, regulado pelo Código de Processo Penal, quis o legislador que somente com relação ao depósito e à administração dos bens se aplicassem os dispositivos do Código de Processo Civil. Quais são eles no Código vigente? Anotei aqui: são os arts. 148 a 150. Neles o Código de Processo Civil cuida de depósito e administração. São estes os únicos artigos do Código de Processo Civil que terão de ser aplicados pelo Juiz Penal, como matéria subsidiária, no procedimento penal.

Damásio de Jesus, nas suas anotações ao Código de Processo Penal, registra precisamente que são somente esses dispositivos os aplicáveis à espécie. E vê V. Exa., Ministro Carlos Mário, que esses arts. 148 e 150 tratam de depósito do bem seqüestrado e a administração é de terceiro, não permitindo, portanto, a aplicação do art. 824, II, como disse o Juiz na decisão, com o apoio de V. Exa. E por que não se aplica, na espécie, o art. 824, II, do Código de Processo Civil, mas somente os arts. 148 e 150? Porque em se tratando de matéria essencialmente civil (depósito e administração de bens), ela só pode ser interpretada restritivamente, nos limites de sua literalidade, circunscrita à matéria ali especificada. E por que não se aplica o art. 824, II, do Código de Processo Civil? Porque há uma diferença entre o seqüestro civil e o seqüestro penal.

O seqüestro civil caracteriza-se pelo fato de ser uma medida de constrição judicial decretada quando há um litígio, quando há uma dúvida sobre posse e propriedade da coisa. Evidentemente, se o seqüestro civil tem esse caráter, qualquer das partes litigantes pode, de acordo com o art. 824, II, ser depositária da coisa seqüestrada, porque entre elas há um litígio sobre a posse e a propriedade. Mas, o seqüestro penal, eminente Ministro Carlos Velloso, dele se distingue. E por quê? No art. 125 do Código de Processo Penal, está escrito, com letras de forma, que o seqüestro penal pode ser decretado porque o acusado ou o indiciado adquiriu a coisa com os proventos da infração. Não se trata de coisa litigiosa. Seqüestram-se os bens ilícitamente adquiridos pelo criminoso, para que em futuro eles venham a responder pela reparação do dano. Conseqüentemente, o art. 824, II, do Código de Processo Civil não pode nunca ter aplicação no procedimento do seqüestro penal. Aqui os bens fo-

ram adquiridos com proventos da infração, criminosamente, e não podem ser depositados em poder do acusado ou do indiciado.

Trago, a propósito, a lição magistral de Espínola Filho, quando comentou o art. 139 do Código de Processo. Diz o eminente mestre:

«É perfeitamente lógico que o Código de Processo Penal tenha relegado para o Código de Processo Civil a regulamentação do depósito e a administração dos bens seqüestrados, tratando-se, como se trata, de matéria essencialmente civil».

E continua o mestre:

«Não podendo, é curial, permitir-se a um indivíduo, réu num processo, por infração penal, ficar como depositário dos bens que lhe são seqüestrados... e só podendo aceitar-se seja o depósito confiado a terceiro» (Anotações ao Código de Processo Penal de Espínola Filho, volume II, anotação ao art. 139).

Mas, diz V. Exa. que, em se tratando de aplicação de normas do Código de Processo Civil, a decisão do Juiz é agravável por instrumento.

Discordo mais uma vez de V. Exa., por duas razões: primeiro, porque há um procedimento penal, a respeito do qual somente o Código de Processo Civil — como ressalta Espínola — tem aplicação quando se trata de depósito e administração, tanto mais quanto à norma é excepcional e só pode ser interpretada restritivamente, como também, eminente Ministro, nos termos do art. 800 do Código de Processo Penal, a decisão do Juiz, que determinou que esses bens seqüestrados ficassem em poder do acusado, é uma decisão interlocutória simples, que resolveu uma questão de Direito, no curso do processo, decisão essa que não é impugnável através do recurso es-

pecífico previsto no Código de Processo Penal, art. 581, o recurso chamado criminal, o recurso no sentido estrito.

Na realidade, o Conselho Federal, data venia de V. Exa., fez aplicação certa, absolutamente certa, dizendo que, em se tratando de uma interlocutória simples prevista no art. 800, e não incluída no elenco do art. 581 do Código de Processo, ela não poderia ser atacada, via recurso. Evidentemente, se essa decisão não é recorível, à vista do que dispõe o art. 581, Sr. Presidente, Srs. Ministros, não posso fazer aplicação de uma norma do Código de Processo Civil, permitindo a interposição de um agravo de instrumento, porque seria uma coisa estranha a aplicação de um recurso do processo civil a um procedimento penal tipicamente estruturado na Lei Processual Penal, com a única restrição nele estabelecida, que é relativa ao depósito e à administração dos bens.

Estas considerações de ordem jurídica podem não estar certas, Sr. Presidente, mas foram as que me vieram à mente, neste instante.

Logo após o douto voto do eminente Ministro Relator, com o qual eu concordo, peço a V. Exa. a licença especial para dissentir e, como tal, concluo o meu voto: denego a segurança.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, o eminente Ministro Carlos Velloso concedeu a segurança ao fundamento de que não seria cabível a correição, na espécie.

Particpei da reunião do Conselho em que se decidiu a questão e manifestei minha adesão ao voto prolatado pelo eminente Ministro Otto Rocha na Correição Parcial nº 763/84, onde S. Exa. tece longas considera-

ções a respeito do cabimento da medida. Peço vênia para fazer a leitura dos fundamentos do citado voto (lê).

Convencido do acerto desses ilustrados comentários, posicionei-me de acordo com o digno Relator, e, agora, faço-o novamente.

Ante o exposto, denego a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 103.745 — DF — Registro nº 5.617.057 — Rel.: O Min. Hélio Pinheiro — Repte.: Antonio Oliveira da Silva — Reqdo.: Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal — Litisconsortes: Banco Central do Brasil e Banco do Brasil S.A. Adv.: Dr. Walter Maia Santiago.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, indeferiu o mandado de segurança (Em 4-10-84 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, William Patterson, Adhemar Raymundo, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Leitão Krieger e Geraldo Sobral. Vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Otto Rocha, Bueno de Souza, José Cândido, Américo Luz e Costa Leite. Impedido o Sr. Ministro José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Min Lauro Leitão

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.759 — RJ (Registro nº 5.136.245)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Claudionor Dutra Bastos

Apelada: União Federal

Advogados: Dr. Hélio Bello Cavalcanti e outros

EMENTA

Mandado de Segurança. Imposto de Renda. Notificação não recebida na data constante do «AR». Impugnação ao lançamento rejeitada na via administrativa, por manifesta intempestividade.

A alegação de não haver o impetrante recebido a notificação na data constante do «AR» demanda cuidadosa dilação probatória, incompatível com a natureza da ação mandamental.

Ressalvado ao impetrante o direito às vias ordinárias.

Apelação improvida.

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 taqui-

gráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Claudionor Dutra Bastos, qualificado na inicial, impetrou segurança, com pedido de liminar, contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, consistente em recusar a dedução a que faz jus, no importe de Cr\$ 1.440.293,00, pertinente aos rendimentos tributáveis na cédula D, correspondentes ao exercício de 1981, ano-base 1980, e relativa a despesas profissionais devidamente registradas em livro-caixa.

Na exordial, instruída com os documentos de fls. 10 a 31, alega o impetrante que ao elaborar a declaração de rendimentos do ano-base de 1980 não assinalou, por distração, no campo nº 08 da cédula D, o número dos livros-caixa que então utilizava, bem como a data de seus registros, referentes ao período de 6 de julho de 1978 a 24 de março de 1981.

Contudo, acrescenta o impetrante, apesar dessa irrelevante distração, não deixou de computar no cálculo de seu imposto o desconto padrão daqueles que se servem dos aludidos livros, no importe acima mencionado.

No entanto, diz o impetrante, que ao receber sua notificação verificou que a referida dedução não havia sido considerada pelo Fisco, o que ensejou, de pronto, a apresentação de impugnação ao lançamento, a qual fora rejeitada pelo impetrado e, posteriormente, pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, sob a justificativa comum de que estava perempta.

Justificando o argumento de tempestividade da impugnação, diz o impetrante que o Aviso de Recebimento está subscrito por auxiliar do porteiro do prédio onde reside, pessoa semi-analfabeta, a qual só lhe entregou tal aviso dias após.

Inobstante, afirma que o Fisco tem, na conformidade do que dispõe o art. 147, § 2º, do CTN e, na consonância das decisões que transcreve do Primeiro Conselho de Contribuintes, a obrigação de retificar o equívoco cometido, suprimindo, assim, a omissão verificada, pelo que concluiu postulando a concessão do «writ».

Processado com liminar e solicitadas as informações, estas vieram aos autos, sustentando o impetrado a manifesta intempestividade da impugnação apresentada ao lançamento fiscal, razão pela qual impedido ficara de rever dito lançamento.

Por outro lado, diz que a matéria controvertida nos autos comporta dilação probatória, incompatível com a natureza da ação mandamental, entendimento este ratificado pelo parecer do Ministério Público Federal — fls. 39/44.

A sentença, da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara, Dr. Valmir Martins Peçanha, denegou a segurança, ao argumento de que a circunstância de não haver o impetrante recebido a notificação na data constante do AR, demanda cuidadosa dilação probatória, inadmissível no mandado de segurança — fls. 61/64.

Inconformado, apela o impetrante, com as razões de fls. 68/76, onde, reproduzindo os argumentos expendidos na inicial, postula a reforma do decisum.

Contra-razões à fl. 79.

Nesta instância, em parecer de fls. 82/85, opina a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pelo não provimento da apelação.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Ao lado dos argumentos jurídicos que informam a espécie, avulta a questão pertinente à entrega da notificação expedida pela repartição fiscal ao impetrante, aspecto que a decisão apelada tratou nestes termos (fl. 64):

«Em se tratando do Imposto de Renda, sabido é que o contribuinte indica no formulário o endereço para receber as notificações via postal, com aviso de recebimento. Tem-se, conforme elucida Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 9ª ed., pág. 463), por válida a entrega da notificação a doméstico, porteiro de edifício e etc., o qual passa recibo.

Alega, entretanto, o impetrante que, entregue a notificação ao auxiliar do porteiro, só veio a mesma a ser recebida pelo contribuinte dias depois, o que explicaria a demora na impugnação do lançamento.

Ora, essa circunstância de não haver o impetrante recebido a notificação na data constante do AR., demanda cuidadosa dilação probatória, incompatível com o mandado de segurança que é um

processo de rito sumaríssimo, cabível nos termos da lei contra ato da autoridade que lese direitos individuais, mas só admissível não havendo incerteza quanto aos fatos».

Tenho para mim que a ressalva constante da parte conclusiva do **decisum** está correta (*ibidem* fl. 64, *fine*):

«... Denego a segurança e revogo a liminar concedida, ressalvando ao impetrante o direito ao uso da via comum».

As razões recursais não me convenceram, **data venia**, senão do acerto da sentença, no ponto acima enfocado.

Desse modo, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 103.759 — RJ — Registro nº 5.136.245 — Relator: Sr. Ministro Américo Luz. Apelante: Claudionor Dutra Bastos. Apelada: União Federal. Advogados: Dr. Hélio Bello Cavalcanti e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 21-11-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Miguel Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu a Sessão o Sr. Ministro Torreão Braz.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 104.280 — PB

(Registro nº 5.642.736)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Remetente: Juízo Federal na Paraíba

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

Apelados: Edison Falcone de Melo e outros

Advogados: Drs. Nathanael de Vasconcellos Filho (Apte.) e Nizí Marinho (Apdos.)

EMENTA

Contribuição previdenciária. Aposentados e pensionistas. Assistência médica. Decreto-Lei nº 1.910/81, artigo 2º. Servidores do SINPAS. Contribuição patronal. Inocorrência de bis in idem.

I — Os servidores inativos do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social — SINPAS estão sujeitos ao Decreto-Lei nº 1.910/81, artigo 2º, não obstante contribuïrem para a assistência patronal, inexistindo qualquer hipótese de bis in idem.

II — Remessa oficial e apelação providas. Segurança cassada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à remessa de ofício e ao recurso voluntário, 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 outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Edison Falcone de Melo e outros contra ato do Superintendente Regional do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, que determinou o desconto da contribuição instituída pelo art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.910, de 29 de dezembro de 1981.

Os impetrantes alegam, em termos resumidos, que, na qualidade de fiscais de contribuições previdenciárias, aposentados, sempre contribuïram para a assistência patronal, conforme dispõe o artigo 22, da Lei

nº 6.439, de 1º-9-77, tanto em atividade quanto, agora, como inativos, usufruindo da assistência médica patronal e, em consequência, nunca utilizaram, como não utilizam, a assistência médica da Previdência Social comum. Argumentam, ainda, que referido desconto constituiria um bis in idem, pois, dessa maneira, contribuiriam duas vezes para o mesmo benefício, qual seja, a assistência médica. Pedem, afinal, a concessão da segurança, aduzindo que o artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, é aplicável, tão-somente, aos aposentados da União Federal e respectivas autarquias, excluindo-se as entidades integrantes do SINPAS. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 6/82.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 86/89), aduzindo, em preliminar, a improcedência do mandado de segurança, por não ter sido formulado pedido na área administrativa. No mérito, pondera ser o desconto criado pelo artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, perfeitamente legítimo.

O Ministério Público Federal, às fls. 91/92, opinou pela denegação da segurança.

O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária da Paraíba, Dr. Rivaldo Costa, após reconhecer que os impetrantes eram segurados de um plano especial de assistência, através do

pagamento de contribuição patronal, e que não estavam sujeitos ao artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, concedeu a segurança e submeteu o feito à apreciação deste Colendo Tribunal (fls. 94/97).

O IAPAS recorreu (fls. 100/103), pleiteando a reforma da sentença monocrática, por entender que os impetrantes estão sujeitos à contribuição do Decreto-Lei nº 1.910/81, artigo 2º.

Recebido o recurso (fl. 104), processado com suspensão de segurança (fls. 105/107), devidamente contra-arrazoado, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 113/114, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): O ilustre magistrado de primeiro grau, para conceder o mandado de segurança, partiu da premissa de que a contribuição patronal recolhida pelos impetrantes cobria a assistência médica e, dessarte, o recolhimento da contribuição exigida pelo artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.910/81, constituiria um bis in idem.

Data maxima venia, tenho que a sentença monocrática merece ser reformada, pois, em exame mais detalhado da legislação que rege a espécie sob julgamento, verifica-se que incorre o alegado bis in idem.

O Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976 (CLPS), em seu artigo 128, inciso V, ao discriminar as fontes de receita da Previdência Social, assim dispõe:

«Art. 128. O custeio do regime de previdência social de que trata esta Consolidação será atendido pelas contribuições:

.....
.....

V — do servidor estatutário do INPS, de percentagem do respectivo vencimento igual à que vigorar para o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE), com o acréscimo de 1% (um por cento) para o custeio dos demais benefícios a que faz jus e de 2% (dois por cento) para a assistência patronal».

Tal norma foi basicamente mantida na nova Consolidação das Leis da Previdência Social — CLPS (Decreto nº 89.312/84), quando em seu artigo 122, inciso III, assim dispõe:

«Art. 122. A previdência social urbana é custeada pelas contribuições:

.....
.....

III — do servidor de entidade do SINPAS:

a) estatutário, 6% (seis por cento) do seu salário-base, como definido em regulamento, mais 1,2% (um e dois décimos por cento) para custeio dos demais benefícios a que faz jus, mais 2% (dois por cento) para custeio da assistência patronal;

b) regido pela legislação trabalhista, da contribuição do item I mais 2% (dois por cento) do seu salário de contribuição, para custeio da assistência patronal».

Extrai-se de referidos dispositivos legais que os servidores do SINPAS, em atividade, contribuem para a Previdência Social, ou seja encontram-se vinculados à Previdência Social comum, inclusive no que pertine à assistência médica.

Podemos dizer que o recolhimento da contribuição da Previdência Social comum e da contribuição patronal sempre foi realizado simultaneamente para os servidores ativos.

Quanto aos inativos, face à nova orientação governamental, com a edição do Decreto-Lei nº 1.910/81, a contribuição para a Previdência Social comum passou, também, a ser exigida, a título de remuneração da assistência médica.

Logo, inexistente o tão almejado *bis in idem*, sendo que o Decreto-Lei nº 1.910/81 tem aplicação para os servidores do SINPAS.

A título de argumentação, se admitíssemos a existência de *bis in idem*, para a espécie sob julgamento, indiretamente, estaríamos reconhecendo, também, a dupla exigência de recolhimento de contribuições para os servidores que estão em atividade, pois estes, como ficou constatado da leitura do artigo 128, inciso V, da CLPS (Decreto nº 77.077/76), acima transcrito, sempre efetuaram o recolhimento da contribuição para a Previdência Social e também para a Assistência Patronal.

É bem verdade que a Portaria nº 1.089, de 08 de junho de 1978, do Ministério da Previdência e Assistência Social, ao aprovar a Consolidação das Normas de Assistência Patronal, aponta como uma de suas finalidades a assistência médica preventiva e curativa. Todavia, entendo que esta assistência médica se realiza de forma complementar à assistência médica prestada pela Previdência Social comum.

Diríamos, em outras palavras, que, assim como vários órgãos governamentais prestam assistência médica complementar aos seus servidores, através de seus serviços de saúde, sem abrir mão da assistência médica prestada pela Previdência Social comum, da mesma forma ocorre com os servidores integran-

tes do SINPAS, que recebem assistência médica complementar, proveniente da contribuição patronal, mas continuam vinculados à Previdência Social comum, recebendo assistência médica da mesma.

Esta é a hipótese que se verifica nos autos.

Portanto, como existe norma legal que determina que a assistência médica da Previdência Social comum, prestada aos aposentados e pensionistas em geral, seja remunerada, os impetrantes não podem se eximir desta obrigação, pelo só fato de contribuírem para a assistência patronal, que não custeia, repito, os serviços prestados pela assistência médica da Previdência Social comum.

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação, para reformar a sentença monocrática e cassar a segurança concedida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 104.280 — PB — Registro nº 5.642.736 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal na Paraíba. Apte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apdos.: Edison Falcone de Melo e outros. Advs.: Drs. Nathanael de Vasconcellos Filho (Apte.) e Nizi Marinheiro (Apdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à remessa de ofício e ao recurso voluntário (Em 24-10-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 105.182 — RJ
(Registro nº 5.988.489)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara — RJ

Apelante: União Federal

Apelada: Organizações Gazire & Sadala Ltda.

Advogados: Drs. Yedda de Lourdes Pereira (Apelante) e Nelson Xisto Damasceno (Apelada)

EMENTA

Tributário. Importação. Desembaraço aduaneiro de mercadoria importada, sujeita ao prévio recolhimento do ICM. Ilegitimidade.

I — O fato gerador do ICM, relativamente à mercadoria importada do exterior, ocorre, somente, no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador (Decreto-Lei nº 406, de 31-12-68, artigo 1º, item II). Orientação da Súmula nº 577 do STF.

II — A celebração de convênios entre pessoas jurídicas de direito público, com a finalidade de arrecadar ou fiscalizar tributos, não pode resultar em alteração ou modificação do respectivo fato gerador, que se protege pelo princípio da reserva legal (CTN, artigo 114).

III — Remessa ex officio e apelação desprovidas. Sentença confirmada.

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 remessa de ofício e ao apelo voluntário, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1984 — (Data do julgamento). — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Trata-se de mandado de segurança, de caráter preventivo, impetrado por Organizações Gazire & Sadala Ltda., contra ato do Inspetor-Chefe da Inspeção do Porto do Rio de Janeiro, a fim de que não lhe seja exigido o prévio recolhimento do ICM ou a apresentação da «Declaração de Exoneração do ICM na Entrada de Mercadoria Estrangeira», para que se efetue o procedimento de despacho aduaneiro, e, em consequência, o desembaraço da mercadoria importada.

O impetrante, em sua exordial, alega, em termos sucintos, que efe-

tuou a importação de bacalhau, da Noruega, país signatário do GATT, amparado na respectiva guia de importação. Teme, quando do desembaraço aduaneiro, que lhe seja exigido o ICM, devido à celebração do convênio ICM nº 010/81, em que os estados brasileiros avençaram que o fato gerador do aludido tributo, nas mercadorias importadas, passaria a ser o despacho aduaneiro. Alega que o fato gerador do ICM encontra-se descrito no Decreto-Lei nº 406/68, não podendo ser modificado por simples convênio estadual. Argumenta, também, por se tratar de mercadoria importada de país signatário do GATT, que a incidência do ICM deverá observar as mesmas normas do similar nacional. Finalmente, pede a concessão da segurança para não ter de comprovar o prévio pagamento do ICM, ou apresentar a Declaração de Exoneração do referido tributo quando do despacho aduaneiro. Requereu medida liminar. Junto, com a inicial, os documentos de fls. 11/32.

Deferida a liminar (fl. 35) e solicitadas as informações, a autoridade apontada como coatora, às fls. 39/43, asseverou que estaria apenas, cumprindo a lei, pois, a convenção ICM-nº 010/81, efetuada pelos estados brasileiros, seria uma norma complementar (arts. 96 e 100 do CTN) e, portanto, inexistente direito líquido e certo, devendo o impetrante recolher o ICM ou apresentar Declaração de Exoneração do aludido imposto. Anexou os documentos de fls. 44/54.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fl. 55 vº).

O MM. Juiz Federal da 8ª Vara-I da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Paulo Freitas Barata, por entender que o imposto não pode ser exigido antes da ocorrência do fato gerador, concedeu a segurança e autorizou a liberação da

mercadoria sem a exigência da comprovação do prévio pagamento do ICM. Submeteu, ainda, o feito à aprovação deste colendo Tribunal (fls. 57/61).

Inconformada, a União Federal interpôs, tempestivamente, apelação (fls. 65/69), sustentando a legitimidade do ato impugnado.

Sem contra-razões, subiram os autos a este colendo Pretório, onde a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 73/75, opina pela confirmação da sentença recorrida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): O lúcido parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República confirma, com todas as letras, o inegável acerto da decisão monocrática, *in verbis*:

«Cuida-se de resp. sentença concessiva de segurança a importador a fim de que possa proceder a despacho aduaneiro de mercadoria importada, independentemente, de apresentação do comprovante do pagamento do ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), incidente sobre a mesma mercadoria.

Razão assiste à resp. sentença de Primeira Instância. A exigência fiscal, no caso, afigura-se-nos ilegal, eis que implica na instituição de um novo momento de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, que decorreria da Instrução Normativa 54/81, da Secretaria da Receita Federal.

Essa Instrução Normativa 54/81 foi editada a partir de convênio entre os fiscos federal e estadual. Em verdade, a alteração do momento da ocorrência do fato gerador não pode decorrer de instrução normativa, pois, assim, viola-se o

princípio da legalidade tributária (CF, art. 19, I, c/c o art. 153, § 2º). O fato gerador e o momento de sua ocorrência dependem de previsão legal (CTN, art. 114 a 116).

Em relação ao ICM concernente à importação de mercadoria estrangeira, por estabelecimento industrial, comercial ou por produtor, o momento da ocorrência do fato gerador é a entrada da mercadoria no estabelecimento (Decreto-Lei nº 646/68, art. 1º, II e S-STF 577).

No que concerne à administração tributária federal, a Instrução Normativa 54/81 criou uma obrigação acessória no interesse do Fisco Estadual, qual seja, a exigência de comprovação do pagamento do ICM, como condição adicional, para liberação de mercadoria importada. Esta é uma exigência arbitrária, porque não está prevista explícita ou implicitamente no Decreto-Lei nº 406/68.

Dir-se-ia que inexistente razão para o insurgimento contra a exigência fiscal, pois, afinal de contas, é quase a mesma coisa pagar-se o ICM, no momento do desembaraço aduaneiro ou no da entrada no estabelecimento. Ocorre, entretanto, que a lei prevê, de modo muito claro, como momento da ocorrência, a entrada da mercadoria no estabelecimento e ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (CF, art. 153, § 2º).

Não se diga, também, que a antecipação do pagamento do ICM

não prejudica o importador e coíbe a tentação de um eventual desvio de mercadoria. O argumento não é ético, nem jurídico, porque não se pode presumir, até prova em contrário, que alguém vá ter um comportamento anti-social. Na eventualidade de apuração de alguma infração, ao fisco competirá a aplicação da sanção cabível.

Opinamos, portanto, pela confirmação da resp. sentença de primeiro grau, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos» (fls. 73/75).

Adotando, pois, os termos do parecer supra, nego provimento à remessa *ex officio* e à apelação, para confirmar, *in totum*, a decisão recorrida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 105.182 — RJ — Registro nº 5.988.489 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo Federal da 8ª Vara-RJ. Apelante: União Federal. Apelada: Organizações Gazure & Sadala Limitada. Advs.: Drs. Yedda de Lourdes Pereira (Apte.) e Nelson Xisto Damasceno (Apda).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa de ofício e ao apelo voluntário. (Em 31-10-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Pedro Acioli votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Moacir Catunda**.

RECURSO CRIMINAL Nº 946 — SC

(Registro nº 3.440.800)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Recorrente: Justiça Pública

Recorrido: Miguel Martins

EMENTA

Processual Penal. Condição de procedibilidade nos casos de apropriação indébita de tributos.

A «representação» a que se refere o parágrafo único do artigo 2º do Decreto-Lei nº 326/67 há de ser interpretada sistematicamente com a lei processual penal, de modo a evitar-se a interpretação literal e absurda que conduziria à conclusão de que o Procurador da República, que exerce a dupla função de advogado da União e do Ministério Público, deveria representar-se a si mesmo. No caso, a ação penal é pública incondicionada.

Recurso provido.

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, 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 outubro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Washington Bolívar, Presidente. — Ministro Carlos Thibau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Thibau: Recorre o Ministério Público Federal de decisão, proferida pelo MM. Juiz Federal de Santa Catarina, em que foi rejeitada denúncia formalizada contra Miguel Martins, pela prática do crime de apropriação indébita previsto no artigo 168, parágrafo único, inciso I, combinado com o artigo 52, § 2º, do Código Penal.

O denunciado teria deixado de recolher à Fazenda Nacional quantias que recebera, a título de Imposto sobre Produtos Industrializados, de adquirentes de mercadorias saídas de sua empresa.

Entendeu o MM. Juiz que faltaria ao exercício da ação penal condição de procedibilidade (art. 43, III, do CPP), por não ter a Procuradoria da República formulado a representação a que se refere o parágrafo único do artigo 2º do Decreto-Lei nº 326/67.

O recorrente entende que deva ser interpretado sistematicamente, e não literalmente, o mencionado dispositivo, pois o crime de apropriação indébita seria de ação pública incondicionada.

Caso contrário, seria inconstitucional a norma em exame, pois que alteraria matéria processual ao arrepio do artigo 55 da Lei Maior.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Valim Teixeira, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Min. Carlos Thibau (Relator): Endosso a manifestação da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, verbis:

«Tem razão o recorrente. O preceito legal estabelecido no referido decreto-lei contém evidente defeito de redação, que não pode prevale-

cer sobre a **mens legis**. O vocábulo representação deve ser tomado por denúncia harmonizando-se com os princípios gerais em vigor.

Não se pode entender que sendo apropriação indébita um crime de ação pública incondicionada, tal como está no Código Penal, pretendesse o decreto-lei em causa, que não criou modalidade nova, mas apenas aditou norma já existente, alterar o procedimento adotado, o que seria uma incongruência inaceitável em face do interesse lesado.

A ação penal é pública incondicionada, e não há falar em representação».

Esta Egrégia Corte já decidiu a espécie, encampando o entendimento acima exposto:

«Ementa: Processual Penal. Condição de procedibilidade nos casos de apropriação indébita de tributos. De conformidade com o entendimento dominante no Tribunal Federal de Recursos, deve o preceito legal defeituoso harmonizar-se com o sistema vigente, perdendo relevo as expres-

sões que não se coadunem aos princípios gerais adotados. A representação, de que se refere o parágrafo único do artigo 2º do Decreto-Lei nº 326/67, como evidente erro, tem a significação da denúncia, não se podendo admitir a interpretação que exige que o Procurador da República represente a si mesmo (RcCr 730-SC — Rel.: Min. Carlos Madeira — DJ 18-12-80)». (fls. 87/88).

Dou provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 946 — SC — Registro nº 3.440.800 — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Justiça Pública. Recorrido: Miguel Martins.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento ao recurso (Julg.: Em 9-10-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Washington Bolívar votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 4.304 — PE

(Registro nº 3.146.138)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrente de Ofício: Juiz Federal da 3ª Vara

Recorridos: Antônio Inácio da Silva e outros

Advogados: Drs. Mozart Borba Neves e Paulo José de Souza Ferraz

EMENTA

Trabalhista. Despedida indireta. Empregado de engenho adquirido pelo INCRA. Responsabilidade.

A aquisição de Engenho pelo INCRA torna este Órgão (responsável pelos encargos trabalhistas, face à sucessão caracterizada, quanto aos direitos reclamados. O desconhecimento dessa circunstância, on-

de se recusava admitir a relação contratual, motiva a rescisão com as conseqüências patrimoniais decorrentes.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 14 de outubro de 1980 (Data do julgamento). — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: A matéria versada nestes autos foi assim relatada pelo eminente Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, Dr. Adauto José de Mello:

«Antônio Inácio da Silva, José Valério da Silva, João Gomes Patriota e Antônio Oliveira da Silva, todos brasileiros, trabalhadores rurais, residentes no Município de Barreiros, neste Estado, apresentaram reclamação contra a Usina Central Barreiros S.A e Altino Acioly de Carvalho alegando:

que começaram a trabalhar no Engenho S. Domingos, quando este pertencia à Usina Central Barreiros, o primeiro no dia 1º de janeiro de 1967, o segundo em 15 de setembro de 1965, o terceiro em março de 1960 e o quarto em 14 de fevereiro de 1963, e foram dispensados em 1º de junho de 1974;

reclamam o pagamento de aviso prévio, indenização por tempo de

serviço, férias, décimo terceiro salário, prejudicado 20, salários vencidos e vincendos.

Inicialmente a reclamação foi apresentada perante a Junta de Conciliação e Julgamento da Comarca do Cabo, neste Estado.

Em face de preliminar suscitada pela Usina Central Barreiros S.A., aquela Junta deu-se por incompetente para julgar o feito, remetendo-o para esta Seção Judiciária onde me foi distribuído.

Como os reclamados Usina Central Barreiros S.A e Altino Acioly de Carvalho já haviam oferecido contestação à fl. 27, aquela em forma de memorial, ao qual juntou os documentos de fls. 34 a 52, na audiência realizada perante este Juízo somente o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) apresentou contestação (fl. 135). Os reclamantes prestaram depoimento pessoal informando que, quando foram dispensados, o Engenho São Domingos, onde trabalhavam, já pertencia ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

As partes ofereceram razões finais à fl. 145/145v.

O representante do Ministério Público foi regularmente citado.

Não houve possibilidade de um acordo».

Sentenciando, julgou procedente, em parte, a reclamatória para condenar o INCRA a pagar aos reclamantes indenização por tempo de serviço, aviso prévio e 13º salário (fls. 164/165).

Sem recurso voluntário, os autos vieram a esta superior instância, por força do recurso de ofício, onde

a douta Subprocuradoria-Geral da República encampou os pronunciamentos de seu assistido (fl. 174).

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Na contestação oferecida na oportunidade da audiência realizada em 14-3-78 (fls. 135/136) o INCRA limitou-se, preliminarmente, a recusar a responsabilidade pelos encargos sociais e, no mérito, a negar a relação empregatícia, pela falta dos requisitos que configuram o vínculo laboral, acrescentando, ainda, incorrer dispensa. Invocou, também, a prescrição.

Todos esses aspectos foram corretamente analisados no v. decisório, consoante se vê da seguinte passagem daquela peça:

«A escritura pública de fls. 34 a 38, devidamente registrada no Cartório de Registro Geral de Imóveis, é a prova de que já em 18 de outubro de 1973, o Engenho São Domingos onde, repita-se, residiam e trabalhavam os reclamantes, pertencia ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Resultou, também, devidamente provado que, quando os reclamantes foram cientificados de que, para eles não havia mais trabalho, já aquele imóvel era de propriedade do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

Está claro, portanto, que a reclamada, Usina Central Barreiros S.A., com a alienação do Engenho São Domingos, exonerou-se da responsabilidade que tinha com os trabalhadores, entre os quais se incluíam os reclamantes, que ali prestavam serviço.

Aliás, os próprios reclamantes informaram que a Usina Central Barreiros S.A nada lhes ficou de-

vendo. Não há, pois, como fugir do contido no Art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho:

«Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados».

Com efeito, quando o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) adquiriu o Engenho São Domingos, assumiu, em face dos termos daquele dispositivo legal, a responsabilidade pelos encargos sociais decorrentes dos contratos de trabalho dos empregados que nele prestavam serviço.

E, como a dispensa indireta dos reclamados ocorreu após aquela aquisição, está evidente que cabe ao reclamado Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) pagar aos reclamantes as indenizações a que têm direito, ficando, portanto, excluídos da relação processual a Usina Central Barreiros e Altino Acioly de Carvalho».

Aliás, matéria semelhante constava do RO nº 4.298—PE, do qual fui Relator, julgado em Sessão de 6-6-80 (2ª Turma), de cuja decisão resultou o Acórdão assim ementado:

«Trabalhista. Despedida indireta. Empregados de engenho adquiridos pelo INCRA. Responsabilidade deste.

A aquisição de engenho pelo INCRA torna este órgão responsável pelos encargos trabalhistas, face à sucessão caracterizada, sendo de ser aplicada a legislação consolidada, quanto aos direitos reclamados, uma vez que este era o regime a que estavam subordinados os reclamantes.

Despedida indireta, em razão da falta de exercício das atividades profissionais dos interessados, por

culpa do empregador. Matéria não suficientemente contestada.

Sentença confirmada».

A responsabilidade da autarquia, **in casu**, é evidente, eis que sucedeu à Usina Central Barreiros, em razão da compra do Engenho São Domingos. Assim, teria que assumir os encargos trabalhistas em relação aos antigos empregados. Se desconheceu essa conseqüência, deu motivo para a rescisão alegada, com as parcelas patrimoniais dela decorrente.

O próprio silêncio do recorrido, ao não impugnar a sentença, demonstra seu conformismo com os termos do **decisum**.

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

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 4.304 — PE — Registro nº 3.146.138 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Recte. de Ofício: Juiz Federal da 3ª Vara. Recdos.: Antônio Inácio da Silva e outros. Advs.: Drs. Mozart Borba Neves e Paulo José de Souza Ferraz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso **ex officio**, confirmando a sentença. (Em 14-10-80 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Gueiros Leite votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Presidente, Aldir G. Passarinho. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ORDINÁRIO Nº 4.304 — PE

(Registro nº 3.146.138)

Relator: o Sr. Ministro Costa Leite

Embargante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA

Embargados: Antônio Inácio da Silva e outros

Advogados: Drs. Eurico Montenegro Júnior e outros (Embte.) e Mozart Borba Neves e outro (Embds.)

EMENTA

Processo trabalhista. Embargos de divergência.

I — A simples transcrição de ementas, a teor do artigo 275, § 1º, do Regimento Interno do TFR, não se presta para configuração do dissídio jurisprudencial.

II — Precedentes do TFR.

III — Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, à unanimi-

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

Custas como de lei.

Brasília, em 21 de novembro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Lauro Leitão, Presidente. — Ministro Costa Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: Inconformado com a decisão proferida pela Egrégia 2ª Turma, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA opôs os presentes embargos, alegando que houve divergência com o já decidido pela Egrégia 3ª Turma, no julgamento do RO nº 4.201-PE. (Reg. nº 3.145.140), Relator o eminente Ministro Carlos Madeira, cujo Acórdão está assim enunciado, fl. 196:

«Trabalhista. Sucessão Trabalhista. Quando não se configura.

A compra de imóveis rurais para fins de reforma agrária e não para a exploração da indústria canavieira, sem continuidade de prestação de serviços por parte dos trabalhadores, não constitui sucessão trabalhista. A despedida indireta ocorre, na hipótese, com a paralisação das atividades canavieiras, pela venda das terras. (Ac. Publicado no DJ 9-10-80, pág. 7.977)».

O aresto embargado, da lavra do ilustre Ministro William Patterson, está com a ementa assim redigida, fl. 186:

«Trabalhista. Despedida indireta. Empregado de engenho adquirido pelo INCRA. Responsabilidade.

A aquisição de engenho pelo INCRA torna este órgão responsável pelos encargos trabalhistas, face à sucessão caracterizada, quanto aos direitos reclamados. O desconhecimento dessa circunstância, onde se recusava admitir a relação contratual, motiva a rescisão com as conseqüências patrimoniais decorrentes.

Sentença confirmada.»

Os embargos não foram impugnados. Certidão à fl. 201 verso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Estatui o art. 275, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal:

«A divergência indicada deverá ser comprovada por certidão, ou cópia autenticada, ou mediante citação do repositório de jurisprudência, oficial ou autorizado, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados».

A teor desse dispositivo, a discrepância entre os julgados há de restar indubitosa.

Ocorre que, na espécie, o embargante limitou-se a transcrever ementas de Acórdãos, que, em verdade, não permitem firme conclusão, quanto a ser real ou apenas aparente o dissídio.

De outra parte, vem decidindo esta Egrégia Seção, no sentido de que não basta a simples transcrição de ementas, porque não traz os elementos que tornem clara a especificação da divergência, de forma a permitir o exame dos embargos. (in ERO nº 3.047-RJ, ERO nº 3.445-RJ e ERO nº 9.293-MG).

Ante o exposto, não conheço dos embargos. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ERO nº 4.304 — PE. (Registro nº 3.146.138) — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Embte.: Instituto Nacional

de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Embdos.: Antônio Inácio da Silva e outros. Advs.: Drs.: Eurico Montenegro Junior e outros (Empte) e Drs.: Mozart Borba Neves e outro (Embdos).

Decisão: A Seção, à unanimidade, não conheceu dos embargos. (Em 21-11-84 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Hélio Pinheiro e Carlos Thibau votaram de acordo com o Sr. Min. Relator. Não participou do julgamento o Sr. Min. Ademar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.760 — DF
(Registro nº 3.300.773)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Recorrente: Empresa Brasileira de Notícias — EBN

Recorrido: Marlene de Souza Santos

Advogados: Drs. Augusto César Alves de Souza Barreto e outro e Ivanildo J. Barreto

EMENTA

Reclamação trabalhista. Admissão na forma do artigo 111, do Decreto-Lei nº 200/67. Equiparação e diferença salarial. Prescrição e revelia.

O vínculo empregatício adquirido por telefonista que exerceu tal função em caráter permanente por vários anos não fica descaracterizado pelo fato de ter sua admissão se realizado na forma prevista no artigo 111, do Decreto-Lei nº 200/67, como colaboradora eventual.

À equiparação prevista no artigo 461, § 1º, não faz jus a reclamante, tendo em vista a vedação contida no § 2º do mesmo dispositivo legal. Mas a diferença salarial, que com a equiparação não se confunde, ela tem direito, diante da existência, no quadro da empregadora, da função que exercia, como colaboradora.

Prescrição inocorrente.

Acolhida a preliminar de revelia, caracterizada não só pela ausência do procurador da reclamada a audiência, sem justificativa convincente, bem como da própria reclamada ou preposto seu devidamente credenciado, na forma exigida pelo artigo 843 e § 1º da CLT.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Marlene de Souza Santos propôs a presente ação trabalhista contra a Empresa Brasileira de Notícias — EBN, pleiteando equiparação salarial e apontando paradigma.

Pede diferenças a partir de 1973, quando foi admitida, FGTS ou indenização, férias, devolução de I. Renda descontado na fonte e correção da data de admissão na carteira de trabalho.

A reclamada sustenta a inexistência de vínculo empregatício, tendo em vista pertencer a reclamante à categoria de colaboradora, prevista no art. 111, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, sem nenhum direito às parcelas pretendidas.

Impugna também a alegada identidade da reclamante, com a situação funcional da paradigma que pertence ao Quadro Suplementar da EBN e argui a prescrição bial do art. 11, da CLT.

O MM. Juiz a quo decretou preliminarmente a revelia da ré que não compareceu à audiência e, no mérito, reconheceu a existência do vínculo; entendeu inaplicáveis à reclamante as disposições do art. 461, § 1º, porque incidentes na vedação contida no seu § 2º; concedeu-lhe a diferença de salários, férias e 13º salários, correção da data de admissão e recolhimento de contribuições (fls. 38/45).

A reclamada recorreu insurgindo-se contra a revelia decretada pela

sentença, que sustenta incorrente e, no mérito, pede a improcedência total da ação ou que seja decretada a prescrição de toda e qualquer parcela não pleiteada no biênio (fls. 49/52).

As contra-razões da reclamante foram apresentadas nesta instância (fls. 68/69), onde a Subprocuradoria opinou pelo provimento do recurso às fls. 71/72.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: A empresa recorrente, em suas razões de recurso, insiste, preliminarmente, na inexistência da revelia decretada na sentença recorrida.

Alega que seu procurador, na hora aprazada para a realização da audiência, estava sendo atendido na Fundação Hospitalar do DF, «em razão de forte gripe, gripe esta que poderia impedir a sua viagem ao Rio de Janeiro, naquele mesmo dia, se não fosse medicado», juntando um atestado médico passado pelo Dr. Mariano Costa Filho (fl. 53).

Estou em que o MM. Julgador a quo agiu acertadamente ao decretar a revelia da empresa reclamada, pois esta não se fez representar na audiência.

Entendo que a prova capaz de elidir a revelia deve ser convincente e robusta.

Na hipótese, cuidava-se de um estado gripal que não impediu o advogado da reclamada de locomover-se, pois à hora da audiência dirigiu-se ao Hospital de Base da Fundação Hospitalar do DF e, após medicarse, foi atender à intimação para defender a reclamada perante a Justiça Federal.

Estou em que, em se tratando de «gripe», as preocupações poderiam

ter sido invertidas: primeiro atender o chamamento da Justiça, cumprindo o mandato que lhe fora outorgado; depois, medicar-se.

Não creio que o atraso de mais ou menos uma (1) hora, após o encerramento da audiência, apenas com a justificativa de que viera do Rio de Janeiro (é o que consta da sentença) fosse capaz de elidir a revelia.

Demais disso, segundo se vê dos termos da procuração de fl. 36, substabelecida ao signatário do recurso, os poderes nela contidos eram apenas os da cláusula *ad judicium*, «para representá-la em Juízo» em qualquer instância ou tribunal, «nas ações em que a EBN for autora, ré, assistente ou oponente».

Não tinha o outorgado a condição de preposto.

Ora, diz o art. 843 da CLT:

«Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes».

E o § 1º, do mesmo artigo, dispõe:

«É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente».

Na hipótese, apenas o representante da reclamada compareceu tardiamente, após encerrada a audiência. Com ele não veio a reclamada ou qualquer preposto seu, para tal devidamente credenciado.

Ao cuidar de advogado sem a condição de preposto, assim decidiu o E. Tribunal Superior do Trabalho:

«Se a reclamada não comparece, mas apenas seu advogado sem a condição de preposto, é bem aplicada a pena de confissão e revelia. A presença do preposto em audiência dispensaria a do advogado (art. 843 da CLT), mas a do advo-

gado não dispensa a do preposto» (Ac. 2ª T., RR nº 4.516/76, Relator Min. Rezende Puech, in DJ de 29-7-77).

No que tange ao mérito, a sentença apoiada na pacífica jurisprudência do Tribunal que enumera não merece qualquer reparo, razão que me leva a confirmá-la, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e que são os seguintes:

«Reconheço a revelia, uma vez que a empresa reclamada não se fez presente, mesmo após concluída a audiência, por qualquer preposto.

A confissão ficta, pelo que se conclui, obviamente acarreta a inversão do ônus da prova, aqui, a cargo da empresa reclamada.

Contudo, a prova mesmo existente nos autos será examinada no seu conjunto, sem o que se poderia pensar (erradamente) impor a procedência da reclamação.

«A revelia não é pena: induz confissão ficta, que, como meio de prova, tem de ser considerado pelo Juízo na subsunção dos fatos, deduzidos e provados, à norma material incidente, do que resultará a sentença» (Coqueijo Costa — «Direito Judiciário do Trabalho», pág. 230).

Examine-se o RO nº 4.192 — E 12/67.

Outro problema a resolver diz respeito à prescrição, cujos efeitos referem-se ao passado, apagando o tempo decorrido, mas permitindo que tenha novo curso.

Autores asseveram que os direitos dos trabalhadores são imprescritíveis e irrenunciáveis.

Santoro Passarelli, citado por Américo Pla Rodrigues (Princípios de Direito do Trabalho, pág. 115) sustenta que «a imprescritibilidade não é consequência necessária da

irrenunciabilidade e da intransigibilidade, porque a prescrição não depende diretamente da vontade do titular do direito, mas de uma situação contínua de inércia, encontrando sua razão de ser no interesse público, que o ordenamento jurídico pode considerar prevalente comparativamente com o interesse público que justifica a irrenunciabilidade do direito por parte do titular».

Acontece que, na prescrição, o interessado não renuncia, **estricto senso**, porém omite-se na defesa do seu direito pelo tempo fixado em lei.

Parece-nos que, também no Direito do Trabalho, o verdadeiro fundamento da prescrição é a segurança jurídica.

A finalidade protecionista tem limitações. A paz social, a ordem pública e o relacionamento entre empregado e empregador não podem ser obtidos se eternizarem-se as situações duvidosas ou conflitantes. O exercício dos direitos deve ficar limitado no tempo.

A prescrição, contrariamente à decadência, somente pode ser reconhecida se invocada pela parte interessada. O Juiz de ofício não pode supri-la e, como a «contestação» não foi apresentada ao curso normal da audiência de conciliação e julgamento, que é única (excepcionalmente dividida em sessões), desmerece consideração.

A admissão de colaboradores eventuais, ao gosto do art. 111, do Decreto-Lei nº 200/67, tem de ser examinada cuidadosamente.

O que a Constituição facultou foi a admissão de pessoas «em serviços de caráter temporário ou contratados para função de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial» — art. 106.

Os serviços de telefonista não são de caráter temporário, tanto que a reclamante vinha, ininterruptamente, trabalhando desde o dia 10 de maio de 1973.

A Lei nº 525-A, de 27-12-48, dispõe:

«Art. 4º — «Função permanente é a que, por sua natureza, atenda a um serviço normal, indispensável à Administração» ...

O eminente Ministro Carlos Velloso (RO nº 4.529 — E 13/62) proclama:

«Não é eventual o trabalho desenvolvido numa atividade essencial e permanentemente do órgão reclamado, exercida durante cerca de dois anos ininterruptamente, mediante salário».

O eminente Ministro Armando Rollemberg (RO nº 4.192 — E 14/52) ditou:

«Não é possível considerar-se de natureza eventual serviços típicos de atividade-fim prestados à autarquia de forma permanentemente, com horário e remuneração mensal fixa».

Longo seria o descartar de outras decisões, todas no mesmo sentido.

Vínculo existiu, a partir de 10-5-73, sendo indeclinável a obrigatoriedade da anotação da CLPS.

Ensina o eminente Ministro Washington Bolívar:

«Trabalhista — Carteira Profissional — Anotações — Valor probante — Presunção **juris tantum**. 1) As anotações efetuadas na Carteira Profissional pelo empregador, não geram presunção **juris et de jure**, mas **juris tantum** (TST, Súmula nº 12). Comprovado que a relação empregatícia se estabeleceu em data diversa da anotada, prevalece a realidade, tendo-se por não escrita a anotação, quer na Cartei-

ra, quer no contrato celebrado nos termos da legislação trabalhista, que visa a proteger os direitos e interesses da parte economicamente mais frágil, o trabalhador (CLT, art. 9º). 2) — Recurso da reclamante provido, prejudicado o da reclamada (RO nº 3.200 — PR — 1ª Turma. Unânime. DJ 19-8-80).

No mesmo sentido (RO nº 4.301 — E 17/60):

«Integrante de Grupo-Tarefa — INPI — Relação Empregatícia Reconhecida — Anotações na Carteira Profissional — Pagamento de Parcelas Devidas. 1. Não é a denominação que se põe ao trabalho desempenhado, mas a análise do próprio serviço prestado, sua duração, presentes os requisitos do art. 3º da CLT, que determinam o reconhecimento do vínculo empregatício. 2. Dever do empregador de anotar a Carteira Profissional do empregado e pagar-lhe as parcelas devidas em razão da relação de emprego. 3. Recurso denegado. (Relator Ministro Washington Bolívar).

O eminente Ministro Sebastião Reis (RO nº 4.117 — E 15/59) adiantou:

«Não havendo solução de continuidade entre um e outro período cogitado, desprocede a prescrição argüida, no tocante à anotação na CT pretendida, só prevalecendo a exceção para os efeitos patrimoniais pertinentes».

Quanto à equiparação, anotamos.

Doraci Maria Duarte, conforme os avisos de créditos (fls. 7/8), não percebia o salário de Cr\$ 5.932,00, mas de Cr\$ 4.748,00 e, pelo que está escrito, deduz-se que a empresa tem quadro de pessoal, tanto que a apontada paradigma é «telefonista LT-NM-1044 — A — Ref. 17».

Assim, não se lhe aplicam as disposições do art. 461, § 1º, porque incidentes na vedação contida no § 2º do mesmo art. 461 da CLT.

É o que sumulou o eminente Ministro Carlos Madeira — (RO nº 4.306 — E 14/50).

«Equiparação salarial. Quadro de empregados. Existindo na empresa quadro de pessoal com previsão de critérios de promoção, descabe a equiparação salarial de servidor não promovido aos que o foram por merecimento. A existência do quadro de pessoal exclui a aplicação da regra geral do art. 461, *caput*, da CLT, uma vez que se verifica a hipótese do § 2º, que é de valoração, contrária a ela.»

O não menos eminente Ministro William Patterson deu as causas da inaplicabilidade do princípio:

«Trabalhista. Equiparação Salarial. Impossibilidade. A equiparação salarial de que fala o art. 461, da CLT, encontra obstáculos jurídicos na sua aplicação ao pessoal celetista do Serviço Público. Os comandos legais que ditam o comportamento administrativo, em matéria de política de pessoal, impedem que haja oportunidade para aplicação daquele preceito. Demais disso, as próprias instituições privadas, às quais, especificamente, se dirige a norma, estão resguardadas dos seus efeitos quando possuem quadros de carreira. Com muito maior razão há de se entender à margem da aludida obrigação o Serviço Público, que se organiza essencialmente pela observância dos padrões legais. Recurso provido. Reclamatória improcedente. (RO nº 4.584 — DF. 2ª Turma. Unânime. E 14. Pág. 50).

Sucede que a reclamante pediu, também, as diferenças salariais entre o que ela ganhava e a telefo-

nista contratada. Aqui, assiste-lhe razão, pois uma coisa não se confunde com a outra. A equiparação pode gerar direito à diferença de salários, quase sempre, mas para que se apure o direito à diferença de salário, desde que a função (telefonista) existe no quadro da empregadora e era exercida pela reclamante, tida como de categoria diversa (colaboradora).

É, ainda uma vez, de recorrer-se ao magistério do douto Ministro Carlos Madeira:

«Trabalhista. Desvio de Função. Diferença Salarial. Evidenciado o desvio de função, legítima é a pretensão do empregado a perceber os salários correspondentes ao trabalho que presta. Não há confundir diferença salarial com equiparação salarial. Para esta, é necessária a comparação com o trabalho de outrem, prestado no mesmo local e para o mesmo empregador. Para a diferença salarial, basta a prova de que a função existe no quadro

do órgão e é exercida por empregado de outra categoria.» (RO nº 4.268 — MG — 4ª Turma. Unânime. E 14. Pág. 49).

Decreto, assim, à revelia da empresa reclamada, aplicando-lhe a pena de confissão.»

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.760 — DF — Registro nº 3.300.773 — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Recte.: Empresa Brasileira de Notícias — EBN — Recda.: Marlene de Souza Santos. Advs.: Drs. Augusto César Alves de Souza Barreto e outro e Ivanildo J. Barreto.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso. (1ª Turma — Em 21-5-82).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Lauro Leitão votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINARIO Nº 5.760 — DF

(Registro nº 3.300.773)

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Embargante: Empresa Brasileira de Notícias — EBN

Embargado: V. Acórdão de fl. 87.

Advogado. Dr. Augusto César Alves de Souza Barreto

EMENTA

Embargos declaratórios. Descabimento.

Embargos opostos pela EBN, pretendendo a embargante a reapreciação das questões decididas pela Turma e insurgindo-se contra a não submissão do feito ao duplo grau de jurisdição. Recurso impróprio para modificar o entendimento do Acórdão.

Inocorrência das hipóteses previstas nos itens I e II do artigo 535, do CPC.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 1 de março de 1983 (Data do julgamento). — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: A Empresa Brasileira de Notícias — EBN, opôs embargos declaratórios ao V. Acórdão desta E. 1ª Turma, cuja ementa proclama:

«Reclamação Trabalhista — Admissão na forma do art. 111, do Decreto-Lei 200/67 — Equiparação e diferença salarial — Prescrição e revelia.

O vínculo empregatício adquirido por telefonista que exerceu tal função em caráter permanente por vários anos, não fica descaracterizado pelo fato de ter sua admissão se realizado na forma prevista no art. 111, do Decreto-Lei 200/67, como colaboradora eventual.

A equiparação prevista no art. 461, § 1º, não faz jus a reclamante, tendo em vista a vedação contida no § 2º do mesmo dispositivo legal. Mas à diferença salarial, que com a equiparação não se confunde, ela tem direito, diante da existência, no quadro da empregadora, da função que exercia, como colaboradora.

Prescrição incorrente.

Acolhida a preliminar de revelia, caracterizada não só pela ausência do procurador da reclamada à audiência, sem justificativa

convincente, bem como da própria reclamada ou preposto seu devidamente credenciado, na forma exigida pelo art. 843 e § 1º, da CLT.

Recurso improvido.»

Manifesta o embargante sua inconformidade com a não-submissão do feito ao duplo grau de jurisdição, com a pena de revelia que lhe foi aplicada, com a apontada ausência de preposto à audiência e assinala que a arguição de prescrição levantada nas razões de recurso, carece de melhor apreciação.

Sustenta a nulidade da sentença por ter julgado extra petita e entende altamente criticável a condenação em diferença salarial e contribuições previdenciárias.

Finalizando as longas razões de embargos que se estenderam de fls. 90 a 121, invoca a possibilidade dos embargos declaratórios corrigirem erros e equívocos do julgador, e pede o provimento do recurso para esse fim.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: A decisão de primeiro grau não submeteu o feito ao duplo grau de jurisdição.

A ora embargante, naquela oportunidade, recorreu sem invocar, como agora o faz, a sua inconformidade quanto a este ponto.

Resulta, daí, estar preclusa essa questão da não-submissão do feito ao duplo grau de jurisdição.

Mas, mesmo que assim não fosse, a jurisprudência iterativa do Tribunal é no sentido oposto ao entendimento da embargante.

Com efeito, a antiga 3ª Turma, julgando o RO nº 4.424-RN, Relator, o eminente Ministro Torreão Braz, decidiu:

«Trabalho — Processo — Recurso *ex officio*.

— Não cabe recurso *ex officio* da decisão proferida, em reclamação trabalhista, contra empresa pública (Decreto-Lei nº 779, de 1969)» — Cfr. «Ementário da Jurisprudência do TFR», nº 17, pág. 69, 1ª col.).

No mesmo sentido foi o que decidiu a E. 2ª Turma, ao julgar o RO nº 3.894-RS, Relator, o eminente Ministro Gueiros Leite, em Acórdão cuja ementa proclama:

— «Processual — Sentença contra empresa pública. Recurso de ofício. Descabimento.

— Pelo art. 1º, *caput*, e inciso V, do Decreto-Lei nº 779/69, as empresas públicas não se incluem no privilégio do recurso de ofício, que se outorga, no âmbito federal, apenas à União, às autarquias ou fundações de direito público que não explorem atividade econômica. Recurso não conhecido» (Cfr. DJ de 20-11-80).

Nesta mesma esteira decidi, na Turma, os autos do RO nº 3.689-AM, em Acórdão com a seguinte ementa:

— «Processual — Reclamação trabalhista — Recurso de ofício.

O Decreto-Lei nº 779, de 1969 que dispôs sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas à União, aos Estados, Municípios, D. Federal e autarquias ou fundações de direito público, não contempla, em seu elenco, as empresas públicas.

Recurso de ofício não conhecido por incabível na espécie.»

De outra parte, o invocado art. 475, item II, do CPC é também inaplicável *in casu*, segundo os justos termos da Súmula nº 34 da Jurisprudência do TFR.

Na parte em que a embargante manifesta seu inconformismo com a aplicação da pena de revelia, in-

surge-se contra a fundamentação do Acórdão no que respeita ao estado de enfermidade do seu advogado.

Procura a embargante, com apoio em afirmação do Prof. Ricardo Veronesi, justificar o não-comparecimento de seu advogado à audiência de conciliação e julgamento, por ser portador de uma simples «influência», um simples estado gripal, que não o impossibilitava de locomover-se, tanto que ao invés de comparecer à audiência, preferiu ir até ao Hospital de Base de Brasília, para medicar-se.

Clama a embargante pela falta de fundamentação desse entendimento, o que teria infringido o art. 458, do CPC e o art. 769, item II, da CLT.

Sem razão a embargante neste particular.

O voto de fl. 78, diz, claramente:

«Entendo que a prova capaz de elidir a revelia deve ser convincente e robusta.

Na hipótese, cuidava-se de um estado gripal que não impediu o advogado da reclamada de locomover-se, pois à hora da audiência dirigiu-se ao Hospital de Base da Fundação Hospitalar do DF e, após medicar-se, foi atender à intimação para defender a reclamada perante a Justiça Federal.

Estou em que, em se tratando de «gripe», as preocupações poderiam ter sido invertidas: primeiro atender o chamamento da Justiça, cumprindo o mandato que lhe fora outorgado; depois, medicar-se.

Não creio que o atraso de mais ou menos uma (1) hora, após o encerramento da audiência, apenas com a justificativa de que viera do Rio de Janeiro (é o que consta da sentença) fosse capaz de elidir a revelia.»

A seu turno, não socorre à embargante a alegação de que o mandato

de fl. 36 outorgava-lhe, além dos poderes da cláusula *ad judicium*, a condição de *preposito*.

Ao propósito desta questão, ensina o festejado Russomano:

— «A ausência do reclamado implica em uma consequência dupla: a) revelia; b) confissão quanto à matéria de fato.

Há casos em que se tem entendido que, quando o reclamado não comparece à audiência, mas exterioriza sua intenção de se defender nos autos, enviando à mesma, por exemplo, advogado munido de procuração, não deve ser declarado revel e confesso.

Tal orientação é incompreensível, em face dos claros termos do artigo precedente. Se a lei exige a presença da parte, independentemente da presença de seu representante, como vamos admitir que o reclamado com procurador constituído possa eximir-se de comparecer em juízo, desde que seu advogado o faça? A substituição das partes só pode ser feita na forma dos §§ 1º e 2º, do art. anterior. Entre as pessoas aptas a serem substitutas do réu, no processo trabalhista, não figuram os advogados, solicitadores e provisionados.

A ser assim, por dever indeclinável de justiça e de coerência, também quando o reclamante não comparecer à audiência, mas nela estiver o seu advogado, o processo não seria arquivado.

Teríamos, pois, um processo trabalhista em que as partes não comparecem, mas que marcha normalmente, porque estão presentes seus advogados.

Onde fica, então, a regra do art. 843?

A revelia e a confissão quanto à matéria de fato são, dizíamos, os dois ônus impostos pela lei ao re-

clamado ausente, sem motivo justo, à audiência de instrução e julgamento.»

Finalmente, também razão não assiste à embargante no que concerne à alegação da prescrição, assim tratada na sentença, confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos, verbis:

«Outro problema a resolver diz respeito à prescrição, cujos efeitos referem-se ao passado, apagando o tempo decorrido, mas permitindo que tenha novo curso.

Autores asseveram que os direitos dos trabalhadores são imprescritíveis e irrenunciáveis.

Santoro Passarelli, citado por Americo Pla Rodrigues (Princípios de Direito do Trabalho, pág. 115), sustenta que «a imprescritibilidade não é consequência necessária da irrenunciabilidade e da intransigibilidade, porque a prescrição não depende diretamente da vontade do titular do direito, mas de uma situação contínua de inércia, encontrando sua razão de ser no interesse público, que o ordenamento jurídico pode considerar prevalente comparativamente com o interesse público que justifica a irrenunciabilidade do direito por parte do titular».

Acontece que, na prescrição, o interessado não renuncia, *stricto sensu*, porém omite-se na defesa do seu direito pelo tempo fixado em lei.

Parece-nos que, também no Direito do Trabalho, o verdadeiro fundamento da prescrição é a segurança jurídica.

A finalidade protecionista tem limitações. A paz social, a ordem pública e o relacionamento entre empregado e empregador não podem ser obtidos se eternizarem-se

as situações duvidosas ou conflitantes. O exercício dos direitos deve ficar limitado no tempo.

A prescrição, contrariamente à decadência, somente pode ser reconhecida se invocada pela parte interessada. O Juiz de Ofício não pode supri-la e, como a «contestação» não foi apresentada ao curso normal da audiência de conciliação e julgamento, que é única (excepcionalmente dividida em sessões), desmerece consideração».

Por derradeiro, o art. 535 do CPC, invocado pela embargante, só admite o recurso de embargos de declaração quando:

«— I — há no Acórdão obscuridade, dúvida ou contradição;

II — for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o Tribunal.»

Como se viu, o que pretende o recurso ora interposto é modificar o entendimento do Acórdão recorrido,

com recurso impróprio, pois ali não se vislumbra nenhum dos casos previstos nos itens I e II, do art. 535 do CPC, como se demonstrou.

Nada há pois a declarar.

Rejeito os embargos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO Emb. Decl. nº 5.760 — DF — Registro nº 3.300.773 — Rel.: Sr. Min. Otto Rocha. Embte.: Empresa Brasileira de Notícias — EBN. Embgo.: V. Acórdão de fl. 87. Adv.: Dr. Augusto César Alves de Souza Barreto.

Decisão: A Turma, à unanimidade, rejeitou os embargos. (Em 1-3-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Lauro Leitão votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RO Nº 5.760 — DF (Registro nº 3.300.773)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Embargante: Empresa Brasileira de Notícias — EBN

Embargada: Marlene de Souza Santos

Advogados: Augusto César A. S. Barreto e Ivanildo J. Barreto

EMENTA

Trabalhista.

Revelia. Não comparecimento do reclamado à audiência. Consideram-se verdadeiras as alegações da parte contrária. Isso decorre do não cumprimento de ônus processual, qual o de estar presente à audiência. Não há divergência entre decisão que faz aplicação da norma do artigo 843 da CLT e aquela que reconhece ao revel o direito de intervir no processo civil. Se a decisão atacada proclamou inexistir prescrição, não há divergência entre esse aresto e o apontado, que permite essa alegação, na fase recursal. Não conhecimento dos embargos, por ausência de divergência entre decisões de Turmas deste Tribunal.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recusos, por unanimidade, não conhecer dos embargos, 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 agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Marlene de Souza Santos ajuizou reclamação trabalhista contra a Empresa Brasileira de Notícias, pleiteando equiparação salarial e diferenças salariais.

A sentença de fls. 38/45, preliminarmente, decretou a revelia da empresa reclamada. No que tange ao mérito, condenou-a a pagar a diferença salarial entre o que percebia a reclamante e o salário de telefonista.

Inconformada, recorreu a EBN.

Apreciando o feito, a Egrégia 1ª Turma confirmou a r. sentença. O Acórdão ficou assim ementado:

«Reclamação Trabalhista — Admissão na forma do art. 111, do Decreto-Lei nº 200/67 — Equiparação e diferença salarial — Prescrição e revelia.

O vínculo empregatício adquirido por telefonista que exerceu tal função em caráter permanente por vários anos não fica descaracterizado pelo fato de ter sua admissão se realizado na forma prevista no art. 111, do Decreto-Lei nº 200/67, como colaboradora eventual.

A equiparação prevista no art. 461, § 1º, não faz jus a reclamante, tendo em vista a vedação contida no § 2º do mesmo dispositivo legal. Mas à diferença salarial, que com a equiparação não se confunde, ela tem direito, diante da existência, no quadro da empregadora, da função que exercia, como colaboradora.

Prescrição incorrente.

Acolhida a preliminar de revelia, caracterizada não só pela ausência do procurador da reclamada à audiência, sem justificativa convincente, bem como da própria reclamada ou preposto seu devidamente credenciado, na forma exigida pelo art. 843 e § 1º da CLT.

Recurso provido.»

Foram opostos embargos de declaração, rejeitados.

A EBN opôs embargos de divergência, forte em que a jurisprudência tem proclamado que a prescrição bienal pode ser argüida, no recurso ordinário, pelo revel. O Acórdão divergente é da lavra do eminente Ministro Carlos Velloso e foi prolatado no RO nº 2.659-RS, julgado em 17 de junho de 1977, na antiga 2ª Turma.

Além do Agravo de Instrumento nº 38.698 — SP, Relator Ministro Paulo Távora, cita inúmeras decisões da Justiça Trabalhista e deste Colendo Tribunal.

A reclamante impugnou os embargos, alegando que estes têm fins protelatórios.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Nos termos do art. 275 do Regimento Interno deste Tribunal, cabíveis os embargos de divergência, quando houver dissenso entre julgados das suas Turmas.

Os arestos apontados como divergentes são os relacionados nas fls. 180/188 destes autos. Quanto aos demais, por serem atos de Tribunais outros, impossível considerá-los.

O aresto da Segunda Turma desta Corte de Justiça relaciona-se com o problema da revelia. Cuida-se de decisão de natureza cível, prolatada em agravo de instrumento. Ali se especifica que, nos termos do art. 322 do CPC, pode o revel intervir em qualquer fase do processo, recebendo-o no estado em que se encontra. Evidente que o julgado é pertinente ao processo civil, sem qualquer referência ao processo trabalhista. Ademais, a decisão impugnada, via embargos de divergência, proclamou, apenas, que da revelia decorre a presunção de que verdadeiras são as alegações da parte contrária. A condição ficta é consecutória da revelia, não como pena imposta à reclamada, mas como simples descumprimento do ônus a ela imposto pela lei, art. 843 da CLT.

Nada existe, no particular, de divergente entre essas conclusões que se ajustam ao direito consolidado, ante a preceituação do art 322 do Código de Processo Civil, permissiva de intervenção do revel também no processo trabalhista.

O outro julgado, apontado como divergente, também não aproveita à embargante. Na fl. 180, está o aresto que erige, como argumento medular, o de que a prescrição de direitos patrimoniais pode ser argüida na fase recursal. No caso dos autos, objeto destes embargos, o que se aduz, com base no artigo 166 do Código Civil, é que a prescrição só pode ser reconhecida, se argüida pela parte interessada. A assertiva ajusta-se ao proclamado no julgado da 2ª Turma deste Tribunal, onde se diz que a alegação pode ser argüida na instância recursal. Vale dizer, a prescrição, para ser examinada pelo Tribunal, há de ser argüida pela parte in-

teressada, ou na contestação, ou nas razões do recurso. O aresto embargado não diverge desse entendimento, pois, *in casu*, a embargante não fez qualquer alusão ao problema da prescrição, quer na contestação, quer no recurso ordinário que inter pôs da decisão de primeiro grau, o que se pode verificar pelo exame das peças insitas nas fls. 32/50. Dir-se-á que, na contestação, a embargante referiu-se à prescrição. Mas, a alegação, como exposta, circunscreveu-se as férias. nada, absolutamente nada, quanto ao pedido principal, qual o referente à existência de vínculo empregatício entre o reclamante e a reclamada. E, sobre a prescrição, o Acórdão foi expresso em dizer que esta não ocorrerá, como se lê na ementa, que está na fl. 87. Ademais, entendo que, na execução do Acórdão, quanto à prescrição de parcelas referentes ao período de férias, nada impede que sejam eliminadas as alcançadas pelo prazo prescricional, firme no entendimento de que o aresto embargado repeliu a tese da prescrição, quanto ao direito de pedir o reconhecimento do vínculo empregatício da reclamante, que não é prestadora de serviços eventuais, ou mera colaboradora.

Não conheço dos embargos.

E o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ERO nº 5.760 — DF — Registro nº 3.300.773 — Relator: o Sr. Ministro Ademar Raymundo. Embargante: Empresa Brasileira de Notícias — EBN. Embargada: Marlene de Souza Santos. Advogados: Drs. Augusto César A. S. Barreto e Ivanildo J. Barreto.

Decisão: A Seção, à unanimidade, não conheceu dos embargos (Primeira Seção, em 24-8-83).

Os Srs. Ministros José Cândido, Costa Lima, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar e William Patterson votaram de acordo com o

Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre, Flaquer Scartezzini e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.994 — BA

(Registro nº 3.334.104)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Recorrente: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER

Recorrido: Aldo Neves Araújo

Advogados: Drs. Pierre Oliveira Rehem (recte.), Rubens Mário de Macedo (recco.)

EMENTA

Trabalhista. FGTS. Estabilidade. Reintegração.

I — Se o empregado, com mais de dez anos de serviço, não optou validamente pelo regime do FGTS, é forçoso reconhecer a sua estabilidade no emprego.

II — Em conseqüência, não poderia ele ser demitido sem prévio inquérito judicial, como exige a legislação trabalhista consolidada, por isso que se impõe a sua reintegração.

III — Sentença que se mantém integralmente.

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, 18 de dezembro de 1984 (Data de julgamento) — Ministro Leitão Krieger, Presidente — Ministro Costa Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: A r. sentença recorrida assim sumariou a espécie:

«Alega o reclamante que foi admitido «aos serviços do reclamado em 1-7-66, sob o regime da CLT....» seis anos depois (3-3-72), «foi-lhe exigida a opção pelo regime do FGTS», tal opção «haveria que ser manifestada em declaração escrita, anotada em sua CTPS, bem como, por não haver sido exercida nos prazos estabelecidos no § 1º do art. 1º da Lei nº 5.107/66, haveria, tal declaração, que ser obrigatória e devidamente homologada pela Justiça do Trabalho» não tendo sido atendidos «os pressupostos, requisitos e condições fixadas em lei», o regime a que se acha subordinado é o que «presidiu originalmente seu contrato de trabalho: a CLT». «E, sendo assim, é empregado estável». Conseqüentemente, só poderia ser despedido após regular inquérito

judicial, na forma que preceitua o art. 853 consolidado». Pede, por estas razões, a sua reintegração «no emprego, com direito à percepção dos salários vencidos e vincendos, aplicando-se os reajustes salariais havidos no respectivo interregno, em consequência da decretação da inexistência de nulidade **pleno jure** de opção e reconhecimento da estabilidade e decadência do prazo para ajuizamento do inquérito. Pede, também, que o seu salário fixo seja acrescido por horas extras diurnas, noturnas e adicional noturno, que habitualmente pagas (Súmulas n.º 76 e 94 do TST).

Alternativamente, pediu, caso não fosse reconhecida a estabilidade, que lhe fosse liberado o FGTS, pagos o aviso prévio, calculado com o acréscimo do valor médio das horas extras, as férias e natalinas proporcionais; diferenças de férias e natalinas pela inclusão das horas extras habituais; diferenças de recolhimento do FGTS; horas extras não pagas, ainda que realizadas pelo autor, dobradas relativas a domingos e feriados trabalhados, juros e correção monetária, uma vez que a sua despedida foi injusta.

Juntou comunicação da reclamada que o seu contrato tinha sido rescindido a partir de 1-8-79 (fl. 5), cópia da rescisão (fls. 7/8), comunicação que o pedido de revisão tinha sido indeferido (fl. 9), contra-cheques (fls. 10 a 16) e um extrato de contas do FGTS expedido pelo Banco do Brasil S.A.

Atribuiu à causa o valor de Cr\$ 50.000,00. Não houve impugnação.

Contestou o reclamado, dizendo que, tratante-se de «contrato de trabalho com autarquia federal», que goza dos privilégios de lei e tem a presunção de boa fé, não há «necessidade de homologação judicial trabalhista do termo de opção».

Dizendo mais que «ainda que fosse estável não seria necessário tal procedimento, uma vez que a lei autoriza a rutura do vínculo contratual, quando o empregado for condenado pela prática de crime a que seja cominada a pena de reclusão, sem cogitar da graduação da pena, depois de minorada em grau de revisão».

Além disto, afirmou que o reclamante cometeu «falta grave plenamente justificadora da rescisão do seu contrato de trabalho, depois de comprovada regularmente, através de sindicância anexa em cópias xerografadas, a prática de atos de improbidade».

Afirmou, outrossim, que o reclamante optou pelo regime jurídico do FGTS um ano depois da instituição da Lei n.º 5.107, de 13-9-66.

Constestou «todos os itens e parcelas do pedido por serem tais pagamentos efetivamente indevidos». Por ter sido o reclamante despedido por justa causa, disse, não faz jus a aviso prévio, liberação do FGTS, férias proporcionais, 13º salário proporcional. Não há salários retidos vincendos, nem férias a serem pagas. As horas extras efetivamente trabalhadas foram pagas. O adicional noturno era calculado de acordo com a escala de serviço, sendo devido. Os domingos, feriados e dias santificados trabalhados foram pagos.

Apresentou os documentos de fls. 32/219. Deles teve vista a parte contrária, manifestando-se às fls. 221/223.

As partes foram interrogadas (v. termo de fl. 225) e ouvidas uma testemunha pelo reclamante, e duas, pelo reclamado (v. termo citado).

Encerrada a instrução, em razões finais, as partes reiteraram os seus pedidos.

Não vingaram as tentativas de conciliação, encaminhadas nos momentos oportunos.»

Ao final, a reclamatória foi julgada procedente para, nos precisos termos do decisor, «determinar que o reclamado — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) — reintegre o reclamante — Aldo Alves de Araújo — no serviço, pagando-lhe os salários, férias, gratificação natalina, horas extras e adicional noturno, desde o momento da despedida até a efetiva reincorporação, concedendo-lhe todos os reajustes salariais havidos nesse período. Garantidos juros e correção monetária. Prazo: trinta dias».

Inconformado, interpôs o DNER o presente recurso ordinário, com as razões de fls. 244/253, nas quais basicamente renova os argumentos aduzidos na peça contestatória.

Contra-razões do recorrido, às fls. 253/261.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 268/271, opina pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de ser reconhecida como imprecendente a reclamação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Como resumo do relatório, a controvérsia se forma em torno da estabilidade do ora recorrido no emprego, que, uma vez reconhecida, infirma a sua demissão dos quadros do DNER.

A autarquia empregadora, por sua vez, sustenta ser o mesmo optante do regime do FGTS, com o que certo e irrepreensível o seu desligamento sem prévio inquérito judicial.

Importa, desse modo, perquirir sobre a validade da opção alegada pelo DNER. Estou em que a sentença

a quo bem apreciou este ponto, razão por que transcrevo a seguinte fundamentação nela expendida:

«A Lei nº 5.107, de 13-9-1966, introduziu um novo regime jurídico paralelo ao da estabilidade — o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que tem por finalidade primordial extinguir gradativamente a estabilidade do empregado no emprego.

A escolha por um desses regimes cabe, tão-somente, ao trabalhador. A preferência é dele, unicamente. Mesmo que, na prática, esta opção seja, apenas, simbólica.

No silêncio do trabalhador, o regime a ser aplicado é o consolidado. O que demonstra que o sistema do FGTS é exceção, e, porquanto, a opção deve ser expressa pressupondo forma escrita, revestida de formalidades, como anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e na ficha de registro. Formalidades estas que são exigidas pela própria lei que criou o FGTS (Lei nº 5.107/66, arts. 1º, 4; 2º).

Sobre o assunto, disse Orlando Gomes:

«A opção é declaração de vontade. Como tal, anulável por erro, dolo ou coação. Obedece a forma prescrita na lei, posto não possa ser qualificada declaração solene. A forma escrita é exigida ad probationem tantum, para facilitar e limitar a prova. Não obstante, a opção verbal é inadmissível, carecendo de valor jurídico (Questões de Direito do Trabalho. Ltr. SP, 1974, pág. 109).»

No caso sub studio, não faz prova o reclamado que o reclamante tivesse optado pelo Fundo de Garantia. Não apresentou a declaração firmada pelo empregado. Sequer há anotação na carteira profissional e na ficha de registro de empregados.

Na ficha de fls. 161/164, que trata a vida funcional do reclamante, desde a sua contratação até a sua despedida, não consta que tenha optado pelo Fundo de Garantia. Outrossim, a testemunha Osvaldo Santos Souza, Chefe do Setor de Controle Financeiro reclamado, informou «que até março de 1972 o reclamante era recibado, isto é, recebia através de recibo e após essa data passou a ser regido pela CLT, e nessa mesma data optou pelo FGTS, tendo assinado os respectivos termos» (fls. 226/227). Declaração esta que vem confirmar a alegação do reclamante de que «decorridos quase seis anos 3-3-72) de sua contratação foi-lhe exigida a opção pelo regime do FGTS (Lei nº 5.107/66, que não chegou a existir legalmente, como adiante se demonstrará» (fl. 2).

Dispõe o art. 1º, § 1º da citada lei:

«O prazo para a opção é de 365 dias, contados da vigência desta lei para os atuais empregados...»

Este prazo passou a ser contado a partir de 1-1-67, de acordo com o Regulamento do FGTS, aprovado pelo Dec. nº 59.820, de 20-12-66.

Decorrido esse prazo, a opção poderá ser exercida mas a declaração deverá ser homologada pela Justiça do Trabalho.

Explica Mozart Victor Russomano:

«Mas, embora vencido o prazo, a opção ainda é possível. Agora, porém, aumentadas as formalidades legais: não se trata de mera declaração de vontade última entre as partes do contrato; essa manifestação da vontade do trabalhador optante deverá ser obrigatoriamente homologada pela Justiça do Trabalho.» (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, ed. Konfino, 1973, 8ª ed., vol II, p. 721).

É o próprio reclamado que afirma — sem fazer qualquer prova — que o reclamante optou «depois de um ano da instituição da Lei nº 5.107, de 13-9-66». Não houve necessidade, porém, de «homologação judicial trabalhista» do termo de opção, firmada, por se tratar de contrato de trabalho com autarquia federal, que além de gozar dos privilégios da lei, não estando sujeita à jurisdição trabalhista, pois o foro é o da Justiça Federal.

Equívocou-se, no entanto, o reclamado. Não existe nenhum dispositivo legal que conceda às autarquias federais a dispensa de homologação da declaração de opção. Tal privilégio não existe. O Decreto-Lei nº 779, de 21-8-69, no seu art. 1º, inc. I, refere-se à presunção relativa de validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão, ainda que não estejam homologados.

Durante certo tempo, lavrou-se, na jurisprudência, a divergência quanto à Justiça competente para proceder a homologação da manifestação de opção pelo Fundo de Garantia. Mas a Súmula nº 17 do Tribunal Federal de Recursos consolidou o entendimento que:

«A competência para homologar opção de servidor da União, autarquias e empresas públicas federais, pelo FGTS, é do Juiz Federal.»

Diante dessa fundamentação, é forçoso que se reconheça a estabilidade do ora recorrido. Desengandamente, o DNER, a quem incumbia o ônus da prova, no particular, não logrou provar sequer a existência material da opção, quanto mais a sua validade.

Ora, como a demissão do empregado estável, de acordo com o que dispõe a legislação trabalhista consolidada, imprescinde de prévio inquérito judicial, incensurável o deferimento da reintegração pleiteada.

Sinale-se que não há falar, no escopo de arredá-la, na incompatibilidade com o empregador de que fala o art. 496, da CLT, por tratar-se este de um ente da Administração Pública.

Por outro lado, os direitos trabalhistas que foram reconhecidos, na sentença, exceção feita a horas extras e adicional noturno, resultam da reintegração do ora recorrido no emprego. Em relação àquelas parcelas, também não me afasto do entendimento agasalhado pelo MM. Juiz sentenciante, pois que a farta prova carreada para os autos torna certo fazer o recorrido jus à integração das mesmas em seu salário.

Isto posto, nego provimento ao recurso ordinário, mantendo integralmente a sentença recorrida. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.994 — BA — Registro nº 3.334.104 — Rel.: Sr. Min. Costa Leite. Recte.: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER. Recdo.: Aldo Alves Araújo. Advs.: Dr. Pierre Oliveira Rehem (recte) e Dr. Rubens Mário de Macedo (recdo).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. (Em 18-12-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau, votaram com o Relator. Ausente o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Leitão Krieger.

REMESSA EX OFFICIO Nº 89.370 — PA (Registro nº 5.612.551)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Remetente: Juízo de Direito de Vizeu/PA

Partes: Moacyr Pinheiro Ferreira e outros e União Federal

Advogados: Drs. Pedro Lima e outros e Fernando Nilson Velasco e outros

EMENTA

Competência. Ação demarcatória de imóvel confrontado com terras da União. Hipótese de usurpação de terras públicas ou simples confrontação. Interesse da União em ingressar na ação demarcatória.

Avocatória. Aplicação da regra do parágrafo único, inciso III, do artigo 475 do Código de Processo Civil. Se a União Federal alega interesse em figurar no processo, há que ser deslocado para a Justiça Federal, única competente para aferir desse interesse, mesmo que ele não venha existir (precedente nos Embargos Infringentes na Remessa Ex Officio nº 52.309/AM). Processo declarado nulo a partir da citação.

Remessa dos autos ao Juízo Federal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, decidindo a questão de ordem, determinar, pelo voto do Sr. Ministro

Relator, a juntada, por linha, da petição e documentos do advogado. Dr. Clóvis Ferro Costa, para apreciação pelo Juiz Federal, e, quanto ao mérito, também por unanimidade, anular o processo, determinando sua remessa à Justiça Federal no Estado do Pará, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro José Cândido**: Moacyr Pinheiro Ferreira promoveu ação de demarcação e divisão de terras perante o MM. Juiz de Direito da Comarca de Vizeu, no Estado do Pará, tendo por objeto uma área havida em hasta pública, com as características que especifica na inicial.

Elaborados os trabalhos periciais, foi lavrada a sentença de fl. 65 e verso, homologatória da demarcação requerida.

A União Federal ingressou neste Tribunal com um pedido de avocação dos autos, a fim de que fosse observado o duplo grau de jurisdição, alegando interesse da sua parte, por versar a lide sobre terras públicas. Tal pretensão foi acolhida, em conformidade com o r. despacho de fls. 195/198, do Exmo Sr. Ministro Aldir G. Passarinho, então Vice-Presidente no exercício da Presidência do Tribunal.

As fls. 217/219, a Procuradoria-Geral do Estado do Pará requereu o seu ingresso nos autos, oportunidade em que se posicionou de acordo com as razões da douta Subprocuradoria-Geral da República, no sentido do

provimento da remessa *ex officio*, com a conseqüente anulação do processo a partir da citação, e o seu encaminhamento à Justiça Federal do Estado do Pará.

À fl. 229, o Estado do Pará habilitou-se nos autos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 233/237, manifestou-se no sentido de que, desprezadas as razões de mérito, fosse anulada a sentença de primeiro grau e remetidos os autos à Justiça Federal, que diante das provas e demais elementos do processo dirá da competência.

Pelas razões que alinha, o Dr. Clóvis Ferro Costa requereu, fls. 266/267, vista dos autos por 15 (quinze) dias, petição essa que mandei juntar à conclusão, e, em seguida, pedi dia para julgamento.

E o relatório.

VOTO COMPLEMENTAR

O Sr. **Ministro José Cândido** (Relator): — Horas antes de iniciado o julgamento, recebi, por parte do ilustre advogado, Dr. Clóvis Ferro Costa, uma longa petição acompanhada de vários documentos sobre matéria de fato.

Passo a ler as conclusões do pedido ora apresentado aos meus eminentes pares: (lê). A matéria alusiva ao valor da causa (Lei nº 6.825/80), vale de logo, ser repelida por não ter aplicação à hipótese dos autos. Esta Egrégia Corte tem entendido, nos diferentes julgamentos de remessas *ex officio* decorrentes de advocatária, que nesses casos não se aplica a questão relativa à alçada. Considere-se que a ausência da União no feito invalida-o *ab initio*, sendo de recomençar-se pela própria citação das partes. Por outro lado, há de entender-se que a advocatária não é recurso, tal como deixa expresso o art. 496 do Código de Processo Civil.

Quanto aos demais itens da petição, porque envolvem matéria de fato, devem ser examinados em primeira instância, perante o Juiz da causa, uma vez que ao Tribunal compete, tão-só, o exame da matéria competencial.

Indefiro, portanto, as pretensões desta última invectiva de Moacyr Pinheiro Ferreira.

Defiro-lhe, entretanto, o pedido para que sua petição e documentos sejam anexados ao presente processo, por linha, e examinados pelo Juiz Federal do Pará, responsável pelo julgamento da presente causa.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Preliminarmente, examino as petições de fls. 217/19, 266/7 e 229, assinadas: a primeira, pelo ilustre Procurador-Geral do Estado do Pará, Dr. Benedito Wilfredo Monteiro, requerendo ingresso na lide, e concluindo pela anulação do processo a partir da citação; a segunda, pelo advogado de Moacyr Pinheiro Ferreira, pedindo vista dos autos pelo prazo de 15 (quinze) dias, e a terceira, pelo ITERPA — Instituto de Terras do Pará, como procurador judicial do Estado para Assuntos Fundiários.

Quanto ao primeiro requerimento, embora não expressamente definida a posição do seu ingresso nos autos, defiro-o, provisoriamente, até que sobre ele venha a pronunciar-se o doutor Juiz Federal da Seção Judiciária respectiva, a quem cumpre processar e julgar o feito.

O segundo, com pedido de vista, desacompanhado de procuração da parte, mas com alusão ao art. 37 do Código de Processo Civil, não pode ser acolhido por dois motivos: inicialmente, porque a retirada dos autos da Secretaria pelo advogado só é

possível, na forma do art. 40, inciso III, quando «lhe competir falar neles por determinação do Juiz...», o que não ocorreu na hipótese em julgamento. Depois, porque não há o que decidir em matéria de fato, senão a pronunciar-se o Tribunal exclusivamente sobre a advocatória argüida pela União, com base no parágrafo único do art. 475 do Código de Processo Civil. Diz o ilustre advogado, em abono de sua tese, que «transformada a extinta advocatória global em remessa ex officio devidamente individualizada, necessita o suplicante de manifestar-se nos autos, já que teve notícia do pedido da douta Subprocuradoria da República, acompanhado de documentos e que equivale a uma verdadeira apelação» (fl. 266). Não ocorrem as circunstâncias aqui aventadas. O despacho de fl. 214, do ilustre Presidente, desta Corte, desdobrando os processos, em razão «de sentença autônomas, com objetos distintos» não descaracteriza a advocatória. Observe-se, por outro lado, que a denominação emprestada ao processo perante o Tribunal, de Remessa ex officio, decorre de uma disposição do seu Regimento Interno, quanto à sua distribuição (veja-se o art. 237 do RI). Ademais, a advocatória não é recurso, como se pode observar do elenco do art. 496 do Código de Processo Civil.

A Subprocuradoria argüiu matéria competencial, em face do seu interesse em participar da causa, sem que os documentos que anexou possam merecer qualquer análise por parte do Tribunal quanto à matéria de fato. Ela própria, às fls. 236/7, deixa isso expresso, de modo inequívoco, ao considerar, verbis:

«Dessa forma, apesar dos longos arrazoados dos autores da ação demarcatória, a respeito do mérito, nada disso será objeto de apreciação, no momento, pelo E. Tribunal Federal de Recursos, que, na conformidade dos precedentes invoca-

dos, apenas deverá se limitar à anulação das sentenças e remessas dos autos à Justiça Federal no Estado do Pará, que, então, diante das provas e demais elementos dos autos, dirá da competência.»

Em face dessas considerações, desacolho o pedido de vista, de fls. 266/7, ainda porque o processo permaneceu na Secretaria onde podia ser examinado. O peticionário, se pretende discutir alguma matéria fática ou jurídica deve fazê-lo perante o Juiz de Primeira Instância, a quem compete julgar o processo.

Por último, defiro o pedido do ITERPA — Instituto de Terras do Pará, permitindo o seu ingresso nos autos, até que sobre ele decida o Juiz Federal responsável pelo julgamento do feito.

Quanto ao mérito, tem inteira procedência a advocatória. A matéria é semelhante à de que trata a Remessa ex officio nº 52.325-AM, julgada por esta Turma, 14-10-83, com decisão unânime, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal.

É que também na hipótese em julgamento, a União tal como procedeu em vários processos idênticos a este, depois de aludir às decisões desta Corte e do Supremo sobre a competência da Justiça Federal, assinala, verbis:

«No caso em exame, os mesmos vícios insanáveis, reconhecidos nos significativos precedentes arrolados, são detectados, pois as confrontações de fazendas demarcadas com terras devolutas e reserva indígena ficam evidenciadas nos memoriais descritivos, nos termos da audiência de instrução e julgamento e mormente no mapa da área, o que tornava imprescindível o chamamento à lide da União, da Funai e do Estado do Pará, conforme à época exigiam, entre outros, os arts. 422 e 447, do

antigo Código de Processo Civil, prescrições essas reproduzidas no diploma processual em vigor, nos arts. 950, 967, 1.105 e 1.108, este com a seguinte redação:

«A Fazenda Pública será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse».

Tais nulidades absolutas, previstas no art. 145, III e IV, do Código Civil, que podem ser alegadas por qualquer interessado e em qualquer grau de jurisdição viciam todo o processo».

Ora, é ponto pacífico nesta Corte, o de que o interesse manifestado pela União, em qualquer causa, deve ser examinado pela Justiça Federal, única para dizer de sua procedência ou não. A Súmula 61, deste Tribunal, estabelece a necessidade de que a União, a entidade autárquica ou a empresa pública ao pretender ingressar em qualquer feito, deve demonstrar legítimo interesse no seu deslinde, e isso só poderá ser feito perante o Juízo Federal. No caso dos autos, são inúmeras as decisões favoráveis à peticionária (fl. 192).

Com essas considerações, conheço da remessa e lhe dou provimento para anular o processo a partir da citação, e encaminhá-lo ao Juízo Federal da Seção Judiciária do Pará, a fim de que se pronuncie sobre o interesse manifestado pela União, e, acolhido o pedido, promova a sua instrução até final julgamento.

Atendendo ainda a seu requerimento, determino a reiteração do r. despacho de fls. 195/8, assinado pelo Ministro Aldir G. Passarinho, quando no exercício ocasional da Presidência desta Corte, na parte de Ofício assim expreso, verbis:

«... ao Sr. Desembargador Corregedor do Tribunal de Justiça do Estado do Pará solicitando a sua Excelência que determine ao Sr. Oficial do Registro de Imóveis de Vizeu que se abstenha de proceder

a quaisquer registros, matrículas ou averbações que tenham por objeto os mesmos imóveis (no caso dos autos, a Fazenda Ariraima)»

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Gueiros Leite: Meu voto também segue a mesma orientação dos eminentes Ministros, porque a Lei nº 6.825 se refere àquelas ações em que a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente. E até o momento do julgamento não se sabia se o Ministro Relator acolheria essa preliminar, para apreciar a alçada, desde logo, sendo lógico que ele não poderia, se conhecesse do processo, examinar o interesse da União, para aplicar-lhe a Lei nº 6.825.

Recebi um memorial da lavra do eminente advogado que ocupou a tribuna em primeiro lugar, em que faz queixas do apressamento do julgamento da causa, com algumas conotações em torno da publicação da pauta na imprensa oficial. Essa matéria foi, todavia, equacionada, da tribuna, pela ilustre advogada que a ocupou por último, relativamente ao teor da notícia veiculada na pauta. Identificava perfeitamente a demanda, embora referindo-se ao advogado que funcionou antes na procuração — e que não é mais — mas também se reportava a outros que, na verdade, estariam atentos ao chamamento, como de fato aconteceu.

Por fim, verifico que o ilustre advogado que pretendia vista, e conforme disse o eminente Relator, trouxe à colação uma petição com documentos examinando o mérito, queria, ou estaria com receio de não poder abranger todas essa matéria na sustentação oral. Mas, mesmo assim, ele estaria receoso de não poder fazê-lo nos seus quinze minutos regimentais.

Todavia, logo em seguida ao voto do eminente Relator foi dado saber que só examinamos aqui o problema da competência, podendo ele deduzir a sua defesa de mérito e até mesmo outras matérias formais junto ao Juízo Federal de Primeira Instância, que dirá se é competente ou não, isto é, se há interesse da União, do INCRA ou da FUNAI e, por via indireta, da União Federal. O Dr. Juiz Federal examinará com cuidado e com a ajuda do advogado, que para isso ele é advogado e exerce um munus público, no sentido de auxiliar da Justiça. Por essas razões e também como uma satisfação aos nobres advogados que aqui compareceram, cautelosos e zelosos no desempenho dos seus encargos, eu, como disse anteriormente, acompanho os eminentes Ministros, para anular o processo e determinar a ida dos autos à Justiça Federal, a fim de que, lá, o Dr. Juiz decida como achar de direito e justiça.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente, entendo como o Ministro Relator que apenas por norma do regimento é que a avocatória é distribuída como remessa. Não se deve levar em conta o valor da causa, para efeito da alçada prevista na Lei nº 6.825, porquanto em decorrência da avocatória pelo alegado interesse da União no feito, ela não foi citada. Logo, não teve oportunidade de impugnar o valor da causa.

De modo que, não é de se levar em conta a alçada da Lei nº 6.825, porque em decorrência da decisão da Turma, anulando o processo, é que a União terá oportunidade, ou não, de impugnar esse valor da causa. No mais, também estou de acordo com o voto de V. Exa., porque caberá ao Juiz de Primeira Instância e não ao Tribunal, primeiramente, dizer do interesse da União.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 89.370 — PA — Registro nº 5.612.551 — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Remte.: Juízo de Direito de Vizeu — PA. Partes: Moacyr Pinheiro Ferreira e outros e União Federal. Advs.: Drs. Pedro Lima e outros e Fernando Nilson Velasco e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, decidindo a questão de ordem, determinou, pelo voto do Sr. Ministro Relator, a juntada, por linha, da petição e documentos do advogado, Dr. Clóvis Ferro Costa, pa-

ra apreciação pelo Juiz Federal, e, quanto ao mérito, também por unanimidade, anulou o processo, determinando sua remessa à Justiça Federal no Estado do Pará, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 14-8-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente os Drs. Clóvis Ferro Costa, por Moacyr Pinheiro Ferreira e Antônia Izabel Ozório, pela União Federal (Estado do Pará). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

REMESSA EX OFFICIO Nº 93.088 — RJ

(Registro nº 2.683.342)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — RJ

Partes autoras: Thomas Medeiros e outro

Parte ré: Sindicado dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Petrópolis

Advogados: João Carlos de Guilhow Mallet e José Zacarias da Silva e outro

EMENTA

Mandado de segurança. Sindicatos. Eleição. Requisitos.

1. **É válido o pleito sindical, em primeiro escrutínio, se comparecem dois terços dos associados com capacidade para votar sendo proclamado eleito quem obtém maioria absoluta dos votos desses eleitores.**

2. **É considerado eleito, na segunda convocação, o que obtém maioria absoluta dos votos dos sócios presentes.**

3. **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, confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráfi-

cas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Trata-se de ação de mandado de segurança proposta por Thomas Medeiros e Júlio da Costa Campos, candidatos na chapa 2, contra ato do Presidente do Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Petrópolis, proclamador da eleição dos integrantes da chapa 1, sem que tivessem obtido a exigida maioria absoluta, no primeiro escrutínio.

Dizem ter havido violação do art. 531, § 1º da CLT e da Portaria Ministerial nº 3.437, de 20-12-74.

O processo teve curso regular, vindo a sentença a julgar procedente o pedido.

Os autos subiram a este Tribunal apenas em decorrência do duplo grau de jurisdição.

Aqui, no dia 25-9-84, a Dra. Iduna E. Weinert, com o aprovo do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Valim Teixeira, disse:

«O exame dos documentos acostados aos autos, bem como das informações prestadas pela autoridade coatora, não deixa dúvida sobre o acerto da decisão objeto da presente remessa *ex officio* visto que, sendo de 339 (trezentos e trinta e nove) o número de associados eleitos (fls. 21/30), a chapa nº 1, que obteve 153 (cento e cinquenta e três) votos, não alcançou a maioria exigida, em primeiro escrutínio, pelos arts. 531, § 1º, da CLT e 44, *caput*, da Portaria Ministerial nº 3.437/44, impondo-se a convocação de novas eleições. Parecer, em conclusão, pela manutenção da r. sentença de fls. 152/156». (fl. 163)

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): A sentença da Dra. Tânia de Melo Bastos Heine deu à hipótese a solução adequada. É de ver-se:

«Decide-se. A relação de votantes de fls. 21/30 apresenta 339 nomes. Foram apurados 295 votos, sendo 153 para a chapa nº 1 e 141 votos para a chapa nº 2, com 1 voto nulo, segundo a ata de apuração de fl. 125, na presença do Sr. Francisco Machado Fassano, designado pelo Procurador Regional do Trabalho da 1ª Região. Para a validade do pleito há necessidade, inicialmente, do comparecimento de 2/3 dos associados com capacidade para votar (§ 4º da letra e do art. 524 da CLT e art. 13 da Portaria nº 3.437 do Ministro do Trabalho e Previdência Social), o que ocorreu. O artigo 531 da CLT, para proclamação dos eleitos, exige maioria absoluta de votos em relação ao total dos associados eleitores, o que, também está regulado no artigo 44 da Portaria acima citada, *in verbis*: «Art. 531. Nas eleições para cargo de diretoria e do conselho fiscal serão considerados eleitos os candidatos que obtiverem maioria absoluta de votos em relação ao total dos associados eleitores. § 1º Não concorrendo à primeira convocação maioria absoluta de eleitores, ou não obtendo nenhum dos candidatos essa maioria absoluta de eleitores, ou não obtendo nenhum dos candidatos essa maioria, proceder-se-á a nova convocação para dia posterior, sendo então considerados eleitos os candidatos que obtiverem maioria dos eleitores presentes. (Condolidação das Leis do Trabalho)». «Art. 44. Finda a apuração, o presidente da mesa apurada proclamará eleitos os candidatos que obtiverem maioria absoluta de votos, em relação ao total dos associados

eleitores, quando se tratar de primeira convocação, ou os que tiverem obtido maioria simples, em eleições posteriores, e fará lavrar a ata dos trabalhos eleitorais. (Portaria Ministerial nº 3.437, de 20-12-74)». Vê-se, portanto, que em primeira convocação, só será eleita a chapa que obtiver maioria absoluta em relação ao total de associados eleitores, no caso 339, segundo a relação fornecida pelo Sindicato às fls. 21/30. Se a chapa nº 1 obteve 153 votos, não alcançou a maioria absoluta. Ocorreu, portanto, a hipótese prevista no § 1º do art. 531 da CLT, o que implica em convocação para nova eleição, quando, então, bastará a maioria simples dos eleitores presentes. É nula, portanto, a eleição, de acordo com o item III do art. 58 da Portaria nº 3.437. Quanto à alegação de erros na relação de eleitores, que incluiu nomes que não preenchiam os requisitos legais para o exercício do voto, excluindo outros que ali deveriam constar, fica prejudicada face à não-obtenção, pela chapa 1, do **quorum** necessário para se eleger. De qualquer sorte, não houve a citação nominal destas pessoas na petição inicial. Isto posto, concedo a segurança a fim de anular o resultado da eleição realizada no dia 2-2-81, determinando a realização de novo pleito, na forma do § 1º do art. 531 da CLT.» (fls. 154/156)

Apreciando matéria semelhante na AMS nº 103.390-RJ, julgada a 10-8-84, assim entendi:

«Trabalho. Eleição sindical. Quorum e maioria absoluta.

1. O **quorum** para instalação da assembléia eleitoral, em primeira convocação, é de dois terços, porém será considerado eleito quem obtiver maioria absoluta dos votos do total dos associados do Sindicato com capacidade para votar e não dos votantes presentes na assembléia.

2. Segunda convocação em que o **quorum** mínimo é de 50% dos associados. Considera-se eleito quem obtém maioria absoluta dos votantes presentes à assembléia».

Com essas breves considerações, conheço da remessa para negar-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 93.088 — RJ — Registro nº 2.683.342 — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — RJ. Partes autoras: Thomas Medeiros e outro. Parte ré: Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários de Petrópolis. Advogados: João Carlos de Guilhow Mallet e José Zacarias da Silva e outro.

Decisão: A turma, por unanimidade, confirmou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 23-10-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

REMESSA EX OFFICIO Nº 95.932 — RJ

(Registro nº 4.332.350)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Parte A: Adilson Barbosa dos Santos

Parte R: União Federal

Remetente **Ex Officio**: Juízo Federal da 1ª Vara — RJ

Advogados: Drs. José de Sá Valete e outro

EMENTA

Administrativo. Colégio Militar. Ingresso. Filho de Militar.

Sendo o impetrante neto de sangue e filho adotivo do militar, pouco importa, para fins de inscrição em concurso de admissão para o Colégio Militar, que em uma mesma pessoa se confundam as figuras do avô de sangue e do pai adotivo. Sentença que se confirma.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Carlos Thibau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Thibau Trata-se de mandado de segurança impetrado por Adilson Barbosa dos Santos, menor impúbere, representado por seu pai adotivo Onésio Barbosa dos Santos contra o Sr. Comandante do Colégio Militar do Rio de Janeiro.

Alegou que, sob o argumento de não ser filho de militar, foi impedido de inscrever-se no concurso de admissão para acesso ao Colégio Militar do Rio de Janeiro, não obstante ser neto sanguíneo do militar Onésio Barbosa dos Santos que o adotara regularmente como filho (fls. 2/4).

Houve deferimento da medida liminar (fl. 13).

Nas informações prestadas às fls. 19/21, a autoridade coatora esclareceu que, a respeito, formulara con-

sulta à Diretoria de Ensino Preparatório e Assistência do Ministério do Exército, ficando acertado com o representante do impetrante que a inscrição seria feita, mas que de toda sorte, sendo ele neto do representante, o disposto no item 3, letra b das Instruções para o referido concurso, não o ampararia.

Aduziu, ainda, que a Diretoria de Ensino Preparatório e Assistencial do Ministério do Exército já estabeleceria normas regulamentadoras, segundo as quais somente os menores com adoção plena teriam direito a participar do citado concurso, situação não abrangente ao impetrante (fls. 19/21).

O Ministério Público Federal opinou, à fl. 43vº, pela denegação da segurança.

O MM. Juiz Federal, Dr. Bento Gabriel da Costa Fontoura, às fls. 45/48, prolatou sentença confirmando a medida liminar, concedendo a segurança impetrada e recorrendo ex officio.

Entendeu S. Exa. que equipara-se o filho adotivo ao filho de sangue e não existe norma que faça a distinção pretendida pela autoridade coatora, qual seja, entre adoção plena e adoção não plena.

Vieram, os autos, a esta instância tão-somente por força do recurso do ofício, onde o douto Subprocurador-Geral da República, hoje insigne integrante desta Corte, Dr. Hélio Pinheiro da Silva, opinou pela manutenção da r. sentença a quo.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): A sentença tem a seguinte fundamentação:

«**Prima facie**, cumpre deixar assinalado que os Colégios Militares são estabelecimentos encarregados de ministrar o ensino assistencial, dentro do sistema mantido pelo Exército, devendo seguir a orientação das diretrizes emanadas da legislação federal de primeiro e segundo graus (Lei nº 6.265, de 19-11-75, art. 28) e destinando-se a proporcionar assistência educacional a filhos órfãos de militares, do sexo masculino (Decreto nº 77.919, de 25-6-76, art. 45).

Por sua vez, consoante o item 3 da Instrução para os Concursos de Admissão e de Classificação e Matrícula nos Colégios Militares (fls. 25/42), o acesso à quinta série do primeiro grau se faz através de duas modalidades de seleção dos candidatos, i. e., uma restrita aos filhos de militares ou de professores do Magistério do Exército em atividade (concurso de admissão) e a outra aberta aos filhos de civis (concurso de classificação), mas realizado apenas se as vagas não tiverem sido preenchidas pela modalidade anterior. Entretanto, nenhuma norma distingue filhos de militares por consangüinidade e filhos de militares por adoção.

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.

Ora, através de escritura pública lavrada em 29 de abril de 1974 (fls. 8/9v), após autorização do Juizado de Menores (fl. 10), o militar Onésio Barbosa dos Santos e sua esposa Elizabeth Barbosa dos Santos adotaram o ora demandante, seu neto, representado no ato pelo douto Curador de Menores, achando-se

aquela escritura averbada à margem do pertinente assento de nascimento do menor adotado (fl. 6/6v). Escanda-se que todos os atos foram praticados antes do advento do novo Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10-10-79), que, de resto, não se aplica à espécie.

O impetrante é, portanto, neto de sangue de militar e filho adotivo de militar, não importando, para fins de inscrição no precitado concurso, que em uma mesma pessoa se confundam as figuras do avô de sangue e do pai adotivo, eis que:

«A adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentes consangüíneo ou afim. Todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma **factio iuris**».

(Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1972, v. 5, pág. 202).

«O principal efeito pessoal da adoção é atribuir ao adotado a condição de filho legítimo do adotante».

(Orlando Gomes. Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense, 1968, pág. 267).

Exercitado o «judicial control» sobre o ato administrativo impugnado, evidencia-se a sua injuridicidade, porque, equiparado o filho adotivo ao filho de sangue, a inscrição não poderia resultar deneogada, máxime por não vigorar norma que faça a distinção pretendida pela ilustre autoridade impetrada, entre adoção plena e adoção não plena. Impõe-se, destarte, o deferimento do almejado **writ of mandamus**, como **lídima providência de reparadora justiça**». (fls. 46/48).

A sentença está correta e merece confirmação.

Contudo, não posso deixar sem reparo a distinção que se faz entre filhos de militares e filhos de civis para ingresso nos Colégios Militares.

Se a educação é um dever do Estado e direito de todos (art. 176 da Constituição) e se todos são iguais perante a lei (art. 153, § 1º) porque privilegiar-se os filhos dos militares possibilitando-lhes acesso preferencial aos Colégios Militares?

Com esta indagação, confirmo a sentença concessiva da segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 95.932 — RJ — Registro nº 4.332.350 — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Parte A: Adilson Barbosa dos Santos. Parte R: União Federal. Remetente *ex officio*: Juízo Federal da 1ª Vara — RJ. Advs.: Drs. José de Sá Valete e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, confirmou a sentença (Julg: Em 23-10-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Washington Bolívar votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.