
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 792 — SP
(Registro nº 3.279.537)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante
Autora: URCA S.A. — Usinas Reunidas de Cereais e Algodão
Ré: União Federal
Advogados: Drs. Luís Carlos Sigmaringa Seixas e outros

EMENTA

Ação rescisória. Erro de fato. Fundou-se a decisão rescindenda em erro de fato ao considerar, extemporâneos, embargos de devedor opostos tempestivamente. Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de abril de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Miguel Ferrante**, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Ferrante: Urca S.A. — Usinas Reunidas de Cereais e Algodão, qualificada nos autos, propõe a presente

ação rescisória contra a União Federal, alegando, em síntese e, requerendo afinal: que a suplicante opôs embargos de devedor à execução fiscal que lhe foi movida pela Fazenda Nacional, na comarca de Barretos, Estado de São Paulo; que os embargos foram julgados procedentes; que a Egrêgia 4ª Turma deste Tribunal na sua antiga composição, à apreciação da remessa necessária, acatou, preliminarmente, a arguição de nulidade dos embargos do devedor, para anular a sentença, nos termos do voto do Relator; que essa decisão transitou em julgado em 29-10-79; que, todavia, fundou-se em erro de fato e violou literais disposições da lei ao concluir que tem explícito, na hipótese, o prazo do artigo 739 do Código de Processo Civil para o oferecimento dos embargos; que aí reside o erro de fato, pois, na verdade, os embargos foram tempestivos, de vez que

iniciando-se a contagem do prazo a 4-11-76 (4ª-feira), findou-se o mesmo a 16-11-76, por isso que o décimo dia veio a ser 13-11-75, sábado, e segunda-feira seguinte, 15 de novembro, feriado nacional; que, portanto, «é proposta a presente ação rescisória, a fim de que seja rescindido o Acórdão exarado na Remessa Ex Officio n.º 53.612 — SP — condenando-se a União Federal nas despesas, custas e honorários de advogado, e restituído o valor do depósito de que trata o artigo 488, II, do Código de Processo Civil — e procedendo-se a novo julgamento da causa».

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 6-27.

A autora fez o depósito de que cuida o item II, do artigo 488 do Código de Processo Civil.

A ré contestou, às fls. 33-38, em suma sustentando que «se efetivamente tempestivos foram os embargos da executada, ora autora, esse aspecto do problema em exame só teria o condão de assegurar o simples conhecimento da oposição da demandante».

Foram requisitados os autos do processo de execução fiscal de que trata a inicial.

Razões finais da autora, às fls. 47-55 (lê:), e, às da ré, às fls. 57-59 (lê:).

Pauta sem revisão (artigo 33, item IX, do RI).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: A execução fiscal que lhe move a Fazenda Nacional, no Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Barretos, São Paulo, para cobrança de imposto de renda do exercício de 1968, a recorrente opôs embargos de devedor, julgados procedentes, em primeira instância.

Remetidos os autos, a antiga 4ª Turma deste Tribunal, acolhendo, pelo voto do Relator da matéria, Ministro Carlos Madeira, preliminar de intempestividade dos embargos, suscitada pela Subprocuradoria-Geral da República, houve por bem, sem entrar no mérito, de pronunciar-se, à unanimidade, no sentido de declarar nula a sentença, «por haver sido proferida em processo sem pressuposto para sua validade».

O erro, porém, em que incorreu, é gritante. E de tal sorte que, baixando os autos à comarca de origem, o juiz de primeiro grau, ao mandar cumprir o v. Acórdão, pediu vênua para apontá-lo, em homenagem, ressaltou, aos princípios de justiça.

Realmente, os embargos eram tempestivos.

Com efeito, intimada, a embargante, da penhora, a 3 de novembro de 1976 (uma quarta-feira), o prazo de dez dias para oferecê-los, contado a partir do dia seguinte (4 de novembro), completou-se a 13 do mesmo mês, sábado. Daí, de conformidade com a regra do § 1º do artigo 184 do Código de Processo Civil, foi prorrogado para a terça-feira da semana imediata, primeiro dia útil, de vez que na segunda-feira, 15 de novembro, feriado nacional, não houve expediente forense e, coincidiu, inclusive, com a realização das eleições municipais de 1976, como certificado nos autos.

Destarte, a decisão rescindenda fundou-se desenganadoramente, em erro de fato, erro aliás que, de tão flagrante, não foi contestado, limitando-se a ré a discorrer sobre a insustentabilidade dos embargos do devedor, em si, matéria irrelevante nesta oportunidade.

Daí porque julgo procedente a ação para rescindir o Acórdão, condenando a ré nas custas do processo e em honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor dado à causa.

Devolva-se à autora o valor do depósito.

Oportunamente, sejam redistribuídos os autos a uma das Egrégias Turmas desta Seção.

EXTRATO DA MINUTA

AR nº 792 — SP — Registro nº 3.279.537 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Autora: Urca S.A. — Usinas Reunidas de Cereais e Algodão. Ré: União Federal. Advs.: Drs.

Luís Carlos Sigmaringa Seixas e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (Em 27-4-82 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli, Pádua Ribeiro, Moacir Catunda, José Dantas, Carlos Velloso, Justino Ribeiro, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.979 — SP

(Registro nº 3.491.064)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Agravante: União Federal

Agravada: Hinemade Ind. Mecânica Ltda.

EMENTA

Processual civil e administrativo-fiscal.

Execução fiscal por crédito da União Federal contra empresa (sociedade por quotas de responsabilidade limitada).

Inexistência de bens da executada.

Pedido de citação do sócio-gerente.

Indeferimento.

Recursos; agravo de instrumento.

Voto preliminar de Relator, vencido, no sentido de conhecer do recurso como apelação.

Provimento do agravo.

Precedentes.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conhecer do agravo e, por unanimidade, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas cons-

tantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Em execução fiscal movida pela Fazenda Nacional, não sendo encontrados bens da executada (sociedade por quota de responsabilidade limitada), o ilustre Promotor da Comarca de Diadema oficiou (fl. 10/10 vº):

«Com base no artigo 592, II do CPC, c/c o artigo 135, III do CTN, requero expedição de mandado de penhora, avaliação e de registro, se for o caso, de tantos bens, livres e desembaraçados de ônus, quantos bastem para satisfação do débito principal e cominações legais, do sócio Mario Tokyo Watanabe, no endereço de fl. 12».

O douto Juiz da execução, contudo, indeferiu o pedido, «... pois os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade (RTJ nº 85/945; 82/936; 83/893), não constando dos autos que o sócio tivesse praticado qualquer ato com excesso de poderes ou infração da lei (RT nº 480/126 e 456/151)».

Contra esta decisão tirou a Fazenda Nacional, pelo Promotor de Justiça de Diadema, o presente agravo de instrumento, bem processado. Mantida a decisão, subiram os autos e o parecer é pelo provimento.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO) PRELIMINAR

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, preliminarmente, conheço do recurso como apelação, pois, ao requerer o chamamento do sócio da empresa (sociedade por quota de responsabilidade limitada) para sofrer penhora e execução, a exequente, na verdade, pedia a propositura da demanda também contra o sócio, em litiscon-sórcio passivo com a devedora.

Em outras palavras, ao inadmitir demanda contra o sócio (pois não há cogitar apenas de penhora), a decisão recorrida impede seja ele também, por sua vez, demandado, ao lado da empresa devedora, evidenciada como se acha uma das hipóteses em que a lei acentua a responsabilidade patrimonial do sócio pelo débito da empresa, razão pela qual se considera parte legítima para opor embargos de executado, tal nossa reiterada jurisprudência.

Aqueles dizeres, conquanto singelos, do douto juiz da execução constituem, portanto, sentença terminativa proferida *in limine litis*, pois o douto Juiz admitiu a execução contra a empresa; não, porém, contra o sócio, que assim se aponta como um dos réus, sem citação, sujeito, embora, a sofrer penhora de bens de sua propriedade.

Acresce ainda que, a despeito de esta decisão não encerrar o processo contra a executada originária, isto não impede se reconheça o obstáculo à instauração de processo contra o sócio-responsável. Nem mesmo cabe, afinal, argumentar com simplificação e economia processual: inadmitida a penhora dos bens do sócio por desconhecidos bens da empresa originariamente demandada, a apelação se mostra recurso perfeitamente adequado, nos mesmos autos da causa, dispensando-se a demora e despesas de formação do instrumento, como impropriamente se fez, *data venia*.

O objeto do recurso, em termos práticos, apenas reflete a real situação do processo.

Por isso, conheço do recurso como apelação.

VOTO (MÉRITO)

No mérito, dou provimento ao agravo, pelas conhecidas razões que baseiam nossos numerosos precedentes nesta matéria: AACC nºs

81.816-RJ, 4ª Turma, unânime, de que fui Relator, julgado em 28-11-83 (DJ 8-3-84) e 53.065-RJ, Relator o Senhor Ministro Armando Rollemberg, 4ª Turma, unânime (DJ de 13-8-81).

É perfeitamente claro que, eventualmente, por embargos à execução poderá o sócio defender seus direitos. O que não é possível é obstar o propósito da Fazenda, de chamar também o sócio quando não são encontrados bens da própria pessoa jurídica executada.

Para maior esclarecimento, farei juntar cópia de meu voto de Relator, proferido na AC nº 81.816-RJ (DJ de 8-3-84).

É como voto.

ANEXO

Apelação Cível nº 81.816-RJ
Registro nº 4.400.402

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, na verdade, o contrato social confere ao embargante a gerência da sociedade (fl. 9, cláusula terceira).

O fato de o embargante não apontar qualquer bem do patrimônio da devedora estabelece a presunção de que a mesma encerrou suas atividades de modo irregular, tanto mais quanto o fato poderia ser cabalmente esclarecido por meios de prova a isso adequados, de que o embargante não se utilizou.

Irrelevante se mostra, enfim, o fato de não constar o nome do embargante na certidão da dívida.

Na verdade, o embargante não é devedor, senão apenas responsável, em solidariedade com a devedora. Tal responsabilidade só se evidencia relevante a partir do momento em que não se achem bens da devedora.

Neste sentido se consolidou a jurisprudência, como se pode ver pelo julgado nas AACC nº 53.065-RJ, Relator o Senhor Ministro Armando Rollemberg, 4ª Turma, unânime. DJ

de 14-5-81 e 65.168-MG, 4ª Turma, unânime, DJ de 13-8-81, de que fui Relator; Ag nº 41.568-SP, 5ª Turma, unânime, Relator o Senhor Ministro Sebastião Reis, DJ de 26-8-82 e EAC nº 42.728-BA, Relator o Senhor Ministro Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ de 6-8-80.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, salvo quanto ao conhecimento do recurso, porque, a meu ver, o recurso cabível é mesmo agravo de instrumento. Com efeito, a decisão sobre a admissibilidade ou não dos sócios para responder pela execução não tem o condão de pôr termo ao respectivo processo, e, em decorrência disso, sendo interlocutória, o recurso adequado para atacá-la é mesmo o de agravo.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Permite-me uma ponderação, Sr. Ministro Pádua?

Não põe termo ao processo de execução contra a empresa, mas impede, no nascedouro, penso eu, o processo de execução cumulativo contra o sócio. Quer dizer, a empresa quis demandar uma pessoa, mas diante daquilo que se verificou, ela passou a pretender demandar contra duas, isso é o que penso.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: O raciocínio de V. Exa., como é de costume, tem lógica, mas o Código dá ao recurso de agravo, a meu ver, maior amplitude. Assim, as decisões que negam o chamamento de litisconsorte têm sido normalmente aceitas como agraváveis, embora não deixem de ter uma certa definitividade com relação à parte chamada a juízo. Todavia, para se indagar a respeito do cabimento do recurso de agravo, o importante é saber se o processo principal continua ou não,

e, no caso, não há dúvida que ele continua. Por isso é que, com a devida vênia, opto pelo recurso de agravo.

Em conclusão: conheço do recurso como agravo, mas dou-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Com a vênia devida ao Sr. Ministro Relator, também conheço do agravo como tal, por isso que não vejo, na decisão recorrida, as características de sentença. No mérito, acompanho S. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 43.979-SP — Registro nº 3.491.064 — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agte.: União Federal. Agda.: Hinemade Ind. Mecânica Ltda.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conheceu do agravo como tal e, no mérito, por unanimidade, deu-lhe provimento. (Em 27-6-84 — 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 44.216 — PR (Registro nº 4.427.300)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Agravante: Instituto Nacional de Reforma Agrária — INCRA

Agravados: Antônio Giacomussi e outros

Advogados: Drs. Germano de Rezende Forster, e outros e João Conceição da Silva

EMENTA

Desapropriação por interesse social.

A regra do artigo 13, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 554/69 só incide na hipótese de dúvida fundada, indiscutível, a respeito do domínio, tal não ocorrendo quando o expropriado possui título regular de propriedade, devidamente transcrito no registro imobiliário.

No processo expropriatório, a perícia constitui requisito necessário à fixação da indenização, devendo o Juiz ordenar a sua realização, posto que revel o expropriado. Cabe ao expropriante, em consequência, adiantar o salário do perito (CPC, artigo 33).

Agravo a que se nega provimento.

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 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, 31 de agosto de 1983
(Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: Nos autos de ação de desapropriação movida pelo INCRA contra Antônio Giacomussi e outros, o Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do Paraná proferiu o seguinte despacho saneador (fl. 63):

«O INCRA ingressou com esta Desapropriação por Interesse Social, contra inúmeras pessoas, conforme se vê da petição inicial. Evitando tumulto processual, ordenou meu digno antecessor o desmembramento do processo.

Entende o INCRA inexistir direito à indenização porque os títulos de propriedade do (s) expropriado (s) são nulos. Além disto, ainda que assim não fosse, o valor da indenização só poderia ser calculado com base no valor da propriedade declarado por seu titular (artigo 3º do Decreto-Lei nº 554/69).

Repilo tais argumentos. Não pode o expropriante, que apontou o expropriado como proprietário na inicial, arguir a nulidade do título de domínio. Assim já decidiu o Eg. Tribunal Federal de Recursos, por sua 4ª Turma, Ag nº 41.644, Rel.: Ministro Armando Rollemberg, aos 24-6-81. No que tange à inconstitucionalidade do artigo 11 do Decreto-Lei nº 554/69, que limita a indenização ao valor máximo declarado pelo proprietário para pagamento do ITR, já há decisão do Eg. Tribunal Federal de Recursos, conforme incidente apreciado pelo Plenário. Confira-se Ag nº 40.748 — PR, Rel.: Ministro José Dantas, aos 15-2-80. Além disto, como ensina Seabra Fagundes em Desapropriação no Direito Brasileiro, pág. 341, «a fraude fiscal, quando exista, não há de encontrar sua penalidade dentro da ação expropriatória».

Assim sendo, dou o processo por saneado. Defiro a realização de

prova pericial. Nomeio perito do Juízo Eng. Ary Moletta Demiate. Fixo seus salários provisórios em Cr\$ 50.000,00 que deverão ser depositados pelo INCRA em 30 dias. No mesmo prazo poderão as partes indicar ou confirmar assistente técnico e formular quesitos. Para a tomada de compromissos e início de perícia, designo o dia 25 de abril deste ano, às 14 horas, na Secretaria. Os laudos deverão ser apresentados em 120 dias».

Dessa decisão agravou o expropriante, aduzindo em resumo, verbis (fl. 3):

«a) não havendo lugar no Juízo expropriatório, para discutir-se questão fundada em domínio, nem qualquer emissão de juízo, nesse particular, mesmo de forma indireta, por inoportuna, cabe ao julgador apenas pronunciar-se em ação autônoma (Ag nº 42.881-PR), quanto mais quando in casu abrangendo imóvel rural, objeto desta expropriação, inserida na porção de terras devolutas federais encravada na faixa de fronteira (Leis nºs 601/1850, 4.504/1964, 4.947/1966, 2.597/1955, 6.383/1976 e 6.634/1979, cujo entendimento doutrinário está consubstanciado na Súmula nº 477 do Supremo Tribunal Federal;

b) a Autarquia Fundiária Federal, aqui representante processual da União Federal (Decreto nº 73.812/74), compreendida na expressão «Fazenda Pública», não está obrigada a antecipar despesas com a perícia quando requerida pela parte expropriada, ou mesmo quando determinado de ofício pelo Juízo da expropriação, inclusive custas processuais e as relativas aos salários do perito, ainda quando arbitradas a título provisório.

Contraminuta às fls. 73/75.

A decisão foi mantida (fl. 75v.).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Conforme anota J. Cretella Junior («Comentários às Leis de Desapropriação», 2ª ed., págs. 482/484), o artigo 34, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/41 e o artigo 13, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 554/69 só incidem na hipótese de «dúvida indiscutível», «estreme de cogitação», a respeito do domínio, tal não ocorrendo quando «milita a favor dos expropriados a presunção dominial, decorrente do título devidamente transcrito».

Por outro lado, respeitado o poder conferido ao Juiz, somente terceiros, isto é, aqueles que se pretendem proprietários da coisa exproprianda, como assinala Seabra Fagundes («Da Desapropriação no Direito Brasileiro», 1949, págs. 460/461), poderão suscitar a dúvida e impugnar o levantamento do preço.

Na espécie, os expropriados exibiram os títulos de domínio, devidamente transcritos no registro imobiliário, que o magistrado de primeiro grau reconheceu em forma regular, nos quais figura como vendedor o Banco do Estado do Paraná S.A.

A dúvida sobre o domínio, ademais, além de suscitada pelo próprio expropriante, não é séria, nem fundada, nem indiscutível.

Tais circunstâncias evidenciam a sem-razão do agravante, no particular.

Na desapropriação, a perícia constitui prova necessária, tanto que a Súmula nº 118, desta Eg. Corte, não a dispensa, ainda que revel o expropriado. Portanto, haja ou não pedido das partes, cumpre ao juiz determinar *ex officio* a sua realização, porquanto ela é que estabelece o roteiro à justa indenização. Deste modo, o expropriante é que adiantará os honorários do vistor oficial, a teor mesmo do disposto no artigo 33 do CPC. Aliás, deve-se registrar que o expropriado não deve sofrer desfalque em seu patrimônio, razão por que todas as despesas processuais hão de ficar a cargo do expropriante, inclusive o salário do assistente técnico da parte adversa (TFR, Súmula nº 69), embora pago a final.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 44.216 — PR — Registro nº 4.427.300 — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Agrte.: INCRA. Agrdos.: Antônio Giacomussi e outros. Advs.: Drs. Germano de Rezende Forster e outros, e João Conceição da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 31-8-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.006 — PE

(Registro nº 5.601.452)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Agravante: União Federal

Agravada: Mestrin Ind. e Com. de Calçados Ltda.

EMENTA

Execução fiscal. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhora em bens de sócio.

Não é dado ao Juiz indeferir, de plano, pedido do exeqüente, de penhora em bens de sócio, se não foram encontrados bens da sociedade executada. O que se torna exigível é a prova do exercício da gerência pelo sócio, como condição prévia autorizadora do ato construtivo (artigo 135, III, do CTN, c/c o artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1-9-19).

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao 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 Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Nos autos da execução fiscal intentada pela União Federal contra Mestrin Indústria e Comércio de Calçados Ltda., visando à cobrança de Cr\$ 41.158,75 a título de IPI, o MM. Juiz a quo, por despacho reproduzido à fl. 10, indeferiu pedido da exeqüente objetivando a penhora dos bens dos sócios da executada, João Ferreira de Carvalho e Dinaita Bezerra de Carvalho condicionando-o à citação dos referidos sócios, para que estes possam se defender através dos embargos.

Daí que, irresignada a exeqüente interpõe o presente agravo de instrumento, postulando a reforma desse despacho, juntando Acórdãos deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, postos no sentido da desnecessidade da inclusão na certidão de dívida das pessoas referidas no inci-

so III do artigo 135 do CTN, pelo que pode, assim, a execução incidir contra aqueles sócios.

Sem contraminuta e mantida a decisão agravada (fl. 21), subiram os autos, merecendo o recurso, nesta instância, parecer favorável por parte da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República — fls. 23/25.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): A executada, à data da elaboração da conta judicial do débito fiscal, na importância total de Cr\$ 118.452,52 (cento e dezoito mil, quatrocentos e cinquenta e dois cruzeiros e cinquenta e dois centavos), ut fl. 15, não teve localizado o seu endereço, constante da Certidão de Dívida (fl. 12).

O MM. Juiz a quo indeferiu o pedido da exeqüente no sentido de que a penhora recaísse em bens «de um dos responsáveis pela firma», cujo endereço está à fl. 17. Afirmou S. Exa., no despacho agravado (fl. 20):

«Entendendo a exeqüente, que os sócios devam figurar como responsáveis tributários, nos termos dos artigos 592, II e 568 V do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 135, I e III do Código Tributário Nacional, deve dirigir a execução fiscal contra os mesmos, promovendo a respectiva citação, a fim de que tais sócios possam defender-se, através de embargos».

A fl. 29 vº dos autos da execução, o oficial de Justiça certificou que o proprietário da empresa faleceu. Todavia, remanescem os sócios cuja citação se pretende.

Tenho proclamado nesta ilustrada Turma, em espécies semelhantes, com o apoio de meus eminentes pares, que o Juiz não deve indeferir de plano pedido de citação dos sócios, no caso de encerramento irregular das atividades sociais. Assim se decidiu, *verbi gratia*, nos Agravos nºs 43.209 e 45.886, ambos de São Paulo.

Aliás, no parecer de fls. 23/25, da douta Subprocuradoria-Geral da República, há colacionados Acórdãos

da Colenda Suprema Corte, cujas ementas leio: lê à fl. 24.

Na linha desse entendimento, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.006 — PE — Registro nº 5.601.452 — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz. Agravante: União Federal. Agravada: Mestrin Indústria e Comércio de Calçados Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 24-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.366 — RJ

(Registro nº 5.868.726)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Agravantes: Armando Rinaldi Balbi e outros

Agravado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA

Advogados: Drs. Carlos Alberto Diegas Dutra e outros (Agrte.) e Elza Caravana Guelmann e outros (Agrdo.).

EMENTA

Administrativo. Desapropriação por interesse social. Necessidade de pericia avaliatória. Inadmissível cancelamento da transcrição do imóvel expropriado.

I — Firmou-se a jurisprudência do Alto Pretório, no sentido de que «o valor da propriedade, declarado por seu titular para fins tributários, não pode configurar limite absoluto à apuração do justo montante indenizatório», sendo legítima a realização de pericia no imóvel expropriado. Inconstitucionalidade do artigo 11 do Decreto-Lei nº 554/69. (RE nº 100.040-6-RN. DJ de 14-10-83, pág. 15831).

II — «Os bens expropriados, uma vez transcritos em nome do expropriante, não poderão ser objeto de reivindicação ainda que fundada na nulidade da desapropriação.» (Decreto-Lei nº 554/69, artigo 14).

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

Custas como de lei.

Brasília, 4 de junho de 1984 — (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Geraldo Sobral**: Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Armando Rinaldi Balbi e outros contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da Quinta Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que, nos autos da desapropriação por interesse social promovida pelo INCRA, determinou a transcrição da titularidade do imóvel expropriando a favor da expropriante sem que, no entender dos recorrentes, o depósito *instituto litis* obedecesse aos critérios legais que regem a espécie.

Em suas razões de fls. 5-10; os agravantes alegam, em resumo, que

«O Decreto-Lei nº 554, de 25 de abril de 1969, que regulamenta as desapropriações por interesse social para reforma agrária, dispõe em seu artigo 4º, que o depósito *instituto litis* será efetivado de acordo com as declarações do proprietário do imóvel, no que concerne ao seu valor, ou de acordo com a avaliação efetivada pelo INCRA, na falta desta, considerado o último ano agrícola.

Ocorre, entretanto, que a autarquia agravada não procedeu como determina o dispositivo legal em questão. Ao que tudo indica, preen-

cheu os formulários em nome dos agravantes, no que tange ao valor da propriedade, e, com base no aludido valor, fez o cálculo para o depósito *instituto litis*, ensejador da imissão de posse e da transcrição do título dominial.

Em sendo impossível, para os expropriados, o preenchimento dos cadastros, no que concerne ao valor do imóvel e, em sendo também impossível para a expropriante avaliar o imóvel com base na exploração agrícola do ano anterior, em virtude de o mesmo estar ocupado por terceiros, impõe-se a avaliação judicial do mesmo, para efeito do depósito *instituto litis*.

Requerem, finalmente, a reforma da decisão recorrida, cancelando-se a transcrição ordenada e avaliando-se o bem, judicialmente, para obtenção de seu justo valor, após o que o imóvel deverá ser transcrito em nome da expropriante.

Formado o instrumento do agravo, com as peças indicadas e as obrigações, sobreveio a resposta de fls. 113-116.

Mantida a decisão agravada (fl. 129), subiram os autos a este Egrégio Tribunal, vindo-me conclusos por distribuição.

E o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Geraldo Sobral** (Relator): A colenda 2ª Turma do Alto Pretório decidiu, por unanimidade, o RE nº 100.040-6-RN, relatado pelo eminente Ministro Francisco Rezek, com ementa deste teor:

«Ementa: Desapropriação por interesse social.

I — Inconstitucionalidade do artigo 11 do Decreto-Lei nº 554-69. O valor da propriedade, declarado por seu titular para fins tributários, não pode configurar limite absoluto à apuração do justo montan-

te indenizatório. Precedentes do STF.

II — É legítima a realização de perícia no imóvel para que se apure seu justo valor» (DJ de 14-10-83, pág. 15831).

De ver-se, pois, que a avaliação judicial do imóvel, desapropriado por interesse social, impõe-se sempre e em qualquer caso, em busca do justo preço, por imperativo constitucional (artigos 153, § 22 e 161).

Neste ponto, afigura-se legítima a pretensão dos agravantes.

No tocante ao cancelamento da transcrição ordenada pelo Juízo a quo o pedido dos recorrentes encontra óbice na norma do artigo 14 do Decreto-Lei nº 554, de 25-4-69, que rege a espécie, nestes termos:

«Os bens expropriados, uma vez transcritos em nome do expropriante, não poderão ser objeto de reivindicação ainda que fundada na nulidade da desapropriação».

Inferese do texto legal supracitado que o cancelamento da transcri-

ção do imóvel, no caso, já não será possível.

Isto posto, dou provimento parcial ao agravo, para que se apure o justo valor do bem expropriado, através de competente perícia judicial.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.366 — RJ — Registro nº 5.868.726 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrtes.: Armando Rinaldi Balbi e outros. Agrdo.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-IN CRA. Advs.: Drs. Carlos Alberto Diegas Dutra e outros (Agrte.) e Elza Caravana e outros (Agrdo.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao agravo, para que se apure, via avaliação, o justo valor do imóvel desapropriado (Em 4-6-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.411 — PR

(Registro nº 5.634.725)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Agravante: Cia. Energética de São Paulo — CESP

Agravados: José Corrêa da Silva Faria e outros.

Advogados: Ruy de Vasconcellos Marcondes e outros, Jubrail Romeu Arcênio e outros.

EMENTA

Processual civil.

Desapropriação indireta.

Incidente de impugnação do valor da causa.

Decisão do Juiz singular que fixa valor, acolhendo a impugnação.

Recursos: agravo de instrumento interposto pela ré, ao fito de insistir em valor ainda maior.

Desprovemento.

O incidente: de impugnação de valor, em desapropriação, não se presta à determinação cabal do valor da indenização devida, o objeto da própria demanda: deve limitar-se, apenas, a ensejar a adequada resolução de questões concernentes ao cabimento de recurso e à competência.

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, 25 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Em ação de desapropriação indireta movida por vários proprietários contra Companhia Energética de São Paulo, impugnou esta o valor atribuído à causa, de Cr\$ 200.000,00, sustentando valor muito superior a este, em consonância com o preço mencionado na escritura pública de aquisição, devidamente corrigido, acrescido de juros compensatórios etc.

Ao decidir a impugnação, disse o ilustre Juiz Federal no Paraná (fl. 19 vº):

«Julgo procedente a impugnação ao valor da causa feita pela CESP, pois, efetivamente, o que foi dado não corresponde à realidade. Assim sendo, valho-me do documento de fl. 150 dos autos principais, cuja juntada nestes autos determinei, oriundo do INCRA, para, com base no artigo 259, I do CPC, fixar o va-

lor da causa em Cr\$ 2.265.315,00. Intimem-se os impugnados para recolher a diferença em 30 dias».

Contra essa decisão, a ré (CESP) interpôs o presente agravo de instrumento, reiterando o teor de sua impugnação.

Mantida a decisão, por seus próprios fundamentos; e, assim, regularmente processados, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, meu voto é para negar provimento ao recurso.

De fato, a correção do valor da causa foi efetuada de modo satisfatório, tanto mais quanto não há alternativa melhor que a adotada. Para se obter correção, cabal como pretende a agravante, seria necessário converter o incidente de impugnação de valor na própria causa principal...

Desde que a determinação do valor do bem expropriado é objeto principal da desapropriação indireta, segue-se que o incidente de impugnação de valor há de se restringir, apenas, a permitir a maior aproximação possível da realidade, de modo a permitir satisfatória resolução das questões sobre competência, alçada, admissibilidade de recursos etc. O mais, há de ficar para a sentença.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.411 — PR — Registro nº 5.634.725 — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Agravante: Cia. Energética de São Paulo — CESP. Agravados: José Corrêa da Silva Faria e outros. Advogados: Drs. Rui de Vasconcellos Marcondes e outros, Jubraíl Romeu Arcênio e outros.

Decisão: Negou-se provimento ao agravo, unanimemente (Em 25-6-84 — 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 45.497 — RS
(Registro nº 6.012.590)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Agravante: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Agravados: Sidy Corso e outros

Advogados: Drs. Ernesto Cros Valdez Júnior, Milton José Munhoz Carmago e outro

EMENTA

Agravo de instrumento. Medida cautelar concedida liminarmente. Ação cautelar no Processo Trabalhista. Parcelas da insalubridade retidas por universidade federal.

Injustificável a medida liminar concedida sem audiência da outra parte, se se trata de impedir o congelamento de parte do valor da parcela de salubridade feito por universidade federal. Os requisitos essenciais para a medida cautelar inexistem na hipótese dos autos, pela inocorrência de dano potencial que poria em risco a ação principal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao 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, 11 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro

Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Em ação cautelar inominada foi deferida liminar aos autores, todos professores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que sofrem alteração no cálculo do adicional de insalubridade, antes incidente sobre os salários mensalmente auferidos e ora calculado sobre o salário mínimo. Além dessa alteração altamente prejudicial, ao que alegam, a Universi-

dade passou a descontar dos seus ganhos os valores que pagará até a data da denunciada mudança.

A liminar foi deferida para o só efeito de sustar os descontos salariais.

A alegação maior do agravo é no sentido de que a pretensão dos autores não se confundirá com a futura ação principal, de par com inexistir *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Contraminuta às fls. 46/47.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A hipótese dos autos é a da medida cautelar inominada, admitida pelo artigo 798 do Código de Processo Civil, ao considerar que «Além dos procedimentos cautelares específicos», poderá «o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação».

Aí está contemplado o instituto, que se apóia nos pilares do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. São eles os requisitos específicos, sem os quais a medida cautelar não deve ser concedida. O primeiro envolve o chamado dano potencial, expresso na possibilidade real de não justificar a causa principal, em razão do perigo que corre o bem jurídico perseguido de não ser atingido, em face do seu perecimento; o outro se refere à tutela do processo.

Já se vê, pelo conceito dessa medida excepcional, que ela não se aplica à hipótese da Reclamatória Trabalhista proposta contra a Universidade pelos agravados, envolvendo matéria sobre o congelamento da parte

do valor anteriormente pago por insalubridade.

Ora, a ação cautelar não visa, no que é lamentável para os nossos dias, evitar os eventuais «prejuízos irreparáveis ao orçamento familiar de cada um dos autores» (fl. 25), mas teria de ser admitida se tentasse impedir, que vencida a causa principal, não estivesse o réu com capacidade de ressarcir os danos ocasionados à parte contrária. Essa hipótese é absolutamente inexistente. A UFRS, a despeito da crise que atinge as autarquias educacionais brasileiras, ainda terá capacidade financeira de, em qualquer tempo, repor o dinheiro dos ilustres professores com os quais trava a demanda trabalhista. Se a proteção material do *fumus boni iuris* se volta contra a possível ameaça de inviabilidade da reposição das diferenças salariais aos reclamantes, não existindo ela, não se há de admitir a medida cautelar, muito menos deferida liminarmente, sem ouvir o réu, quando é certo que a Universidade não poderia torná-la ineficaz.

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

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 45.497 — RS — Registro nº 6.012.590 — Relator: O Sr. Ministro José Cândido. Agrte.: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Agravados.: Sidy Corso e outros. Advts.: Drs. Ernesto Cros Valdez Júnior, Milton José Munhoz Camargo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em, 11-9-84 — 2ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.811 — SP
(Registro nº 6.112.196)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Agravante: IAPAS

Agravado: Master Restaurantes Industriais Ltda.

Advogado: Dr. Horácio Perdiz Pinheiro

EMENTA

Execução. Pedido de informação sobre a existência de bens e o paradeiro do executado.

Tem o exeqüente o direito de obter, através de ofício do Juízo à repartição fazendária competente, informações que lhe possibilitem a indicação de bens do executado sobre os quais possa recair a penhora (parágrafo único do artigo 198 do CTN — artigo 54 da Lei nº 3.470/58 — CPC, artigo nº 599, II, e 600, I e IV).

Agravo 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 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, 24 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Com o propósito de instruir a execução fiscal que ajuizou contra «Master Restaurantes Industriais Ltda.,» o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social requereu ao MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Cubatão, a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal, para que esta fornecesse cópia da última declaração de bens apresentada pelos sócios da executada, Apinagás Martins Lima e Ana Miranda Lima.

O MM. Juiz a quo, ao argumento de que tal incumbência é da parte, indeferiu o pedido — fl. 7.

Daí o presente agravo de instrumento interposto pelo exeqüente, pretendendo a reforma dessa decisão, à consideração de que aquele órgão determinou, por força do Decreto nº 85.450/80 e Portaria nº 494/83, do Secretário da Receita Federal, somente fossem fornecidas cópias de tais declarações, por solicitação do Juiz.

Sem contraminuta, mantida a decisão recorrida (fl. 10), subiram os autos.

Nesta instância, não se pronunciou a douta Subprocuradoria-Geral da República (artigo 63, § 2º do RI).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Quando exerci funções judicantes em primeira instância, sempre deferi pretensões idênticas a que postula o agravante, em face da negativa da autoridade fazendária, como a que se encontra à fl. 9. Leio o respectivo teor: lê.

No Ag nº 44.683, julgado por esta ilustrada Turma, como relator ementei o Acórdão, in verbis:

«Execução. Pedido de Informação sobre a existência de bens e o paradeiro do executado.

Tem o exequente o direito de obter, através de ofício do Juízo à repartição fazendária competente, informações que lhe possibilitem a indicação de bens do executado sobre os quais possa recair a penhora (parágrafo único do artigo 198 do CTN — artigo 54 da Lei nº 3.470/58 — CPC, artigo 599, II, e 600, I e IV).

Agravo provido» (DJ de 5-4-84).

Por manter esse entendimento, dou provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 45.811 — SP — Registro nº 6.112.196 — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz. Agrte.: IAPAS. Agrdo.: Master Restaurantes Industriais Ltda. Adv.: Dr. Horácio Perdiz Pinheiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 24-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.484 — MG

(Registro nº 3.038.645)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Apelante: Companhia Siderúrgica Mannesmann

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Jefferson de Aguiar e outro e José Augusto Filho

EMENTA

Anulatória de débito. Imposto de consumo. Manutenção do crédito de matérias-primas referente a produtos vendidos a entidades isentas. O direito a manutenção do crédito só opera a partir da vigência do Decreto nº 57.617/66, quando se tratar de produtos vendidos à ELETROBRÁS e aos concessionários de serviço público de eletricidade, enquanto, no caso de produtos vendidos a outras entidades isentas só o será a partir do Decreto-Lei nº 34, de 1966 — Sentença que se mantém. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1981 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Miguel Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, hoje ilustre membro desta

Corte, Ministro Sebastião Alves dos Reis, assim relatou a espécie, às fls. 38/41:

«Trata-se de ação ordinária que a Companhia Siderúrgica Mannesmann, qualificada na inicial, propõe contra a Fazenda Federal.

Em síntese, alega a autora: que em 5-9-66 (Processo nº 30.766/66 — DRRI-MG), a autora consultou ao órgão fazendário de primeira instância se estava certo o seu entendimento, segundo o qual, quando da venda de produtos tributados a empresas que gozam de isenção de imposto de consumo, hoje Imposto sobre Produtos Industrializados, não estava obrigada a estornar o critério relativo às matérias-primas e aos produtos intermediários empregados na industrialização dos aludidos produtos; que daí que decorreu a decisão administrativa, no sentido de que o procedimento da suplicante estava correto, porém a partir da vigência do Decreto nº 57.617, de 7-1-66; que em face da restrição dada ao alcance do seu entendimento, a consulente formulou recurso para a instância superior, e esta, apreciando o recurso voluntário e *ex officio*, interpostos, negou provimento ao primeiro apelo e deu provimento ao segundo, para declarar que a manutenção do crédito do imposto relativo às matérias-primas e produtos intermediários utilizados na industrialização ou reacondicionamento dos produtos vendidos à ELETROBRAS e aos concessionários de serviço público de energia elétrica pode ser efetiva, a partir da vigência do Decreto nº 57.617/66, enquanto, no caso de produtos vendidos a outras entidades isentas, só o serão, a partir do Decreto-Lei nº 34, de 18-11-66, (fls. 13/4); que ocorre, no entanto, que a decisão administrativa não pode prevalecer, à luz da sistemática da Lei nº 4.502, de 30-11-64, de cujos princípios não

podem desviar as regras do § 2º do artigo 29 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 56.791, de 26-8-65 e 156 § 1º do Decreto nº 56.617, de 7-1-66, revigorado pela alteração 8ª do Decreto-Lei nº 34, de 18-11-66; que nessa ordem de idéias sustenta que há distinguir entre produtos isentos — compreendidos na Tabela anexa à Lei nº 4.502/64, mas excluídos da tributação por força de dispositivos nela inseridos, e produtos tributados na Tabela referida e isentos por força de outras leis, a regra de exclusão do sistema de estorno na escrita fiscal só se aplica ao primeiro grupo — isentos na forma da Lei nº 4.502/64, não se estendendo ao segundo grupo — produtos tributados — na tabela mencionada e isentos, por força de outras leis; que na controvérsia, a distinção é fundamental, não podendo ser desconhecida pelo intérprete, ao fixar o alcance do § 2º do artigo 29 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 56.791/65, condicionado à sistemática e aos princípios da Lei nº 4.502/64 os produtos que integram a linha normal de fabricação da autora são tributados porque estão compreendidos na tabela que acompanha a Lei nº 4.502/64 e não foram excluídos da tributação por nenhum dispositivo do citado diploma legal, e, assim, não podem os mesmos, à luz daquela lei, ser tratados como produtos isentos e não tributados; que admitida essa distinção, a regra do § 2º do artigo 29 mencionado não alcança a hipótese de produtos tributados pela Lei nº 4.502/64 e isentos por leis posteriores, como ocorre precisamente *in specie*, que as restrições com que foi recebida a consulta — direito à manutenção do crédito, apenas, quanto às vendas à ELETROBRAS e concessionários de serviços de energia elétrica, a partir da vigência do Decreto nº 57.617/66 e no relativo a produtos vendidos a outras

entidades isentas, só a contar do Decreto-Lei nº 34/66 — contrariam a Lei nº 4.502/64 que assegura o direito respectivo; finalmente, o tratamento diferente, no tempo, entre os produtos vendidos à ELETROBRÁS e concessionários de energia elétrica, de um lado, e a outras empresas que gozam de isenção subjetiva, têm implicações econômicas que geram prejuízo para a solicitante.

As fls. 38/41, foi a ação julgada improcedente, a autora condenada nas custas e honorários advocatícios à base de 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, apelou a autora, com as razões de fls. 45/48 (lê:).

Contra-razões, às fls. 50/51.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 63/65, opina pelo improvimento do recurso.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: A sentença, da lavra do ilustre Juiz Federal e hoje membro desta Corte de Justiça, Ministro Sebastião Reis, merece mantida a teor de sua fundamentação, a seguir transcrita, que adoto:

«Conforme ressei da controvérsia ora agitada nos autos, discute-se o direito da autora à manutenção do crédito do imposto relativo a matérias-primas e produtos intermediários, utilizados na industrialização ou acondicionamento de produtos tributados, vendidos à pessoa natural ou jurídica que goze de isenção, na qualidade de adquirente.

A solicitante sustenta nuclearmente que a hipótese foge à disci-

plina do § 2º do artigo 29 do Regulamento respectivo de 1965 que só prevê o estorno do crédito no caso de os produtos finais serem isentos ou não tributados, como tais definidos ou resultantes da Lei nº 4.502/64, sem alcançar as situações pessoais deferidas em outras leis, em que o produto, em si, é tributado, nos círculos daquele diploma legal; a solicitante arguiu a tese adversa, opondo que a distinção preconizada é meramente sutil, contrariando os propósitos da regra regulamentar e dos princípios gerais de hermenêutica fiscal.

No caso concreto, foi formulada consulta prévia à administração fiscal, como se vê do apenso, tendo ali, em instância final, ficado assente que o direito à manutenção do crédito só opera a partir da vigência do Decreto nº 57.617/66, quando se tratar de produtos vendidos à ELETROBRÁS e aos concessionários de serviço público de eletricidade, e que no relativo a vendas a outras entidades isentas, a contar do Decreto-Lei nº 34, de 16-1-66 (fl. 14), restrição contra a qual se insurge a autora reivindicando a regalia, desde a Lei nº 4.502/64.

A ação foi proposta sob o rótulo de anulatória de débito fiscal e, sob este título, parece-me *data venia* inviável, pois, não houve, ainda, a ação fiscal correspondente, com levantamento e fixação do quantum da dívida; no entanto, emerge da inicial, indubitavelmente, o propósito da autora no sentido de que seja declarado, em seu favor, o direito ali posto, com a consequente anulação da decisão administrativa a esse respeito, termos em que o debate foi aceito na contestação, e dentro nesse alcance, também, admito o pedido.

Equacionada, assim, a matéria em debate, passemos à fixação dos pressupostos jurídicos da contro-

vêrsia à luz da legislação pertinente, **in verbis**:

«Art. 25.

Para efeito do recolhimento, na forma do artigo 27, será deduzido do valor resultante do cálculo.

I — o imposto relativo às matérias-primas, produtos intermediários e embalagens, adquiridos ou recebidos para empregos na industrialização e no acondicionamento dos produtos tributados.

Art. 27.

§ 1º Será excluído do crédito o imposto relativo às matérias-primas, produtos intermediários e embalagens que forem objeto de revenda, ou que forem empregados na industrialização ou no acondicionamento de produtos isentos e não tributários» (Lei nº 4.502, de 30-11-64).

Os preceitos legais acima foram trasladados para os artigos 25, I e 29 § 3º do Regulamento respectivo, baixado com o Decreto nº 56.791, de 26-8-65.

Os textos acima transcritos consagram o princípio da não-cumulatividade do tributo, adotado posteriormente no artigo 49 do Código Tributário Nacional regra hoje de **status** constitucional (artigo 21 § 3º); o princípio está previsto genericamente na Lei Magna, havendo o Código Tributário Nacional, no seu artigo 49, remetido o tratamento da matéria ao legislador ordinário, ou que desloca **in casu** o exame da controvérsia para a Lei nº 4.502/64.

Infere-se dos textos reproduzidos, que o diploma legal em causa se filiou ao chamado sistema do crédito físico, sem a extensão do denominado crédito financeiro, hoje vigente na França; de outro lado, extrai-se que o legislador ordinário restringiu o direito de crédito às hipóteses de produtos finais tributados, excluindo as situações de

isentos ou não tributados, restrições válidas, em face de generalidade da regra constitucional e da redação do artigo 49 da Lei nº 5.172/66.

No caso dos autos, os produtos vendidos pela autora estão tributados, segundo a pauta da Lei nº 4.502/64, mas estão desonerados do imposto, em razão de isenções pessoais deferidas em outras leis; o argumento central da autora é o de que a regra do artigo 27, § 1º da lei mencionada não se aplica à hipótese, que se relaciona com produtos subjetivamente isentos, quando o seu alcance se restringe aos produtos objetivamente isentos e, nessa ordem de idéias, a espécie estaria sob a regência da regra geral do artigo 25, item I. **Data venia** entendo que a distinção levantada pela suplicante, para os efeitos da matéria em debate, não encontra suporte na Lei nº 4.502/64, que, no § 1º do seu artigo 27, alude a produtos isentos «tout court», em distinguir entre isenções reais e pessoais; pretendesse fazê-lo, tê-lo-ia feito em termos explícitos; aliás, no seu sistema, as isenções subjetivas nela contempladas estão restritas às mercadorias produzidas ou importadas pelas beneficiárias, para uso próprio, como se vê dos artigos 7º, 8º e § 3º; as implicações no preço opostas à fl. 10 são válidas no plano econômico e consideráveis, **de lege ferenda**, segundo veio a acontecer com o Decreto-Lei nº 34/60, recebendo esse princípio, como **jus novum** na sua alteração^{8ª}.

Por toda as premissas e conclusões ora assentadas, nos termos em que foi proposta a controvérsia pelas partes, prevalece a decisão administrativa de segunda instância, por não infirmada pelas razões da inicial; a generalização do princípio colhido no artigo 156 § 1º do Decreto nº 56.617, dada pela repartição de primeira instância

parece-me transbordar dos objetivos daquele Regulamento, filiado à Lei nº 4.675, de 16-6-65, pertinente, apenas, à ELETROBRÁS e empresas concessionárias de energia elétrica, afigurando-se-me que a uniformidade de tratamento só veio a ocorrer com o Decreto-Lei nº 34/66».

Nego, pois, provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 30.484 — MG — Registro nº 3.038.645 — Rel.: O Sr. Ministro Mi-

guel Ferrante. Apte.: Cia. Siderúrgica Mannesmann. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Jefferson de Aguiar e outro e João Augusto Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. Em 29-6-81 — 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 35.013 — SP

(Registro nº 213.063)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Apelante: Companhia Mercantil e Industrial Arapuã

Apelado: Instituto Nacional da Previdência Social

Advogados: Dr. José Eduardo Gomes Pereira (Apte.), Dr. Arlindo Dominimo Malheiro Cardoso de Mello (Apdo.).

EMENTA

Processual civil. Ação declaratória negativa e ação anulatória de débito fiscal.

I — A ação declaratória negativa distingue-se da ação anulatória de débito fiscal, pois aquela tem cabimento antes do lançamento, enquanto que esta pressupõe o lançamento e tem por objeto anulá-lo. Todavia, em tal caso, o cabimento da ação anulatória não exclui a possibilidade de ajuizamento de declaratória negativa. No caso, a declaratória negativa, de que a autora foi julgada carecedora, era cabível, pois, atuada, recolhera as contribuições questionadas; visava, pois, com a declaratória, a certeza jurídica quanto a inexistência da relação jurídica tributária controvertida, possivelmente visando a futura ação de repetição do indébito fiscal.

II — Apelação provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo, na forma

do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente — Ministro Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Companhia Mercantil e Industrial Arapuã propôs contra o Instituto Nacional de Previdência Social ação ordinária declaratória, objetivando fosse declarado que não estava obrigada a recolher contribuições previdenciárias sobre honorários pagos a advogados por serviços prestados, como autônomos, no período de junho de 1965 a janeiro de 1968 e de fevereiro de 1968 a outubro de 1969.

O ilustre Ministro Miguel Ferrante, então Juiz Federal em São Paulo, julgou a autora carecedora da ação por ser a ação declaratória via inadequada para o exame de tal pretensão, assim argumentando (fl. 115):

«Pretende a autora seja declarado por sentença que não estava obrigada a recolher aos cofres do réu — Instituto Nacional da Previdência Social — as contribuições previdenciárias sobre honorários pagos a advogados que lhe prestaram serviços profissionais no período de junho de 1965 a janeiro de 1968 e de fevereiro de 1968 a outubro de 1969. O exame da questão evidencia, porém, que é inadequada a via processual escolhida à prestação jurisdicional, visto como a ação declaratória é especialmente destinada a obter por sentença desprovida de execução a declaração da existência de um direito ou de uma relação jurídica ou da falsidade ou autenticidade de documento, para que se evite qualquer ação petitória. O próprio Código a conceitua: é a que compete, em geral, a quem, por lei ou por convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo. Corresponde ao antigo preceito cominatório, a que se refere a Ord. Liv. 3º, Tit. 76, § 5º, que, entre nós, se chamava de embargos de primeira, como lembra o magistério

de Augusto Teixeira de Freitas, na Nota 957, ao § IV, nº XVIII, das «Primeiras Linhas sobre o Processo Civil», de J.J. Pereira de Souza (pág. 447). Ora, no caso, como bem salienta o réu, o que pretende a autora é modificar interpretação da legislação atinente ao assunto que focaliza, de modo a habilitar-se à repetição do possível indébito. **Ex positis**, considerando o mais que dos autos consta, julgo o autor carecedor da ação, condenando-o nas custas do processo e em honorários advocatícios que arbitro em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa. Esta a sentença que profiro e dou por publicada nesta audiência, com intimação das partes. Registre-se».

A essa sentença, a autora opôs embargos declaratórios (fls. 117/118), pleiteando fosse suprida omissão da sentença, relativamente ao exame do mérito.

O MM. Juiz Federal a quo rejeitou os embargos aduzindo que o «mérito da causa não foi objeto de exame» ademais, «dando-se pela carência da ação, o exame do mérito, seria uma inconseqüência».

Apelou a autora (fls. 121/125). Argumenta, em síntese que «não obstante ter sido a presente ação designada por «declaratória» na petição inicial, tem ela também aspecto de uma «anulatória», pois que existe depósito em dinheiro para garantir a instância».

Contra-arrazoado o recurso (fl. 126/v.), subiram os autos e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 130/131) manifestou-se pelo seu desprovemento.

Os autos vieram-me distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): O cabimento de ação declaratória negativa, em tema de débito fiscal, foi objeto de muita controvérsia. Todavia, cremos que, em face da melhor doutrina e segundo a jurisprudência hoje predominante, não há mais porque duvidar da sua adequação para se obter declaração de certeza acerca da existência ou inexistência de relação jurídica tributária (Ver Celso Agrícola Barbi, «Ação Declaratória principal e incidente», págs. 104/107, Forense, 4ª edição, 1976).

A propósito do assunto, dentre outros casos, decidiu o Excelso Pretório no RE nº 91.207-ES, Relator o ilustre Ministro Moreira Alves, na consonância da seguinte ementa (RTJ 94/882):

«Ação declaratória.

É cabível quando a pretensão do autor é de que se declare que de certo fato não resulta relação jurídica tributária entre ele e o Município. Visa-se, aí, a declaração de inexistência de relação jurídica.

Recurso extraordinário conhecido e provido».

Cabe salientar que se deve distinguir entre a ação declaratória negativa e a ação anulatória de débito fiscal, pois «aquela tem cabimento antes do lançamento, ao passo que esta última pressupõe o lançamento e tem por escopo anulá-lo» (Ver Aruda Alvim, Direito Processual Civil, Vol-II, pág. 349, ed. Rev. dos Trib. 1972). No ponto, parece-me que não assiste razão a Celso Barbi, que, na obra já citada, afirma que (pág. 106) «a ação anulatória de débito fiscal nada mais é do que uma ação declaratória negativa, em que se pre-

tende o reconhecimento da inexistência de uma dívida fiscal». Penso que não é bem assim. Ação anulatória, ao contrário da meramente declaratória, é constitutiva: pressupõe a existência de crédito tributário, constituído pelo lançamento, ao qual visa desconstituir, anulando-o.

Feita essa distinção, afigura-se-me, porém, que o fato de ser cabível a anulatória não exclui a declaratória negativa, por não ser esta, no caso, incompatível com aquela. Com efeito, na ação constitutiva, pede-se uma «declaração», acrescida de um **quid**, consistente na definição de uma nova situação jurídica. Nada obsta, por isso, que o contribuinte se contente, apenas, com a certeza jurídica advinda de declaração pleiteada. Nesse caso, embora o lançamento não seja atingido diretamente, sê-lo-á, na via oblíqua, na hipótese de procedência da demanda declaratória negativa.

Acentuo que o precedente do Supremo Tribunal, antes citado, refere-se a hipótese análoga à versada nestes autos: tratava-se de ação declaratória, visando à declaração de inexistência de débito fiscal constante do auto de infração (RTJ 94/883). Portanto, o crédito já se encontrava constituído pelo lançamento.

Acresce, ainda, que, na espécie, a declaratória negativa foi precedida de prévio recolhimento das importâncias questionadas (fls. 13/43). Daí o legítimo interesse da autora de ver declarada a inexistência da relação jurídica controvertida, possivelmente objetivando futura ação de repetição do indébito tributário.

Isto posto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença, afastar a carência da ação e determinar, em consequência que outra

se profira, a fim de que se examine o mérito da controvérsia.

lindo Domínimo Malheiro Cardoso de Mello (Apdo).

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 35.013 — SP — Registro nº 213.063 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Apelante: Companhia Mercantil e Industrial Arapuã. Apelado.: Instituto Nacional de Previdência Social. Advogados.: Dr. José Eduardo Gomes Pereira (Apte) e Dr. Ar-

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 17-10-84 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 36.007 — SP (Registro nº 0.000.213)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Remetente **Ex Officio**: Juiz Federal da 1ª Vara — SP

Apelantes: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRÁS e Prefeitura Municipal de Santa Isabel

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Cícero Warne, Edgard Neves da Silva, Célio Silva, Marialda Gonçalves Menezes Batista e Jarbas Ubyratan Rego do Couto

EMENTA

Tributário. Empréstimo compulsório. ELETROBRÁS. Arrecadação pelo município. Multa.

Recolhimento de empréstimo compulsório, à ordem da ELETROBRÁS, pelo município que, então na qualidade de distribuidor de energia elétrica, arrecadava dos consumidores locais. Prestação ex lege, imposta pela União, a quem cabe explorar — diretamente ou mediante a concessão ou autorização — os serviços de energia elétrica, bem como legislar sobre essa matéria. Legalidade da multa imposta ao município, pelo atraso no recolhimento do tributo, observado o disposto no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.512/76, c/c o artigo 106, II, letra c do CTN. Improvimento do apelo do município; provimento do recurso da ELETROBRÁS.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar a preliminar de intempestividade da apelação da Prefeitura Municipal de Santa Isabel, e de

méritos, negar provimento ao recurso da mesma e prover o da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRÁS, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

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

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Pedro Acioli**: Adoto o relatório da lavra do eminente Ministro **Oscar Corrêa Pina**:

Fls. 225/230 (lê).

ANEXO

Apelação Cível Nº 36.007
São Paulo

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Oscar Corrêa Pina**:

1. O Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, na Seção Judiciária do Estado de São Paulo, em sentença de 27 de fevereiro de 1973, fls. 185/189, assim relatou e decidiu a controvérsia:

.....
«Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRAS propôs esta ação contra a Prefeitura Municipal de Santa Isabel alegando que a ré, concessionária distribuidora de energia elétrica, estava obrigada a recolher, em favor da autora, depois de arrecadado, à ordem da autora, nos primeiros vinte dias do mês subsequente da expedição da conta, o denominado empréstimo compulsório criado regularmente por lei. Esclarece a autora que a ré, muito ao contrário, não recolheu aos cofres do Banco do Brasil à ordem da autora as quantias relativas ao empréstimo compulsório já mencionado e que por esta razão deve ser obrigada não só ao recolhimento dos empréstimos compulsórios devidos como das multas decorrentes do recolhimento fora do prazo legal aludido. Em consequência pediu que a presente ação fosse julgada procedente e que a ré fosse condenada ao pagamento das

quantias referidas nos itens I, II, III, IV, V, VI e VII, da inicial. A ré foi citada e contestou a ação às fls. 43/52 para dizer que a ação é de ser julgada improcedente, em primeiro lugar porque não houve qualquer irregularidade nos recolhimentos por ela efetuados e em segundo porque, com relação aos meses de março, abril e maio de 1966, os pagamentos haviam sido efetuados regularmente consoante comprovantes que se encontram como documentos da ré nºs 2, 3 e 4. Diz também a contestante que relativamente aos meses de outubro de 1967 a dezembro de 1968, que os recolhimentos foram rigorosamente feitos, acentuando também, a respeito do pedido de cobrança de débitos vincendos e multas correspondentes, seria incabível a pretensão da autora porque, se não houve a arrecadação, não pode haver recolhimento e não havendo vencimento não pode haver cobrança. Continua a Prefeitura Municipal de Santa Isabel para dizer que a multa de cem por cento não tem sentido no caso dos autos sobretudo porque a autora ao pretender a cobrança da mesma passados alguns anos é que pretendeu cobrar o que é indevido pela Prefeitura. Por tais fundamentos, alegando ainda que não houve dolo ou fraude por parte da ré, pediu que a ação fosse julgada improcedente, condenada a autora ao pagamento das custas e dos honorários de advogado. Em reconvenção alega a ré, então reconvinte, que a autora, ora reconvinda, pede o pagamento de débito proveniente do recolhimento de importâncias já pagas e que, em consequência, de aplicar-se o dispositivo do artigo 1.531 do Código Civil, porque ao credor é defeso de mandar por dívida já paga. Por estas razões, pede que a reconvinda seja condenada a pagar a indenização prevista no artigo 1.531 do Código Civil, a impor-

tância que a reconvinde pagou-lhe indevidamente e referente ao empréstimo compulsório calculado sobre contas de luz não arrecadadas, juros de mora, custas em décuplo e honorários de advogado. A reconvinde manifestou-se sobre a reconvenção às fls. 71/73, para dizer que o réu só poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido e que a reconvenção será formulada com a contestação, o que não acontece no caso dos autos. Por outro lado, entende a reconvinde que a reconvenção é de ser julgada improcedente porque as razões invocadas pela reconvinde não tem apoio nem na lei, nem nos fatos e que a respeito da indigitada cobrança ela, reconvinde, dirigiu-se à reconvinde para esclarecimento do assunto, não tendo todavia obtido resposta. O processo foi saneado à fl. 81. Procedeu-se durante a instrução o exame pericial. De fls. 108/117, consta o laudo do perito da autora. De fls. 136/143, consta o laudo do perito da ré. O laudo pericial desempatador encontra-se às fls. 156/169.

.....

Rejeito a preliminar suscitada pela reconvinde quando de sua manifestação a respeito da reconvenção. O dispositivo legal invocado, **data venia**, não parece a este juízo aplicar-se ao caso concreto desta demanda. Quanto ao mérito, diga-se desde logo que a Lei nº 4.156/62, artigo 4º, impôs o empréstimo compulsório ao consumidor de energia elétrica, tendo estabelecido, no § 1º, que o distribuidor de energia faria cobrar, conjuntamente com as suas contas, o referido empréstimo, recolhendo-o com o imposto único. Por outro lado, o produto da arrecadação do empréstimo compulsório, por força do disposto no artigo 131 do Decreto nº 57.617/66, deveria

ser recolhido dentro dos primeiros vinte dias do mês subsequente ao da arrecadação. A Lei nº 2.308/54, por sua vez, no artigo 4º, dispôs que os recolhimentos fora do prazo de vinte dias estavam sujeitos à multa de cem por cento sobre o valor das parcelas, ex vi do disposto no artigo 4º, letra b, § 6º. Em virtude das disposições citadas, a autora pretende que a ré seja condenada a pagar a quantia correspondente ao inexato recolhimento dos meses de setembro a dezembro de 1964 e ao não recolhimento dos meses de março, abril e maio de 1966, este no total de Cr\$ 10.581,93; mais a quantia de Cr\$ 103.186,00 relativa à multa calculada sobre o débito apurado no pertinente aos meses de fevereiro de 1964 a setembro de 1967; mais débitos vencidos a serem apurados em execução; e ainda valores a serem apurados em execução de sentença, além dos juros de mora, e custas e honorários de advogado. A perícia minuciosa, procedida pelo Contador do Juízo (laudo de fls. 154/169), estabeleceu objetivamente: a) que os valores do empréstimo compulsório, dos meses de setembro a dezembro de 1964, foram recolhidos de forma inexacta, disto tendo resultado débito de Cr\$ 295,11 da ré para com a autora (vide fl. 156); b) que os valores do empréstimo compulsório de março, abril e maio de 1966, na importância de Cr\$ 10.286,82, foram recolhidos pela ré; c) que o total da multa correspondente a março de 1964 a setembro de 1967 é de Cr\$ 102.670,87; d) que as quantias relativas ao empréstimo compulsório, no concernente a outubro de 1967 a dezembro de 1968, foram recolhidas pela ré dentro do prazo legal, apenas tendo sido recolhida a menor, a quantia de Cr\$ 433,79 relativa a outubro de 1967, janeiro, abril e julho de 1968; e) e que a ré recolheu no prazo, a título de empréstimo, a quantia de Cr\$

75.671,72, correspondente ao período de 1º de janeiro de 1969 até a data da perícia. Disto, em princípio, resulta que: a) a ré deve à autora Cr\$ 295,11, Cr\$ 102.670,87 e Cr\$ 433,79; b) que a autora cobrou da ré Cr\$ 10.286,82 que já haviam sido pagos anteriormente, o que aliás foi admitido pela autora na sua réplica de fls. 68/73, especificamente à fl. 69, alínea b. Em razão do que se contém nos documentos de fls. 199/200 e 203, juntos pela ré, esta pretende-se impossível impor-se multa a município porque o poder público está imune à multa fiscal. Em verdade, a realidade jurisprudencial é bem diversa da tese esposada pela ré. É exato que uma das Turmas Julgadoras do Egrégio Tribunal de Recursos decidiu pela improcedência da multa por considerar impossível a sua aplicabilidade à pessoa jurídica de direito público. Todavia, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao decidir os Recursos Extraordinários de nºs 59.623, 65.806, 73.402 e 73.721 (estes dos últimos publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 62, págs. 210 e 251), julgou no sentido de ser devida a multa pela falta de recolhimento na época própria ainda que por pessoa jurídica de direito público. Onde, data venia, a aplicabilidade da multa às pessoas jurídicas de direito público. Aliás, no caso dos autos, a ré, produtora e distribuidora de energia elétrica, exerce a atividade meramente comercial no particular, estando pois sujeita aos azares de seu negócio e, como qualquer ente particular, pessoa física ou jurídica, aos ditames da lei. Contudo, como tem sido acentuado pela jurisprudência mais equânime dos nossos Tribunais, a multa resulta de dolo, má fé, culpa grave, malícia ou solécia daquele que deve pagá-la. Não nos parece, todavia, que, no caso presente, a ré tenha agido com dolo, culpa ou má fé. Prefeitura

ra Municipal de uma cidade modesta do interior de São Paulo, de escassos recursos tão necessários à consecução de seus parques programas de assistência social, estradas, saúde, educação, desprovida inclusive de assistência técnico-contábil perfeita, é de relevar-se sua omissão não decorrente, segundo apreendi do contexto dos autos, de simulação ou malícia. A jurisprudência tem admitido a redução ou cancelamento da multa quando, dos fatos apreciados, não se pode deduzir o propósito de sonegação por parte do contribuinte, justificando-se a exclusão da multa quanto não ocorre dolo tributário ou falta culposa grave. Por outro lado, a cobrança, pela autora, da quantia de Cr\$ 10.286,82, que já havia sido paga pela ré, não parece impor a aplicação do invocado dispositivo do artigo 1.531 do Código Civil. A autora procurou inteirar-se da exatidão do débito da ré para com ela, mas, consoante explica razoavelmente, os documentos comprobatórios foram negados à sua verificação. Ademais, cõscia de estar exigindo o que já estava pago, apressou-se a autora desde logo a pedir a exclusão da referida quantia. De resto, para melhor enfoque desta decisão, é preciso acentuar que, se ELETROBRAS tem função extremamente importante no contexto do progresso da Nação, não menos certo é que a Prefeitura Municipal de Santa Isabel também tem compromissos relevantes com o Município. Por tais fundamentos, julgo procedente em parte a presente ação para condenar a ré a pagar à autora as quantias de Cr\$ 295,11, Cr\$ 433,79 e Cr\$ 946,89 (vide, quanto a esta verba, fl. 173), com acréscimo de juros de mora, a partir da citação, e correção monetária na forma da lei que a instituiu. Julgo também, pelas razões já invocadas, improcedente a reconvenção. Custas, em propor-

ção. Como ambas as partes sucumbiram às suas pretensões, deixo de condená-las a pagar honorários. Recorro de ofício».

2. Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — ELETROBRÁS e Prefeitura Municipal de Santa Isabel apelaram da sentença, oportunamente, fls. 191/196, 202/205, respectivamente.

3. As apelações foram recebidas, fls. 191 e 202, e, com as contra-razões de fls. 198/201 e 207/209, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

4. A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Procurador Dr. Osmar Pedrosa, aprovado pelo Dr. Joaquim Justino Ribeiro, 2º Subprocurador-Geral, fl. 214, opinou no sentido da prevalência do recurso de sua assistida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): Senhor Presidente: a discussão situa-se no âmbito da premissa maior, resumindo-se pois, à questão de direito, no sentido de saber se o município, como pessoa de direito público, está sujeito à multa de 100% decorrente do atraso no recolhimento, à ordem da ELETROBRÁS, do produto da arrecadação do empréstimo compulsório que, então na qualidade de distribuidor de energia elétrica, o Município de Santa Isabel-SP, recolhia dos consumidores locais.

O empréstimo compulsório em favor da ELETROBRÁS, como tributo especial (CF, artigo 21, § 2º, II), estava previsto na Lei nº 4.156, de 28 de novembro de 1962, com suas alterações posteriores. Dito encargo fiscal foi confirmado pela Lei Complementar nº 13, de 11 de outubro de 1972.

A Lei nº 4.156, na vigência da qual ocorreram os fatos que deram margem ao presente feito, no § 1º do seu artigo 4º (conforme redação que lhe

dera a Lei nº 4.364/64), dispunha que:

«O distribuidor de energia elétrica promoverá a cobrança ao consumidor, conjuntamente com as suas contas, do empréstimo de que trata este artigo e mensalmente o recolherá, nos prazos previstos para o imposto único e sob as mesmas penalidades, à ordem da ELETROBRÁS, em agência do Banco do Brasil».

O Decreto nº 68.419, de 25 de março de 1971, que aprovou o regulamento do Imposto Único sobre Energia Elétrica, prevê a multa de 100% do valor do imposto único arrecadado nas contas de fornecimento e não recolhido dentro dos 20 primeiros dias do mês-calendário subsequente ao da arrecadação (artigo 18, II). Multa em igual proporção foi estabelecida com respeito ao atraso no recolhimento do empréstimo compulsório, como vê no artigo 51, *caput*, do mesmo Decreto nº 66.419, que revogou os Decretos nº 57.617, de 7-1-66, e nº 65.327, de 10-10-69.

A multa por atraso no recolhimento do empréstimo compulsório veio a ser desvinculada da prevista por atraso no recolhimento do imposto único, conforme artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.512, de 29-12-76, *verbis*:

«Art. 8º A multa por atraso no recolhimento do empréstimo compulsório será calculada sobre o valor do débito, de acordo com o critério seguinte:

- a) 10%, até 30 dias;
- b) 20%, até 60 dias;
- c) 50%, até 90 dias;
- d) 100%, após 90 dias».

Como se observa dos autos (laudo de fl.156 e seguintes), algumas parcelas do empréstimo compulsório foram recolhidas com menos de 90 dias de atraso.

Lançados estes esclarecimentos, voltemos à questão da legitimidade da cobrança de multa imposta a município.

Como é sabido, o Colendo STF já entendeu cabível a cobrança de multa por atraso no recolhimento de obrigações fiscais, ainda que por pessoa jurídica de direito público.

É certo que, a propósito do tema, o Egrégio TFR sumulou a sua jurisprudência, no sentido de que «A multa decorrente do atraso no pagamento das contribuições previdenciárias não é aplicável às pessoas de direito público» — Súmula nº 93. Entretanto, tal entendimento resultou de lei específica, que rege a cobrança das contribuições previdenciárias (segundo pode ser observado nos precedentes da mencionada Súmula publicados na RTFR nº 87/64), não podendo ser estendida a tese ao caso presente, pois seria generalizar o especial.

Sobreleva notar, doutro lado, que a imposição da multa de que tratam os autos não decorre de exercício do poder de polícia. Trata-se de uma prestação *ex lege* imposta pela União, a quem cabe explorar — diretamente ou mediante a concessão ou autorização — os serviços de energia elétrica, bem como legislar sobre essa matéria (CF, artigo 8º, XV, letra b, e XVII, letra i). A função de arrecadar é que foi atribuída à ELETROBRAS (CTN, artigo 7º).

É de ver que a Constituição Federal garante uma autonomia municipal, como peculiaridade do sistema federativo brasileiro, somente dentro de limites nela inscritos (artigo 15), convindo atentar que o município, no quadro das pessoas jurídicas de direito público interno (Código Civil, artigo 14, III), não figura entre as entidades citadas pelo artigo 1º da Carta Política.

A minha conclusão, pois, é que a multa é aplicável.

Observo, entretanto, que, tratando-se de penalidade, a cobrança deve ser ajustada ao disposto no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.512/76 acima citado, atendo ao alcance do artigo 106, II, letra c, do CTN.

Quanto à reconvenção, tenho que é incabível, no caso. Com efeito, em matéria de crédito tributário, a sua disponibilidade depende de lei. A reconvenção, ao meu ver, resulta em prejuízo dessa indisponibilidade.

Por último, é de ver que não guarda relevância a questão a respeito da boa ou má fé no atraso do recolhimento das parcelas do empréstimo compulsório.

Em conclusão, nego provimento ao recurso do Município e dou provimento ao da ELETROBRAS, sem prejuízo da adequação do valor da multa ao disposto no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.512/76.

É o voto.

VOTO (ADITAMENTO)

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): Senhor Presidente, a ELETROBRAS não arguiu em contra-razões a intempestividade do apelo da Prefeitura Municipal de Santa Isabel.

O apelo do Município foi apresentado e recebido no dia 26-3-73, dentro do prazo legal. É bem verdade, porém, que a petição do recurso traz em epígrafe o nome «Prefeitura Municipal de São Paulo» (fl. 202). Acontece que, nas razões do apelo (fl. 203), consta como recorrente a Prefeitura Municipal de Santa Isabel. Infere-se, pois, que a referência do nome da Prefeitura Municipal de São Paulo ocorreu por mero engano, sendo manifestamente descabida a preliminar, levantada oralmente, razão por que a rejeito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 36.007 — SP — Registro nº 0.000.213 — Rel: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: **Ex Officio**: Juiz Federal da 1ª Vara. Apelantes: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás e Prefeitura Municipal de Santa Izabel. Apelados: os mesmos. Advogados: Drs. Cícero Warne, Edgard Neves da Silva, Célio Silva, Marialda Gonçalves Menezes Batista e Jarbas Ubyratan Rego do Couto.

Decisão: Por unanimidade, rejeitou a preliminar de intempestividade

da apelação da Prefeitura Municipal de Santa Izabel, e **de meritis**, negou provimento ao recurso da mesma e proveu o da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. — Eletrobrás. Sustentou oralmente pela apelante — Eletrobrás — Centrais Elétricas Brasileira S.A., o Dr. Carvalho Neto.

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 51.700 — BA
(Registro nº 3.063.844)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Revisor: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: Companhia Industrial de Ilhéus S.A.

Apelados: União Federal e PORTOBRÁS

Advogados: Drs. Antônio Theodoro Nascimento Filho e outro, Drs. Ismar Alves Rodrigues e outros, Drs. Pedro Gordilho e outro

EMENTA

Contrato Administrativo. Concessão de serviço portuário. Rescisão. Indenização.

Na rescisão unilateral do contrato de concessão, é cabível o exame da concorrência de culpas. Entendimento do Supremo Tribunal Federal no MS nº 18.028.

Caracterizada a concorrência de culpas, pela omissão da Administração quanto à dragagem do porto e pelo fato do príncipe que onerou os custos dos serviços, sem a providência necessária para manter o equilíbrio financeiro da concessão, tem o concessionário direito à indenização.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade,

dar parcial provimento à apelação, para reformar a sentença, e condenar a União Federal ao pagamento da indenização especificada no voto do Ministro Relator, e julgar improcedente a reconvenção. Ainda, una-

nimemente, condenar a União ao pagamento das custas e dos honorários do advogado da autora, arbitrados em 20% do valor da condenação, 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 junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Madeira** (Relator): Pelo Decreto nº 60.340, de 9 de março de 1967, o Governo Federal declarou rescindida a concessão para a exploração do porto de Ilhéus, outorgada à Companhia Industrial de Ilhéus S.A., em 1923. Coetaneamente, a União ocupou, independentemente de qualquer indenização, os bens afetados à concessão, e mais os imóveis circunvizinhos ao porto, de propriedade da Companhia, os quais não eram afetados ao serviço concedido.

Objetivando o ressarcimento dos prejuízos causados pela rescisão da concessão e o apossamento dos bens, a Companhia intentou ação contra a União Federal, alegando o seguinte:

a) Desde 1909, Bento Berilo de Oliveira, antecessor da autora, explorava o serviço de embarque e desembarque do porto de Ilhéus. Em abril de 1911, firmou ele, com o Município de Ilhéus, um contrato de construção de um cais e uma ponte metálica no porto, com o direito de cobrar dos usuários o serviço de embarque e desembarque. Em 1918, arrendou da Fazenda Nacional o terreno acrescido de marinha entre os morros da União e da Pimenta, onde se localizava o porto. Desse modo, criou-se um monopólio do serviço portuário, em favor daquele empresário, que, em contrapartida, drenou e aterrou

pântanos, construiu cais de atracação, pontes, armazéns e assentou trilhos para a ferrovia.

O Decreto Federal de 1923, que concedeu a Bento Berilo de Oliveira autorização para construção, uso e gozo das obras de melhoramento do porto de Ilhéus, reconheceu a existência das benfeitorias por ele anteriormente construídas.

Bento Berilo de Oliveira já havia transferido à ora autora o contrato de concessão celebrado com o Município de Ilhéus, quando lhe foi outorgada a concessão pelo Governo Federal. Desse modo, a transferência desta concessão à ora autora foi autorizada pelo Decreto nº 16.544, de 18 de agosto de 1924.

A concessão foi revista pelos Decretos nº 17.401, de 1926, e nº 18.908, de 1929, sem alteração da cláusula relativa ao resgate. Mas o Decreto nº 166, de 15 de maio de 1935, reservou ao Governo Federal o direito de encampar o serviço a qualquer tempo, depois de um terço do prazo da concessão, assegurada à concessionária a restituição da caução, a importância correspondente à diferença entre o capital reconhecido e os fundos de compensação constituídos.

Pelo contrato de concessão, assinado em 7 de maio de 1923, ficou assinado à concessionária a cobrança de taxas, para remuneração e amortização do capital empregado nas obras e para pagamento das despesas de custeio, conservação e fiscalização. Esse contrato sofreu várias revisões, sendo a última datada de 13 de junho de 1935. A cláusula VII desse novo contrato previa a aprovação, pelo Governo Federal, dos projetos e orçamentos de novos melhoramentos nas instalações do porto, assegurando-se, outrossim, na cláusula XVI, a cobrança das taxas constantes do Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934, e em valores a serem

propostos pela concessionária e aprovados pelo Governo Federal.

Entre os melhoramentos e ampliações, o contrato previa instalações especiais para embarque, desembarque e armazenamento de inflamáveis, explosivos e corrosivos e outras que o tráfego viesse a exigir. Tais instalações foram construídas, entre 1951 e 1955, além de armazéns para mercadorias, ponte de acostagem, prolongamento da via férrea, nova ponte de concreto, pavimentação das ruas de acesso ao porto e outros melhoramentos.

b) os lucros da autora eram disciplinados pelo Governo Federal, e em quarenta anos de exploração dos serviços do porto, só em 22 exercícios foram distribuídos divididos aos acionistas, o que demonstra a baixa rentabilidade da concessão. Vários fatores influíram para esse déficit: a dificuldade de acesso a Ilhéus, para os navios de grande porte, que cancelavam a escala; a ligação rodoviária da zona cacauzeira para Salvador, com sensível declínio do movimento de cabotagem; a substituição do critério de tonelagem pelo de cubagem, encarecendo o custo operacional — o que determinou o desvio de exportação de cacau pelo porto da Capital. Por outro lado, a política salarial, com acordos firmados com os portuários, pelo Governo Federal, sem audiência da concessionária, agravou a situação financeira que já era precária, determinando até a paralisação dos serviços, por decisão do Sindicato dos Trabalhadores. Para normalizar a situação, foi firmado um acordo, comprometendo-se o Governo a autorizar novas tarifas e a conceder financiamento bancário, — o que não foi concretizado.

c) Em fevereiro de 1963, pelo Decreto nº 51.761, a autora sofreu intervenção, tendo o Governo Federal atendido à exposição do engenheiro nomeado interventor, ao conceder

não só o aumento de tarifas, como substancial ajuda financeira através do Fundo Portuário Nacional.

Ao cabo de dois anos da intervenção, a comissão instituída pelo DNPVN, sugeriu, como solução para o problema do Porto de Ilhéus, a encampação do serviço concedido. A solução foi aceita pelos órgãos governamentais envolvidos, mas o Governo preferiu rescindir o contrato de concessão, pelo Decreto de 9 de março de 1967.

O contrato de concessão, nos termos do item XXX do contrato firmado em 1935, previa a reversão, a encampação e a rescisão. Esta última forma só poderia ocorrer no caso de serem impostas mais de duas multas pela mesma infração contratual em intervalo inferior a um ano, bem como no caso de não ser no devido tempo integrada a caução. A autora, durante os 40 anos de concessão, jamais sofreu multa por qualquer infração e, muito menos, duas pela mesma infração contratual em intervalo inferior a um ano. Também jamais deixou de ter integralizado o montante da caução prevista no contrato.

A autora não dera causa à rescisão.

Ante as divergências no âmbito da Administração sobre o cabimento da rescisão do contrato, a Consultoria-Geral da República entendeu configurada a culpa da concessionária pela situação em que se encontravam os serviços do Porto de Ilhéus, opinando pela rescisão.

A autora se alonga em demonstrar a ausência de culpa sua na crescente precariedade dos serviços do porto de Ilhéus, não só no que respeita à dragagem, como ao criticado serviço de alvarengagem, uma vez que o Governo Federal não lhe ensejou tarifas justas que remunerassem os serviços e dessem condições de manter o pleno funcionamento do porto. Não

se configurou, assim, a exceção do contrato não cumprido, em que se apoiou a Consultoria-Geral da República, para opinar pela culpa da concessionária, justificando a rescisão.

d) Sustenta a autora que a rescisão é nula e não pode produzir efeito, não se conformando em perder a caução e receber apenas a importância correspondente à diferença entre o capital reconhecido e os fundos de compensação constituídos. Preferindo a rescisão e não a encampação, o Governo praticou esbulho de todos os bens afetados ao serviço e de outros, que nenhuma vinculação tinham com este. Configura-se, assim, a desapropriação indireta, que deve ser indenizada em dinheiro, de forma justa.

Daí pleitear a indenização correspondente ao capital reconhecido, aos lucros cessantes, aos bens não afetados à concessão, com correção monetária dos respectivos valores.

Além da indenização, a autora pede a condenação da União em juros compensatórios e moratórios, honorários de advogado e peritos, e custas.

Caso não reconhecida a desapropriação indireta, pede a autora a condenação da União ao pagamento da importância referente à diferença entre o capital reconhecido e os fundos de compensação constituídos, os lucros cessantes relativos ao período compreendido entre a data da intervenção e da rescisão, correção monetária dos valores desses dois itens, juros de mora, valor real dos bens não afetados à concessão com juros compensatórios e moratórios, além de honorários de advogado e dos peritos.

II

Respondeu a União Federal, apontando o descalabro a que foram conduzidos os serviços do Porto de

Ilhéus pela autora, ao mesmo tempo em que era favorecida a Companhia de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus, do seu grupo econômico. Por outro lado, não é lícito transferir ao poder concedente os riscos do empreendimento, não havendo correspondência entre os acordos salariais e o insucesso da exploração dos serviços portuários.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 18.028, proclamou a legitimidade da rescisão do contrato de concessão, fazendo coisa julgada tal decisão. E a rescisão ocorreu por interesse público, ante a não continuidade do serviço portuário.

Nem a declaração da caducidade da concessão constitui desapropriação indireta, pois o instituto da desapropriação não se compatibiliza com a concessão de serviços públicos.

Ainda que coubesse a indenização, caberia distinguir o capital da sociedade com o valor do capital reconhecido da concessionária, sendo de repelir-se a avaliação de bens pertencentes à União para composição deste capital.

Na contestação, foi apresentada reconvenção, para haver da autora o montante dos fundos de amortização do capital inicial e dos adicionais.

A autora replicou e impugnou a reconvenção.

Despacho saneador à fl. 445, do qual pediu reconsideração a autora, sem êxito.

O DNPVN pediu a sua admissão como litisconsorte passivo, o que foi deferido pelo Juiz. A autarquia ratificou os atos já praticados pela União.

Laudo de avaliação dos bens não vinculados à concessão, apresentado pelo perito da autora, às fls. 504-A a 519. Laudo do perito da União às fls. 536/543. Esclarecimentos do perito da autora às fls. 555/557.

Realizada a audiência de apreciação dos laudos, o DNPVN manifestou-se sobre os mesmos, protestando a autora pela subversão processual consistente na presença de um perito desempatador não nomeado pelo Juiz.

Laudo de perícia contábil às fls. 665/673 (4º volume). Quesitos complementares, apresentados pelo DNPVN, foram respondidos às fls. 685/688.

Ouvidas as testemunhas, o Juiz Federal da 2ª Vara da Bahia prolatou sentença, julgando improcedente a ação e procedente a reconvenção, condenando a autora ao pagamento das despesas judiciais, incluídos os honorários do perito, e da verba honorária do advogado da ré, fixada em 20% do valor da causa.

Apelou a autora.

Contra-arrazoou a União.

A Empresa de Portos do Brasil S.A. (PORTOBRÁS), sucessora do DNPVN, louvou-se nas razões da União.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento da apelação.

Nesta instância, foram juntados, pela apelante, os documentos de fls. 850/869, sobre os quais se manifestou a Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): No Mandado de Segurança nº 18.028, impetrado pela ora autora contra o Sr. Presidente da República, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal decidiu tal como consta da ementa:

«A faculdade de rescisão está implícita em todas as concessões tendo em vista o interesse público, assegurada ao concessionário a in-

denização por danos e prejuízos sofridos, se improcedente a causa alegada para a rescisão».

O Ministro Evandro Lins e Silva, Relator, ressaltou à impetrante as vias ordinárias, para exame sobre se houve culpa de uma ou outra parte contratante ou se houve concorrência de culpas. O Ministro Gonçalves de Oliveira fez a mesma ressalva, para que a impetrante reclamasse «a indenização que lhe couber, principalmente porque não pode haver enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública com os instrumentos da concessão». Já o Ministro Aliomar Baleeiro ressaltou o direito da impetrante pleitear, pelas vias ordinárias, «indenização pela parte dos investimentos que não estejam razoavelmente amortizados, na forma do artigo 160 da Constituição Federal atual, que rege a matéria». Com o Relator ficou a maioria.

Nesta ação o pedido da autora é alternativo: se se reconhecer a ausência de justa causa para a rescisão do contrato de concessão, a indenização pleiteada, a título de desapropriação indireta, compreenderá o capital reconhecido não recuperado, os lucros cessantes e o valor dos bens não afetados à concessão. Se se considerar válida a rescisão, a indenização corresponderá à diferença entre o capital reconhecido e o fundo de compensação constituído, os lucros cessantes a partir da intervenção na empresa e o valor dos bens não afetados à concessão. Numa ou noutra hipótese, a indenização será acrescida de juros, correção monetária, custas e honorários.

O Juiz Federal José Cândido de Carvalho Filho, hoje ilustre membro desta Corte, julgou improcedente a ação, por considerar que a autora deu causa à rescisão do contrato de exploração do Porto de Ilhéus, por sua exclusiva culpa e responsabilidade. Em consequência, negou qual-

quer direito à indenização, proclamando inexistir qualquer bem extra-cervo a ser reivindicado. Julgou, por outro lado, procedente a reconvenção, para decretar a perda em favor da União dos Fundos de Amortização constituídos na vigência da concessão, incorporados ao patrimônio da reconvinada.

A culpa da autora se revelaria, segundo a sentença, no descumprimento das obrigações contratuais de manter o porto devidamente dragado, permitindo o tráfego de navios, com instalações adequadas ao seu pleno funcionamento. Não podia a Administração omitir-se ante a falência do serviço concedido, em prejuízo do interesse público.

De outra parte, os bens reivindicados, porque não afetados à concessão, seriam imóveis construídos em acrescidos de marinha, dos quais a autora teria apenas o domínio útil, por tempo limitado ao da concessão.

Quanto à reconvenção, entendeu o Juiz que o Fundo de Compensação só seria incorporado ao patrimônio da autora no fim do contrato. Se este foi rescindido por culpa dela, não cabe a incorporação.

A prova dos autos, entretanto, enseja um exame mais detido das dificuldades operacionais do Porto de Ilhéus. Tanto as partes como as testemunhas reconhecem que o principal problema do porto é o assoreamento da barra de Ilhéus, que torna impraticável o acesso dos navios, mesmo os de média tonelagem. Esse assoreamento provém não só do Rio Cachoeira, mas de outros rios, pois, como anota o laudo do perito da autora, a Cidade de Ilhéus está situada sobre o estuário formado pelos Rios Cachoeira, Almada, Santana e Fundão. O assoreamento é um fator natural inevitável: a correnteza dos rios leva até a bacia onde deságuam a areia que a obstrui, diminuindo a sua profundidade. A dragagem reti-

ra a areia existente, mas não evita o despejo dos rios, travando-se, assim, uma luta contínua, que lembra a imagem mitológica do Tonel das Donnades.

O Governo tentou, aliás, nova solução construindo, em outro local, o Porto de Malhado. Mas já há denúncias de que ali também o assoreamento torna inviável esse porto (doc. de fls. 869/870).

É sabido que o serviço de dragagem requer elevados recursos financeiros para manter custoso equipamento e pessoal especializado. E o contrato de concessão do Porto de Ilhéus obrigava a concessionária não só a manter e melhorar as instalações portuárias, mas especialmente a dragagem da barra e do canal de acesso e do ancoradouro, de modo a restabelecer a profundidade de cinco metros e a elevá-lo, oportunamente, para seis metros. Isto, em 1935.

Para remunerar e amortizar o capital aplicado nas obras e no aparelhamento do porto, bem como prover as despesas de conservação e custeio, a concessionária foi autorizada a cobrar taxas fixadas na legislação (cláusula XVI), e qualquer modificação de tarifa deveria ser aprovada pelo poder concedente. Vê-se, assim, que a manutenção dos serviços do porto e a dragagem da barra, do canal e do ancoradouro, dependiam exclusivamente da tarifa autorizada pelo Governo.

Na impugnação à reconvenção da União, a propósito do Fundo de Amortização, diz a autora que «apesar de sucessivas disposições contratuais e da lei determinarem, visando naturalmente preservar o equilíbrio financeiro da concessionária, que a esta seriam assegurados juros mínimos pelos capitais que investissem no serviço, o Governo Federal manteve-se insensível a todas as solicitações no sentido de proporcionar tarifas justas que lhe dessem condições mínimas de sobrevivência».

Na inicial, relatou a autora (fls. 19/30, itens 6 e 7), com minúcias, suas dificuldades, já que durante todo o curso da concessão viveu em regime de permanente déficit, a ponto de, em 40 anos, de 1923 a 1963, não ter conseguido distribuir dividendos aos acionistas, senão em 22 exercícios (documento 16, fl. 155).

Alude ela, ainda, aos fatores que comprometeram o seu regime financeiro, tais como o maior calado dos navios modernos, o desvio por rodovia das safras de cacau, o critério de cubagem de carga em substituição ao de tonelagem e a política salarial, que culminou no acordo salarial de 1962, resultando no aumento das despesas, sem que o Governo obviasse integralmente os meios para atendê-las.

No documento mencionado pela autora, vê-se que ela não distribuiu dividendos dos anos de 1923 a 1935, e em 1945, 1948, 1951, 1959 e 1962. Em 1961, distribuiu dividendos da ordem de Cr\$ 1.200.000,00 o que leva a crer que, antes do acordo salarial, havia remuneração do capital, conquanto mínima. A dificuldade maior parece ter resultado da majoração salarial de 1962, pois, a autora pediu um reajustamento da remuneração dos seus serviços da ordem de 116% e o Governo apenas lhe concedeu a incorporação de algumas taxas adicionais e autorizou a utilização dos recursos da taxa de melhoramento dos portos.

O próprio interventor do porto evidenciou tal dificuldade em seu relatório de 20 de abril de 1963, prevendo um déficit no exercício de 1962 de cerca de dezoito milhões de cruzeiros, a que se deviam acrescentar débitos da ordem de Cr\$ 15.108.010,15, «escriturados à conta das Portarias n.ºs 719 e 846, cujas tarifas resultaram insuficientes ao atendimento dos respectivos encargos salariais».

O relatório enfatizou ainda que:

«Esse estado de coisas reflete o forte desequilíbrio das atividades operativas do porto, cuja geratriz se assenta num conjunto de fatores de difícil correção, senão vejamos:

Tem-se registrado na empresa uma enorme deficiência de receita tarifária, a par de crescentes reivindicações salariais, encargos de tal monta que somente poderiam ser atendidos mediante autorização de taxas adicionais, que mesmo assim se mostraram insuficientes para cobri-los.

Assim, a formação da receita não dá para assegurar a conservação do empreendimento, e, muito menos para atender às necessidades de expansão».

E adiante:

«A precariedade das condições técnico-operacionais em que se processam os serviços portuários, responde, em grande parte, pela queda do movimento, de vez que a falta de calado do canal de acesso dificulta o acostamento dos navios para a carga e descarga, obrigando-os a tomarem a carga barrafora e sujeitando-os a três operações de estiva, serviço de alvarengagem e, por vez, estadia, acarretando grande ônus a exportação».

Na sentença, entretanto, o douto Juiz realçou que o acordo salarial de 1962 «não foi a causa determinante da total e condenável paralisação do Porto de Ilhéus. Dentre elas estava a merecer destaque a absoluta ausência da concessionária na obrigação de «manter as profundidades contratuais do porto e do canal de acesso ao mesmo (C I — XI — Decreto n.º 18.908, de 21-9-1929). A Lei n.º 831, de 23-9-1949 e o Decreto n.º 30.334, de 21-12-1951 não lhe dispensavam de cumprir os termos contratuais firmados com o poder público, e de responder pelas despesas da última

dragagem do porto, feita pelo Governo Federal» (fl. 766).

Sustenta a autora que a obrigação de dragar o porto era não só sua, mas também do Governo Federal. É que tanto no contrato de 1923, como no de 1926 e no de 1929, era prevista tal obrigação da concessionária; mas se o serviço não fosse feito no prazo, cabia ao Governo mandar executá-lo, deduzindo o valor da despesa da caução mantida no Tesouro Nacional. O contrato de 1935 não destoou: a cláusula VI obrigava especialmente a concessionária a realizar a dragagem, mas a cláusula VIII rezava que o Governo Federal tomaria a seu cargo a respectiva execução, correndo as despesas por conta daquela, as quais podiam ser descontadas da caução.

Essas obrigações foram incluídas nas disposições do artigo 3º da Lei nº 831, de 23-9-49.

Lê-se na inicial:

«Constituiu obrigação da concessionária dragar o porto, sim. Era mesmo do seu interesse realizar os trabalhos de dragagem, porque o livre acesso dos navios ao porto era uma das condições de melhor receita. E a concessionária efetuou-os, nos anos de 1924, 1925 e 1936. Posteriormente chegou mesmo a diligenciar para a aquisição de uma draga, e a contratação dos serviços de uma firma especializada que realizasse a dragagem, como se vê da correspondência que a autora exhibe com a presente (docs. 39 a 58-H).

Mas o Governo Federal não proporcionava tarifas adequadas capazes de fornecer à concessionária os recursos necessários àquele fim, e foi preciso renunciar à pretensão.

Ora, como está previsto no contrato, se a concessionária não fosse diligente nas providências visando manter a profundidade do canal de

acesso ao porto, cumpria ao Governo realizar os necessários trabalhos, cobrando as despesas da concessionária.

Que fazia entretanto o Governo? Não concedia tarifas capazes de proporcionar os meios materiais para que a concessionária efetuasse a dragagem do porto, nem tomava a iniciativa de dragá-lo.

O Governo tinha consciência de que era preciso dragar o porto, e ainda mais consciente estava de que a concessionária não dispunha de meios para efetuar a operação de dragagem, porque, lutando com tarifas insuficientes, ela vivia permanentemente em déficit, que não lhe permitia, sequer, distribuir anual e regularmente, dividendos com os acionistas».

Na verdade, o Decreto nº 30.334, de 21 de dezembro de 1951, reconhecendo a precariedade dos portos nacionais, aprovou um programa de investimentos a ser executado em quatro anos, para reaparelhamento e ampliação das instalações existentes, conclusão de obras e execução de serviços de dragagem e recuperação do aparelhamento de dragagem.

A Lei nº 3.421, de 10 de julho de 1958, que criou a Taxa de Melhoria de Portos, estabeleceu que 40% do seu produto seria empregado pelas administrações dos portos, inclusive no pagamento de serviços de dragagem, e sua aplicação dependeria da aprovação de projeto de obras, pelo Ministério de Viação e Obras Públicas (artigo 15). os outros 60%, constituem o Fundo Portuário Nacional, aplicado pelo DNPVN, inclusive na aquisição de equipamento de dragagem e nos serviços de dragagem dos portos nacionais (artigo 11).

Vê-se, assim, que ao lado da obrigação dos concessionários dos serviços portuários, o Governo também

se incumbiu de dragar os portos nacionais.

A insuficiência da receita tarifária para a cobertura da despesa de dragagem, por parte da concessionária, foi amplamente reconhecida pelo poder concedente, que desde o após guerra decidiu participar desse serviço.

Não há, assim, como responsabilizar apenas a autora pela falta ou insuficiência de dragagem do Porto de Ilhéus. O Governo, que dispunha dos recursos, também se omitiu. Não se pode, conseqüentemente, considerar tal deficiência do serviço concedido como causa unilateral de rescisão da concessão.

Até 1958, a tarifa de serviços portuários obedecia aos padrões estabelecidos nos Decretos n° 24.508, de 29 de junho de 1934, artigos 3° e 5° e n° 24.511, da mesma data, quanto à utilização de instalações portuárias. As instruções aprovadas pelo Decreto n° 17.788, de 8 de fevereiro de 1945, orientavam a escrituração da despesa e da receita da concessionária.

A Lei n° 3.421, de 1958, estabeleceu em seu artigo 17:

«Art. 17 As tarifas dos serviços portuários serão estabelecidas com base no custo de serviço, que compreende:

- a) despesa de exploração;
- b) as diferenças a que se refere o § 7°;
- c) os encargos financeiros de investimentos assim considerados:

I — quotas de depreciação do investimento e de amortização do capital da concessão;

II — a remuneração de investimentos.

§ 1° São despesas de exploração as realizadas com o material ou pessoal empregados na operação ou administração dos serviços portuários e na conservação do pa-

trimônio do porto. As despesas com pessoal, computadas no custo de serviço, não poderão exceder os limites aprovados pelo Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais, tendo em vista as necessidades efetivas dos serviços».

Cabe realçar, em primeiro lugar, que as tarifas deveriam corresponder ao custo dos serviços. Não há nos autos demonstração dessa correspondência. Mas é certo que o déficit do exercício de 1962, apurado pelo interventor do Porto de Ilhéus, dá a medida da desproporção entre a despesa e a receita.

Para essa desproporção, sustenta a autora que muito contribuiu o acordo salarial de 1962, com os trabalhadores portuários. O Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais o reconheceu, pois oficiou à autora afirmando: «para que o mencionado ato encontre bases financeiras, este departamento diligenciará no sentido de estabelecer uma nova tarifa para o Porto de Ilhéus, dentro do prazo de vinte dias, de sorte que a mesma possa responder satisfatória e razoavelmente pelos encargos decorrentes do dito acordo, bem como daqueles inerentes ao contrato de concessão». (fl. 161).

Não foi revista a tarifa, mas foi decretada a intervenção, pelo Decreto n° 51.761, de 28 de fevereiro de 1963, com o objetivo de:

I — exercer o controle efetivo de todo o serviço portuário;

II — promover o levantamento das condições atuais, técnicas e econômicas, em que se processam os serviços do referido porto;

III — apresentar ao DNPVN relatório circunstanciado da situação encontrada e das medidas aconselháveis».

É o que se lê no artigo 3° do decreto. Há mais: o artigo 6° autorizava a utilização, pelo DNPVN, dos recur-

sos previstos no parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 4.213, de 14-2-63, ou seja, do Fundo Portuário Nacional criado pelo artigo 11 da Lei nº 3.421, de 1958. Tanto significa que o Governo Federal reconhecia a insuficiência da receita do porto, tanto que autorizou o suprimento de recursos para a intervenção através do Fundo.

A autora passou a pleitear que o Governo encampasse o que passara a administrar e dispor por força da intervenção. Mas o Governo resolveu declarar rescindido o contrato de concessão, após quatro anos de intervenção.

No parecer da Consultoria-Geral da República, lê-se que:

«Data venia, não procede a argumentação da empresa, de concorrência de culpa, uma vez que o DNPVN não cumpriu compromissos assumidos de concessão de aumento da tarifa então vigente, e da obtenção de empréstimos, em estabelecimentos bancários oficiais, para que pudessem enfrentar a angustiante situação financeira em que se encontrava. O que transparece cristalino dessa afirmação é o interesse de transferir ao poder público a responsabilidade total da má gestão da empresa. Se o Estado assim agiu, outro era o remédio que a concessionária dispunha para fazer valer seu direito. Nunca, porém, negligenciar na prestação do serviço a que estava obrigada.

Vale aqui transcrever, porque em perfeita adequação à espécie, o Acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferido ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 30.431, de que foi Relator o eminente Ministro Nelson Hungria, transcrito no parecer do Dr. Baumgarten:

«Não cabe opor à Administração a *exceptio non adimpleti contractus*. A concessão é um contrato de direito público, ten-

do, como elemento causal, o interesse coletivo, não subordinável, irrestritamente, às normas próprias do direito privado».

Em conclusão:

Considerando que a intervenção federal veio confirmar, em tudo e por tudo, as faltas graves atribuídas à concessionária;

Considerando que a situação deficitária da empresa já existia muito antes do acordo salarial a que se reporta;

Considerando que a concessionária não cumpriu obrigações contratuais que visavam à rentabilidade do porto, como sejam, a dragagem para um canal permanente e a conservação das instalações portuárias;

Considerando que o período de inventoriação apurou a má administração realizada;

Considerando que a encampação só trará benefícios à empresa, que, de há muito, se mostrou deficiente; e

Considerando que a empresa Concessionária já não pode explorar, em boas condições de rentabilidade, o serviço público concedido.

Sou de parecer que está configurada a culpa da concessionária. Assim, a solução que se impõe é a da rescisão do contrato».

O Supremo Tribunal Federal, no Acórdão lavrado no MS nº 18.028, impetrado pela autora, entendeu que a faculdade de rescisão está implícita em todas as concessões, tendo em vista o interesse público. Entendeu também caber o exame da causa alegada para a rescisão, e a indenização por perdas e danos, se a mesma for improcedente. Está no voto do Ministro Relator que «o exame sobre se houve culpa de uma ou de outra parte contratante, ou se houve concorrência de culpas, só pode ser feito pelos meios ordinários, em que

o Juiz declarará a responsabilidade da Administração ou a do concessionário, se for o caso».

A doutrina adota duas formas para a rescisão: se unilateral, por resultar de infração contratual, o poder concedente recupera o serviço concedido e cobra a indenização que lhe seja devida; se judicial, o Judiciário decreta a extinção do contrato por culpa de quem a tiver, e condena o inadimplente à indenização cabível, fazendo retornar o serviço ao concedente (cfr. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, 5ª edição, pág. 290). Mas o Acórdão da Suprema Corte prevê uma forma mista: o Poder Público declara a rescisão, e o concessionário pode pedir indenização, se houve culpa daquele.

Já em 1958, na RDA 52/337, comentando Acórdão do Supremo Tribunal Federal, lavrado no MS nº 4.473, Relator o Ministro Ary Franco, o Professor Caio Tácito, acentuou que «parece, *data venia*, mais adequado à natureza publicística do serviço que o Estado possa retomá-lo ao concessionário incapaz, sem embargo de que se liquidem, a posteriori, eventuais perdas e danos, ou indenizações patrimoniais». E adiante: «A aplicação da caducidade, como sanção extrema, não repele a indenização que for legalmente exigível. Apenas lhe altera o momento, dispensando — como na encampação dos serviços de energia elétrica — a precedência do pagamento».

No caso, tratava-se de rescisão de concessão de serviço público de energia elétrica, que o Tribunal entendeu descabida, porque não prevista na lei e no contrato, admitindo, porém, a encampação, dependente de indenização prévia. O ilustre jurista, apontando a inovação jurisprudencial, sustentou a possibilidade da caducidade, com indenização posterior.

A concorrência de culpas, no caso presente, reside exatamente na falta de cumprimento de obrigações assumidas pelo Governo Federal, em relação à dragagem do Porto de Ilhéus, e pela concessionária, em relação à regularidade dos serviços portuários. Há uma relação causal evidente entre o agravamento das condições de navegabilidade da barra e de acesso ao porto, e a precariedade dos serviços deste.

Se, por um lado, a concessionária jamais teve capacidade econômica para dragar o porto, pois as tarifas autorizadas não proviam meios para tanto, de outro lado, o Governo Federal, apesar de criar recursos para executar tal serviço por conta própria, não o fez, pelo menos satisfatoriamente. O porto foi, assim, se fechando, tornando-se inacessível aos navios, escasseando, em consequência, a receita da concessionária, com a redução do movimento. Os serviços não foram interrompidos, mas ficaram cada vez mais precários.

A elevação dos custos dos serviços, em face do acordo salarial, não foi correspondida com a elevação de tarifas. O Governo preferiu intervir na concessão e depois de quatro anos, rescindir o contrato.

Houve, assim, dupla omissão da Administração, em não prover tarifas que fizessem face aos serviços de dragagem do porto pela concessionária e em não realizar, ela mesma, tais serviços com os recursos que criou. Houve também quebra do equilíbrio financeiro, em virtude da política salarial que diretamente afetou os custos dos serviços portuários.

Convém assinalar que, uma vez rescindido o contrato, a recuperação dos bens afetados à concessão não configura desapropriação indireta. Rigorosamente, a intervenção decretada em 1963, significou o que a doutrina francesa denomina seqüestro da concessão, que é medida preliminar

para o exame da situação dos serviços e sua regularização. A decisão de rescindir o contrato, em 1967, decorreu do convencimento do Governo de que a concessionária era inadimplente quanto aos serviços que era obrigada a prestar. É evidente que esse prazo de quatro anos é excessivo, revelando a gravidade da situação do porto, não só em razão daquela inadimplência da concessionária, mas da dificuldade do Governo em regularizar os serviços. E essa dificuldade, inegavelmente, decorria também do fato do príncipe, consistente no aumento dos custos dos serviços, com a medida de majoração salarial, sem o correspondente reajustamento da receita, comprometendo o equilíbrio financeiro.

De qualquer forma, a recuperação dos serviços concedidos implica na apropriação dos bens a ela afetados, segundo a natureza do contrato de concessão, não se podendo cogitar de desapropriação indireta.

Em tais condições, embora já não se possa cuidar de anulação do ato que rescindiu o contrato de concessão, em face do Acórdão do Supremo Tribunal Federal, cabe a reparação dos danos sofridos pela concessionária. Essa solução concilia a conveniência da Administração com os interesses dos que com ela colaboram por via da concessão, de forma justa.

A indenização consistirá no pagamento da diferença entre o capital reconhecido em 1967 e os fundos de compensação constituídos, os lucros cessantes correspondentes ao período entre a data da intervenção e a da rescisão, com correção monetária, segundo a Lei nº 6.899, de 1981, e juros de mora, conforme se apurar na execução.

Quanto aos bens não afetados à concessão, há que ressaltar que só são indenizáveis os que não forem do

domínio da União, isto é, terrenos de marinha ou acrescidos de marinha. Sobre esses bens, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal, no caso da Companhia Docas do Porto da Bahia (Salvador), não há domínio da concessionária de serviço público, mas apenas direito ao uso, enquanto perdurar a concessão (Embargos no RE nº 56.732, Relator, Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ nº 52/805). Os que forem alodiais, porém, são indenizáveis, pelo que for avaliado na execução.

Dou parcial provimento à apelação, para reformar a sentença e condenar a União Federal ao pagamento da indenização acima especificada, e julgar improcedente a reconvenção. Condeno a União ao pagamento das custas e dos honorários do advogado da autora, que arbitro em 20% do valor da condenação.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Revisor): Da leitura que fiz deste alentado processo, cheguei à conclusão idêntica a de V. Ex^a, Senhor Ministro Relator.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 18.028, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de a concessão de serviço público ser rescindida ante a existência de interesse público, assegurando, todavia, ao concessionário a indenização por prejuízos sofridos, se improcedente a causa alegada para a rescisão.

O contrato de concessão do Porto de Ilhéus obrigava a concessionária a manter e melhorar as instalações portuárias, bem como a dragagem da barra e do canal de acesso e do ancoradouro. Para isso, a fim de atender ao montante das despesas, pela sua natureza, muito elevadas, a concessionária foi autorizada a cobrar taxas, fixadas na legislação, como registra o contrato, sendo que a possível alteração no **quantum** da ta-

rifa estava na dependência de aprovação do poder concedente. Em função das tarifas cobradas, mantinham-se os serviços do porto e da dragagem da barra.

Mas, como provam os autos, a concessionária sempre viveu em regime deficitário. É que fatores vários contribuíram para o seu descalabro financeiro, entre os quais, como assinalado pela autora, o desvio das safras de cacau pelas rodovias e a política salarial do Governo. O Interventor põe em destaque essa situação aflitiva da concessionária, em déficits permanentes.

Registre-se que a obrigação de dragar o Porto de Ilhéus era imposta para que os navios de grande calado pudessem atracar. E essa obrigação não era somente da concessionária. Por força de cláusula dos contratos, também à Administração esse dever. Pelo Decreto nº 30.334, de 1951, dispunha o Poder Executivo de um programa para reaparelhamento dos portos nacionais, e, posteriormente, pela Lei nº 3.421, de 1958, foi criada a taxa de melhoramento dos portos nacionais, numa demonstração inequívoca da obrigação imposta ao Poder Público de dragar os portos nacionais.

Sem que se procedesse à revisão da tarifa, partiu o Governo para a intervenção, assim a elevação dos custos dos serviços, em face do acordo salarial, não correspondeu à elevação das tarifas.

Culpa da Administração, porque a receita das tarifas não cobria os gastos com os serviços de dragagem, da mesma forma que, com os recursos por ela criados, não efetivou tais serviços.

Comprovação da inadimplência da concessionária, não há dúvida, a braços com enorme déficits, como registra o relatório do Interventor. Mas esta sofreu prejuízos, que deverão ser indenizados. E o ressarcimen-

to há de ser o pagamento da diferença entre o capital reconhecido em 1967 e os fundos de compensação constituídos, além dos lucros cessantes entre a data da intervenção e a rescisão, a serem apurados em execução.

Acompanhando o voto do eminente Ministro Relator, dou parcial provimento à apelação.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, prestei muita atenção no relatório formulado por V. Ex.^a, no seu brilhante voto e nas razões apresentadas pela defesa, da tribuna. Tive oportunidade de examinar o memorial que nos foi oferecido. Da mesma forma como entendeu V. Ex.^a e o ilustre Ministro Adhemar Raymundo da Silva, não verifiquei a responsabilidade total da concessionária.

A União, na realidade, foi simplista na sua resolução, depois de ter provocado, inclusive, grande parte da inibição da concessionária, não oferecendo os meios para que essa pudesse efetivamente executar os seus serviços, decidiu, da forma mais curiosa, simplesmente decretar a intervenção e, decorridos quatro anos, rescindir o contrato.

Estou inteiramente de acordo com o voto de V. Ex.^a.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 51.700 — BA — Registro nº 3.063.844 — Rel.: Ministro Carlos Madeira. Rev.: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apte.: Cia. Industrial de Ilhéus S.A. Apdos.: União Federal e PORTOBRÁS. Advs.: Drs. Antônio Theodoro Nascimento Filho e outro, Ismar Alves Rodrigues e outros, Pedro Gordilho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apela-

ção, para reformar a sentença e condenar a União Federal ao pagamento da indenização especificada no voto do Ministro Relator, e julgou improcedente a reconvenção. Ainda, unanimemente, condenou a União ao pagamento das custas e dos honorários do advogado da autora, arbitrando em 20% do valor da condenação. Sustentaram, oralmente, o Dr. Paulo

Couto e Silva (pela apelante) e o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (pela União Federal). (Em 19-6-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 51.700 — BA
(Registro nº 3.063.844)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Embargante: Companhia Industrial de Ilhéus S.A.

Embargado: V. Acórdão de fl. 900

Advogados: Drs. Antônio Theodoro Nascimento Filho e outro, Ismar Alves Rodrigues e outros, Pedro Gordilho e Paulo do Couto e Silva

EMENTA

Embargos de declaração. Correção monetária do valor da indenização por rescisão de concessão de serviços portuários. Incidência.

A correção monetária do montante da indenização a que tem o direito a concessionária de serviços portuários, cujo contrato foi rescindido unilateralmente pelo poder concedente, tem lugar a partir da data da rescisão, segundo os índices vigentes até 8 de abril de 1981 e daí em diante, de acordo com a Lei nº 6.899, desse ano.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O então Juiz Federal na Bahia, hoje ilustre Ministro desta Corte, José Cândido de Carvalho, julgou improcedente ação ordinária movida pela Companhia Industrial de Ilhéus, contra a União Federal, objetivando o ressarcimento dos prejuízos causados pela rescisão do contrato de concessão dos serviços do Porto de Ilhéus e o apossamento dos bens a ela vinculados.

Apreciando apelação interposta pela autora, esta Turma, em Sessão

de 19 de junho de 1984, deu parcial provimento à apelação, para reformar a sentença e condenar a União ao pagamento da diferença entre o capital da empresa, reconhecido em 1967, e os fundos de compensação constituídos, os lucros cessantes correspondentes ao período entre a data da intervenção e a da rescisão, com correção monetária, segundo a Lei nº 6.899, de 1981, e mais juros de mora.

Ao Acórdão então lavrado, opõe a autora apelante embargos de declaração, apontando omissão quanto ao momento que deve ser tomado como termo inicial da fluência dos índices.

A embargante tece duntas considerações sobre a abrangência da Lei nº 6.899/81, e traz à ilustração do pedido o Acórdão da Egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a propósito da correção monetária de dívida de valor, em relação a período anterior à Lei nº 6.899/81.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Tem razão a embargante.

Ao referir, no meu voto, à correção monetária, fi-lo de forma genérica, «segundo a Lei nº 6.899/81».

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde a vigência da lei, firmou-se no sentido de que sua aplicação teria por termo inicial o dia 9 de abril de 1981.

E o artigo 3º do Decreto nº 86.649 aduz que, nas causas pendentes de julgamento, na data da entrada em vigor da lei, o cálculo se fará naquela data.

O Acórdão trazido com os embargos, porém, torna certo que, em se tratando de dívida de valor, cabe a correção monetária, se requerida, mesmo em relação a período anterior à Lei nº 6.899/81.

Também assim tem entendido este Tribunal, desde que o autor tenha postulado a correção na inicial.

Neste caso, a inicial da ação é de abril de 1971 e pede a correção monetária.

Tenha-a, porém, como aplicável a partir da rescisão do contrato e não da intervenção. Em primeiro lugar, porque esta é anterior à instituição da correção monetária pela Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964; em segundo, porque só com a rescisão configurou-se o direito da autora à indenização, inclusive dos lucros cessantes, desde a data da intervenção, em 1963.

Com essas considerações, recebo os embargos, para declarar que a correção monetária incide desde 9 de março de 1967, data da rescisão da concessão, segundo os índices vigentes até 8 de abril de 1981 e daí em diante, segundo os índices da Lei nº 6.899/81.

EXTRATO DA MINUTA

EDecl. AC nº 51.700 — BA — Registro nº 3.063.844 — Rel.: Ministro Carlos Madeira. Embgte.: Cia. Industrial de Ilhéus S.A. Embgdo.: V. Acórdão de fl. 900. Advs.: Drs. Antônio Theodoro Nascimento Filho e outro, Ismar Alves Rodrigues e outros, Pedro Gordilho e Paulo do Couto e Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos, nos termos do voto do Ministro Relator. Em 13-11-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.281 — RS
(Registro nº 3.023.699)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli
Remetente: Juiz Federal da 2ª Vara — RS
Apelante: União Federal
Apelado: Parque Industrial Carasinho S.A.
Advogados: Murilo C. Annes

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Acionista-empregado.

Meros prepostos ou procuradores, acionistas-empregados, com poderes de gerência sem, porém, delegação da assembléia ou de diretoria, como devidamente comprovado nos autos, não se equiparam a administradores, a que se referem os artigos 34, I, e 177 do RIR, aprovado pelo Decreto nº 58.400. PN-CST nº 48/72.

Improvemento da apelação e da remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial 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, 20 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Cuida-se de ação ordinária anulatória de lançamento de débito fiscal, em que contendem Parque Indústria Carasinho S.A. e União Federal, de cuja sentença apelou esta última.

A fl. 104, assim se resume a espécie:

«Discute-se, no processo, se dois acionistas de uma sociedade anôni-

ma, admitidos como empregados com salário fixo e comissões para gerir, com ampla procuração, ad negocia, as filiais de venda de São Paulo e Rio de Janeiro da fábrica gaúcha, são, para efeitos de dedução do Imposto de Renda, meros assalariados de confiança ou se são administradores.

Pretende a empresa-autora que sejam simples prepostos ou procuradores e, defendendo esse entendimento, requer que seja anulado o lançamento fiscal que transformou em lucro real as deduções de comissões, natalina, gratificação, ajuda de custo, férias e «excesso de retirada» (ordenado), pagos a ambos os empregados.

Requer, de outro lado e subsidiariamente, que a exigência fiscal seja recalculada e passe de Cr\$ 51.765,00 a Cr\$ 50.086,00, e que a multa não conte correção monetária.

Pretende, no lado contrário, a Fazenda, com a contestação de fl. 70, que a empresa, ao outorgar a seus acionistas ou sócios os

amplísimos poderes que estão em ambas as procurações, quis fazer dos dois administradores dos portos do Rio e São Paulo e que, de qualquer forma são sócios-empregados, quanto a seus rendimentos, sofram as limitações do Decreto-Lei nº 401/68.

A contribuinte depositou os Cr\$ 51.765,00 (Guia de fl. 67v.)» (fl. 104).

O apelo da União (fls. 112/113) sustenta que os poderes de gerência outorgados às pessoas beneficiárias conferem a estas «uma situação acima da de empregado», daí que devida a exigência fiscal, motivada por excesso de **pro labore** pago.

Contraditado o apelo, subiram os autos. Nesta instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento da apelação e da remessa **ex officio**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): A sentença analisa cuidadosamente os aspectos centrais da questão, bem decidindo o juiz à luz da legislação de regência. Assim, é de afastar o apelo da Fazenda.

São estes os fundamentos da sentença:

«Os fatos são singelos. Os dois acionistas, independentemente de suas ações, foram admitidos como gerentes-procuradores, vencem salários e percentagens, constam no registro de empregados o artigo 41 da CLT e dispõem de sua CTPS anotadas e assinadas, tudo como está às fls. 47/54.

Agem, é verdade, com amplíssima procuração **ad negotia**. Um deles, o do Rio ou o de São Paulo, teve a dobra salarial dos diretores da empresa, o outro teve salários inferiores.

Os Estatutos, grampeados à fl. 46, mostram que a direção social compõem-se de três acionistas eleitos diretores.

Os estabelecimentos do Rio e São Paulo vendem derivados suínos com faturamento direto da fábrica gaúcha.

O julgamento administrativo de origem entendeu que ambos os «pivots» eram sócios administradores, porque eram acionistas, administravam e um deles recebeu, como natalina e férias, quantia em dobro da dos diretores (fl. 56). O Acórdão administrativo, fl. 90, afirmou também a qualidade de sócios-administradores, ficando ponto de apoio na amplitude do mandato.

O PN nº 48, de 31-1-72, fielmente interpretado é fiel ao RIR do Decreto nº 58.400 e à Lei nº 401/68. Diz ele:

«Administradores: estão conceituados nos itens 130 e 131 da IN nº 2, de 12-9-69, da Secretaria da Receita Federal:

130. O administrador a que se referem os artigos 64, letra I, e 177 do RIR aprovado pelo Decreto nº 58.400, é a pessoa que pratica, com habitualidade atos privativos de gerência ou administração dos negócios da empresa e o faz por delegação ou designação da assembléia, de diretoria ou de diretor.

131. São excluídos da conceituação do inciso anterior os empregados que trabalhem com exclusividade permanente para uma empresa, subordinados hierárquica e juridicamente e, como meros prepostos ou procuradores, mediante a outorga de instrumento de mandato, exercem essas funções cumulativamente com as de seus cargos efetivos e percebem remuneração ou salário

constantes de seus respectivos contratos de trabalho, provado com a Carteira Profissional.

.....

Nos casos de sócio, diretor ou administrador que sejam, concomitantemente, empregados por empresa, os rendimentos auferidos, seja a título de remuneração como dirigente, como retribuição de trabalho assalariado, estão sujeitos, no seu total, aos limites e condições estabelecidas pela lei para remuneração dos sócios, diretores administradores e titulares de empresas individuais».

É contudente que o que não se quer deduzir do lucro real são as pagas da diretoria social, seja essa diretoria empregada ou não, e seja qual for a denominação que tenha. Não se deduzem dinheiros que remuneraram dirigentes sociais.

Os gerentes no Rio e São Paulo não dirigem a empresa, que é dirigida aqui na forma de seus Estatutos e da Lei das S.A., artigo 116. O que dirigem lá são dois estabelecimentos, dois postos de venda, como admite a contestação e o rádio que os liga tem mão única de ordens daqui para o norte. Não são direção do comerciante, porque são auxiliares do comerciante, são os antigos feitores, são prepostos e não preponentes. Se fossem administradores, no sentido em que se debate a lei tributária, não teriam procuração. Teriam a ata social. Justamente porque têm procuração é que são prepostos, e têm procuração justamente porque prepostos não obrigam preponentes a não ser entre as paredes do edifício comercial.

O fato de um deles receber salários e percentagens maiores que os da diretoria é circunstância irrelevante, porque quando muito provaria que o outro, então, não seria

administrador, ou que o mercado é bom, ou que o cidadão é bom vendedor, etc.

Meros ocupantes de Chefia intermediária, não são aqueles dois acionistas «sócio, diretor ou administrador-empregado» de que fala a lei tributária e o PN nº 48, e sim os prepostos ou procuradores de que falava o item 131 da IN nº 2, de 12-9-69, revitalizado no mesmo PN nº 48, conforme provam os contratos de trabalhos, os mandatos e os fatos.

Declare-se, finalmente, por via das dúvidas, que, na forma de pacífica jurisprudência, não se atualizam multas fiscais, direta ou indiretamente e que a exação correta é a dos não contestados e corretos Cr\$ 50.086,60.

Isto posto, julgo procedente a presente ação anulatória de débito fiscal, de Parque Industrial Carasinho S.A. contra a Fazenda Federal, decretando nulo o lançamento do Processo Administrativo nº 1.613/72 e condenando a União no ressarcimento de custas e nos honorários advocatícios que fixo em Cr\$ 6.000,00, módicos face ao trabalho profissional e deslocamento de sede.» (fls. 105/107).

Assim, reportando-me às razões supra, nego provimento à apelação e à remessa ex officio.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 52.281 — RS — Registro nº 3.023.699 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli — Remetente ex officio: Juiz Federal da 2ª Vara-RS — Apelante: União Federal — Apelado: Parque Industrial Carasinho S.A — Advogado: Dr. Murilo C. Annes.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento à remessa oficial e ao recurso voluntário. (Em 20-2-84 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 53.979 — BA
(Registro nº 3.120.848)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara

Apelantes: D. Brussel & Companhia Ltda. e INPS

Apelados: Os mesmos e Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Ltda.

Advogados: Drs. Heckel Amâncio Costa, Ruy Ronaldo Pinto da Cunha, Ivo Gomes do Bonfim e Paulo do Couto e Silva

EMENTA

Tributário. Restituição do indébito. Decadência e prescrição. CTN, artigos 168 e 169. Tributos indiretos. CTN, artigo 166. Quota de previdência. Serviços de Navegação. Lei nº 5.025, de 10-6-66, artigo 54.

I — A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do disposto no artigo 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, artigo 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

II — A restituição de tributos indiretos, que repercutem, somente será feita a quem prove haver assumido o encargo financeiro, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. CTN, artigo 166.

III — Não é devida a quota de previdência sobre operação portuária envolvendo mercadorias em processo de exportação. Lei nº 5.025/66, artigo 54.

IV — Recursos desprovidos.

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 aos recursos, nos

termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: D. Brussel & Companhia Ltda. ajuizou ação de repetição de indébito contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS alegando, em síntese, o seguinte:

a) que, com apoio no artigo 166, I, b, do Decreto nº 60.501, de 14-3-67, «a União Federal concorre para o custeio da Previdência Social, cobrando a taxa denominada cota de previdência, na alíquota de 8% (oito por cento), incidente, entre outros serviços, sobre os de navegação marítima, fluvial ou lacustre, de portos e canais, nos quais atua a autora, como tomadora»;

b) que, todavia, «para atender à política de exportação do Governo e à maior participação do País no mercado internacional», foi promulgada a Lei nº 5.025, de 10-6-66, disciplinando o comércio exterior e determinando, em seu artigo 54, a extinção de «todos os impostos, taxas, quotas, emolumentos e contribuições que incidem especialmente sobre qualquer mercadoria destinada à exportação, despachada em qualquer dia, hora e via»;

c) que utilizava, no Porto de Ilhéus os serviços de outras empresas para a «rebocagem de suas unidades, a alvarengagem da carga que transportava e a rebocagem das alvarengas, pagando por tudo o tributo parafiscal, a cota de previdência, ao Instituto Nacional de Previdência Social, mediante cobrança que lhe foi feita pela prestadora de serviços (a proprietária do equipamento de tráfego auxiliar portuário, rebocadores, alvarengas, chatas, lanchas, etc.), que funcionava, aí, perante os credores tributários (os réus), como agente arrecadadora». A Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada era uma dessas em-

presas que operavam no Porto de Ilhéus;

d) que, «não obstante carecer de impositividade para a cobrança do tributo», o INPS continuou a cobrar da autora «tributo já inexistente, ora taxando, ora autuando com acréscimo de acessório e penalidade»;

e) que, tendo em vista a insistência da autarquia-ré em continuar cobrando o tributo, o Sindicato das Agências de Navegação Marítima de Santos fez consulta ao Secretário da Previdência Social, que proferiu decisão, publicada no DO de 18-2-72, no sentido de que não é devida cota de previdência sobre qualquer mercadoria em processo de exportação. Outra consulta, no mesmo sentido, foi formulada pela Administração do Porto do Rio de Janeiro e da Companhia Docas de Santos e a solução dada foi a mesma: «não incidência da quota de previdência sobre qualquer modalidade de serviços portuários, prestados para fins de exportação». Mais uma consulta foi promovida, desta feita pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica, que recebeu a resposta de que «não incide quota de previdência sobre os serviços de chatas, rebocadores e lanchas»;

f) que, diante dessas decisões, a autarquia-ré deixou de exigir o tributo, a partir de janeiro de 1973, mas o recebeu de junho/1966 a dezembro/1972, incorrendo, assim, em locupletamento repellido pela lei, cuja restituição se impõe, com os acréscimos legais, ex vi do artigo 964, do Código Civil e artigos 165 e 167 do CTN. Juntou os documentos de fls. 16/728.

Contestou o Instituto Nacional de Previdência Social (fls. 732/734), alegando que existe outra ação, tramitando no mesmo Juízo, em que a «autora manifesta idêntica pretensão, que tem o nº 8.565 e que há uma ação tombada sob o nº 7.707 (1973),

em que a autora pretendeu a restituição somente por parte do INPS, desistindo, porém de sua pretensão, frente à contestação». Diz que a petição inicial está eivada de inverdades e que a cota de previdência que constitui contribuição da União para o custeio da Previdência Social, é cobrada diretamente do público e depositada em conta especial no Banco do Brasil S.A. formando, com outras quantias especificadas, o Fundo de Liquidez da Previdência Social. Essa conta era movimentada pelo Departamento Nacional de Previdência Social, até a sua extinção, quando suas atribuições foram transferidas para as recém-criadas Secretarias de Previdência Social e Assistência Médico-Social, inclusive a incumbência de gerir o Fundo de Liquidez da Previdência Social. Dessa maneira a autora nunca pagou cota de previdência ao Instituto Nacional de Previdência Social, nada tendo, por isso, que devolver-lhe. Como preliminar, pediu a absolvição de instância, nos termos do artigo 201, VI, do antigo CPC, e, no mérito, sustentou a improcedência da ação, uma vez que ninguém pode devolver o que não recebeu.

Contestou, também, a União Federal (fls. 736/741), alegando, em resumo: 1º) que, preliminarmente, a autora não tem direito à restituição das parcelas recolhidas antes de 17-8-68, visto que já se encontra prescrito o direito a essa restituição, de conformidade com o que preceitua o artigo 168, I, da Lei nº 5.172/66, c/c o artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6-1-32; 2º) que, quanto ao mérito, a autora não comprovou que o montante da contribuição parafiscal por ela recolhido aos cofres do Banco do Brasil foi efetivamente oriundo do pagamento da cota de previdência social, anteriormente incidente «sobre qualquer mercadoria destinada à exportação, despachada em qualquer dia, hora ou via»; 3º) que, tendo

em vista que a mencionada contribuição parafiscal continua incidindo sobre diversas atividades relacionadas com comércio exterior, como a contribuição de 10% sobre as tarifas de estradas de ferro, carris, transportes aéreos, portos, etc. e a de 8% incidente sobre os preços das mercadorias, animais, encomendas e demais receitas que integram a renda bruta das empresas «que explorem ou executem serviços de navegação marítima, fluvial ou lacustre de portos ou canais», conclui-se que o pedido da autora não poderá merecer guarida, por «improcedente, temerário e um tanto confuso»; 4º) que não são aplicáveis ao caso os artigos 143, da Lei nº 3.807/66, 189, do Decreto nº 60.501/67 e 165, do CTN; 5º) que falta à autora *legitimatío ad causam* para pleitear a restituição do tributo em questão, cobrado das pessoas e empresas que se utilizavam de seus serviços e que são contribuintes de fato, porque arcaram, inicialmente, com o gravame financeiro, a não ser que provasse que sofreu, em definitivo, o encargo em discussão, sem transferi-lo a quem quer que fosse, ou se estivesse, para tanto, autorizada por aqueles a quem prestou os seus serviços de agenciamento de navios e atividades semelhantes.

O despacho saneador de fl. 748 determinou a juntada aos autos da Ação nº 8.565, «entre as mesmas partes e com objeto que guarda inteira conexão com o da presente, a merecer solução uniforme, em uma só sentença.»

Na peça inaugural do Processo nº 8.565 (fls. 750/760), a autora repete, item por item, as razões da inicial dos autos principais, com a única diferença de que, no processo principal, a autora pretende a restituição do tributo parafiscal (cota de previdência) que pagou, através da Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada, enquanto que, no Processo nº 8.565 postula a restitui-

ção do que recolheu através das Administrações Portuárias de Salvador e Ilhéus.

O INPS e a União Federal contestaram, reproduzindo as razões deduzidas no processo principal (fls. 1822/1823 e 1844/1849).

Através do despacho saneador de fl. 1857, o Dr. Juiz determinou a juntada aos autos da Ação nº 8.557, para decisão uniforme, em uma só sentença.

A autora juntou às fls. 1859/1874, transcrição de Acórdãos do Egrégio STF que modificaram a Súmula nº 71, para a constituição da de nº 546.

A União Federal, à fl. 1876, pediu reconsideração do despacho saneador, que deferiu a perícia contábil na Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada, sob a alegação de que essa sociedade é absolutamente estranha à relação processual e requer receba o Dr. Juiz o pedido, caso não o acolha, como agravo no auto de processo. O Dr. Juiz reconsiderou o «despacho de fl. 1857, para excluir também o exame de escrita da empresa, alheia ao processo» (fl. 1878). À vista da petição de fls. 1879/1880, da autora, e dos documentos por esta juntados (fls. 1881/1916), com o objetivo de demonstrar o relacionamento existente entre a mencionada sociedade e a causa em curso, proferiu o Dr. Juiz a seguinte decisão:

«1. Após proferido despacho saneador, segundo estabelecido no artigo 294, do Código de Processo Civil, então vigente, novos elementos vieram aos autos, já sob a vigência do Código novo, que requeiram a adoção de medidas preliminares.

2. Assim é que, a matéria noticiada pela a., relativa à existência de Processo de Execução Fiscal, em curso na 2ª Vara desta Seção, envolvendo a autarquia-ré e a So-

ciiedade de Navegação e Alvarengagem Ltda. dada a comunhão de interesses e sendo a relação jurídica de resolver-se de modo uniforme, seja para a a. seja para a referida sociedade, evidencia-se no processo a ocorrência de litisconsórcio ativo necessário.

3. Em situação que poderá apresentar-se similar se encontram as administrações dos Portos de Ilhéus e de Salvador, que arrecadaram da a. cota de previdência de que há notícia em faturas com que são instruídas as iniciais das ações, cujos pedidos se acham aqui cumulados.

4. Em face do exposto, com fundamento no artigo 327, parte final do Código de Processo Civil, determino à a. que promova, no prazo de 30 dias, a citação dos litisconsortes Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Ltda., as entidades encarregadas das administrações dos Portos de Ilhéus e de Salvador, a autarquia Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis e a Companhia Docas da Bahia, S.A., a primeira, que pleiteia por decisão idêntica à a., como litisconsorte ativa e as demais, para que assumam, na causa, as posições litisconsorciais que ditarem os seus interesses, segundo a participação nos fatos que ensejaram a demanda.

5. O objeto do Processo de Execução Fiscal, em curso, sob o nº 8.834, no MM. Juízo da 2ª Vara, desta Seção Judiciária, está contido no objeto da presente ação, exigindo decisão simultânea, pelo que determino a sua requisição, para ser à mesma reunido, como dizem os artigos 105/106 do Código de Processo Civil.»

.....
(Fl. 1920/1920v).

O Processo de execução Fiscal nº 8.834, foi requisitado e juntado aos

autos, às fls. 1924/1974. Dele consta, em suma, o seguinte:

1. Petição inicial de fl. 1925, em que o INPS pretende receber da Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada a importância de Cr\$ 75.736,49, referente à cota de previdência do período compreendido entre 10/71 a 6/72, mais juros, correção monetária, custas e honorários advocatícios;

2. Embargos de fls. 1935/1951, em que a Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada alega, em síntese, o seguinte: a) que, nos processos n.ºs 8.557 e 8.565, (ações ordinárias de restituição de tributo parafiscal) o Instituto credor, réu naquelas ações, diz ser parte ilegítima para restituir o citado tributo. Ora, se ele é parte ilegítima para restituir o tributo, também deve ser considerado como tal para cobrá-lo, motivo por que requer seja absolvida da instância, em face da confessada ilegitimidade *ad causam* ativa do credor; b) que a petição inicial é inepta, tendo em vista que, a título de contribuição, cobra o INPS a importância de Cr\$ 44.530,62, no seu pedido inicial, apresentando no entanto, no documento que instrui a inicial, que não é título líquido e certo, a quantia de Cr\$ 50.352,81. Parte desse débito já foi pago pela ré; c) que a inicial ainda é inepta por que o exequente não fixou, com exatidão, a origem da dívida, para caracterizar sua liquidez e certeza; d) que o exequente promoveu, na área administrativa, o levantamento do débito relativo às cotas de previdência sobre operações de exportação, e embora indevida, passou a exigir o pagamento, sob a ameaça, de não fornecer Certificado de Quitação, indispensável aos seus negócios, o que obrigou a ré a subscrever a «Confissão de Dívida Fiscal»; e) que o exequente, não satisfeito, ainda exigiu que a ré emitisse notas promissórias iguais às duas que instruem os embargos;

f) que incorreu em erro de direito ao subscrever a confissão de dívida, pelo que é nulo o ato jurídico, incapaz de produzir efeito, pelo fato de que o tributo exigido passou a ser indevido a partir da publicação da Lei n.º 5.025, de 10-6-66, sobre qualquer modalidade de serviços portuários prestados para fins de exportação; g) cita pareceres do MTPS sobre a ilegalidade da cobrança do tributo e comentários aos artigos 86 do Código Civil e 165 do CTN e requer a absolvição de instância, ou, não concedida esta, seja a execução julgada improcedente, «para ser reconhecida como nula a confissão de dívida e os efeitos das promissórias que serão juntadas aos autos, descabendo a cobrança da parcela principal e em qualquer caso as acessórias, pela invalidade jurídica da primeira.»

Os litisconsortes foram citados às fls. 1978 e 1980. Apenas a Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada compareceu a Juízo, na condição de litisconsorte ativo (fls. 1982/1983), dizendo que «efetivamente funcionou, como funciona, na qualidade de agente arrecadadora da cota de previdência, conforme prevê a legislação previdenciária em vigor», e, como tal, cobrou de D. Brussel & Cia. Ltda. e de outras tomadoras de seus serviços, em operações de exportação, a cota de previdência. Tais cobranças e recolhimentos em favor da previdência estão consignados na sua contabilidade, que sofreu fiscalizações por parte do INPS. Sua presença nos autos «será apenas para expor a sua contabilidade à perícia requerida por D. Brussel & Cia. Ltda.»

A escrita da Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada foi submetida a exame pericial, tendo sido apresentado o laudo de fls. 2019/2454, subscrito pelo perito e pelos assistentes técnicos indicados pela autora e pela autarquia-ré.

Na audiência designada para a instalação da diligência pericial, (fls. 2013/2015), a autora argüiu o impedimento do assistente técnico indicado pela autarquia-ré, que foi indeferido pelo Dr. Juiz, motivando a interposição, por parte da autora, de agravo de instrumento retido nos autos. O Dr. Juiz não se reconsiderou.

Sobreveio, a seguir, a sentença (fls. 2488/2511), que julgou improcedentes as Ações Ordinárias de Repetição de Indébito de nºs 8.557 e 8.565 e procedentes os embargos à Execução Fiscal nº 8.834, ao seguinte dispositivo:

«Isto posto, por tudo o que acima ficou dito, e mais o que consta dos autos, julgo improcedentes as Ações Ordinárias de Repetição de Indébito de nºs 8.557 e 8.565, condenando a sociedade-autora D. Brussel & Cia. Ltda. acima qualificada, a pagar aos réus, Instituto Nacional de Previdência Social e União Federal os honorários de advogado que arbitro em 10% (dez por cento) sobre as somas dos valores atribuídos às causas mencionadas, condenando, ainda, a citada sociedade ao pagamento das custas processuais. Por outro lado, pelo que ainda acima ficou dito, julgo procedentes os embargos opostos à Execução Fiscal nº 8.834 e declaro insubsistente a penhora de fl. 1932, condenando o Instituto Nacional de Previdência Social a pagar à sociedade-embargante os honorários de advogado que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à execução, ressaltando o direito do Instituto-embargado de recorrer às vias ordinárias para receber o tributo arrecadado pela devedora. Deixo de condenar a autarquia ao reembolso das custas, uma vez que estas não chegaram a ser pagas pela embargante. Decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 475, inciso III, do CPC, devendo os presentes au-

tos serem remetidos ao Tribunal Federal de Recursos, após o decurso do prazo para interposição de recurso voluntário.»

.....
Apelou D. Brussel & Cia. Ltda. (fls. 2517/2524), alegando, em resumo, o seguinte:

1. que, para o deslinde da questão, bastariam as normas positivas que relacionou na inicial e as Súmulas nº 71 e 546 do STF;

2. que ingressou em Juízo para pedir a restituição das importâncias que pagou indevidamente à União Federal e ao Instituto Nacional de Previdência Social a título de cota de previdência, pelo uso de serviços portuários e de navegação marítima, fluvial, lacustre, de portos e canais e que continuaram a ser exigidos após o advento da Lei nº 5.025/66;

3. que a União Federal «procurou emprestar ao quadro tributário da cota de previdência sobre as operações de exportação em portos e nos serviços portuários e de navegação marítima fluvial ou lacustre, de portos e canais, uma feição de tributo transferível, que, efetivamente, não é e não tinha como sê-lo»;

4. que ficou comprovado nestes autos: a) que o tributo que pagou à apelada era inexigível e dizia respeito apenas a operações de exportação; b) que houve o real pagamento do tributo, já apurado o seu valor, acrescido das parcelas acessórias, conforme laudo pericial constante dos autos, «sendo possível a sentença líquida, ao contrário do que disse o ato recorrido, referindo-se à execução»; c) que não existe a alegada impossibilidade jurídica da restituição da cota de previdência, que é tributo de natureza direta; d) que a cota de previdência não é transferível, e, por isso, quem suportou o ônus foi a apelante;

5. que a União Federal procura estabelecer propositadamente confusão entre contribuinte de fato e de direito com agente e armador. Estes são solidários na atividade mercantil e aqueles são concorrentes na carga tributária;

6. conclui, sustentando que a hipótese é a do artigo 165, do CTN, por se tratar de tributo direto e que a prova do pagamento foi produzida com as faturas anexas à inicial e com a perícia, e pedindo a reforma da r. sentença.

Apelou, também, o Instituto Nacional de Previdência Social (fls. 2526/2542), sustentando, em síntese:

1. que a apelante «promoveu a execução judicial da já referida Confissão de Dívida Fiscal de nº 04-002/42/72 firmada pela Sociedade de Navegação e Alvarengagem Limitada, ora apelada. Dita confissão de dívida abrange quantias relativas a cotas de previdência que a contribuinte-devedora-apelada, na qualidade de arrecadadora por disposição de lei, arrecadou através a mencionada D. Brussel & Cia. Ltda., no período de 10/71 a 6/72, e deixou de recolher ao Fundo de Liquidez da Previdência Social». Ao assinar a mencionada confissão, a apelada renunciou expressamente a qualquer contestação quanto ao valor da dívida assumindo integral responsabilidade pela exatidão do montante declarado e confessado;

2. que os embargos à execução são os mais inusitados pois «não se concebe que uma empresa, funcionando como agente arrecadadora de tributos, arrecade-os e, depois de arrecadá-los, negue-se a recolher o produto arrecadado aos cofres públicos (FLOS) e venha ainda a Juízo, pretendendo continuar na retenção indevida, sob a alegação de que a arrecadação foi indevida: mesmo em se tratando de indébito, não competia a ela — arrecadadora e embar-

gante, restituir ou discutir a restituição»;

3. que, se discutível a ilegitimidade passiva da autarquia apelante para a restituição do alegado indébito, é indiscutível sua legitimidade para fiscalizar e cobrar a cota de previdência como bem acentuou o Dr. Juiz;

4. que não procede a alegação da apelada de iliquidez da dívida. Os valores constantes da inicial e da confissão da dívida não poderiam guardar uma correspondência quantitativa, já que o daquela «é o de um saldo devedor corrigido e com os acréscimos legais de juros e multa» «mesmo que a soma das referidas notas promissórias importassem algum equívoco não poderiam afetar o executivo, vez que as mesmas não constituem o objeto daquela execução — não foram elas cobradas»;

5. que é improcedente também a arguição de não se encontrar regularmente inscrita a dívida, uma vez que certidão de dívida inscrita é um título executivo-fiscal e confissão de dívida fiscal é um outro título executivo-fiscal. No caso, a confissão de dívida, por si só, «reveste-se da qualidade de título executivo, com todos os seus atributos de liquidez, certeza e exigibilidade, *ex vi legis* (CLPS, artigo 147, § 2º, — o dispositivo consolidado é o artigo 84 da Lei nº 3.807/60 LOPS)»;

6. que a embargante, ora apelada, não provou que quem pagou diretamente o tributo tenha sofrido a carga tributária, a fim de tornar legalmente possível a repetição do indébito. «Aliás, essa prova bem como a pugna pela restituição não competia mesmo à arrecadadora-embar-gante e apelada, o que lhe competia, unicamente, era efetuar o recolhimento do produto arrecadado;

7. que entende devam os embargos ser rejeitados liminarmente, «a não ser que a embargante se apre-

sentasse como procuradora de D. Brussel & Cia. Ltda. através da qual fora arrecadado o tributo», pois «a pretensão da embargante-apelada deveria se restringir a uma mera impugnação de cálculo que se deslinhariam junto ao Contador do MM. Juízo a quo e a prestação jurisdicional também»;

8. que não pode prevalecer o entendimento da r. sentença de que a apelante deve recorrer às vias ordinárias para receber o tributo arrecadado pela apelada. «A força executiva da dívida ajuizada, na espécie **in examen**, é muito maior que a sua costumeira força, quer dizer, que a força que comumente possui a confissão de dívida fiscal, vez que decorre de tributo arrecadado pela própria confitente-devedora: nada, portanto, mais líquido, mais certo e mais exigível»;

9. que espera «seja dado provimento ao recurso ora interposto e, reformada a v. sentença a quo no respeitante, determine-se o prosseguimento no feito executivo até o integral pagamento da dívida, cujas dificuldades para uma apuração definitiva, **permissa venia**, envolvem uma simples questão de cálculo para ratificação do **quantum** executado e que, facilmente, poderão ser superadas pelo Contador ou junto ao Contador daquele MM. Juízo recorrido.»

Respondeu apenas a apelada D. Brussel & Cia. Ltda. (fls. 2547/2557).

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 2555/2557, tendo o Dr. Geraldo Andrade Fontelles, Subprocurador-Geral da República, concluído assim o seu parecer:

«6. Pelo que se pode constatar na vasta e minuciosa trajetória sentencial, baseando-se na legislação pertinente e nos enunciados jurisprudenciais do Pretório Excelso (Súmula nºs 71 e 546), bem como nos princípios fundamentais do Di-

reito Público e nas funções essenciais do Estado para consecução de seus objetivos políticos e sociais, notadamente o aspecto econômico da questão, não há porque censurar a decisão recorrida, uma vez que ela encontra-se perfeitamente em consonância com a lei e a jurisprudência dominante.

7. Isto posto, a União Federal, ratificando as suas manifestações, constantes dos autos, e solidarizando-se com a defesa da autarquia assistida, espera que essa Egrégia Corte faça a costumeira justiça, dando-se provimento à Apelação do INPS (razões de folhas 2526/2542), e confirmando-se a r. decisão recorrida no que concerne ao apelo da parte contrária.»

.....
(fls. 2556/2557).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Examino, por primeiro, o apelo da autora, D. Brussel & Cia. Ltda. (fls. 2517/2524).

A sentença julgou improcedente as ações de repetição de indébito, por dois motivos: a) porque o direito da autora, «de haver a restituição está caduco em relação às parcelas ...anteriores a 5 anos do ajuizamento das ações...» b) impossibilidade jurídica da repetição de tributos indiretos, na forma do disposto no artigo 166, CTN.

Quanto ao argumento sob a suso, escreveu a sentença (fl. 2502):

.....
«Já a segunda questão, diz respeito a preliminar, desta vez levantada pela União-ré, referente a prescrição das parcelas relativas à quota de previdência recolhidas antes de 17 e 24-8-68. Diz a União que segundo o disposto no artigo

168, inciso I da Lei nº 5.172/66 cc. o artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6-1-1932 a prescrição quinquenal atingiu todas as parcelas anteriores a 17 e 24-8-58 relativas à quota de previdência que teriam sido recolhidas pela autora aos cofres da Companhia Docas da Bahia ou à Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada, eis que as petições iniciais das ações ordinárias foram despachadas nos dias 17 e 24-8-73.

Fazendo exclusão do disposto no Decreto nº 20.910/32 que, em matéria tributária, como é o caso, não tem aplicação, assiste, em parte, razão à União. De fato, o artigo 168 do CTN (Lei nº 5.172/66) prevê um prazo de 5 anos, que é de decadência do direito de o contribuinte haver a restituição do indébito, cujo marco inicial, entretanto, não coincide com o nascimento da obrigação tributária mas, inicia-se ou conta-se da data do pagamento indevido ou, usando a expressão do código, «data da extinção do crédito tributário» (artigo 168, inc. I do CTN).

Assim, o direito da autora de haver a restituição está caduco em relação às parcelas pagas espontaneamente do tributo indevido (artigo 168, inc. I c/c. artigo 165, inciso I do CTN) anteriores a 5 anos do ajuizamento das ações e, se for o caso, apurável em execução. Esse reconhecimento, no entanto, não impede a apreciação do mérito da causa, uma vez que, grande parte do que se pede, em restituição, ainda não foi apanhado pela decadência».

II

Segundo temos sustentado, a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de de-

cadência, contado na forma do disposto no artigo 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, artigo 169). Inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

Assim decidimos na AC nº 61.221-SP, Relator, Ministro Pádua Ribeiro.

No voto que então proferi, disse eu:

«Estabelece o Código Tributário Nacional (artigo 165), que o sujeito passivo (contribuinte ou responsável, CTN, artigo 121, parágrafo único, I e II) tem direito à restituição do tributo pago indevidamente:

a) em face da legislação tributária aplicável, vale dizer, o tributo incompatível com a legislação, ou tributo sem causa jurídica (CTN, artigo 165, I, 1ª parte);

b) em face de erro de fato: «aquilo que a autoridade (ou o próprio sujeito passivo) pensou ser a situação de fato definida na lei, para gênese da obrigação tributária, não era, na realidade, tal situação nem a ela poderia ser racionalmente equiparada». (A. Baleeiro, «Dir. Trib. Brasileiro». Forense, 10ª ed., 1981 pág. 563, CTN, artigo 165, I, 1ª parte);

c) em virtude de erros de fato: erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento (CTN, artigo 165, II);

d) por ter sido reformada, anulada, revogada ou rescindida decisão condenatória (CTN, artigo 165, III). Neste caso, sustenta Baleeiro, a decisão em apreço pode ser ad-

ministrativa ou judicial (Ob. cit., pág. 564).

III

O direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos (CTN, artigo 168), que se conta assim:

a) da data da extinção do crédito tributário (melhor será dizer: do pagamento do crédito tributário), nas hipóteses de:

a.1. cobrança ou pagamento indevidos, ou maiores que o devido (CTN, artigo 165, I, 1ª parte, ex vi do disposto no artigo 168, I);

a.2. erro na interpretação da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (CTN, artigo 165, I, 2ª parte, ex vi do disposto no artigo 168, I);

a.3. erro na identificação do sujeito passivo, na determinação de alíquotas, no cálculo do montante do débito, ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento (CTN, artigo 165, II, ex vi do disposto no artigo 168, I).

b) da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória (CTN, artigo 165, III, ex vi do disposto no artigo 168, II). Nesta hipótese, há uma decisão definitiva, favorável ao sujeito passivo, administrativa ou judicial.

IV

Se o direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos (CTN, artigo 168), conforme acima exposto, esclareça-se que a ação anulatória da decisão administrativa que de-

negar a restituição prescreve em dois anos (CTN, artigo 169). Ensinava Baleeiro, a propósito:

«se a decisão administrativa foi contrária ao sujeito passivo, denegando-lhe a restituição pleiteada, ele poderá intentar ação judicial de anulação desse ato administrativo. Mas deverá fazê-lo dentro de 2 anos da publicação desse ato. O prazo é de prescrição e não de decadência. Em consequência, interrompe-se pela propositura da ação, mas a prescrição voltará a correr pela metade do prazo a partir da intimação, aliás citação do representante judicial do sujeito ativo». (Ob. cit., pág. 570).

V

De todo o exposto, conclui-se que o direito de pleitear, judicialmente, a restituição de indébito tributário, dá-se com a ação anulatória da decisão administrativa que denega a restituição. Noutras palavras, a restituição tem que ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos (CTN, artigo 168). Denegada a restituição, administrativamente, o sujeito passivo terá o direito de ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, artigo 169).

VI

A questão, no particular, põe-se no campo do interesse de agir. O controle jurisdicional do ato administrativo consiste no fato do Poder Judiciário corrigi-lo, se violador de direito. Isto quer dizer que o ato há de existir. Ora, se «o interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida», segundo o magistério de Frederico Marques («Instituições de Dir. Proc. Civil»,

Forense, 2ª ed., 1962, II/33), inexistiria interesse de agir se incoerente o ato administrativo sobre o qual deveria incidir o controle judicial, porque, na lição de Liebman, esse interesse de agir incoerente «quando se demonstra que a lesão ou ameaça que é denunciada, na realidade não existe, ou não se verificou ainda». («Curso de Direito Processuale Civile», pág. 49; ap-J. Frederico Marques, «Instituições», II/34).

VII

Em suma: a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contado na forma do disposto no artigo 168, CTN. Denegada a restituição, administrativamente, poderá o sujeito passivo ajuizar ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, artigo 169). É que, conforme bem escreveu o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, «sem a negativa do Fisco em devolver a quantia pleiteada pelo contribuinte, não é possível divisar a lide ensejadora da invocação da proteção jurisdicional do Estado». Sem essa negativa, diríamos nós, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir».

.....
Ora, não tendo sido pleiteada, administrativamente, a restituição, decaiu a autora, ora apelante, do direito de fazê-lo.

Assim, em linha de princípio, sendo necessário, entretanto, distinguir: a) as contribuições cuja restituição é pedida, que foram pagas anteriormente ao quinquênio que precede à propositura da ação; b) as contribuições, cuja restituição é pedida, que foram pagas dentro no quinquênio que precede à propositura da ação.

Aquelas, sob a, foram apanhadas pela decadência, motivo porque a ação não poderia prosseguir, porque extinto o direito à restituição; todavia, com relação às contribuições sob b, não apanhadas pela decadência, a ação poderia prosseguir.

Dir-se-á que estaria contraditório o voto, no particular. É que sustentamos que a restituição do indébito tributário deve ser pleiteada administrativamente, no prazo de cinco anos, e que, somente diante da negativa da restituição, administrativamente, é que poderá o sujeito passivo ajuizar a ação anulatória dessa decisão administrativa, observado o prazo prescricional de dois anos (CTN, artigo 169), e que, inexistente a negativa do Fisco em restituir a quantia reclamada, ao sujeito passivo faltaria o interesse de agir, que é condição da ação.

A objeção, em verdade, não teria procedência.

Em caso semelhante, AC nº 44.001-RS, disse eu, ao votar:

.....
«No que concerne à alegação de que não teria a autora requerido, administrativamente, o benefício e que, por tal razão, não seria titular do direito de ação, também não acolho.

De fato, a função jurisdicional exerce-se em termos de exame do ato administrativo, para corrigi-lo, se contrário à ordem jurídica. Inexistente o ato, inexistente, é certo, um dos pressupostos do direito de ação, que é o legítimo interesse.

Mas o que acontece é que, ajuizada a ação, contestou a União o direito da autora. Tem o Judiciário, então, condições de examinar a questão, em todos os seus aspectos, em ordem de fazer valer a vontade concreta da lei. Obrigar, em caso assim, a parte a requerer administrativamente, para ter in-

deferido o pedido, para que depois venha a Juízo, é fazer tábula rasa da pretensão substantiva, em favor de regra formal, o que não se coaduna com a concepção moderna do processo, que lhe empresta caráter instrumental, apenas».

.....
Decidiu, então, a 2ª Turma, na sua composição antiga, na mencionada AC nº 44.001-RS, de que fui Relator, em 13-5-77:

«Pensão-Prescrição. Caráter Alimentar. Direito de Ação. Legítimo interesse.

I — Dado o seu caráter alimentar, é imprescritível o fundo de direito, ou a ação respectiva.

II — A função jurisdicional exerce-se em termos de exame do ato administrativo, para corrigi-lo, se contrário à ordem jurídica. Inexistente o ato, inexistente, é certo, um dos pressupostos do direito de ação, que é o interesse de agir. Todavia, se a ré contesta o direito da autora, tem o Judiciário, então, condições de examinar a questão em todos os seus aspectos, em ordem de fazer valer a vontade concreta da lei: obrigar, em caso assim, a parte a requerer administrativamente, para ter indeferido o pedido, para que depois venha a Juízo, é fazer tábula rasa da pretensão substantiva, em favor da regra formal, o que não se coaduna com a concepção moderna do processo, que lhe empresta caráter instrumental, tão-só.

III — Sentença confirmada. Recurso desprovido».

Em caso igual, decidiu esta Egrégia Corte, na AC nº 17.762-PE, Relator o saudoso Ministro Oscar Saraiva:

«Se a Administração não pratica ato lesivo, ou não se queda em omissão também lesiva, e se nem sequer é provocada a se pronun-

ciar, não cabe ao Judiciário fazer suas vezes, e decidir originariamente pretensão de particular que se deveria ter dirigido antes ao Executivo, e que assim não o fez ou não quis fazer». (RTFR nº 13/50).

No voto que serviu de roteiro ao Acórdão, disse o saudoso e eminente Ministro Oscar Saraiva, que tanto honrou e dignificou este Tribunal:

«Não está em jogo o mérito da ação, isto é, se cabe ou não a restituição reclamada, mas a questão de saber se, sem prévia provocação à Administração Pública, e sem que haja negativa desta, assiste à parte a faculdade de vir a Juízo reclamar restituição tributária. No regime constitucional da separação harmônica dos poderes da soberania, a função constitucional do Judiciário, entre outras, é a de assegurar o particular contra qualquer cerceamento ou denegação de seus direitos pela Administração Pública, e nesse sentido há de ser entendida a regra do § 4º do artigo 141 da Constituição, **verbis**: «A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual».

Mas, se a Administração não pratica ato lesivo, ou não se queda em omissão também lesiva, e se nem sequer é provocada a se pronunciar, não cabe ao Judiciário fazer suas vezes, e decidir originariamente pretensão de particular que se deveria ter dirigido antes ao Executivo, e que assim não o fez ou não quis fazer. Essa foi a prejudicial decidida nestes autos, e se a discussão se tivesse limitado à mesma, mereceria a sentença plena confirmação, para que a declarassem as autoras carecedoras de ação. Mas a União, ao contestar a ação, impugnou o pedido em seu mérito e afirmou ser infundada a restituição pretendida. Daí já não

ter mais sentido remeter as autoras à via administrativa, eis que já veio a Administração a Juízo contestar em seu mérito o pretendido direito das autoras. Daí entendermos que a ação deve ser julgada em seu mérito, e como não o tinha feito o Dr. Juiz de Primeira Instância que, embora declarando-a improcedente, ateve-se apenas à matéria prejudicial, é caso de restituir-se o processo à Primeira Instância para que aí seja decidido, sem o que julgaria o Tribunal o pedido de instância única.

Meu voto, pois, é para que baixem os autos à Primeira Instância, a fim de que seja o pedido julgado **de meritis**».

* * *

É exatamente isto o que ocorre, no caso.

Ajuizada a ação de restituição, a autarquia-ré, o INPS, a contestou. E, ao fazê-lo, impugnou o pedido em seu mérito, afirmando ser infundada a restituição pretendida. Assim, no que tange às contribuições não apañadas pela decadência, deverá a ação ser examinada e decidida.

É o que passo a fazer, em seguida.

III

Examino, agora, o segundo argumento da sentença, no sentido de que descabe, no caso, a restituição, porque o tributo, por ser indireto, repercute, incidindo, pois, na espécie a regra do artigo 166, CTN.

Também nesta parte a sentença é de ser mantida.

Porque, em verdade, trata-se de pedido de restituição de tributo indireto, o que ficou suficientemente demonstrado na sentença.

Destarte, na forma do disposto no artigo 166, CTN, cumpria à autora, ora apelante, ter demonstrado que assumiu o encargo financeiro, vale dizer, que pagou o tributo e não o

transferiu a terceiro, ou, se o transferiu a terceiro, que estava por este expressamente autorizada a receber a restituição.

Isto não foi feito.

Correta, pois, a sentença, quando escreve:

.....

«Afastada mais esta dificuldade, resta apreciar a quarta e última questão, que diz respeito à controvérsia sobre a impossibilidade jurídica da repetição de tributos indiretos. Alega a União contestante que a questionada contribuição parafiscal, caracteriza-se «como contribuição indireta, por excelência e, portanto, o seu ônus é facilmente transferível para o contribuinte de fato, graças ao fenômeno econômico-financeiro conhecido como translação ou repercussão do tributo», sendo lícito supor que «a autora simplesmente desempenhou a função de intermediária, ao receber de terceiros, importadores e exportadores ou proprietários de navios, uma contribuição parafiscal a ser depositada em conta especial no Banco do Brasil S.A., para, dali ser canalizada para o INPS, pelo que não tem *legitimatío ad causam* para pleitear a restituição do tributo em foco», *ex vi* do que dispõe o artigo 166, da Lei nº 5.172/1966, também objeto das Súmulas nºs 71 e 546 do Supremo Tribunal Federal.

O tema levantado pela União-ré já foi motivo de acirrados debates em nossos Tribunais, dando azo ao aparecimento da Súmula nº 71, do STF, segundo a qual «embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto». O rigor dessa Súmula foi, segundo Aliomar Baleeiro, neutralizado pela de nº 546, que estabelece: «cabe restituição do tributo indireto pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte *de iure*

não recuperou do contribuinte de **facto** o **quantum** respectivo». A tese enunciada nessa Súmula foi a consagrada pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

«A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la».

Ficou, assim, assentada a possibilidade jurídica da repetição de tributos indiretos, desde que fique comprovado haver o postulante assumido o referido encargo fiscal, ou caso o tenha transferido a terceiro, prove estar por este autorizado a recebê-la. O problema se desloca, então, para o terreno da prova do prejuízo, sendo oportuno lembrar que para a lei, a repercussão do imposto indireto é sempre presumida, competindo ao contribuinte de **jure** comprovar cabalmente, que não transferiu a terceiro o ônus fiscal.

Pois bem, sendo a taxa de previdência uma contribuição da União para custeio da Previdência Social, diretamente arrecadada do público, pela execução de serviços sujeitos ao regime da Lei Orgânica de Previdência Social (artigo 71, inc. I, da Lei nº 3.807/60 e artigo 166 do RGPS) claro está que, em princípio, trata-se de tributo afeto ao fenômeno da repercussão, uma vez que não é o contribuinte de **jure** (pessoa legalmente designada a pagá-lo) quem sofre o encargo fiscal, mas o contribuinte de **facto** (pessoa que, efetivamente, paga o tributo, suportando-o economicamente).

Se em princípio a transferência do tributo, **in casu**, pode e deve ser admitida, não assiste razão à auto-

ra, quando sustenta que «paga a cota de previdência pelo agente, não há para quem se transferir a obrigação tributária; é ele o contribuinte de **facto**» (cf. fls. 747 e 1855), uma vez que todos nós sabemos que o fenômeno da repercussão pode ser múltiplo, isto é, pode operar entre várias pessoas, sucessivamente. Aliás, essa afirmação da autora não passou de mera alegação, desprovida de qualquer prova, sendo certo que ela, autora, é, às vezes, até contraditória, quando diz às mesmas fls. 747 e 1855, que:

«demais disto o agenciamento de navios (atividade da autora) atribui extensividade da própria pessoa do armador, que não tem domicílio, às vezes, no território nacional, para responder por obrigações fiscais, quando então o próprio agente responde».

Eu complemento: o agente responde, paga e recebe do armador, porque é correto, é certo que o agente responde — contribuinte de **iure** — mas transfere o encargo para o armador — contribuinte de **facto**. Neste ponto, temos que ficar com a União-ré quando diz que:

«Sabendo ela (refere-se à autora) de que estava obrigada a pagar 8% ou 10% do valor dos serviços prestados aos seus vários clientes, concernentes a carga, descarga, embarque, desembarque, rebocamento, etc., realizados pelos Portos de Salvador e Ilhéus, é lícito presumir que a autora, quando estipulava a remuneração de seus serviços com os diversos armadores computava, de logo, no preço cobrado, os ditos percentuais relativos à quota de Previdência. Isto é «óbvio e ululante», pouco ou nada importando, por ser irrelevante, que ela, por hipótese, não especificasse ou declarasse tal parcela na fatura, até porque não estava compelida a tanto e, para isso,

certamente cobrava um preço global no qual havia, na sua escritura, uma continente fiscal, ou seja, a Quota de Previdência» (cf. Memorial da União de fls. 2478/2479).

Mas voltando ao pronunciamento da autora de fls. 747 e 1855, vamos encontrar o seguinte trecho:

«Enfim, o agenciamento de navios pressupõe a plena e implícita defesa do direito dos navios, quando não se verifica, por outras vezes, o prejuízo do Agente pelo que pagou indevidamente e não foi ressarcido».

Certo. Posso até concordar mas, onde está a prova do prejuízo? Onde está a prova de que a autora não foi ressarcida do que pagou indevidamente? Não existe. A autora não apresentou. Ora, já foi dito, mas volto a repetir que o Código Tributário Nacional abraçou a tese vitoriosa no Supremo de que a natureza indireta do tributo não afasta a pretensão à restituição, desde que o contribuinte demonstre que arcou, exclusivamente, com a incidência, sem repercussão do imposto. O ônus da prova, claro, também já foi dito, é do contribuinte e, no caso dos autos, cabia à autora provar que assumiu o encargo fiscal e isso não foi feito. Partindo do falso e absurdo pressuposto de que, **in casu**, o ônus da prova incumbia à União-ré (cf. fls. 1859/1860), a autora não se preocupou em produzir a menor prova, mínima sequer, de que assumiu, por inteiro, o encargo fiscal, cuja restituição postula. Preocupou-se, isto sim, até em demasia, provar que pagou a taxa de previdência, indevidamente, a Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Limitada e as Administrações Portuárias de Salvador e Ilhéus (cf. fls. 16/728; 762/1817, além da perícia de fls. 2019/2454) mas, o fundamental e o indispensável para o deslinde da

causa não foi comprovado. E essa prova não era impossível ou sequer difícil. Bastava um exame pericial nos livros e arquivos da autora, o que em momento algum foi requerido ou protestado, numa demonstração inequívoca de que tal prova não lhe interessava, por lhe ser, na certa, desfavorável.

Assim, não demonstrado, de forma precisa, de que a autora arcou, por inteiro, sem repercussão, com o ônus fiscal, cuja restituição postula, deve a mesma ser julgada vencedora da ação de repetição, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Ainda agora essa Alta Corte, dando aplicação na Súmula nº 546, decidiu:

«Repetição de indébito — Taxa de despacho aduaneiro. Para restituição do pagamento indevido, é necessário que o contribuinte produza prova de não repercussão que, em princípio, ocorre. Aplicação da Súmula nº 546» — (RE nº 75.058, RJ, publicado no DJ, de 6-6-77, pág. 2891)».

..... (fls. 2503/2506)

Desprovejo o recurso da autora das ações de repetição.

IV

Aprecio o apelo da autarquia-previdenciária.

A sentença, no particular, assim deslindou a controvérsia (fls. 2506/2510):

«O Instituto Nacional de Previdência Social, Autarquia Federal, ajuizou o presente Executivo Fiscal, objetivando receber da Sociedade de Navegação e Alvarengagem Limitada, com sede nesta Capital, na Avenida Estados Unidos, nº 14, 8º andar, a importância de Cr\$ 75.736,49 (setenta e cinco mil, sete-

centos e trinta e seis cruzeiros e quarenta e nove centavos), referente à quota de previdência, no período compreendido entre 10/71 a 6/72 e mais juros, correção monetária, custas e honorários de advogado.

A Sociedade-devedora opôs à execução, mediante Embargos, arguindo, preliminarmente, ilegitimidade *ad causam* ativa do Instituto-credor e inépcia da inicial, pelo que pedia a sua absolvição da Instância nos termos do artigo 201, inc. VI, do antigo Código de Processo Civil. Alegando, ainda, não possuir a Autarquia-exequente Ação executiva contra a embargante e sim Ação Ordinária, passa a contestar o mérito, sob o fundamento de que a Sociedade-devedora incorreu em erro de direito ao subscrever a confissão de dívida de fl. 1926, pelo que é nulo o ato jurídico, incapaz de produzir efeitos, isso, pelo fato de que o tributo exigido — quota de previdência — objeto da confissão, passou a ser indevido a partir da publicação da Lei nº 5.025, de 10-6-66, sobre qualquer modalidade de serviços portuários, prestados para fins de exportação. Citando pareceres do MTPS sobre a ilegalidade da cobrança do tributo em pauta e comentários aos artigos 86 do Código Civil e 165 do Código Tributário Nacional, pedia a improcedência da Ação, condenando o Instituto-credor nas custas do processo e honorários de advogado, de 20% sobre o valor da cobrança.

Coerentemente com a tese exposta no julgamento da Ação Ordinária de Repetição de Indébito de nº 8.557, cumulada com a de nº 8.565 (proposta pela D. Brussel & Cia. Ltda. contra o Instituto Nacional de Previdência Social e União Federal), que é a tese abraçada pelo legislador do Código Tributário Nacional e sufragada pelo Supremo

Tribunal Federal, de que a regra é a não-devolução do tributo indireto para evitar o locupletamento ilícito do contribuinte *de iure*, tenho que admitir ser legítima a pretensão do Instituto-credor de haver da Sociedade-devedora a quota de previdência, arrecadada por esta última, ainda que reconheça, tratar-se de um tributo indevido. Este entendimento está alicerçado no pressuposto de que, sob o aspecto social, é preferível o locupletamento do Estado do que o do contribuinte *de iure*, uma vez que aquele representa a comunidade social. Ora, no caso dos autos, a condição da Sociedade-embargante de contribuinte *de iure*, dispensa a menor investigação ou comentário chegando a ser um fato notório. Era ela, sem qualquer sombra de dúvida, a entidade designada para pagar o tributo para o contribuinte *de facto*, que era, dentre outros, a D. Brussel & Cia. Ltda. (cf. docs. de fls. 22/728, além da perícia de fl. 2019 e segs.), sendo que essa, por sua vez, evidentemente, transferia o encargo para os seus inúmeros clientes relacionados à fl. 2453. Claro que se a embargante deixar de recolher aos cofres do Banco do Brasil S.A. a contribuição da União *in casu*, a quota de previdência que arrecadado de terceiros, estará se enriquecendo ilícitamente, o que não é permitido pela ética e nem pelo direito.

Acontece que a compreensão da questão sob este aspecto, não nos impede de apreciar as preliminares levantadas pela embargante que, até certo ponto, são procedentes, com exceção da ilegitimidade ativa *ad causam*. Essa não. O instituto-embargado é, por força do disposto no artigo 179 do Decreto nº 60.501/67 — RGPS — o responsável pela «fiscalização da arrecadação, assim como as medidas necessárias para tornar efetivo o re-

colhimento da contribuição da União, em todos os seus elementos componentes enumerados no artigo 166, inclusive quanto a sua cobrança administrativa e judicial, no tocante às empresas arrecadadoras», conforme já foi dito no julgamento da Ação Ordinária nº 8.557, razão pela qual não acolho esta preliminar. O mesmo, no entanto, não acontece com a alegação da embargante de que a Autarquia-embargada tinha contra a mesma uma Ação Ordinária e não um Executivo Fiscal. Neste ponto, o seu entendimento está correto.

De fato, o Instituto-credor pretendendo receber a importância de Cr\$ 44.530,62 (quarenta e quatro mil, quinhentos e trinta cruzeiros e sessenta e dois centavos), a título de «contribuições» acrescida de juros (Cr\$ 5.626,84), correção monetária (Cr\$ 3.313,72) e de multa (Cr\$ 22.265,31), perfazendo um total de Cr\$ 75.736,49 (setenta e cinco mil, setecentos e trinta e seis cruzeiros e quarenta e nove centavos), ajuizou a presente Execução Fiscal (fl. 1925) juntando, não a Certidão de Dívida Ativa mas, um Termo de Confissão de Dívida Fiscal, assinado pela embargante em 1-12-72. Nesse Termo, que não veio acompanhado de nenhum anexo (cf. fl. 1926), consta que a Sociedade-executada é devedora da importância — total da dívida — de Cr\$ 50.352,81 (cinquenta mil, trezentos e cinquenta e dois cruzeiros e oitenta e um centavos), que deveria ser pago em 9-12-72. O quantum de cada parcela não nos foi dado saber, uma vez que não consta da Confissão de Dívida. Pois bem, oito meses após a assinatura do já muitas vezes citado Termo de Confissão, o Instituto-credor pretende receber, via executiva, a importância de Cr\$ 75.736,49 (setenta e cinco mil setecentos e trinta e seis cruzeiros e quarenta e nove centa-

vos) — mas, como a dívida chegou a este total, desconhecemos. Com o oferecimento dos embargos, tomamos conhecimento de que a embargante assinou 9 (nove) notas promissórias para garantir o pagamento da dívida de Cr\$ 50.352,81 (cinquenta mil, trezentos e cinquenta e dois cruzeiros e oitenta e um centavos), que era o total da dívida como foi dito, e que dessas 9 (nove), 2 (duas) foram pagas (cf. fls. 1955/1958), estando 7 (sete) em poder do Instituto-credor. Soubemos, mais, que as ditas notas promissórias tinham valores desiguais e que somadas, perfaziam um total de Cr\$ 70.309,82 (setenta mil, trezentos e nove cruzeiros e oitenta e dois centavos), conforme se vê no demonstrativo de fl. 1959, juntado pela embargante, uma vez que o Instituto-embargado não se dispôs a fazê-lo. Ora, nenhum desses valores fazem sentido quando colocados um de frente aos outros. Poderiam argumentar, por exemplo, que a dívida confessada (fl. 1926 — Cr\$ 50.352,81) só se refere às «contribuições», sem estar incluídos os juros, multa e correção. Concorro, porque a embargante juntou o Termo de Notificação de fl. 1.967 (ainda aqui a Autarquia não se prontificou a fazê-lo) e, de fato, a observação é correta (apesar do Termo de fl. 1926 constar: total da dívida) mas, essa importância deveria coincidir com o pedido inicial, na coluna relativa a «contribuições» e, isso não ocorre, uma vez que ali consta o valor de Cr\$ 44.530,62. Mas dirão: isso porque não foram abatidas as parcelas pagas pela embargante. Ora, mas «essas coisas» precisam ser ditas e explicadas, e não foram devendo ser lembrado que o Juiz, subscriptor desta decisão, não tem nenhuma vocação a adivinho. Ademais, a embargante pagou duas parcelas, num total de Cr\$ 9.872,71 (cf. fls. 1955/1958) e, fazendo o abatimento dessa impor-

tância, ainda assim não chegamos a nenhuma conclusão lógica, em relação ao débito, ora executado. Ainda não fazem sentido as importâncias consideradas em «seus totais», uma vez que o total das 9 (nove) parcelas, representadas pelas 9 (nove) notas promissórias, relacionadas à fl. 1959, era de Cr\$ 70.309,82 e o total da inicial é de Cr\$ 75.736,49, sendo oportuno advertir que o valor da inicial é superior ao valor encontrado pelo Instituto-embargado, quando do parcelamento e, após esse, duas parcelas foram pagas (fls. 1955/1958). Tudo isso nos leva a aceitar, com absoluta tranqüilidade, a arguição de inépcia da inicial da Execução Fiscal, por ser ilíquida a dívida executada.

Por outro lado, tem inteira razão a embargante quando diz que a Autarquia-credora, na inicial, fala em débito originado de «contribuições» e, instrui essa mesma inicial com documento — Termo de Confissão de Dívida — onde fala em dívida originada de «quota de Previdência», sendo certo que os dois tributos não possuem a mesma natureza, tendo «fatos geradores e contribuintes diversos», tornando imprecisa a origem da dívida, o que descaracteriza a sua certeza e liquidez, requisitos necessários à sua cobrança pela via executiva.

Por fim, resta lembrar que o Instituto-embargado foi intimado para se manifestar sobre os Embargos à Execução e sobre os documentos apresentados pela embargante, mas nada alegou, refutou ou requereu (cf. despacho de fl. 1935 e certidões de fl. 1969).

Assim sendo, embora reconheça, como já dissemos, ser legítima a pretensão do Instituto-credor, de haver da Sociedade-embargante, a quota de previdência, arrecadada por essa última, não vejo como julgar improcedente os embargos, fa-

ce o que acima ficou demonstrado com relação à imprestabilidade do título executivo de fl. 1926 para a propositura de uma Execução Fiscal. Não há nele, o título, nem líquido e nem mesmo certo».

..... (Fls. 2506/2510).

Desprovejo o apelo, por dois motivos: a) conforme demonstrou a sentença, a dívida não apresenta certeza e liquidez, requisitos necessários à sua cobrança pela via da execução fiscal; b) porque, todos sabemos, a obrigação tributária é *ex lege*. Ora, se o tributo é indevido, como ficou demonstrado na sentença, não tem a autarquia previdenciária direito de cobrá-lo.

V

Diante do exposto, nego provimento aos recursos.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Da tribuna, o eminente advogado, Dr. Paulo Couto e Silva como é costumeiro, colocou uma questão que me impressionou profundamente: o problema dos fretes fixados em convenções internacionais. Enquanto S. Exa. falava, eu meditava. Acho, todavia, que os serviços sobre os quais incidiu a quota de previdência são extensíssimos. Vejam V. Exas.: (lê) «Serviços prestados aos seus vários clientes, concernentes a carga, descarga, embarque, desembarque, alojamento», etc.. Assim, inúmeros os serviços sobre os quais incidia a quota de previdência, não sei se o argumento desenvolvido pelo Dr. Advogado teria aplicação, no caso.

Se a matéria de fato merecer, ainda, esclarecimentos por parte do Dr. Advogado, acolheria, mas, quanto a muitos desses serviços, não sei se haveria fixação em convenções internacionais.

O Sr. Dr. Paulo Couto e Silva, advogado: Trata-se de um repasse.

Cobra-se a quota de previdência de várias incidências, de vários serviços portuários, mas supõe-se que ela seja toda repassada ao armador, que no caso é o agente: ele só tem para se ressarcir disso o frete. Ora, o frete é estabelecido em convenção internacional e imutável.

É o argumento trazido.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Muito obrigado pelos esclarecimentos de V. Exa. Dr. Paulo Couto e Silva. Continuo firme no meu entendimento. Esta questão deveria ter sido esclarecida em prova pericial porque, em verdade, não é tão notória assim. Em verdade, não é possível argumentar com segurança, sem prova pericial, no sentido de que todos estes serviços poderiam ser imputados no frete tabelado em convenção internacional.

Faltou, em verdade, a prova de que a contribuição, incidente sobre todos esses serviços que li, não teriam sido transferidos a terceiros, ou não poderiam ser transferidos a terceiros, porque estariam jungidos a um frete tabelado. Esta é a questão que infelizmente me deixa em dúvida objetiva e não subjetiva.

De sorte que não me resta outra alternativa senão desprover o recurso da autora das ações de repetição de indébito.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Vogal): Senhor Presidente, tenho para mim que o artigo 54 da Lei nº 5.025 também se refere a contribuições; e no caso se cogita de contribuições ou de quotas. Fico, portanto, de acordo com V. Exa., ao negar provimento à apelação da autarquia.

Já no que toca à apelação da empresa contribuinte, ainda uma vez acompanho o voto de V. Exa., sem, contudo, ressaltar quotas cujo recolhimento teria ocorrido em época an-

terior ao lapso de cinco anos (alcançadas, pois, pela decadência).

Na verdade, penso que a resistência oposta pela ré à demanda de repetição não basta para patentear o interesse de agir. A prevalecer o entendimento que respeitosa e a-fasto, retiraríamos com uma das mãos aquilo que concedêssemos com a outra.

Penso que se impõe atentar para a razão pela qual o Código Tributário, nos artigos 165 e seguintes, exige indispensavelmente a repetição de indébito pela via administrativa, sob pena de decadência. Consiste esta em que a atividade estatal (financeira, no caso) não se pode presumir ilícita: ao contrário.

Não se podendo ter, portanto, em princípio como ilegal a atividade estatal que lança e arrecada tributos e contribuições outras, segue-se que também não cabe pressupor a recusa do estado, de restituir o que arrecadou, desde que convencido de que a arrecadação era incabível.

Em outras palavras, é mister admitir ainda que, tanto que o contribuinte se dirija à administração fazendária, será atendido, se demonstrar a ilegalidade da exigência que lhe causa dano.

A Fazenda Pública, em outra ordem de idéias, não pode ser compelida a demonstrar sempre, em juízo, que procedeu legitimamente, pois isto se presume.

Eis aí porque a lei submete a prazo de decadência a prévia postulação da repetição, pela via administrativa, como pressuposto inarredável para a propositura da demanda, caso desatendida aquela.

Se, por conseguinte, esta postulação não se fez no prazo de cinco anos a contar retroativamente da data da propositura da demanda, não vejo como possa beneficiar à empresa apelante o cômputo do prazo subse-

quente, segundo o critério propugnado por V. Exa. Parece que, no caso, esta divergência quanto ao modo de enfocar o tema não determina consequência prática relevante. Ressalvo, não obstante, meu entendimento.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Tenho um segundo argumento! V. Exa. liquida a ação apenas com este argumento, o da decadência, não sendo preciso o segundo argumento, que desenvolvo no meu voto, de que não teria havido prova da não-repercussão do tributo.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: No ponto em que V. Exa. admite que o direito de repetir não teria decaído em relação a algumas prestações?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Exato.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: E isto tem consequências práticas no caso? Há contribuições que poderiam ser reclamadas, ainda utilmente, no processo?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Pelo meu entendimento, sim, porque entendo que há contribuições cuja restituição pode ser pedida, porque não apanhadas pela decadência. E V. Exa. acha que não tendo havido o pedido na via administrativa, a autora não tem legitimidade para ajuizar a ação de repetição.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Então, neste caso, a respeitosa divergência em que fico com o voto de V. Exa. é juridicamente relevante.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: No segundo argumento meu, não porque V. Exa. liquida a ação só com o argumento da decadência, e eu examino este argumento e o outro.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: É verdade. Entendo que a autora do pedido de repetição só demonstra interesse de agir se ela patenteia em juízo que usou da via administrativa e foi rechaçada. Tanto assim é que (impropriamente, aliás) o Código

Tributário requer uma demanda de anulação. Evidentemente, não se trata de anulação. Não precisa o contribuinte que recolheu o tributo indevido provar que é nula a decisão administrativa que lhe negou razão. A decisão administrativa pode ser válida e, no entanto, ineficaz, porque ilegal. O que o contribuinte terá de fazer, em conclusão, é dirigir-se à administração pública (porque se presume que a administração fazendária procede segundo a lei e que restituirá o tributo, se for convencida de que errou). No caso em que a administração pública se recuse a reconhecer a razão do contribuinte, este terá interesse e necessidade de sentença e irá convencer o juiz, não da nulidade do ato da administração mas, do seu direito...

Quando o Código Tributário diz que se trata de anular a decisão administrativa, o que quer dizer é precisamente isto, que a decisão administrativa é necessária e indeclinável.

A administração pública tem, em outras palavras, a prerrogativa de não ser demandada, senão depois de solicitada pelo contribuinte, na tela administrativa, a restituir o indevido. Não pode, por conseguinte, desde logo, ser constrangida a defender em juízo a legitimidade da sua atuação: o procedimento administrativo adequado a demonstrar a ilegalidade da sua conduta é incontornável.

É por isso que o Código Tributário dispõe que a demanda de repetição de indébito é demanda de anulação da decisão administrativa (o que, evidentemente, não é, em termos científicos). Para verificar a presença do interesse de agir, não há separar prestações que não teriam incorrido em decadência: para mim, a decadência se consumou de modo completo.

Posso, pois, deter-me neste ponto da apreciação da apelação da em-

presa autora do pedido de restituição.

Não custa, porém, antecipar-me, para dizer que estou, também, de acordo com V. Exa., Sr. Presidente, ao reconhecer a impossibilidade jurídica desta pretensão, se vencido fosse ao negar o interesse de agir.

No tocante à apelação da autarquia, já me pronunciei em estrita conformidade com o voto de V. Exa.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, no tocante ao recurso da autarquia, acompanho V. Exa. Quanto ao recurso do contribuinte, acompanho V. Exa. pelas suas conclusões, ou seja, adoto, no caso, a fundamentação expandida no voto do eminente Ministro Romildo Bueno de Souza. Consoante o precedente de que fui Relator, que V. Exa. citou em seu voto, tenho sustentado que, para recorrer à via jurisdicional em ação de repetição do indébito, é necessário que o contribuinte primeiro requeira na via administrativa tal restituição. Sem que assim proceda, não é possível surgimento de lide,

razão pela qual lhe falta interesse de agir na via jurisdicional.

Ora, no caso, segundo salientado, o contribuinte não requereu a restituição na via administrativa; daí que é carecedor da ação de repetição do indébito. Portanto, a meu ver, basta este fundamento para que negue provimento à sua apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 53.979 — BA — Registro nº 3.120.848 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Remte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Aptes.: D. Brussel & Companhia Ltda. e Instituto Nacional de Previdência Social. Apdos.: Os mesmos e Sociedade de Navegação e Alvarengagem de Ilhéus Ltda. Advvs.: Drs. Heckel Amâncio Costa, Ruy Ronaldo Pinto da Cunha, Ivo Gomes do Bonfim e Paulo do Couto e Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos. Sustentou oralmente o Dr. Paulo do Couto e Silva, por D. Brussel e Cia. Ltda. (Em 27-4-83 — 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 55.017 — SP

(Registro nº 3.077.683)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Guariba

Apelante: INPS

Apelada: Agro-Pecuária Monte Sereno S.A.

Advogados: Drs. Nelson John de Biagi e Eduardo Henrique Campi

EMENTA

Execução fiscal para cobrança de contribuições para o Plano Básico da Previdência Social, instituído pelo Decreto-Lei nº 564/69 — Enquadrando-se os empregados da executada, produtora e fornecedora de cana, no conceito de segurados obrigatórios, definido nos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 704/69, e aplicando-se à empresa o § 3º do artigo 27 da Lei

Complementar nº 11/71, que não afastou a obrigação do recolhimento das contribuições cobradas, impõe-se o julgamento pela improcedência dos embargos da devedora — Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 16 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Armando Rollemberg**: Em executivo fiscal ajuizado pelo INPS contra Agro-pecuária Monte Sereno S.A., para cobrar dívida relativa a contribuições para o Plano Básico da Previdência Social, correspondente ao período compreendido entre outubro de 1969 e junho de 1971, foram opostos embargos arguindo, preliminarmente, a nulidade do título que instruíra a inicial, por não constar dele o fundamento legal respectivo, e quanto ao mérito, que:

a) eram cobradas contribuições em relação a empregados que exerciam atividade em escritório e a motoristas profissionais;

b) somente eram devidas contribuições quando os empregados houvessem atingido o período de carência, circunstância que, no caso, dos autos, não ocorreria;

c) havia sido extinto o Plano Básico da Previdência Social pela Lei Complementar nº 11/71, a qual, no

artigo 27, ressalvara o direito do recebimento de devolução de contribuições descontadas dos empregados que não houvessem cumprido o período de carência até 30-6-71;

d) o Decreto nº 69.909/72, no artigo 154, § 3º, que regulamentou a Lei Complementar nº 11, determinara a revisão de débitos de empresas agroindustriais, em cobrança administrativa ou judicial, para excluir multas e correção monetária;

e) o auto de infração pelo qual fora efetuado o lançamento do débito cobrado tivera em conta apenas o número de empregados, multiplicando-o pelo salário mínimo, sem considerar o salário efetivamente percebido por cada um;

f) admitira-se, para efeito de cálculo de contribuição, como salário de empregados menores o salário mínimo geral.

Os embargos foram impugnados, realizou-se prova pericial, e, a seguir, foi proferida a sentença que decidiu:

«A embargada não conseguiu comprovar, nos autos, especificamente o nome ou mesmo o número de empregados da embargante que alcançaram o período de carência previsto no Plano Básico da Previdência Social.

Atendendo ao requerido, em preliminar, pela exequente, em suas alegações finais (fl. 88), converteu-se o julgamento em diligência para a complementação do laudo pericial, o que foi concretizado à fl. 99.

Com o resultado final da perícia, deferiu-se a sustação do processo, por 90 dias, requerida pelo exequente, «para averiguações» (fl. 107). Contudo, decorrido o prazo, o

embargado não se manifestou sobre os esclarecimentos do perito.

Assim, não caracterizadas a liquidez e certeza do débito em execução, julgo procedentes os embargos, condenando o Instituto Nacional de Previdência Social ao pagamento dos honorários advocatícios da embargante, ora fixados em 15% sobre o valor do pedido.

Recorro de ofício ao Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, para onde os autos deverão ser enviados, uma vez vencido o prazo para oferecimento de recurso voluntário.»

Houve recurso do INPS, alegando que, ao contrário do que considerara a sentença, ao embargante era que cabia provar a inexistência dos elementos que haviam dado ensejo ao lançamento do débito cobrado na execução fiscal, e, ainda, que, no mérito, os resultados da perícia eram contrários à embargante.

Apresentadas contra-razões, os autos foram ter ao Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que os remeteu a esta Corte.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Dispôs o Decreto-Lei nº 564/69:

«Art. 1º É instituído o Plano Básico de Previdência Social, destinado a assegurar a empregados não abrangidos pelo sistema geral da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com suas alterações, bem como a seus dependentes, as prestações previstas neste decreto-lei.

Art. 2º São segurados obrigatórios do Plano Básico à medida que se verificar sua implantação na forma do artigo 9º, os empregados e os trabalhadores avulsos:

.....

§ 1º Para os efeitos deste decreto-lei considera-se trabalhador avulso o que presta serviços a empresa sem a qualidade de empregado, inclusive quando utilizado por intermédio de terceiro.

§ 2º Os dependentes do segurado do Plano Básico são os mesmos do segurado do sistema geral de previdência social, nas mesmas condições.

.....

Art. 5º O Plano Básico será custeado mediante contribuições:

I — do segurado, de quatro a seis por cento do salário mínimo regional, observado o disposto no § 1º;

II — da empresa:

a) em quantia igual à soma das contribuições de seus empregados a dos trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, ainda que por intermédio de terceiro;

b) em dois por cento do salário mínimo regional por empregado, para custeio das prestações decorrentes de acidente do trabalho».

Tais disposições não haviam entrando em vigor quando foram alteradas pelo Decreto-Lei nº 704, também de 1969, que nos artigos 2º e 3º estabeleceu:

«Art. 2º O caput e o nº I do artigo 2º do Decreto-Lei nº 564, de 1º de maio de 1969, passam a ter a seguinte redação:

Art. 2º São segurados obrigatórios do Plano Básico, à medida que se verificar sua implantação, na forma do artigo 9º, os empregados:

I — do setor agrário da empresa agroindustrial;

Art. 3º Serão também incluídos no Plano Básico os empregados:

I — das empresas produtoras e fornecedoras de produto agrário **in natura**.

II — dos empreiteiros ou organizações que, não constituídos sob a forma de empresa, utilizem mão-de-obra para produção e fornecimento de produto agrário *in natura*.

De acordo com as normas legais lidas, portanto, eram segurados obrigatórios do Plano Básico da Previdência Social, nas empresas agroindustriais, os que prestavam serviços no setor agrário, e, naquelas produtoras e fornecedoras de produto agrário *in natura*, todos os empregados.

A embargante, ficou demonstrado nos autos, é produtora e fornecedora de cana, e, assim, todos os seus empregados, no período de outubro de 1969 a junho de 1971, ao qual se refere o débito cobrado na execução, eram filiados ao Plano Básico da Previdência Social, extinto que só foi o mesmo pela Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.

Cabe-lhe, portanto, recolher as contribuições a eles relativas, quaisquer que fossem as funções que desempenhassem, contribuições que, viu-se também das regras referidas, eram calculadas considerando o salário mínimo regional, e não o que percebiam os empregados, como sustentou a executada.

Alegou esta para afastar a liquidez do débito, e tal alegação foi acolhida pela sentença, que a muitos dos empregados faltava o período de carência, argumento de todo improcedente, desde que o período de carência diz respeito apenas ao direito do empregado à obtenção dos benefícios previdenciários, não interferindo, porém, com a obrigação legal das empresas de recolherem contribuições previdenciárias.

O equívoco se terá originado possivelmente do fato de a Lei Complementar nº 11/71, que extinguiu o Plano Básico da Previdência Social, haver, no artigo 27, parágrafos 1º e 2º,

ressalvado o direito dos segurados que ainda não haviam atingido o período de carência, ao estabelecer:

«Art. 27. Fica extinto o Plano Básico da Previdência Social, instituído pelo Decreto-Lei nº 564, de 1º de maio de 1969, e alterado pelo Decreto-Lei nº 704, de 14 de julho de 1969, ressalvados os direitos daqueles que, contribuindo para o INPS pelo referido Plano, cumpram período de carência até 30 de junho de 1971.

§ 1º As contribuições para o Plano Básico daqueles que tiverem direito assegurado, na forma deste artigo, serão recolhidas somente em correspondência ao período a encerrar-se em 30 de junho de 1971, cessando o direito de habilitação aos benefícios em 30 de junho de 1972.

§ 2º Caberá a devolução das contribuições descontadas, já recolhidas ou não, àqueles que, havendo começado a contribuir tardiamente, não puderem cumprir o período de carência até 30 de junho de 1971».

A empresa, contudo, a norma aplicável é o § 3º do mesmo artigo 27, que estabeleceu:

«§ 3º As empresas abrangidas pelo Plano Básico são incluídas como contribuintes do Programa de Assistência ora instituído, participando do seu custeio na forma do disposto no item I do artigo 15, e dispensadas, em consequência, da contribuição relativa ao referido Plano, ressalvado o disposto no § 1º».

O que aí se determinou, vê-se que foi a alteração do sistema de contribuição, a partir de junho de 1971, sem afastar a obrigação do recolhimento para o Plano Básico, de 1º de outubro até tal data.

Improcedem, assim, por inteiro, as alegações dos embargos, e, por is-

so, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgá-los im-
procedentes.

Pecuária Monte Sereno S.A. Advs.:
Drs. Nelson John de Biagi e Eduardo
Henrique Campi.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 55.017 — SP — Registro nº
3.077.683 — Rel.: O Sr. Ministro Ar-
mando Rollemberg. Remte.: Juiz de
Direito da Comarca de Guariba —
Apte.: Instituto Nacional de Previ-
dência Social — INPS. Apdo.: Agro-

Decisão: A Turma, por unanimida-
de, deu provimento à apelação. (Em
16-11-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza e
Pádua Ribeiro votaram com o Rela-
tor. Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 56.166 — RS (Registro nº 3.083.128)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Remetente: Juiz Federal da 5ª Vara

Apelantes: FRIAPEL — Frigorífico Agro-Pecuário Brasileiro, Imp. e
Exportação e outros e União Federal

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Cristov Becker e Rogério Gustavo Dreyer

EMENTA

Tributário.

Imposto sobre transporte: pretendida incidência,
em casos de transporte de mercadoria em veículos
de propriedade do respectivo produtor ou do comer-
ciante, em ato de entrega ao adquirente ou de reco-
lhimento de produtos adquiridos a seus depósitos.

**Inocorrência: inexistência, no caso, da necessá-
ria relação jurídica contratual de prestação de servi-
ços, pressuposto fático de incidência do artigo 21,
VII da Constituição.**

**Inconstitucionalidade, por conseguinte, do § 3º
do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, com a
redação proveniente do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977,
já declarada pelo Tribunal Pleno (DJ de 10-3-83).**

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Fe-
deral de Recursos, por unanimidade,
dar provimento ao apelo das autoras
e julgar prejudicado o recurso da
União Federal, na forma do relatório

e notas taquigráficas constantes dos
autos que ficam fazendo parte inte-
grante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1984
(Data do julgamento) — Ministro
Carlos Velloso, Presidente — Minis-
tro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica de débito relativo a imposto sobre serviço de transporte rodoviário de cargas proposta por empresas que utilizam veículos próprios para entrega de produtos de sua indústria ou comércio a seus fregueses, bem como a fim de recolher mercadorias por elas adquiridas para seus estabelecimentos foi julgada procedente, em parte, pela r. sentença do MM. Juiz Federal Costa Fontoura.

Eis a motivação aduzida por S. Exa. (fls. 141/142):

«De tal sorte, para efeitos de incidência do indigitado imposto, mostra-se despicienda a circunstância de haver ou não haver subjacente um contrato de transporte, caracterizado pela cobrança de frete. O que importa é efetivamente o fato econômico do transporte e o tributo incide sempre que o mesmo se realize.

Por outro lado, a expressão «preço do serviço», empregada no artigo 69 do CTN, não coincide necessariamente com a noção de frete, de que independe a impugnada incidência, eis que, mais ampla aquela, compreende este. Atente-se para a peculiaridade de ser a base de cálculo do imposto sobre a transmissão de bens imóveis o «valor venal» do bem transmitido (CTN, artigo 38), o que não impede de ser devido o tributo nas doações.

Entretanto, não obstante todas essas considerações, apreciando-se o problema à luz da redação original do Decreto-Lei nº 1.438/75, não se pode cogitar da incidência do imposto em questão (ISTR) nas hipóteses em que não houver cobrança de frete, vez que, como base de cálculo, aquele diploma adotou o

frete (artigo 7º, **caput**), e não o preço do serviço, independentemente da circunstância de se tratar de transporte de mercadoria do transportador e em veículo próprio, ou não. Daí se apresentar ilegal a exigência do tributo em tais condições. Por outra, para contornar o problema, desprovida de qualquer conteúdo jurídico seria a invocação às normas regulamentares, baixadas através do Decreto nº 77.789, de 9-6-76, de vez que somente a lei pode estabelecer a fixação da base de cálculo (CTN, artigo 97, inciso IV). Por isso, enquanto vigorante a redação original do Decreto-Lei nº 1.438/75, ilegal seria o exigir-se o ISTR em casos de transporte de carga sem a cobrança de frete.

Sobrevindo recentemente, contudo, o Decreto-Lei nº 1.582/77, várias alterações vieram a ser introduzidas em dispositivos constantes do Decreto-Lei nº 1.438/75, restando agora expressamente estabelecido que a base de cálculo do ISTR é o preço do serviço (artigo 7º, **caput**), e não mais o frete, e que, em se tratando de transporte de carga própria, em veículo próprio ou operado em regime de locação ou forma similar, o valor tributável do imposto será determinado pelo Ministério da Fazenda, observando-se, porém, as tarifas básicas oficialmente autorizadas para o transporte de cargas de terceiros (artigo 7º, § 2º).

Conseqüentemente, com o advento da lei nova, o tributo passou a incidir sobre as operações de transporte de cargas pertencentes aos transportadores, em veículos de sua propriedade, ainda que não se cuide da cobrança de frete ou outro adicional, pois presentemente vigora lei que fixou a base de cálculo do ISTR para tais hipóteses.

É de se consignar também que, como o artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.582/77 previu o início de sua vigência na data da publicação e como esta se deu no DO de 18 de novembro de 1977, a partir de então o ISTR se tornou devido nas prefalladas operações de transporte, uma vez que tal tributo sofre expressa exceção ao princípio da anualidade (Constituição Federal, artigo 153, § 29), devendo a expressão «tarifa de transporte», empregada no texto fundamental, ser interpretada como se tratasse de «imposto de transporte», (cf. Fábio Fanucchi, op. cit., v. 2, págs. 178/180).

Decaindo parcialmente ambos os litigantes, impõe-se a aplicação da pertinente regra instrumental (CPC, artigo 21, caput), considerando-se, para fins de fixação das respectivas parcelas, que cada qual decaiu de metade».

Na consonância desses fundamentos, concluiu o ilustre magistrado (fl. 143):

«... julgo procedente em parte esta ação declaratória que Friapel — Frigorífico Agro-pecuário Brasileiro, Importação e Exportação S.A. e outras empresas, todas elas indicadas no relatório retro, moveram contra a União Federal, declarando, por via de consequência, inexistirem relações jurídico-tributárias entre as autoras e a ré, em virtude da não-incidência do ISTR, até o dia 17 de novembro de 1977, inclusive, sobre as operações de transporte de cargas pertencentes às autoras, em veículos próprios e sem cobrança de frete ou de qualquer outro adicional, quer se destinem as mercadorias ou os bens transportados a consumidor final ou a comercialização ou a industrialização posterior, inclusive com o reconhecimento de não se acharem as autoras sujeitas às

obrigações acessórias referentes àquele tributo, até a mencionada data.

Custas, ex lege.

Condeno as autoras e a ré a pagarem honorários advocatícios, que, para cada parte, são fixados em dez por cento sobre a metade do valor atribuído à causa».

Apelaram as autoras (fl. 145) a fim de ver reformada a sentença, de modo a ser julgada integralmente procedente a causa; e a União Federal, pugnando pela improcedência.

Bem processados os recursos, subiram os autos.

Manifestou-se a Subprocuradoria-Geral pelo provimento da apelação da União, prejudicada a das autoras.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, os presentes autos, *mutatis mutandis*, tratam da mesma pretensão versada nos da AMS nº 102.652-SP, em que constam, como apelante, União Federal; e apelada, Distribuidora de Bebidas Vichi Ltda., de que fui Relator, julgada nesta C. 4ª Turma, em 19-3-84.

As questões controvertidas, tanto preliminares como de mérito, são exatamente as mesmas.

Eis porque, fazendo juntar cópia do voto que proferi no citado precedente com a aprovação de meus ilustres Pares, a fim de integrar este voto, na conformidade do que ali expus, dou provimento à apelação das autoras, para julgar procedente a demanda. Em consequência, julgo prejudicada a apelação da União Federal, a qual condeno ao reembolso das custas e a honorários advocatícios, que, em face das características, do valor da causa e do

disposto no artigo 20, § 4º do CPC, arbitro em 20% do valor do feito, sujeito à correção monetária da Lei nº 6.899, de 8-4-81.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, a sentença, depois de se referir ao julgado do Egrégio Plenário, de 9 de dezembro de 1982, na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 89.825-RS, Relator o Senhor Ministro Carlos Velloso, tece elegantes considerações sobre o tema, a propósito de demonstrar que não se verifica a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975, com a redação proveniente do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977, a despeito de reconhecida e afirmada por expressiva maioria de votos, no mencionado incidente.

A propósito, lê-se na decisão de primeiro grau (fls. 31/35):

«A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, então com a denominação de «Sistema Tributário Nacional», foi editada como lei ordinária, inexistente que era à época, em nosso processo legislativo constitucional, a figura da lei complementar. Assim, aquele diploma legal era, formal e materialmente, lei ordinária. Com a edição da Constituição Federal de 1967, introduzindo, entre nós, a figura da lei complementar, determinou o novo texto supremo, em seu artigo 19, § 1º, o uso de lei complementar para estabelecer normas gerais de Direito Tributário, dispor sobre conflitos de competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regular as limitações constitucionais do poder tributário. Dúvidas surgiram, então, a respeito da validade e eficácia da Lei nº 5.172/66, já rebatizada com o nome de «Código Tributário Nacional», vez que

a matéria por ela tratada, como lei ordinária, era agora da atribuição privativa de lei complementar. A doutrina pátria emprestou-lhe validade, face à aplicação do princípio da recepção, figura estudada pelo Direito Constitucional e segundo a qual, em havendo nova Constituição, o ordinamento jurídico por ela inaugurado recebe a ordem jurídica preexistente naquilo que não conflite materialmente com o novo texto supremo. Assim, o Código Tributário Nacional foi recebido pela nova ordem jurídica, que deu eficácia de lei complementar aos dispositivos que cuidem de normas gerais de direito tributário, das limitações constitucionais ao poder de tributar e dos conflitos de competência entre as pessoas de direito público interno.

Entretanto, como é por demais sabido, a Lei nº 5.172/66 tem um grande número de dispositivos que não cuidam do triplice objetivo para o qual se exige lei complementar. Um exemplo são os artigos que definem fatos geradores de tributos, dentre os quais os questionados artigos 68, 69 e 70.

Assim, reprise-se, tem o Código Tributário Nacional normas que somente podem ser alteradas por lei complementar e normas que podem ser alteradas por mera lei ordinária. Ora, os casos em que é exigida a edição de lei complementar são contemplados expressamente pela Constituição Federal. Aquilo que o texto magno não exigir tal espécie de diploma legal, pode ser editado por mera lei ordinária. Como a instituição ou majoração de tributos ou, em outras palavras, como para a descrição do fato gerador de um tributo não exige a Constituição o uso de lei complementar, resulta que tal matéria pode ser tratada por mera lei ordinária e, hoje, até por decreto-lei.

Ora, o Código Tributário Nacional definiu vários aspectos do fato gerados do imposto sobre serviços de transportes nos artigos 68 (aspecto material ou nuclear), 69 (aspecto quantitativo) e 70 (aspecto subjetivo), dispositivos esses que podem, como já se viu, ser alterados por lei ordinária ou decreto-lei.

Cai, por terra, assim, a afirmação feita pela ementa da Apelação em Mandado de Segurança nº 88.989-SP, acima transcrita, de que os artigos 68 a 70 do Código Tributário Nacional só podem ser alterados por lei complementar. Insistase: como a Constituição Federal não exige, para a descrição da hipótese de incidência de qualquer tributo, a edição de lei complementar, segue-se que os dispositivos do Código Tributário Nacional que cuidam do assunto permanecem, formal e materialmente, como lei ordinária e podem, por isso, ser alterados ou revogados por mera lei ordinária.

Contudo, pelo menos o artigo 70 do Código Tributário Nacional já se encontrava modificado ao entrar em vigor a Constituição Federal de 1967. Com efeito, aquela lei maior entrou em vigor em 15 de março de 1967, mas, em 28 de fevereiro de 1967, foi editado o Decreto-Lei nº 284, cujo artigo 5º tomou a seguinte redação:

«Art. 5º São contribuintes do imposto os usuários dos transportes, ficando as empresas rodoviárias que explorem as linhas de transporte a que se refere o artigo 1º responsáveis por seu recolhimento».

Verifica-se, por aí, que, face à regra do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o dispositivo legal acima transcrito alterou substancialmente o artigo 70 do Código Tributário Nacional, também aqui já transcrito, uma

vez que, enquanto este previa, como contribuinte do tributo, o prestador do serviço, aquele elegia, para tal, o usuário, ficando o transportador como mero responsável.

Posteriormente, foi editado o Decreto-Lei nº 1.438, de 26 de dezembro de 1975, que procedeu, entre outras de menor importância, as seguintes alterações na legislação do ISTR: — 1º) estendeu a incidência do tributo, que até então atingia apenas o transporte de passageiros, ao transporte rodoviário de cargas, elegendo, como seu fato gerador, «a prestação ou execução, por pessoa física ou jurídica, dos serviços de transporte rodoviário de passageiros ou cargas, com objetivo de lucro ou remuneração» (artigos 1º e 2º); 2º) elegeu, novamente, como contribuinte do imposto, o transportador, ao dizer ser o «ISTR devido pela pessoa física ou jurídica que exerça, regularmente, as atividades de transporte rodoviário de passageiros ou cargas, com objetivo de lucro ou remuneração» (artigo 3º); e, 3º) elegeu, como base de cálculo do imposto, «o preço da passagem ou o frete» (artigo 7º). A alteração mais polêmica, porém, foi a extensão da incidência do tributo ao transporte de bens próprios em veículos próprios, feita pelo artigo 3º, § 3º, na seguinte redação:

«§ 3º O imposto é também devido pela pessoa física ou jurídica que transporte, em veículo próprio ou afretado, mercadorias ou bens destinados à comercialização posterior, ou que representem insumos ou componentes integrantes de produto final...».

Alterado ficou, assim, o artigo 68 do Código Tributário Nacional, já que, enquanto previa ele, como hipótese de incidência do imposto, apenas a prestação do serviço de transporte, o novo diploma legal a

estendeu também à execução de tal serviço.

Entretanto, a cobrança do imposto, relativamente ao transporte de bens próprios em veículos próprios, ficou prejudicada uma vez que o artigo 3º do aludido decreto-lei indicava, como contribuinte, quem executasse o serviço de transporte de passageiro ou cargas «com o objetivo de lucro ou remuneração», exigência não satisfeita no transporte ora em evidência. Por outro lado, a base de cálculo do tributo, prevista pelo artigo 7º do mesmo Decreto-Lei, era «o preço de passagem ou frete», também inexistente no transporte próprio já que ninguém se cobra frete ou passagem.

Para solucionar o problema, foi editado o Decreto-Lei nº 1.438/75, deu a seguinte redação aos seus artigos 3º e 7º:

«Art. 3º São contribuintes do ISTR as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, com objetivo de lucro, remuneração ou interesse econômico, em veículos próprios ou operados em regime de locação ou forma similar, as atividades».

I — de transporte rodoviário de bens, mercadorias ou valores;

II —

III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados à comercialização ou industrialização posterior...

Art. 7º A base de cálculo do ISTR é o preço do serviço, que será declarado no documento que instrumentalizar a operação, observadas as normas regulamentares.

§ 1º

§ 2º Quando se tratar de transporte de carga própria, em veículo próprio ou operado em regime de locação ou forma simi-

lar, o valor tributável do ISTR será estabelecido pelo Ministro da Fazenda, com observância das tarifas básicas oficialmente autorizadas para o transporte de cargas de terceiros».

2. O ilustre Magistrado, é certo, concedeu a segurança, como se disse.

Fê-lo, porém, por outras razões.

De fato, prossegue a sentença (fls. 35/36):

Entretanto, a meu ver, cometeu o legislador ordinário incontornável inconstitucionalidade ao atribuir, no artigo 7º, § 2º, competência ao Ministro da Fazenda para estabelecer a base de cálculo do imposto, nos casos da espécie. Com efeito, estabelece o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, ser privativo da lei a descrição do fato gerador de qualquer tributo, em todos os seus aspectos, inclusive, pois, a fixação da sua base de cálculo. As exceções a tal princípio vêm expressamente previstas no artigo 21 do texto constitucional, casos em que se defere ao Poder Executivo a atribuição de alterar alíquotas e bases de cálculos dos tributos ali mencionados, «nas condições e nos limites estabelecidos em lei». No caso ora em estudo, além de não prever a Constituição Federal a possibilidade de tal alteração, pelo Poder Executivo, não fixou aludido diploma legal as condições e os limites em que poderia a Administração fixar a base de cálculo do ISTR. A delegação de poderes feita, então, pelo dispositivo legal mencionado, é incontornavelmente inconstitucional.

Concluindo:

I — a lei ordinária, inclusive o decreto-lei e a lei complementar, podem validamente alterar ou revogar os dispositivos do Código Tributário Nacional que tratem da descrição dos vários aspectos da

hipótese de incidência de tributos federais, já que tais aspectos são da atribuição daquela hierarquia de leis;

II — os artigos 68, 69 e 70 do Código Tributário Nacional não vigoram mais com suas redações originais, já que alterados por vários diplomas legais posteriores;

III — o artigo 21, inciso VII, da Constituição Federal vigente, não impede que o ISTR incida também sobre a execução do serviço de transporte, por não conter, ainda que implicitamente, tal limitação;

IV — em consequência, não é inconstitucional o artigo 3º, inciso III, do Decreto-Lei nº 1.438/75, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77; e,

V — a atribuição de competência ao Ministro da Fazenda para fixar base de cálculo, torna flagrantemente inconstitucional o artigo 7º, § 2º, do diploma legal acima citado, o que impossibilita a incidência do ISTR no transporte de cargas próprias em veículos próprios. Isto posto, Concedo a segurança».

3. Tenho para mim que as razões de decidir eleitas pelo D. Juiz não procedem; que a questão foi corretamente dirimida pelo Egrégio Plenário; que a decisão da causa se determina, por inteiro, à luz da resolução da prejudicial de inconstitucionalidade, naquela oportunidade; e, enfim, que, por isso mesmo, não se oferece ensejo de suscitar incidente de prejudicial de inconstitucionalidade do artigo 7º, § 2º do Decreto-Lei nº 1.438, de 1975.

4. Na verdade, o Senhor Ministro Carlos Velloso, em seu brilhante voto de Relator do já mencionado incidente de inconstitucionalidade, ao se reportar às observações de Aliomar Baleeiro a propósito do artigo 110 do Código Tributário Nacional, abordou o tema em que se esforça a sentença recorrida.

Eis o esclarecimento constante do duto voto a que me referi (fl. 71):

«A Constituição, definindo, no particular, a competência tributária da União, estabeleceu que poderia esta instituir imposto sobre serviço de transporte. O conceito de serviço, então, há de ser o existente do direito privado, mais exatamente no Direito Civil, artigo 1.216, que estabelece:

«Art. 1.216, Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição».

Destarte, em tal contrato, que seria de locação de serviços, há de ter um locatário, um locador de serviço e uma retribuição.

Sem se desviar do estabelecido na Constituição, o CTN, ao definir o fato gerador do imposto sobre serviços de transporte, fiel, está-se a ver, ao estabelecido no seu artigo 110, estabeleceu que o fato gerador do imposto sobre serviços de transporte seria a prestação do serviço de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores (CTN, artigo 68, I), e que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço e contribuinte o prestador do serviço (CTN, artigos 69 e 70).

A propósito, escreve Hugo de Brito Machado que «não há o fato gerador desse imposto se não houver prestação de serviços, a terceiros, como atividade remunerada, como se conclui do artigo 69 do CTN». (Ob. cit., pág. 272). Disso, aliás, não discrepa (Baleeiro: «Mas o fato gerador pressupõe prestação de serviços a terceiros como negócio ou profissão, enfim atividade remunerada, pois isso se deduz do artigo 73» (Ob. cit., pág. 282).

Perfeito o raciocínio.

É que, conforme já falamos, a Constituição, ao definir a compe-

tência da União para instituir o imposto em causa, falou em serviços de transporte. Buscando, no Código Civil, artigo 1.216, o conceito de serviço, haveremos de convir que o mesmo pressupõe um contrato entre duas pessoas, o locatário e o locador e, ainda, uma retribuição.

O CTN, então, ao disciplinar a questão, não poderia fugir desse conceito. E o CTN, fiel à Constituição e fiel, também, a si próprio (artigo 110), estabeleceu as coordenadas que foram apontadas tanto por Baleeiro como por Hugo de Brito Machado, conforme acima transcrito.

Mas a legislação infraconstitucional, DJ nº 1.438, de 1975, sem e com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77, foi além, pretendendo ampliar a área de incidência ao imposto, referindo-se não apenas à prestação, mas também à execução do serviço de transporte (artigo 2º), e considerando contribuinte do ISTR não só o prestador do serviço (artigo 3º), mas também, a pessoa física ou jurídica, que transporte, em veículo próprio ou afretado, mercadorias ou bens próprios destinados a comercialização ou industrialização posterior (artigo 3º, III).

Estou em que essa legislação, ao considerar contribuinte do ISTR a pessoa física ou jurídica que transportar, em veículos próprios, mercadorias ou bens, destinados ao comércio ou à indústria (Decreto-Lei nº 1.438/75, artigo 3º, III, com a redação do Decreto-Lei nº 1.582/77), é inconstitucional, porque estabelece conceito de serviço diferente daquele que é vigente no Direito Civil. E conforme vimos de ver, o conceito de Dir. Civil é o que deve ser adotado, em caso como

este, ex vi do estabelecido no artigo 110, lei complementar, no particular, porque contenedora de norma geral de direito tributário (CF artigo 18, § 1º)».

5. De fato, não procede, *data venia*, o argumento de que o Código Civil não define serviço.

O Código Civil, sem dúvida, não se refere a serviço, em si mesmo considerado; e isto se compreende, pois a lei não cumpre definir, senão, apenas, enquanto indispensável à adequada disciplina das relações intersubjetivas que cuida de compor.

Os artigos 1.216 e seguintes do Código Civil cuidam (e isso basta) da locação de serviços, ou seja, da relação jurídica material, do âmbito do direito privado, na qual um dos sujeitos (locatário) põe seus serviços à disposição de outro (locador), mediante retribuição. No tocante ao conteúdo ou à consistência da atividade humana que se solicita e se efetua, mantém-se a lei, como lhe convém, no plano da abstração (toda espécie de serviço ou trabalho lícito...). A retribuição (prosegue o Código Civil), há de ser ajustada; certos serviços se presumem prestados, sempre, mediante retribuição...

Eis aí preceitos legais que corroboram o conceito de serviço como disposição de atividade humana lícita a benefício de outrem, mediante retribuição.

6. Disposições genéricas outras, aliás, constavam já do direito privado brasileiro vigente ao tempo da outorga da norma constitucional; a elas, no particular, remete o intérprete, por conseguinte.

Assim, quem estuda ou lavra o campo para seu próprio e exclusivo benefício, realiza, por certo, atividade que não se pode, *prima facie*, pri-

var de significação econômica, mas não presta serviço, senão a si mesmo; e, por isso, não dá ensejo, quando assim procede, ao nascimento de relação jurídica alguma (muito menos, relevante para o tema em consideração).

Se, portanto, a empresa industrial, no uso de veículos próprios, transporta seus produtos para estabelecimentos de seus fregueses, realiza atividade; mas não presta serviço, porque assim procede sem que qualquer relação jurídica material se constitua, a este propósito específico, em que ela conste em face de outrem.

Nem se diga que essa atividade de transportar reclama, necessariamente, um preço: preço, na verdade, não é designação apropriada da retribuição devida ao transportador, que a lei denomina comissão, aluguél ou frete. Assim, Cód. de Comércio, artigo 99 e normas posteriores.

Acresce que não há confundir tal retribuição (somente devida e somente exigível como contraprestação contratual) com mero custo de atividade exercida pela empresa industrial ou comercial, no seu próprio interesse, para o êxito de seus empreendimentos.

Veja-se, enfim, que ao efetuar entregas de produtos de sua indústria ou de mercadorias de seu comércio, nem por isso tais empresas se qualificam como empresas de transporte; nem exploram linhas, mediante concessão.

7. Têm-se, então, que a espécie dos autos se subsume, com toda comodidade, no pronunciamento desta corte pela inconstitucionalidade do artigo 3º, III do Decreto-Lei nº 1.438, com a redação proveniente do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977; e, as-

sim, que mais não é mister dizer, além do que consta nos inúmeros precedentes de que fui Relator (AMS nºs 88.990-SP — 4ª Turma, 16-3-83, DJ 19-5-83 e 88.991-SP. 4ª Turma, 16-3-83, unânime, DJ 19-5-83), dos quais faço juntar cópia, para maior esclarecimento do assunto.

Evidenciado resulta, por conseguinte, que à norma tributária não era mesmo permitido cogitar de relação jurídica material, a propósito da realização de atividade de transporte por empresa industrial ou comercial a seu próprio benefício; sem, portanto, que se configure a necessária relação jurídica material ensejadora da incidência do tributo que, **ab origine**, se reporta a prestação de serviço.

Ante o exposto, para manter apenas o dispositivo da sentença (que, como quer que seja, concedeu a segurança), nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 56.166 — RS — Registro nº 3.083.128 — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Remte.: Juiz Federal da 5ª Vara. Aptes.: Friapel — Frigorífico Agro-pecuário Brasileiro, Importação e Exportação e outros e União Federal. Apdos: os mesmos. Advs.: Drs. Cristov Becker e Rogério Gustavo Dreyer.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo das autoras e julgou prejudicado o recurso da União Federal. (Em 10-10-84 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 58.060 — SP
(Registro nº 3.072.789)

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Taubaté

Apelantes: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS e Universidade de Taubaté

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Ítalo José Guarnieri e Norberto Rossetti.

EMENTA

Administrativo-Fiscal e Processual Civil.

Execuções por créditos relativos a contribuições previdenciárias e prêmios de seguro acidentário e acrescidos, propostas ambas contra a Universidade de Taubaté, por isso reunidos os autos respectivos.

Embargos da devedora em ambas as execuções:

a) por se tratar de contribuições referentes a mão-de-obra empregada por empreiteiro (terceiro) e não por ela;

b) por serem os prêmios reclamados relativos a pessoal administrativo e docente, admitido pelo regime trabalhista, filiado a instituto municipal de previdência, sendo a empregadora autarquia municipal.

Sentença que julga improcedentes os primeiros embargos, por ser a embargante proprietária da obra e também por ter proposto acordo de parcelamento do débito; e procedentes os outros, à consideração de serem funcionários e professores da Universidade de Taubaté contribuintes, para efeito de previdência social, da autarquia municipal.

Recursos.

Apelações: a) do INPS, para atualização da base de cálculo de honorários advocatícios e pleiteando a reforma da sentença, quanto aos segundos embargos; b) da executada, pela procedência dos primeiros embargos e redução de honorários. Provimento parcial de ambos os recursos.

1. Inaplicabilidade da Súmula nº 116, à falta de prova do contrato de empreitada e em vista do pedido de parcelamento, a envolver assunção de débito pela executada.

2. Improcedência dos embargos à segunda execução, posto que a previdência social municipal não abrange (nem poderia abranger) o seguro acidentário, privativamente contratado junto à autarquia previdenciária da União.

3. Aplicação da Lei nº 5.316, de 14-9-67, artigo 20.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rolleberg**, Presidente — Ministro **Bueno de Souza**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Bueno de Souza**: Sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Taubaté (fls. 127/139) decidiu simultaneamente os embargos opostos pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Taubaté (agora, Universidade de Taubaté) às execuções fiscais que lhe move o INPS (agora, IAPAS): a) nos autos apensos 134/74, por contribuições e prêmios do seguro de acidentes do trabalho e seus acréscimos, no valor de Cr\$ 44.100,47 (abril de 1974, fls. 55/56); b) nos autos apensos 106/74, por Prêmios do seguro de acidentes do trabalho e seus acréscimos, no valor de Cr\$ 80.262,99 (dezembro de 1973, fls. 2/4), reunidos em virtude de conexão.

Os primeiros, julgou-os improcedentes, uma vez que a execução se baseia em levantamento da mão-de-obra empregada na reforma dos edifícios da executada, de modo que, «muito embora houvesse a autarquia contratado as obras, é ela devedora das contribuições e prêmios relativos a acidentes do trabalho». Considerou também o fato de ter sido contratado o serviço por engenheiro incumbido das obras pela executada e, enfim, o pedido de parcelamento pa-

ra pagamento do débito dirigido ao exequente, antes do julgamento de seu recurso administrativo, pela devedora.

Assegurou, assim, o prosseguimento dessa execução, condenada a executada a honorários advocatícios de 20% do débito.

Acolheu, porém, os embargos opostos à segunda execução, por entender que a Lei nº 1.082, de 9 de agosto de 1968, do Município de Taubaté, ao considerar contribuintes do Instituto de Previdência do Município de Taubaté «todos os que exerçam atividade, recebam vencimentos os salários da Prefeitura, Câmara e Autarquias Municipais», em harmonia com a legislação previdenciária e de seguro de acidentes do trabalho, exclui a pretendida exigência no tocante a auxiliares administrativos e professores admitidos pela executada pelo regime da consolidação das leis do trabalho.

Em conseqüência, condenou o exequente embargado a honorários advocatícios de 10% do débito ajuizado.

Apelaram ambas as partes: a) o INPS (fl. 141), para pedir, no tocante à primeira execução (cujo prosseguimento foi assegurado), que os honorários arbitrados em 20% incidam sobre o valor atualizado do débito, e, relativamente à segunda execução, postulando a reforma da sentença e a improcedência dos embargos, ao sustentar que o seguro acidentário, inconfundível com a previdência, permanece como privilégio (sic) da autarquia previdenciária da União, na consonância da Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967 e de Decreto nº 61.784, de 28 de novembro de 1967 e acentuar que a legislação do Município de Taubaté sequer cogitou do seguro acidentário; b) a exequente, pleiteando a procedência dos primeiros embargos ou a redução dos honorários advocatícios, frisando em suas razões que o «recurso oficial»

(sic) deveria ter sido também manifestado, naquilo que concerne ao interesse da autarquia universitária municipal.

Contra-razoados os recursos, subiram os autos.

Dispensei revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, a execução por primeiro referida se prende a mão-de-obra empregada, ao que consta, por terceiro, ou seja, o Engenheiro José Carlos Manara, empreiteiro, no interesse da executada, em razão de contrato tendo em vista a reforma de edifícios da Universidade (executada).

Já na instância administrativa o fato foi alegado e a administração acatou, em parte, a defesa (v. fls. 15, 20/21 dos autos de procedimento administrativo instaurado pela NRDU 201.276/81, reproduzidos em apenso), no tocante aos valores devidos, razão pela qual recalculou o débito e substituiu a certidão de dívida inscrita (fls. 9/10 dos autos apensos de execução fiscal 134/74).

2. Como se vê, poderia, em tese, aproveitar à embargante o entendimento hoje consolidado na Súmula nº 126 da jurisprudência do Tribunal, *verbis*:

«Na cobrança de crédito previdenciário, proveniente da execução de contrato de construção de obra, o proprietário, dono da obra ou condômino de unidade imobiliária, somente será acionado quando não for possível lograr do construtor, através de execução contra ele intentada, a respectiva liquidação».

3. Certo é, porém, que a embargante se limitou a alegar, sem, contudo, jamais comprovar o contrato de empreitada.

4. Acresce que, como se vê à fl. 53 (bem como às fls. 43/44 da cópia dos autos de procedimento administrativo), a executada pediu o parcelamento do débito originário para pagamento em cento e cinquenta parcelas, devendo-se inferir, pelo que consta dos autos, que o pedido foi atendido.

5. Impõe-se, por conseguinte, dar por extinta a ação de embargos de devedora opostos pela executada, decisão que, em termos práticos, não discrepa da que consta da r. sentença.

No que toca, porém, aos honorários advocatícios, a despeito do valor dado à execução, cumpre atender à correção monetária determinada pela Lei nº 6.899, de 8-4-81.

Eis porque, atento também ao artigo 20, § 4º do CPC, tenho que a apelação da embargante merece provida, nesta parte, ou seja, ao reclamar redução dos honorários advocatícios a 10% do valor dado à execução, sujeito que se acha o mesmo à correção monetária, como já esclarecido.

II

6. Passo, pois, à apelação do IAPAS, acentuando que esta se reporta a ambas as execuções.

De fato, quanto àquela, relativa a contribuições e prêmios de seguro, pede-se que os honorários advocatícios incidam sobre o débito corrigido. E, quanto à outra, calcada no crédito referente apenas a prêmios de seguro acidentário (cujo recolhimento o apelante entende devido, em razão da admissão de auxiliares administrativos e professores pela executada, pelo regime da CLT), o que se postula é a improcedência dos embargos e, conseqüentemente, o prosseguimento da execução.

7. Com efeito, no tocante à primeira pretensão, acha-se ela prejudicada, desde que, consoante venho

de expor (item 5, supra, parte final), os honorários advocatícios impostos à embargante (sucumbente) sofreram redução para 10% do valor da causa, não obstante devam merecer correção monetária, como já explicitado.

Resta, por conseguinte, apreciar a pretensão de reforma da r. sentença, no concernente à segunda execução e aos embargos a ela opostos.

8. No ponto, assiste razão à apelante.

Em verdade, a Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967, ao integrar o seguro de acidentes do trabalho na previdência social, revogou disposições do Regulamento Geral da Previdência Social (artigo 529 do Decreto nº 48.950-A, de 19-9-60), bem como as da Lei de Acidentes do Trabalho (Decreto-Lei nº 7.036, de 5-10-82), que conferiam, indiferentemente, à previdência social e às entidades seguradoras em geral autorização para contratar seguro acidentário com as empresas empregadoras. Na verdade, a citada Lei nº 5.316 passou à autarquia previdenciária a prerrogativa dessa modalidade de seguro, com exclusividade.

É o que notadamente resulta do preceituado no passo judiciosamente invocado pela apelante, da citada Lei nº 5.316:

«Art. 20. A integração do seguro de acidentes do trabalho na previdência social obedecerá ao seguinte esquema: (omissis)

II — não poderá ser renovado em sociedade de seguros: (omissis)

c) a partir de 1º de julho de 1969, o seguro das empresas anteriormente vinculadas ao antigo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários e o das empresas não abrangidas pela previdência social».

9. Pois bem, o levantamento que baseou a cobrança de prêmios e seus acréscimos é atinente a período subsequente à promulgação do supracitado diploma legislativo, como bem esclarece a certidão de dívida.

O Decreto nº 61.784, de 28 de novembro de 1967, que aprovou o Regulamento do Seguro de Acidentes do Trabalho, a propósito, explicita o seguinte:

«Art. 53. A União, os Estados, os Territórios, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias, entidades parastatais, empresas sob regime especial, sociedades de economia mista e outras sujeitas ao regime de orçamento próprio que tiveram encargos abrangidos por este Regulamento incluirão obrigatoriamente em seus orçamentos anuais as dotações necessárias ao pagamento de suas contribuições relativas ao seguro de acidentes do trabalho».

10. Acresce, por outro lado, que as leis municipais, ao dispor sobre a criação do Instituto de Previdência do Município de Taubaté e, bem assim, sobre a abrangência de sua atuação (Lei nº 1.082, de 9 de agosto de 1968 e 821, de 27 de outubro de 1961), em nenhum momento previram (nem poderiam mesmo fazê-lo, ante o que já prescrevia a legislação da União sobre a matéria) o seguro acidentário, no interesse de auxiliares administrativos e professores da executada, submetidos ao regime da CLT, aos quais se prende o levantamento do débito dado à execução.

11. Não há confundir, portanto, o regime jurídico concernente à previdência social desses servidores da autarquia (alheio, sem dúvida, ao seguro acidentário) com o que cumpre ter em vista, neste particular, na consonância da legislação da União,

a qual, por sua vez, responde a imperativo constitucional (artigo 165, XVI da lei maior).

12. Assim se vê que não mereciam prosperar os embargos opostos a esta segunda execução, ou seja, à que versa sobre prêmios de seguro acidentário, que não foram a tempo recolhidos à autarquia previdenciária.

Ante o exposto e nestes termos, dou provimento, em parte, a ambas as apelações, a saber: à da executada, para reduzir, na forma exposta, os honorários advocatícios pertinentes à primeira execução (e embargos referidos em primeiro lugar), prejudicada, no particular, a apelação da exequente; e à apelação desta, nos segundos embargos, para julgá-los improcedentes e, assim, assegurar o prosseguimento da segunda execução, versante com prêmios de seguro, condenada a apelada (e-

xecutada) a custas e honorários advocatícios de 10% do débito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 58.060 — SP — Registro nº 3.072.789. Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Taubaté. Apelantes: IAPAS e Universidade de Taubaté. Apelados: Os mesmos. Advogados: Drs. Ítalo José Guarnieri e Norberto Rossetti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial a ambos os recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (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.

REMESSA EX-OFFICIO Nº 59.539 — SP (Registro nº 3.049.280)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Remessa Ex-Officio: Juiz de Direito da Comarca de São Manuel

Partes: Prefeitura Municipal de São Manuel e Instituto Nacional da Previdência Social

Advogados: Drs. Geraldo Ataliba (1ª Parte). José Ricardo de Oliveira e Luiz Carlos Bettiol (1ª Parte).

EMENTA

Processual Civil e Previdenciário. Execução. Embargos de devedor. Município. Artigo 85 da LOPS.

Afastada a preliminar de inconstitucionalidade do artigo 730 e seu parágrafo único do CPC.

Sobrevivência do artigo 85 da LOPS em face do atual estatuto processual civil, pois a força executiva dos títulos referidos no item VII do artigo 585 do CPC é a decorrente de lei especial e como o artigo 85 em apreço, para o caso, reclama o trânsito em julgado de sentença condenatória, necessariamente, na hipótese, condiciona a execução a título judicial, e

não simplesmente extrajudicial, segundo ocorre na espécie.

Nessa ordem de idéias, impunha-se dar-se aos autos o procedimento ordinário, a teor dos dispositivos atrás conjugados, passando daqui a acionada a dispor do prazo quádruplo do artigo 188 do CPC, dentro do qual foi oferecida a resposta, até agora tratada como embargos de devedor.

Em se tratando de ação de cobrança, o procedimento ordinário que ora lhe é imposto, não afasta a competência prevista no artigo 126 da Constituição Federal, pelo que os presentes autos devem prosseguir, sob a jurisdição da Justiça Estadual.

Deu-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 1º de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Sebastião Reis**: O Instituto Nacional da Previdência Social ajuizou execução por título extrajudicial, pretendendo cobrar da Prefeitura Municipal de São Manuel contribuições previdenciárias, no montante de Cr\$ 519.562,58, atinentes ao período de 12/64 a 2/73, acrescidas de juros e correção monetária, com base em instrumento de confissão de dívida, tudo conforme discriminação da inicial e de fl. 4.

Citado o Prefeito respectivo em 30-8-76, (fl. 9v), a 17 seguinte foi certificado o decurso do prazo de 10 dias,

para oferecimento de embargos de devedor, e a 20 de outubro do mesmo ano constou a autuação em apenso dos embargos correspondentes (fl. 10), os quais, após impugnação seguida de réplica, e juntada do processo administrativo, foram julgados intempestivos (fl. 40 do 1º apenso), por decisão de 23-3-77).

Posteriormente a 15-6-77 (fls. 12/27), a Prefeitura de São Manuel ingressou com a petição de fls. 15/26, onde sustenta ampla e doutamente a inviabilidade do procedimento legal adotado, pedindo a modificação do procedimento executório para o ordinário, assegurando o direito de contestação em 40 dias, e não de apenas 10, como ocorre nos embargos de devedor, com a remessa dos autos ao Juízo Federal competente, ou, alternativamente, requer o indeferimento da inicial, pelo mesmo vício procedimental alegado, pedido que provocou a resposta de fl. 28, opondo a improcedência das alegações, inclusive, reportando-se à extemporaneidade dos embargos já decretado, insistindo na requisição do pagamento, como já anteriormente requerera.

Em face da nova situação criada, o MM. Juiz de Direito, à fl. 30, deu como adequado o rito observado, e rejeitou a arguição de incompetên-

cia, submetendo a decisão ao reexame necessário do Tribunal **ad quem**.

Apela a Prefeitura, desenvolvendo as teses anteriormente sustentadas em torno da inviabilidade constitucional do procedimento executório contra pessoa pública, invocando, como premissa básica, o artigo 117 da Constituição Federal, a impenhorabilidade dos bens públicos, a descaracterização do rito executório pela ausência de penhora, lembra o artigo 85 da LOPS, à incompetência do Prefeito para confessar dívida, independentemente de autorização legislativa, a ausência de certeza e liquidez do título executado; com a resposta do apelado, neste Tribunal, contrapondo intempestividade do recurso e sustentando o julgado, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo improviamento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): A r. decisão de primeiro grau deu como intempestivos os embargos de devedor constantes do primeiro apelo, e, nesse particular, enquanto tais, a conclusão é incontroversa, pois a citação da devedora, na pessoa do seu representante legal, é de 30-8-76, e a oposição à execução só foi autuada a 20 de outubro seguinte, quando já ultrapassado o prazo legal próprio; fixado tal pressuposto, todas as alegações aduzidas doutamente nos autos o foram extemporaneamente.

Como algumas delas interferem com a inépcia da inicial disciplinada no artigo 291 do CPC, autorizativa de seu indeferimento, impõe-se o exame das mesmas.

Sob esse aspecto, a argüição básica é a da impropriedade constitucional do procedimento executório nas cobranças contra a Fazenda Públi-

ca, ou, mais precisamente, a colisão invencível entre o artigo 117 da Lei Maior e o 730 do estatuto processual vigente, à vista da impenhorabilidade dos bens públicos e a garantia do débito através do precatório e do resguardo da sua ordem de apresentação e seqüestro, na hipótese de quebra desse princípio, impondo-se a prevalência do rito ordinário, assegurador de ampla defesa.

Nesse contexto, sem embargo da autorizadíssima sustentação do ilustre patrono da Prefeitura, cuja palavra, pela sua origem, vale por si mesma, o que colho do artigo 730 referido é que, ali, contrariamente ao que ocorria na legislação anterior, o legislador processual foi explícito em inserir a Fazenda Pública no procedimento executório, com as devidas adequações, em homenagem à impenhorabilidade dos seus bens e à garantia do precatório, tratando-se, assim, da chamada de execução imprópria, ou execução sob procedimento especial, sem a especificidade da execução forçada, despida de penhora e arrematação, independentemente da expropriação forçada de bens.

É esse o ensinamento que recolhi de todos os comentadores do estatuto processual vigente, não se me deparando, em qualquer deles, a argüição de inconstitucionalidade, como se vê entre outros em Pontes de Miranda (Com. do CPC X/470), Celso Neves (Com. ao CPC VII/165), Amílcar de Castro (Com. ao CPC VIII/371), Humberto Teodoro Jr. (Com. ao CPC IV/534); de outro lado, os embargos de devedor, na sistemática do CPC vigente, é ação de conhecimento, de cognição completa, em que se assegura ao embargante ampla sustentação dos seus direitos e de prova, no caso de execução por título extrajudicial (artigo 745); não subsistindo hoje as restrições do Império e dos primeiros anos da República. A ausência do

privilégio do prazo quádruplo, por si só, não pode ser acoimado de inconstitucional, havendo este Tribunal proclamado sua legitimidade no AI nº 38.600 (DJ de 16-12-76), Relator Ministro Paulo Távora.

Em outras palavras, haveria inconstitucionalidade se se cuidasse de execução própria, típica, informada de expropriação de bens, mas afastada a penhora, como o faz o artigo 730 do CPC, *data venia* entendo que o legislador processual tem liberdade constitucional de adequar a procedimento especial como ali modelado, sem afronta ao artigo 117 da Lei Maior.

Afastada a inconstitucionalidade levantada, cabe, agora, o pormenor de ser exeqüente o INPS ou IAPAS e executado a Fazenda Pública.

Aqui, quando o executado é pessoa jurídica de direito privado, não há dúvida em torno da força executória das certidões de dívida inscrita, das instituições previdenciárias, inclusive dos instrumentos de confissão de dívida, consoante deflui da conjugação do artigo 84 e seus parágrafos da LOPS e 585 VII do CPC.

Surge, no entanto, controvérsia no particular do art. 85 da LOPS, (artigo 147 da CLPS), quando o executado é pessoa pública constitucional, como ocorre *in casu* em face do disposto no artigo 85, *verbis*:

«A cobrança judicial de quantias devidas às instituições de previdência por empresas que tenham legalmente assegurada a impenhorabilidade de seus bens será executada, depois de transitada em julgado à sentença condenatória, mediante precatório expedido à empresa pelo Presidente do Tribunal de Justiça local, a requerimento da instituição interessada, incorrendo nas penas de crime de desobediência, além da responsabilidade funcional cabível, o respectivo diretor ou administrador, se não der cum-

primento ao precatório, no prazo máximo de trinta dias.»

Dependendo a força executiva dos títulos extrajudiciais cogitados no item VII do artigo 585 do CPC de lei especial, resulta certo que se impõe o exame de preceito legal, transcrito com vista a fixar-se se aqui se estabelece limite à qualificação do título, para fins de execução.

A jurisprudência deste Tribunal, a rigor não se posicionou definitivamente em face do debate, pois se na AC nº 58.543, Relator Ministro Aldir Passarinho, da antiga 4ª Turma, repleu a objeção de inidoneidade da via executória, em caso análogo (DJ de 21-5-80), na AC nº 34.639, Relator o Ministro Moacir Catunda (DJ de 11-9-78) e REO nº 52.925 — Relator o Ministro Américo Luz (DJ de 18-12-78), foi admitida a cobrança, num contexto de procedimento ordinário, embora seja certo que em grande número de casos tem aceito a via executória «em autos em que não levantada sua impropriedade procedimental».

Meditei muito sobre a hipótese dos autos e dessa reflexão conclui que, posto o artigo 85 em causa seja anterior ao novo estatuto processual, com ele não conflita, estando mesmo incorporado à atual CLPS (artigo 147), pois a força executiva dos títulos referidos no artigo 585, VII, do CPC atual é a decorrente de lei especial, e como o artigo 85 em apreço, para o caso, reclama o trânsito em julgado de sentença condenatória, necessariamente, na hipótese, condiciona a execução a título judicial, e não simplesmente extrajudicial, segundo ocorre na espécie.

Nessa ordem de idéias, impunhasse dar-se aos autos o procedimento ordinário, a teor dos dispositivos atrás conjugados, passando daqui a acionada a dispor do prazo quádruplo do artigo 188 do CPC, dentro no qual foi oferecida a resposta, até

agora tratada como embargos de devedor.

Embora a inicial não tenha sido instruída com documento básico — o instrumento de confissão de dívida, a falta está suprida com a juntada do procedimento administrativo onde o mesmo se encontra.

Paralelamente, a complementação introduzida pela decisão de fl. 30, inclusive ao manter a anterior, ensejou novo prazo para recurso voluntário; além disso, não há prova de intimação, quanto à decisão anterior.

Por fim, estou em que, em se tratando de ação de cobrança, o procedimento ordinário que ora lhe é imposto, não afasta a competência prevista no artigo 126 da Constituição Federal, pelo que os presentes autos devem prosseguir, sob a jurisdição da Justiça Estadual.

Pelo exposto, rejeitada a preliminar de inconstitucionalidade posta pela devedora, dou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial para anular as decisões de fl. 40 dos autos apensos e de fl. 30, desses, determinando que se dê à espécie o

procedimento ordinário, tratando-se os embargos de devedor, como se resposta fosse, prosseguindo-se, no mais, como de direito.

EXTRATO DE MINUTA

REO nº 59.539 — SP — Registro nº 3.049.280 — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Rem. ex-offício: Juiz de Direito da Comarca de São Manuel. Partes: Prefeitura Municipal de São Manuel e Instituto Nacional de Previdência Social. Advs.: Drs. Geraldo Ataliba, José Ricardo de Oliveira e Luis Carlos Bettiol.

Sustentou oralmente pela Prefeitura de São Manuel o Dr. Geraldo Ataliba.

Decisão: A turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso voluntário, admitido como oportuno, e à remessa oficial, para que, anulada a decisão, a execução tenha curso como ação ordinária. (Em 1-6-83 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.883 — SP (Registro nº 478.040)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Remetente: Juiz Federal da 7ª Vara — SP

Apelante: União Federal

Apelado: LIGHT — Serviços de Eletricidade S.A.

Advogado: Dr. Marcelo Florence Lustosa

EMENTA

Tributário. Restituição. Taxa de Despacho Aduaneiro. Empresa de energia elétrica.

É legítima a cobrança da Taxa de Despacho Aduaneiro de empresa de energia elétrica, no período compreendido entre a vigência do Decreto-Lei nº 37/66 e a data da extinção do tributo.

Aplicação da Súmula nº 80/TFR. Precedentes do Alto Pretório.

Deu-se provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa oficial nos termos enunciados pelo Relator.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento, tanto à remessa de ofício como ao recurso voluntário da União Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sebastião Reis: Light — Serviços de Eletricidade S.A., promove a presente ação contra a União Federal, na qual pretende a devolução de quantias depositadas em garantia de débito fiscal, no montante de Cr\$ 41.812,30 (quarenta e um mil, oitocentos e doze cruzeiros e trinta centavos), acrescida de correção monetária e demais cominações de direito, sustentando, em resumo, a ilegalidade da cobrança da Taxa de Despacho Aduaneiro de 5% (cinco por cento) sobre materiais que importou com isenção de direitos, por destinados a seus serviços de produção, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica.

Respondeu a União, opondo, em síntese, que a TDA não se confunde com o imposto de importação e que a isenção tributária invocada de que usufrui a autora se refere apenas a impostos, não compreendendo aquela figura tributária.

Com cópias de peças do processo administrativo, o MM. Juiz Federal, à fl. 112, julgou procedente a ação, condenando a ré na honorária de 15% (quinze por cento), submetendo o julgado à crítica deste Tribunal; recorreu voluntariamente a União e, instruída a apelação, aqui a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela reforma.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Senhor Ministro Sebastião Reis (Relator): A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República em parecer da lavra do Procurador João Leoni Tavares, aprovado pelo culto Subprocurador-Geral Osvaldo Degrazia, às fls. 128/30, assim se pronunciou sobre a controvérsia:

«Merece parcial provimento o recurso. A matéria questionada, isenção de Taxa de Despacho Aduaneiro em favor de empresa de energia elétrica, na importação de material elétrico é conhecida desse Egrégio Tribunal e do Excelso Pretório, os quais fixaram a orientação, à luz da qual o presente feito deve ser decidido. Com efeito, no julgamento do ERE nº 77.711-SP, onde são invocados diversos outros precedentes, com amplo debate da matéria, decidiu o Excelso Pretório que a cobrança da Taxa de Despacho Aduaneiro é legítima no período compreendido entre a vigência do Decreto-Lei nº 37/66 e a extinção do mencionado tributo que ocorreu em 1-1-68.

Le-se da ementa do referido Acórdão:

«Taxa de Despacho Aduaneiro. Empresa de energia elétrica.

Legitimidade de sua cobrança no período compreendido entre a vigência do Decreto-Lei nº 37/66 e a data da extinção do tributo. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Embargos de divergência conhecidos e recebidos. (ERE nº 77.711 — SP — Rel.: Ministro Soares Muñoz — in RTJ — 88/147).

Oportuno, ainda, transcrever trecho do voto condutor do v. Acórdão do eminente Ministro-Relator Soares Muñoz, **verbis**:

«Conheço, pois, dos embargos e adoto, **data venia**, do Acórdão embargado, a orientação dos arestos paradigmáticos, porquanto, consoante assinalou o Ministro Xavier de Albuquerque, Relator, no RE nº 86.959, julgado pela Egrégia Segunda Turma. Em 24-5-77.»

«Nossa jurisprudência mais recente se firmou no sentido de ser legítima a cobrança da Taxa de Despacho Aduaneiro nas importações feitas por empresas de eletricidade, no período compreendido entre o início de vigência do Decreto-Lei nº 37/66, ocorrido a 1-1-1967, e a extinção do tributo, verificada a 1-1-1968. Além do Acórdão indicado pela recorrente (RE nº 68.892, DJ de 24-9-1971), lembro outros precedentes: RE nº 75.451, DJ de 11-10-1974, RE nº 74.129, DJ de 22-11-1974, RE nº 73.979, DJ de 22-11-1974, RE nº 76.089, DJ de 17-10-1974, RE nº 76.698, DJ de 17-10-1974 e RE nº 78.615, DJ de 12-9-1975» (in RTJ 88/150).

Cumprido, pois, observar a data das importações que deram origem às diversas guias de recolhimento do tributo, para situá-las dentro ou fora do período em que, segundo o STF, era devida a sua cobrança. Nestas condições, e considerando os recolhimentos descri-

minados à fl. 4 dos autos, vê-se que não estão acobertados pela isenção o da Nota de Importação 47.013/67, de 11-8-67 (fls. 17/19 v.) e o da Nota de Importação nº 24.894/67, de 2-5-67 (fl. 21). Anote-se que estas duas notas correspondem ao valor de Cr\$ 37.885,01 e que o valor total questionado é de Cr\$ 41.812,30.

Pelo exposto, pedimos parcial provimento do recurso, a fim de se indeferir a devolução dos valores não acobertados pela isenção e de se condenar nas custas e honorários advocatícios a autora em face da sucumbência maior que sobre ela recairá.»

A orientação do Supremo Tribunal Federal, por certo tempo, como se vê em Teodoro Nascimento (Preço, Taxas e Parafiscalidade, pág. 207/25), sustentou a natureza do TDA como adicional ao imposto de importação, na linha de idéias da sentença, mas posteriormente veio a fixar-se na tese que admite a distinção referida pelo Subprocurador-Geral.

À jurisprudência do Alto Pretório trazida à colação no parecer transcrito — suficiente por si mesma, acrescento que o entendimento ali vitorioso foi, por igual, proclamado por esta Corte, no enunciado da sua Súmula nº 80:

«É legítima a cobrança da Taxa de Despacho Aduaneiro de empresa de energia elétrica, no período compreendido entre a vigência do Decreto-Lei nº 37, de 1966, e a da extinção do tributo.»

Adotando o parecer acima reproduzido e à luz do verbete 80 da Súmula deste Tribunal, é de dar-se provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa oficial, para julgar procedente a ação apenas quanto às Notas de Importação nºs 3.599/66, 57.444/60, 4.749/66 e guias 26.309/64 e 27.602/64 (docs. 3/4, 6 e 9/10), excluídas as de números 47.013/67 e 24.894/67 (docs. 5 e 7), honorária de

15% (quinze por cento) e custas, de acordo com os valores de sucumbência; juros de mora sobre a parcela restituenda, na forma do parágrafo do artigo 167 do CTN.

Dou provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa oficial nos termos enunciados.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 59.883 — SP — Registro nº 478.040 — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Remte.: Juiz Federal

da 7ª Vara — SP. Apte.: União Federal Apdo.: Light — Serviços de Eletricidade S.A. Adv.: Dr. Marcelo Florence Lustosa.

Decisão: Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar parcial provimento, tanto à remessa de ofício como ao recurso voluntário da União Federal (Em 5-9-84 — 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 60.687 — MG

(Registro nº 3.125.564)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelante: INPS

Apelado: Sebastião José Vieira

Advogados: Maurício Corrêa e Amir Borges Ferreira

EMENTA

Previdência Social. Tempo de serviço. Prova feita em reclamação trabalhista transitada em julgado.

A prova de tempo de serviço, obtida em reclamação trabalhista transitada em julgado, equiparase à anotação feita na Carteira Profissional do empregado, como presunção que caberá ao órgão previdenciário desfazer.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso do INPS, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator e de acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Adoto o relatório de fls. 53/54, que leio (lê). E completo-o para dizer que a decisão desta 2ª Turma foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal, em Acórdão assim ementado:

«Causas de alçada. Lei nº 6.825/80, artigo 4º — Súmula nº 502. Conforme se decidiu no RE nº 100.100, «o valor em ORTNs atribuído à causa, para o efeito de alçada, é o que se afere no momento

do ajuizamento da ação, sem sujeição a posteriores variações, como decorre da própria sistemática legal e do entendimento desta Corte». Recurso extraordinário conhecido e provido» (2ª Turma, DJ 23-3-84) — (fl. 91).

Baixando os autos, vieram-me à conclusão para julgamento do apelo, o que passo a fazer, tanto mais porque dispensável a audiência da douta Subprocuradoria-Geral da República (RI, artigo 63, § 2º) e mesmo a revisão, ex vi o disposto no artigo 90, § 1º, da Lei Complementar nº 35/79.

Com três apensos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): A questão gira em torno do valor da prova de tempo de serviço feita pelo autor. Ele trouxe aos autos a certidão de fl. 4, oriunda dos autos de uma reclamação trabalhista promovida contra o empregador e da qual saiu vitorioso.

Mas, além dessa prova, também demonstrou o autor, através de quatro testemunhas, que corroboraram o seu depoimento pessoal, ser indiscutível a contagem de tempo de serviço pleiteada, levando-se em conta, no caso, a idoneidade dessa prova.

Relata Sebastião José Vieira, com 64 anos de idade, que começou a trabalhar na firma Boza Horta, de 1934 até 9 de novembro de 1953. Todavia, a sua carteira de trabalho não foi assinada, alegando-se encontrar-se a mesma sumida até 1957.

Somente a partir de 1º de dezembro de 1957 a carteira foi assinada. Todavia, a situação do autor não restou tranqüila, pois sofreu prejuízos decorrentes da atuação do empregador, de tal modo que teve de ir a juízo contra ele, através de reclamação trabalhista.

O contrato de trabalho foi rescindido, ficando comprovado que o chefe da firma empregadora falsificara vários recibos de quitação do empregado, ora autor, colocando-o na condição de empregado doméstico. A decisão final foi do TST. E houve também ação penal, em que o reclamado foi condenado a dois anos de prisão (fl. 26).

Sei que alguns ilustres componentes da Turma são contrários à prova de tempo de serviço, através de decisão em reclamação trabalhista em que não foi parte o órgão previdenciário. Quanto a mim, porém, não posso deixar de considerar tal provisão, pelo menos como começo razoável de prova material, completado pelas testemunhas ouvidas, respeitado o princípio do contraditório.

O Dr. Juiz acha estranho que o autor não tenha provado a sua condição de contribuinte da Previdência Social. Também acho que essa prova devia ter sido feita, dada a exigência do artigo 41 da CLPS, isto é, que a aposentadoria por tempo de serviço será devida após 60 contribuições mensais (fl. 30v.).

Acontece, porém, que esse aspecto do caso não foi abordado pelo INPS. E consta, em favor do autor, à fl. 5, indiretamente, Acórdão da 2ª Turma do CRPS, onde se cuida apenas da insuficiência do tempo de serviço, sem mencionar filiação e contribuições.

Ante o exposto, confirmo a respeitável sentença, dela me afastando apenas quanto às custas, que devem ser excluídas da condenação, pois a autarquia é isenta (Lei nº 6.032/74, artigo 9º, I).

Daí porque dou parcial provimento ao recurso do INPS.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 60.687 — MG — Registro nº 3.125.564 — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Apte.: INPS. Apdo.: Sebastião José Vieira. Advs.: Maurício Corrêa e Amir Borges Ferreira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recur-

so do INPS, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 29-6-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 60.892 — SP
(Registro nº 3.115.119)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — SP

Apelante: União Federal

Apelada: Ribeiro Franco S.A. — Engenharia e Construções

Advogados: Dr. Jofir Avalone e outros

EMENTA

— Tributário. Execução fiscal.

— Imposto de renda. Sociedade por ações. Aumento de capital mediante a utilização de lucros suspensos.

— O fato gerador ocorre no dia da realização da assembléia geral dos acionistas, visto como o arquivamento na Junta Comercial não integra o ato deliberativo, tendo apenas a finalidade de torná-lo conhecido.

— Lei tributária aplicável, portanto, é a vigente na referida data.

— Sentença reformada.

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 remetida e julgar os embargos improcedentes, prosseguindo-se na execução, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

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 Federal da 1ª Vara de São Paulo expôs a controvérsia nestes termos (fls. 29/30):

«Ribeiro Franco S.A. — Engenharia e Construções propôs os

presentes embargos à execução, que lhe move a Fazenda Nacional, alegando que, a partir de 30-12-68 e até 26-6-70, os aumentos de capital realizados pelas empresas por incorporação de reservas, ou lucros suspensos, não sofriam a tributação do imposto sobre a renda, desde que, à época dos aumentos, tais empresas não tivessem débito vencido de imposto de renda, adicional de renda ou multas dele decorrentes.

Se a empresa, ao contrário, tivesse débito vencido, os aumentos de capital por ela realizados entre 30-12-68 e 26-6-70, por incorporação de reservas, ou lucros suspensos, ficava sujeita à tributação na fonte, à razão de 15%, como ônus da pessoa jurídica, na forma do artigo 83, § 5º, da Lei nº 3.470, de 28-11-78.

Com o advento do Decreto-Lei nº 1.109, tal benefício foi estendido, a partir de 26-6-70, também às empresas que, na época do aumento, registrassem débitos vencidos de imposto de renda, adicional de renda ou multas deles decorrentes.

Esclarece que, em 15-4-70, pouco antes de entrar em vigor o Decreto-Lei nº 1.109, os acionistas da embargante, reunidos em assembleia geral extraordinária, deliberaram aumentar o capital da sociedade, mediante a utilização, entre outros recursos, da quantia de Cr\$ 415.568,23, correspondente à parte dos lucros suspensos do balanço geral encerrado em 31 de dezembro de 1969.

Entende a embargante que, não obstante tal deliberação ter sido tomada em 15-4-70, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 1.109, o certo é que o aumento de capital ocorreu na vigência do indigitado decreto-lei, porquanto a deliberação dos acionistas somente tornou-se válida, ou eficaz, aos 4-8-70, quando a ata da assembleia geral

foi arquivada na Junta Comercial de São Paulo.

Informa a embargante que a Fazenda, todavia, entende que o fato gerador da obrigação tributária ocorrera em 15-4-70, data em que a assembleia deliberou o aumento; e não em 4-8-70, data em que esse aumento foi levado à Junta Comercial com o registro da ata comercialmente, sustentando a Fazenda que, no caso, aplicavam-se as disposições da legislação anterior ao Decreto-Lei nº 1.109, que excluía da isenção as empresas que aumentassem o capital com reservas, ou lucros suspensos, mas com débitos fiscais vencidos.

Pretende a embargante que a pretensão da embargada não merece atendimento, pois o fato gerador da obrigação tributária resulta dum situação de fato e também de uma situação jurídica e que, tratando-se no caso de situação jurídica, reputa-se verificado o fato gerador somente no momento em que esta situação estiver definitivamente constituída e, nesta conformidade, o fato gerador não ocorreu na data da assembleia, mas por ocasião do registro da ata na Junta Comercial, quando já estava em vigor o mencionado Decreto-Lei nº 1.109.

Em face do exposto, requer a embargante o recebimento dos presentes embargos, a fim de que, julgados provados, sejam dados como procedentes, tanto quanto improcedente a aludida execução fiscal.

A embargada manifestou-se às fls. 20/26, para dizer que a embargante não tem razão, pois o fato gerador da obrigação tributária verificou-se por ocasião da lavratura da ata da assembleia geral, não de seu registro na Junta Comercial, pois a assembleia geral é quem determina a constituição de

direitos perante os acionistas e terceiros e que o registro da Junta constitui-se apenas de formalidade complementar, donde não vingar a interpretação esposada pela embargante.

No tocante à correção monetária, acentua a embargada incidir ela também sobre a multa e não somente sobre o tributo, na forma do que foi decidido pelo Supremo, quando do julgamento do Recurso nº 83.897, do Tribunal Pleno, de que foi Relator o eminente Ministro Xavier de Albuquerque.

Por força destas considerações, a embargada pede que os embargos sejam julgados improcedentes.»

A sentença acolheu os embargos para julgar improcedente a execução fiscal, condenada a embargada nas custas e em honorários advocatícios de 5% sobre o **quantum** exigido, à consideração de que o aumento do capital só se aperfeiçoou com o registro da ata na Junta Comercial, quando já em vigor o Decreto-Lei nº 1.109/70 (fls. 30/32).

Houve remessa **ex officio** e apelação da União Federal (fls. 35/37), insistindo nas razões antes aduzidas.

Contra-razões às fls. 39/41.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da sentença (fls. 44/46).

Sem revisão (RI, artigo 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, o ato jurídico de aumento de capital se aperfeiçoa com a realização da assembléia geral para tal fim convocada, sendo o arquivamento mera formalidade complementar.

Esta é a opinião indiscrepante dos nossos comercialistas, conforme

anota Rui Carneiro Guimarães («Sociedades por Ações», Forense, 1ª ed., vol. I, págs. 402/403), **verbis**:

«Ao contrário, portanto, do que acontece sob outras legislações, como, por exemplo, a italiana, o registro dos atos constitutivos de uma sociedade anônima não é constitutivo, mas simplesmente declarativo, isto é, não é um elemento essencial e indispensável à validade do ato jurídico, mas complementar e imprescindível para formação de certos efeitos jurídicos. «A intervenção do Estado, neste caso, tem um caráter puramente formal; é, antes, um ato certificativo ou de reconhecimento de que se deu a situação de fato ou se verificaram os requisitos exigidos pela lei para a ereção do grupo social em personalidade jurídica». «O Estado, neste caso, se limita a registrar, certificar, divulgar um fato constituído anteriormente e independentemente de sua colaboração. Ele não integra o ato, mas o torna conhecido. Não o completa ou aperfeiçoa do ponto de vista material, apenas o formaliza com o atestado da sua existência» (parecer do Prof. Francisco Campos, apoiado em Beza dos Santos, Coviello e outros autores e citado em trabalho do autor publicado na Revista Forense, vol. 153, pág. 280, e transcrito no comentário ao artigo 14, nº 136). Valverde doutrina no mesmo sentido e assinala importante consequência: «Não sendo o registro dos atos constitutivos de uma sociedade comercial um elemento que se integre na constituição dela, mas uma formalidade complementar, indispensável para a produção de certos efeitos jurídicos, e não resultando da sua falta, como no Direito francês, a nulidade da sociedade não registrada no prazo legal, segue-se o arquivamento dos atos constitutivos, pode ser feito mesmo depois do prazo le-

gal. A repartição competente não está autorizada a recusar o registro tardio. O ultrapassar do prazo legal acarreta — é o regime do nosso Direito — para as pessoas que estavam obrigadas a requerer o registro, sanções civis (artigos 55 e 122). No mesmo sentido Carvalho de Mendonça.»

O arquivamento dos atos relativos a reformas de estatutos — como no caso de aumento de capital — tem sobretudo a finalidade de torná-los públicos, em ordem a vincular terceiros em suas obrigações para com a sociedade. A ausência dessa formalidade, contudo, não pode ser invocada pela sociedade, ou pelo sócio, em benefício próprio, a teor do que dispunha o artigo 50, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.627, de 26-10-40, em vigência na data dos fatos referidos na inicial. «Se a sociedade ou os sócios — leciona Miranda Valverde, in «Sociedades por Ações», Forense, 3ª ed., vol. 1/323 — não podem opor contra os terceiros de boa-fé a falta de cumprimento das formalidades legais de arquivamento e publicidade dos atos relativos à reforma dos estatutos, todavia, podem esses terceiros invocar, em seu benefício, a alteração estatutária votada pela assembléia.»

Não se trata, pois, como pretende a embargante, de fato complexo ou de situação jurídica subordinada a

condição suspensiva, mas de fato gerador simples que se completou na data da assembléia geral extraordinária, isto é, em 15-4-70, quando ainda não existia o Decreto-Lei nº 1.109, de 29-6-70, cujo artigo 3º concedeu a isenção ora perseguida.

Sem sombra de dúvida, é legítima a imposição fiscal.

À vista do exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença remetida e julgar os embargos improcedentes, prosseguindo-se nos ulteriores termos da execução.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 60.892 — SP — Registro nº 3.115.119 — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara-SP. Apte.: União Federal. Apda.: Ribeiro Franco S.A. — Engenharia e Construções. Advs.: Dr. Jofir Avalone e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença remetida e julgar os embargos improcedentes, prosseguindo-se na execução (Em 19-9-84 — 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.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL Nº 62.495 — RS

(Registro nº 3.142.582)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Embargante: IAPAS

Embargado: Guilherme Inácio da Silva

Advogados: José Torres das Neves e Ernani Ênio Juchem

EMENTA

Previdência Social. Filiação e inscrição. Distinção. Efeitos.

1. Filiação é o estado decorrente do exercício de atividade prevista em lei como causadora dela, enquanto a inscrição é o ato ou processo, espontâneo ou ex officio, de materialização do vínculo previdenciário, gerando deveres recíprocos de contribuição, pelo segurado, e de prestação de benefício, pela instituição.

2. A lei não impede a inscrição após 60 anos de idade. O que ela diz é que a filiação após essa idade habilita somente ao pecúlio (Decreto nº 72.771/73). A inscrição, permitida ou obrigatória sempre que pre-exista filiação, surtirá efeitos a partir de sua eficácia.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Costa Lima**: Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INPS ao v. Acórdão de fl. 70, da Egrégia 1ª Turma.

O autor embargado ajuizou demanda contra a autarquia em 12-9-72, com o objetivo de compeli-la a aceitar sua inscrição como segurado autônomo. O Dr. Juiz de 1º grau, considerando provado que o autor vinha de longos anos trabalhando como autônomo (carroceiro) — atividade obrigatoriamente filiada à Previdência — entendeu que o fato de o mesmo haver completado 60 anos de idade não justificava a restrição imposta pela autarquia e julgou procedente a ação, nestes termos:

«Isto posto, julgo procedente a presente ação para determinar a inscrição do autor **Guilherme Inácio da Silva**, no Instituto Nacional de Previdência Social, como segurado autônomo, a partir de 12-9-1967 (conforme pedido na inicial), ficando asseguradas ao autor todas as vantagens que a Previdência Social concede aos seus segurados, sem qualquer restrição. Deverá o autor recolher as contribuições devidas, como autônomo, desde 12-9-1967, dentro do prazo de 30 dias contados do cumprimento da decisão por parte do INPS, acrescidas de correção monetária, mas sem juros e sem multa, eis que o não recolhimento se deu por recusa do próprio INPS. Não recolhidas dentro desse prazo, as contribuições atrasadas serão acrescidas também de juros de mora. Condene o Instituto Nacional de Previdência Social ao pagamento das custas do presente processo, bem como ao pagamento dos honorários do Dr. Procurador do autor que fixo em Cr\$ 2.000,00, dada a importância do trabalho pelo mesmo desenvolvido» (fl. 38).

2. Apelaram ambas as partes: o autor, pretendendo que a inscrição vigorasse somente a partir de maio de 1970, isento de pagamento de contribuições em atraso (fl. 40); o INPS, querendo a improcedência ou, pelo menos, a sujeição do autor ao paga-

mento de contribuições desde a vigência da LOPS (fl. 43).

3. Na Turma, o eminente Ministro José Pereira de Paiva (Relator) deu provimento ao apelo do INPS para julgar o autor carecedor de ação, argumentando e concluindo:

«Toda a documentação anexada — fls. 6 a 17 — uns particulares e outros oficiais, comprovam, tão-só, a atividade do apelado, como carroceiro, a partir do ano de 1970. Consta dos autos, é certo, ter sido o apelado empregado de A. Jaeger & Cia. e, mais tarde, do Curtume A. Jaeger S.A., até o ano de 1947 — fl. 35. Ocorre, porém, que passando o apelado à atividade de carroceiro, a partir de 1970, decorreram mais de 20 anos sem qualquer iniciativa sua, no sentido de se tornar segurado autônomo e, somente a partir de 1970, já decorridos vários anos de vigência da Lei Orgânica, pensou na inscrição reclamada. Ora, se a sentença partiu do pressuposto do indeferimento da inscrição, laborou em equívoco, pois, efetivamente, dos autos não consta esta prova. Além da omissão do apelado, ocorre, no caso, óbice intransponível, pois se é verdade que demonstrou, com o requerimento de fl. 9, o propósito de se inscrever como segurado, àquele tempo já havia ultrapassado o limite de idade exigido pela Previdência Social. O apelado nasceu a 19-6-10 e a Lei nº 3.807, que entrou em vigor em agosto de 1960, só sujeita a obrigação da inscrição, como segurados, a empregados de empresas ou autônomos, tão-só quando a idade inferior a 50 anos de idade (artigo 5º da Lei nº 3.807). Em resumo: se o apelado omitiu-se quanto à sua inscrição como autônomo, por mais de vinte anos, e quando pretendeu fazê-lo já havia ultrapassado o limite de idade, impõe-se entender ser o mesmo carecedor da ação, sobretudo se se considerar que ne-

nhuma prova foi feita no sentido de, oficialmente, ter sido feito o pedido e ter tal súplica sido indeferida, como acentuou a sentença recorrida. Face ao exposto, vejo-me na contingência de reformar a sentença e dar provimento ao apelo da autarquia para julgar o autor carecedor da ação, prejudicado o seu recurso. Deixo de impor-lhe os ônus da sucumbência, por seu beneficiário da Justiça Gratuita». (fls. 57/58).

Prevaleceu, porém, o voto do Revisor, eminente Ministro Washington Bolívar que, após longo exame dos conceitos de filiação e inscrição, concluiu ser aquela automática, decorrendo apenas do fato de alguém exercer atividade filiada obrigatoriamente à Previdência, enquanto a inscrição é mero registro. Acentua que o autônomo, em verdade, é tido pela lei como segurado obrigatório e, após transcrever excertos de Mozart Victor Russomano a respeito da matéria, asseverou:

«Quando ocorre determinado fato, a lei, que o rege, incide automaticamente. Ao intérprete e ao aplicador da lei é que cabe verificar qual a lei de regência do fato, e aplicá-la. Se não o fizer, ou se fizer incidir outro texto legal, o erro não apaga a incidência, pois esta independe de sua vontade, sendo automática e imediata. No caso dos autos, verificou-se que o autor da ação comprovou sua condição de trabalhador autônomo, como carroceiro há longos anos. Há longos anos, assim, está filiado ao regime da Previdência Social. Alega o autor que pediu sua inscrição, mas que ela foi indeferida pelo INPS. Este não contesta o fato, deixando bem claro, ao revés, que se opõe a essa inscrição, pois, quando o autor a requereu, já contava mais de 60 anos de idade. Cumpriria distinguir: se o autor, quando a requereu é que estava ingressando no regime previdencial, ou se, quando o fez,

de há muito já ingressara naquele regime. Ora, sendo segurado obrigatório (e não facultativo), desde que caracterizada qualquer das situações previstas na legislação consolidada, sua filiação foi automática, ainda que tardia a inscrição. Se tivesse começado a trabalhar agora, isto é, depois dos 60 anos, quando pediu a filiação, aplicar-se-lhe-ia o disposto no § 4º do artigo 5º da CLPS, isto é, teria direito apenas ao pecúlio», não fazendo jus a outras prestações, salvo os serviços, o salário-família e o auxílio-funeral» (fls. 63/64).

Finalmente, depois de transcrever parte da fundamentação da sentença, concluiu:

«Correta a fundamentação, como também acertado o dispositivo da r. sentença recorrida, inclusive no tocante à data — 12-9-67 —, pois este foi, efetivamente, o pedido feito na inicial (fl. 2), isto é, que retroagisse até cinco anos antes ao ajuizamento da ação, que se deu em 12-9-72. Em verdade, a filiação ao regime previdenciário se deu desde quando entrou em vigor a LOPS, isto é, 26 de agosto de 1960. Mas o próprio autor pediu que a inscrição retroagisse «até cinco anos anteriores ao ajuizamento da presente ação» (fl. 2), sendo defeso ao Juiz decidir *ultra petita* (CPC, artigo 460). O Instituto, por sua vez, o que sempre negou foi direito a qualquer inscrição. A filiação, entretanto, era obrigatória e a inscrição decorrência necessária. Do inconformismo manifestado pelo INPS, apenas reconheço a procedência quanto à parte da sentença em que o condenou ao pagamento de custas, indevidas na espécie, por quanto se trata de autarquia, conforme aqui se tem decidido. Acresce a circunstância de que o autor litigou sob o pálio da Justiça Gratuita. Nestas condições, nego provimento ao apelo do autor, que pre-

tende modificação da data em contravenção ao seu próprio pedido inicial e dou provimento parcial ao recurso da autarquia, para isentá-la do pagamento de custas, mantida, no mais, a r. sentença recorrida, **data venia** do eminente Sr. Ministro-Relator» (fls. 65/66).

4. Nos embargos, pede o INPS a improcedência da ação, asseverando que a inscrição não é ato meramente formal, mas o processo através do qual se apuram os dados de fato conducentes à caracterização da filiação ao regime da Previdência, citando a propósito o artigo 24 do regulamento baixado com o Decreto nº 72.771, de 6-9-73. Assinala que, no caso, um desses dados — ter menos de 60 anos de idade — o autor não pôde provar. E vê uma contradição no Acórdão: enquanto reconhece que o autor já era filiado à Previdência há mais de 20 anos, somente a obriga a recolher contribuições no período de 5 anos (fl. 77).

5. Admitidos pelo r. despacho de fl. 79, os embargos não foram impugnados (fl. 81v.).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Tenho que a certidão de fl. 5, pela qual se vê que o embargado vem exercendo a atividade de carroceiro a frete desde 1946, subsidiada pelos documentos de fls. 6/17, faz certa sua qualidade de trabalhador autônomo desde então. Quanto ao direito, estou, em linhas gerais, com o brilhante voto vencedor na Turma. Apenas peço licença para fazer algumas observações que me são inspiradas pelo precedente apontado por seu eminente autor.

É o da AR nº 668-MG, onde o eminente Ministro Antonio Torreão Braz, em passagem transcrita no voto, asseverou:

«Não me parece correta, data venia, à luz do ordenamento legal atinente à matéria, a ilação que o v. Acórdão rescindendo tirou da distinção entre filiação e inscrição. Como anotam os estudiosos, a filiação é automática e resulta simplesmente do vínculo empregatício, enquanto a inscrição se dá por ato posterior e depende da iniciativa da parte» (fl. 61).

2. Com efeito, enquanto pelo artigo 8º da CLPS vigente até há pouco (Decreto nº 77.077/76), a filiação obrigatória ao regime da Previdência resulta do simples exercício de atividade por ele abrangida, a qualidade de segurado, que é também obrigatória ou facultativa, decorre somente da inscrição, que é o processo pelo qual se materializa o vínculo com a Previdência, trazendo como efeito os deveres recíprocos de contribuição por parte do segurado e de prestação dos benefícios pela instituição. Assim, afora a inscrição que ao empregador incumbe, relativamente aos seus empregados — e que a lei presume, em benefício deste e de seus dependentes, pela simples prova da relação de emprego (artigo 18 da CLPS) — é também ônus do filiado procurar inscrever-se, sem embargo de poder a autarquia fiscalizar e proceder à inscrição *ex officio*. Tanto assim é que, rompido o vínculo empregatício e esgotadas as tolerâncias de que trata o artigo 9º, extingue-se a condição de segurado, com a caducidade dos direitos a ela inerentes. Salvo se o trabalhador optar pela contribuição em dobro.

3. Com essas observações, que resultam do sistema legal e não refogem à orientação básica do v. Acórdão embargado, penso evitar ilações tendentes a colocar o autônomo, arredo ou omissio, em situação vantajosa, relativamente ao empregado que perde o emprego. E, ao mesmo tempo, espanco, de um lado a contradição vislumbrada pelo embar-

gante, pois se da inscrição espontânea ou *ex officio* é que decorrem direitos e obrigações, não há falar em pagamentos anteriores a sua eficácia; de outro, a amplitude com que a douta sentença de 1º grau pretendeu afastar «qualquer restrição». A restrição imposta pelo réu embargante era no sentido de que o autor se inscrevesse com idade superior a 60 anos. Contra esta é que veio a demanda e é a que deve ser afastada, porque sem apoio em lei. A lei não impede a inscrição. O que ela diz é que o filiado ao regime após 60 anos (artigo 104 do regulamento, Decreto nº 72.771/73), isto é, o que passa a exercer atividade filiada ao regime após essa idade, só tem direito ao pecúlio. No caso, a filiação é antiga. E a inscrição surtirá efeitos da data, a que retroage, como pediu o próprio autor.

A restrição à inscrição, pois, é que deve ser judicialmente afastada. Qualquer outra que possa exsurgir, excede à *res in indicium deducta*.

4. Isto posto, recebo os embargos apenas em parte, tão-só para que, no dispositivo da sentença, onde se diz «sem qualquer restrição» se entenda «sem a restrição decorrente da idade».

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

EIAC nº 62.495 — RS — Registro nº 3.142.582 — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Embargante: IAPAS. Embargado: Guilherme Inácio da Silva. Advogados: José Torres das Neves e Ernani Ênio Juchem.

Decisão: A Seção, por unanimidade, recebeu parcialmente os embargos (Em 30-5-84 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washing-

ton Bolívar, William Patterson e José Cândido votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros

Jarbas Nobre, Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS INFRINGENTES
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.495 — RS**

(Registro nº 3.142.582)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Embargante: IAPAS

Embargado: V. Acórdão de fl. 97

Advogados: José Torres das Neves e Ernani Ênio Juchem

EMENTA

Processual. Embargos de declaração.

Rejeitam-se, por inexistente a alegada omissão. O Tribunal não é obrigado a discutir acusações infundadas nem a colaborar com a parte no arranjo de matéria constitucional para vencer a barreira do apelo extremo.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Ao v. Acórdão de fls., pelo qual esta Egrégia Seção deu acolhida parcial a embargos infringentes do IAPAS, opõe à autarquia embargos declaratórios, dizendo:

«Nos embargos infringentes, o embargante argüiu ofensa aos arti-

gos 153, § 2º, e 6º, parágrafo único, combinado com o artigo 8º, XVII, b, da Carta Magna. A respeito o Acórdão embargado é totalmente omisso, tanto no relatório como no voto norteador. Assim, incide o artigo 535, II, do CPC.

Pelas razões expostas, o embargante espera a acolhida do seu apelo, para que a Egrégia Seção se pronuncie sobre a arguição de ofensa aos citados dispositivos constitucionais» (fl. 100).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): A matéria constitucional a que se refere o embargante como tendo sido omitida no Acórdão não existe. O que ocorre, data venia, é que, na oportunidade dos embargos infringentes, me pareceu escusável equívoco, mas agora verifico não passar de simples sofisma, destinado a obter sucesso para inconformis-

mos, que tais, como passo a demonstrar.

Nos embargos infringentes, a autarquia, engendrando propositada (vê-se agora) confusão entre filiação e inscrição, acusava o Acórdão embargado de obrigá-la a pagar benefício previdenciário sem a correspondente contribuição. Dizia ela:

«O decisório sob análise, ao manter a sentença, também incide no vício da contradição. Embora reconheça que o trabalhador já era segurado e filiado à Previdência há mais de vinte anos, somente o compele a fazer os recolhimentos das contribuições previdenciárias no período de cinco anos. Logicamente, se ele já estava filiado à Previdência, por mais de vinte anos, então a consequência seria o pagamento das contribuições que deveriam ter sido vertidas, no momento próprio, acrescidas de juros e correção monetária. Fora daí, estaremos diante de um verdadeiro enriquecimento sem causa, portanto, ilícito.

Prevalecendo semelhante entendimento, estará aberto o caminho altamente rendoso para a fraude à Previdência Social. Com efeito, ninguém mais terá interesse em contribuir, tal como previsto em lei, para a Previdência Social. É só deixar que os anos se escoem, tempo afora, e depois postular o reconhecimento de uma filiação obrigatória, com a redução do tempo de contribuição para cinco anos, tão-somente.

Desobrigando o trabalhador a recolher as contribuições previdenciárias previstas em lei e, ao mesmo tempo, obrigando o Instituto a conceder aposentadoria para quem não reuniu as condições necessárias para usufruir do benefício, a Egrégia Turma termina por desacatar o § 2º do artigo 153 da Carta Magna. Mais do que isto, procede

como se fosse o próprio poder legiferante e cassa o artigo 4º do Decreto-Lei nº 710/69. Assim, se evidencia a invasão de competência do Poder Legislativo, caracterizando-se a nítida ofensa ao artigo 6º, parágrafo único, combinado com o artigo 8º, XVII, b, da Carta Magna» (fl. 77).

2. Como se vê, a ofensa à Constituição estaria no fato de o Acórdão — na visão distorcida do nobre representante da autarquia — haver reconhecido que o trabalhador já era segurado e filiado à Previdência há mais de vinte anos e somente o compeliu a fazer os recolhimentos das contribuições no período de cinco anos.

3. Ora, semelhante absurdo não estava no Acórdão. O que se dissera, fazendo as necessárias distinções, era que o autor possuía filiação antiga, porque sempre exercera atividade da qual deriva automaticamente essa condição. Quanto a ser segurado, situação da qual decorre a obrigação de contribuir e o direito a benefício, somente exsurgira da inscrição que o Instituto negava e a sentença de 1º grau assegurara ao autor.

Destarte, sem me preocupar com a acusação infundada, ou com o simples estribilhar de dispositivos constitucionais sem nenhuma relação com a espécie *sub judice*, apenas procurei, tanto no relatório como em meu voto, ressaltar e desfazer o que me pareceu equívoco do embargante.

E a ementa do Acórdão, refletindo até com redundância o decidido, reza:

«Previdência Social. Filiação e inscrição. Distinção. Efeitos.

1. Filiação é o estado decorrente do exercício de atividade prevista em lei como causadora dela, enquanto a inscrição é o ato ou pro-

cesso, espontâneo ou **ex officio**, de materialização do vínculo previdenciário, gerando deveres recíprocos de contribuição, pelo seguro, e de prestação de benefício, pela instituição.

2. A lei não impede a inscrição após 60 anos de idade. O que ela diz é que a filiação após essa idade habilita somente ao pecúlio (Decreto nº 72.771/73). A inscrição, permitida ou obrigatória sempre que preexistia filiação, surtirá efeitos a partir de sua eficácia» (fl. 97).

4. Não há, portanto, qualquer omissão no Acórdão. Este resolveu, de modo claro, a questão posta em lide. Se o objetivo do embargante é cavar catapulta constitucional com que transpor a barreira vestibular do recurso extraordinário, deve nisto trabalhar sozinho. O Tribunal não é obrigado a discutir acusações infun-

dadas, nem a colaborar no arranjo de matéria para recurso.

6. Isto posto, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EDEIAC EAC (EDecl) nº 62.495 — RS — Registro nº 3.142.582 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Embargante: IAPAS. Embargado: V. Acórdão de fl. 97. Advogados: José Torres das Neves e Ernani Ênio Juchem.

Decisão: A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos (Em 19-9-84 — Primeira Seção).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.085 — RJ

(Registro nº 2.457.113)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini

Apelante: Instituto Brasileiro do Café — IBC

Apelada: Carlota Ferreira Peçanha

Advogados: Drs. Cidonyr de Carvalho de Souza e outros e João Marcos de Mello Marcondes e outros

EMENTA

Civil. Erradicação de cafezais. Contrato. Inadimplência. Não comprovada.

— Inexistindo provas quanto ao descumprimento do contrato para a erradicação de cafezais e tampouco não demonstrada a fraude utilizada para o recebimento de quantia dada como indevida, descabe a devolução da parte da importância supostamente paga a maior.

— Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por maioria, conhecer do recurso; vencido o Sr. Ministro-Relator, que

do mesmo não conhecia. No mérito, 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, 16 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Adoto o relatório da r. sentença monocrática, às fls. 112/113, que leio.

O MM. Juiz, sob o convencimento de que a ré não recebeu indebitamente e mediante fraude quantia a mais, eis que cumpriu o contrato, julgou a ação improcedente e condenou o IBC nos termos do venerando decisório de fls. 113/114.

Apelou o Instituto às fls. 116/121, irresignado com a veneranda decisão de primeiro grau.

Sem contra-razões, subiram os autos a esta Superior Instância, e a ilustrada Subprocuradoria da República, às fls. 125/126, opina no sentido do recebimento e provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Senhor Presidente, preliminarmente, trata-se de causa de alçada nos termos do artigo 4º da Lei nº 6.825/80, c/c a Resolução nº 25/80, do TFR, conforme entendimento esposado no voto proferido no RO nº 4.940-SP, ou seja, considerando-se 50 ORTNs em 22-9-80.

De conformidade com meu ponto de vista, não conheço da apelação, determinando a baixa dos autos, a fim de que o recurso seja recebido

como embargos infringentes, se preenchidos os requisitos legais.

É o meu voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Conheço do apelo.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Pretende o IBC, com a presente ação, a devolução da diferença entre a importância de Cr\$ 11.700,00 paga a Carlota Ferreira Peçanha para erradicação de cafeeiros improdutivos, sob o argumento de que a área erradicada fora menor do que a constante do contrato, motivo pelo qual a ré deveria ter recebido, de acordo com a fiscalização realizada, a quantia de Cr\$ 3.852,00, devendo assim restituir a soma de Cr\$ 7.848,00.

Alega, em síntese, o IBC, em suas razões de apelação, que não importa que a demandada, ora apelada, tenha plantado mais pés de café do que o acertado, e sim que tivesse mantido a distância média entre os cafeeiros, pois, plantando em menor espaço e recebendo por cafeeiro, é lógico que recebeu mais do que devia, e não cumpriu o contrato.

Vê-se, assim, claramente que o inconformismo do IBC, ora apelante, é quanto à área plantada e não quanto ao número de cafeeiros plantados.

A respeito, o Dr. Perito do Juízo, no laudo de fl. 97, respondendo ao quesito «a» do autor para dizer «qual a diferença, em hectares, entre a área total de cafezais que devia ser erradicada, indicada no contrato e proposta assinados pela ré e aquela que realmente existia, conforme se constata pelas aerofotografias apresentadas, assim se manifestou:

«Não há condição de responder a esta pergunta. O próprio IBC, pelo

seu serviço especializado de aerofotogrametria, achou tecnicamente impossível fazer a delimitação das áreas cafeeiras.

Por outro lado, as provas existentes nos autos são contundentes no sentido de que foram tecnicamente plantados além do número de pés de cafés compromissados, ou seja, 30.250 cafeeiros, superior, portanto, aos 29.250 pés, o máximo a ser plantado, conforme declara o próprio Instituto.

Ante tais elementos, impossível seria ao ínclito julgador monocrático dar à questão decisão diversa da que deu, desde que nenhuma prova foi feita no sentido de demonstrar tenha a ré recebido importância superior à devida, usando para tanto meios fraudulentos.

Outrossim, pacífico é o entendimento deste Colendo Tribunal, no sentido de que não há inadimplência quando há prova razoável do número de cafeeiros erradicados merecendo destaque os seguintes arestos, verbis:

«Erradicação de cafezais. Financiamento oficial. Prova.

Cumprido o contrato de financiamento por unanimidade, segundo a razoável prova do número de cafeeiros erradicados, não há dizer-se inadimplente o contratante, em função de uma área ideal de plantio desusada na região.» (AC nº 64.889 — RJ — Rel.: Ministro José Dantas. DJ de 16-10-80).

«Civil. Ação visando restituição de quantia dada como recebida indevidamente, em decorrência do descumprimento do contrato para a erradicação de cafezais vetustos, e improdutivos, programado pelo Grupo Gerca, da lavoura cafeeira. Prova parcial.

A vista do laudo pericial, concluindo ter o apelado cumprido as obrigações, erradicando os 37.500

cafeeiros constantes do contrato, bem decidiu a sentença, quando julgou a ação improcedente. Recurso desprovido». (AC nº 65.060 — RJ — Rel.: Ministro Moacir Catunda. DJ de 19-2-81).

«Erradicação de cafezal. Tendo sido comprovado, através de perícia, o integral cumprimento de contrato celebrado com agente do IBC, é improcedente a pretensão da autarquia de haver a devolução da parte do preço pago ao argumento de que certo número do total de cafeeiros previstos teria deixado de ser erradicado.» (AC nº 62.298 — RJ — Rel.: Ministro Armando Rollemberg. DJ de 26-3-81).

Assim, irreparável a meu ver, a veneranda sentença monocrática que, amparada nas provas do processo, deu pela improcedência da ação, motivo pelo qual entendo deva ser mantida integralmente.

Com estas considerações, nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 66.085 — RJ — Registro nº 2.457.113 — Rel.: O Sr. Ministro Flaque Scartezzini. Apte.: Instituto Brasileiro do Café — IBC. Apda.: Carlota Ferreira Peçanha. Advs.: Drs. Cidonyr de Carvalho de Souza e outros e João Marcos de Mello Marcondes e outros.

Decisão: Preliminarmente, a Turma, por maioria, conheceu do recurso; vencido o Sr. Ministro-Relator, que do mesmo não conhecia. No mérito, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 16-12-83 — 3ª Turma).

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo votou de acordo com o Sr. Ministro Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.845 — MT
(Registro nº 3.230.643)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro
 Apelante: Antônio Scotti
 Apelada: União Federal
 Advogado: Dr. Eurico de Carvalho e outro (apte.)

EMENTA

Ação de consignação em pagamento. Depósito do valor do tributo para fins de decretação da extinção de punibilidade do crime de descaminho. Admissibilidade, em tese, no caso. Carência da ação afastada.

I — Se o artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-78, foi declarado inconstitucional pelo Plenário desta Corte, ao julgar Incidente de Inconstitucionalidade suscitado no HC nº 4.648-MG (R. TFR 82/15), há de se ter como em vigor o artigo 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, aplicável aos crimes de contrabando e descaminho (Súmula nº 560 do STF). Por isso há de ser afastada a carência da ação decretada com fundamento naquele dispositivo declarado inconstitucional. Inaplicação à espécie do artigo 1º da Lei nº 6.910, de 27-5-84.

II — Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas 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 — Ministro Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Pádua Ribeiro: A sentença julgou Antonio Scotti carcedor da ação de consignação em

pagamento proposta contra a União Federal e, em consequência, indeferiu liminarmente a inicial, decretando a extinção do processo (CPC, artigos 295, III, e 267, IV, *in fine*). Para assim decidir, argumentou (fl. 5):

«O pedido inicial não pode ser acolhido, uma vez que impossível se torna, ex vi disposto em o artigo 290 do Código de Processo Civil a consignação, com efeito de pagamento, ante a ausência de lei que o prescreva em casos como o dos autos.

De fato, pretende o requerente consignar o pagamento com o intuito, claro e insofismável de, ilidindo a punibilidade em processo crime em curso por este Juízo Federal, conseguir, ali, a decretação da extinção da punibilidade, uma

vez que lei recente (Decreto-Lei nº 1.650/78), arredou definitivamente o benefício pretendido.

Em sendo assim, justa foi a recusa da Receita Federal em autorizar o pagamento dos impostos devidos pela introdução clandestina e ilegal das mercadorias estrangeiras, que lhe foram apreendidas e que ensejou o procedimento criminal na inicial referido.

Ilógico, portanto, seria que este Juízo Federal desse curso à medida pleiteada quando a mesma, por força de lei, está fadada a total insucesso.»

Apelou o autor (fls. 12/17). Insiste no cabimento da ação consignatória e, por isso, pede a reforma da sentença a fim de que aquela seja processada.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 19/21), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu provimento (fls. 29/30).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Ao julgar o autor carecedor da consignatória, fundou-se a sentença no Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-78, cujo artigo 1º dispunha:

«O disposto no artigo 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e no artigo 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando e descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 334 do Código Penal».

Ocorre que o Plenário desta Corte, ao decidir o Incidente de Inconstitucionalidade suscitado no **Habeas Corpus** nº 4.648-MG, concluiu pela sua inconstitucionalidade em Acór-

dão assim ementado (Revista do TFR nº 82/15):

«Direito Penal.

É inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-78, visto como, dispondo sobre extinção de punibilidade, incursionou em área que lhe era proibida, qual seja a do Direito Penal, reservada exclusivamente ao Poder Legislativo, ex vi dos artigos 8º, inciso XVII, letra b, e 43, do Estatuto Fundamental.

O artigo 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, que ele quis revogar, teve o seu vício de origem corrigido pelo artigo 177, inciso III, da Constituição de 1967.

Argüição acolhida. (Inc. de Inconst. no HC nº 4.648-MG. Rel.: Sr. Ministro Torreão Braz — Julg. 15-5-80)»

Continua, pois, em vigor, o § 2º do artigo 18 do Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, nestes termos:

«§ 2º Extingue-se a punibilidade, quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal, se o montante do tributo e multas for pago ou depositado na forma deste artigo».

De outra parte, dispôs a Súmula nº 560 do Excelso Pretório:

«A extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do artigo 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67».

É bem verdade que a Lei nº 6.910, de 27-5-81, em seu artigo 1º, repetiu o texto do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.650, de 19-12-78, que esta Corte declarara inconstitucional, revogando, aliás, expressamente o citado decreto-lei (artigo 2º). Todavia, a mencionada lei só tem aplicação a-

pós a sua vigência, não alcançando, pois, o presente caso.

Isto posto e à vista do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de lavra do ilustre Procurador João Leoni Taveira, regularmente aprovado, dou provimento ao recurso para afastar a carência da ação e determinar o seu processamento.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.845 — MT — Registro nº 3.230.643 — Rel.: O Sr. Ministro Pá-

dua Ribeiro. Apelante: Antônio Scotti. Apelada: União Federal. Advogado: Dr. Eurico de Carvalho e outro (apte.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 26-9-84 — 4ª Turma).

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

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, decorrente 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 pode entregar o produto porque «não houve safra suficiente devido às intempéries da natureza», anulação 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 Cr\$ 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 hou-

ve 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 em 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. Salieta que a autora não pode alegar surpresa porque «não houve mudança na especificação». Entende a ré não ter havido força maior e transcreve 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 embargante, 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 à 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.

À 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 alcance 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 rescisão 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 inexecução 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 presta-

ção 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 reco-

nhcimento 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 expedido 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. Ministro 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. Ministro Costa Lima votou com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Gueiros Leite**.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.170 — PR
(Registro nº 3.265.170)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Remetente Ex Officio: Juízo Federal da 3ª Vara

Apelante: INCRA

Rec. Adesivo: Waldemar de Castro Paula e cônjuge

Apelados: Mauro Ramos Lopes e cônjuge, Waldemar de Castro Paula e cônjuge, Mário da Silva e cônjuge e José Bento Rodrigues e cônjuge

Advogados: Drs. Germano de Rezende Forster e outros, Cylleneo Pessoa Pereira, Shirlei Bento e outro, Célio Prado Gonçalves, Celso Hecke e outro e Sanção Batista dos Santos.

EMENTA

Processual civil. Oposição. Ação reivindicatória. Terras devolutas. INCRA. Legitimidade ad causam.

É legítima a intervenção do INCRA, como representante da União por meio de «oposição», em ação reivindicatória onde se questiona área de terras devolutas federais. A legislação que disciplina a Política Agrária do Governo autoriza a representação impugnada.

Não contendo a inicial vícios que lhe acarretem a declaração de inépcia, descabe impedir, liminarmente, o prosseguimento do feito.

Recursos providos.

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 aos recursos, a fim de reformar a sentença e determinar ao Dr. Juiz que prossiga no julgamento 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 março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **William Patterson**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **William Patterson**: O Instituto Nacional de Colonização e

Reforma Agrária manifestou, com fulcro no artigo 56, do Código de Processo Civil, Oposição na Reivindicatória intentada por Mauro Ramos Lopes e sua mulher contra Waldemar de Castro Paula e outros, ao fundamento de que a porção de terras questionada encontra-se nos limites da Faixa de Fronteiras, de domínio inquestionável da União Federal e titulada a non domino pelo Governo do Estado do Paraná. Pediu a exclusão dos autores e réus, de sorte a evitar o reconhecimento, a favor dos mesmos, de domínio indevido.

Apreciando, liminarmente o petítório, decidiu o Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, eminente Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná:

«Diante o exposto não tendo a autarquia legitimidade ad causam,

como sendo contraditório o pedido e ausente o interesse de demandar além das imperfeições da inicial, indefiro-a nos termos do artigo 295, I, II, III e V e parágrafo único, II, do CPC, e julgo extinto o processo de oposição consoante o disposto no artigo 267, I, do mesmo texto, razão por que determino se restituam os autos principais (Procs. n.ºs 3.653 e 3.654) ao Juízo de Cascavel a cujo MM. Juiz de Direito devem ser remetidos, já que incoorre qualquer das hipóteses do artigo 125, I, da Constituição.»

As conclusões em apreço resultaram de aprofundado exame da legislação invocada pelo oponente. O ilustre Magistrado entendeu que a atribuição legal do INCRA, como representante da União, está restrita ao procedimento discriminatório, sendo certo, ainda, que as terras devolutas são identificadas por meio daquela providência, descabendo, destarte, pedir nulidade de registro, sem a certeza de que se cuida da categoria. Justifica sua posição contrária a conhecidos precedentes desta Corte.

Por outro lado, alude à impropriedade da medida, por configurar verdadeira anulatória contra os réus. Assinala, ainda, vícios na inicial, primeiro por não conter pedido certo e determinado (artigo 286, do CPC), além de violar os artigos 282, VI, 396 e 333, I, do mesmo Código. Tece, por último, considerações acerca da titularidade das terras, para concluir que não se incluem entre os bens públicos federais.

Inconformado, apelou o INCRA, com as razões de fls. 22/27, em críticas ao v. decisório. Invoca a Súmula n.º 477-STF. Refuta os argumentos da sentença, procurando demonstrar que tem legítimo interesse na causa.

As fls. 95/97, Waldemar de Castro Paula e sua mulher apresentaram recurso adesivo, através do qual, apoiados nas mesmas razões do INCRA, pedem o seu provimento.

Substanciosa documentação foi juntada aos autos, após a decisão de primeiro grau.

O INCRA ofereceu contra-razões (fls. 132/141) advertindo que o recurso adesivo não discrepa de sua pretensão, devendo, assim, ser também provido.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 149/150).

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

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O nosso Código de Processo Civil inclui o instituto da «oposição» no capítulo pertinente à intervenção de terceiros, como meio de reivindicar direitos que estão sendo questionados entre outras pessoas, consoante leciona o Professor Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, pág. 306).

Na espécie, Mauro Ramos Lopes e sua mulher propuseram uma ação reivindicatória contra Waldemar de Castro Alves e outros, tendo por objeto área de terra contida no Lote n.º 32, da Gleba n.º 3, da Colônia «A», Cascavel. Alegando que a citada área está encravada nos limites da Faixa de Fronteira, o INCRA oferece, com base no artigo 56, do CPC, oposição, para o fim de ser reconhecido o domínio da União.

A primeira impugnação ao petítório assenta-se na ilegitimidade *ad causam* da autarquia. Em que pesem os lúcidos e brilhantes fundamentos do MM. Juiz a *quo*, peço vênia para filiar-me ao entendimento expresso em precedentes deste Egrégio Colegiado, através dos quais restou assinalado que a representação da União pelo INCRA não se circunscreve ao procedimento discrimi-

natório, porquanto a nulidade de títulos ou de registros pode ser requerida pelo Instituto, através ação ordinária, sem dependência da prévia discriminatória.

Na AC nº 43.490 — MA, sendo Relator o Senhor Ministro Décio Miranda (DJ de 22-3-77), onde o INCRA pretendia anular títulos de terras situadas em área indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais, isto é, terras devolutas na faixa de cem quilômetros de largura em cada lado do eixo de rodovias na Amazônia (Lei nº 1.164, de 1971), esclareceu a propósito:

«Bem o disse a sentença, e para que seja confirmada basta transcrevê-la na parte precípua, que também responde ao argumento dos réus, ora renovado nas apelações, de que a ação de nulidade seria imprópria, devendo ter sido veiculada a pretensão por ação discriminatória.

Ei-la:

«Esforçam-se os contestantes em demonstrar a impropriedade da ação arrimando-se em Acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, para extrairerem que só na ação discriminatória seria pertinente a discussão sobre nulidade ou anulabilidade de títulos dominiais de particulares. A discriminatória seria a **sedes materiae** de toda e qualquer outra pretensão ou ação do poder público em relação às suas terras devolutas.

Não procede o elastério.

Ainda que no procedimento discriminatório haja a fase contenciosa, em que são apreciados os títulos apresentados pelos interessados, não é de se excluir a via própria da ação de nulidade, constitutiva negativa, quando se mostra evidente, indisfarçável, do mero exame dos registros, o

déficit que enseja o desfazimento do ato de ofício público, que transferiu terras do domínio público para o domínio privado. As pretensões de discriminar e de anular são independentes.

É relevante acentuar que a discussão sobre títulos de terras, na ação discriminatória, é apenas um requisito para a extremação. Mas essa discussão pode ocorrer em ação própria, sem que seja necessária a extremação, apoiando-se apenas no pressuposto de que, sendo devolutas as terras, os títulos que acaso as cobrirem são ilegítimos e, pois, nulos. A ação de nulidade não é, assim, dependente da discriminatória.

No mesmo sentido pronunciou-se o Senhor Ministro Armando Rollemberg, ao proferir voto na AC nº 43.136—MA (DJ 24-6-76), de onde destaco o seguinte trecho:

a) a ação foi proposta para que fosse decretada a nulidade de transcrição relativa a terras que o INCRA e o Estado do Maranhão afirmaram devolutas, e pertencem parte à União e parte ao Estado autor. A simples enunciação do objeto da lide mostra que existia conexão de causas, pois, ambos os autores pretendiam a nulidade do mesmo ato jurídico;

b) possível que era o litisconsórcio ativo a competência para processar e julgar a causa era da Justiça Federal ex-vi do disposto no artigo 125, inciso I, §§ 1º e 2º, da Constituição.

Improcedente também é a arguição de impropriedade da ação, porque adequada à hipótese discriminatória prevista na Lei nº 3.081/56.

A Lei nº 4.504/64, no seu artigo 11, atribuiu ao IBRA, incorporado depois no INCRA, poderes de representação da União, para promover a discriminação das terras devolu-

tas federais, estabelecida a instância administrativa disciplinada pelo Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, diploma legal que, na sua seção IV, ao tratar da discriminação de terras da União admitiu não somente a discriminação administrativa ou judicial como uso dos remédios de direito comum (artigo 20).

Ora, no caso dos autos, não cabia discriminar entre terras particulares e terras devolutas e sim discutia-se a validade de transcrições feitas por particulares, relativas a terras que os autores afirmavam devolutas, com o que a ação de nulidade de tais transcrições se mostrava via hábil à defesa da propriedade das terras que a União e o Estado do Maranhão afirmavam lhes pertencer.

Mesmo que, porém, se considere serem os poderes do INCRA restritos à discriminatória, a intervenção da União como assistente, ratificando a inicial, terá suprido a falta de condições da autarquia aludida para propor a ação».

Ora, seria inconcebível que diante de postulações envolvendo terras consideradas devolutas, e, portanto, de domínio da União, se estabelecesse uma inibição do órgão encarregado dessa política, por se conceber o mesmo atrelado a um procedimento prévio de identificação e individualização da área.

A legislação questionada (Lei nº 4.504, de 1964; Lei nº 4.947, de 1966; Decreto-Lei nº 1.414, de 1975, e Lei nº 6.383, de 1976) compõe um sistema conduzido pelos setores responsáveis pela atividade agrária representados, atualmente, pelo INCRA.

O artigo 18, da Lei nº 6.383, de 7-12-76, ao investir essa autarquia de poderes de representação da União para promover a discriminatória judicial das terras devolutas, conferiu-lhe, sem sombra de dúvidas, atribui-

ções para a defesa dos mesmos interesses, quando parcelas de terras daquela natureza estejam sendo reivindicadas por terceiros, a qualquer título.

Dispondo de elementos que comprovem, pelo menos, fortes indícios, pode o INCRA agir em Juízo, sob a forma processual cabível, para demonstrar essa qualificação.

Demais disso, a Lei nº 4.504, de 1964, estende tais poderes a uma gama de atividades, todas elas voltadas para o resguardo e preservação dos interesses da União nessas áreas. É ler-se:

«Art. 11. O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária fica investido de poderes de representação da União, para promover a discriminação de terras devolutas federais, restabelecida a instância administrativa disciplinada pelo Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e com autoridade para reconhecer as posses legítimas manifestadas através de cultura efetiva e morada habitual, bem como para incorporar ao patrimônio público as terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontram desocupadas.»

Ninguém poderá extrair do texto acima a convicção de estar o instituto jungido ao procedimento discriminatório. Sua atuação avança os limites desse procedimento especial, sempre que se discutir domínio e posse de terras devolutas federais, por parte de terceiros.

Cabe acentuar, ainda, que se alguma dúvida surgir acerca da natureza da área, bem como a titularidade da União, isso já constitui mérito da questão, descabendo, assim, afastar, de plano, a pretensão ajuizada.

Sobre os vícios da vestibular, embora concorde não se trate de peça, que prima pela perfeição, o certo é que contém, a meu juízo, os requisitos capazes de ensejar o seu recebi-

mento. As possíveis falhas assinaladas na decisão não justificam a declaração de inépcia.

O pedido, tal qual como formalizado à fl. 8, apresenta-se certo, porquanto requer a desafetação dos bens, de sorte a manter incólume o domínio da União. O cancelamento e desfazimento dos registros imobiliários são conseqüências dos resultados da demanda. Não vislumbro, na falta de pedido sobre esse ponto, qualquer omissão.

As provas, em face da natureza do questionamento, poderiam ser trazidas na fase instrutória, sendo de ser lembrado que a matéria versa sobre domínio de terras devolutas, definidas em lei, circunstância a permitir a intervenção direta da União ou seu representante, pelo reconhecido e inquestionável interesse em demandas da espécie, sem que se exija maiores solenidades para o ingresso no processo, pelo menos como requisito de admissibilidade da providência ajuizada.

O aspecto relativo à inclusão da área nos limites da faixa de fronteira diz com o próprio mérito e deve ser apreciado na sentença.

Ante o exposto, dou provimento aos recursos, para, reformando a de-

cisão de primeiro grau, determinar o prosseguimento regular do feito.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.170 — PR — Registro nº 3.265.170 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Remte. ex of.: Juízo Federal da 3ª Vara. Apte.: INCRA. Apdos.: Mauro Ramos Lopes e cônjuge, Waldemar de Castro Paula e cônjuge, Mário da Silva e cônjuge e José Bento Rodrigues e cônjuge. Rec. Adesivo: Waldemar de Castro e cônjuge. Advs.: Drs. Germano de Rezende Forster e outros, Cyllene Pessoa Pereira, Shirlei Bento e outro, Célio Prado Gonçalves, Celso Hecke e outro e Sanção Batista dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos, a fim de reformar a sentença e determinar ao Dr. Juiz que prossiga no julgamento do feito (Em 29-3-83, 2ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 71.317 — RJ (Registro nº 2.190.648)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelante: Caixa Econômica Federal — CEF

Apeladas: Maria Cláudia Ladeira Leite e outra

Recurso Adesivo: Maria Cláudia Ladeira Leite (fl. 73)

Advogados: Drs. Maria da Glória Stroebele Carneiro e outros (Apte.) e José Carlos Lima Silva, Celina Margarida Pereira de Santa Cecília e outros (Apdas.)

EMENTA

Processual civil e comercial. Execução por quantia certa. Pagamento parcial do débito. Atualização do remanescente, certeza e liquidez da dívida. Prescrição incorrente. Honorários advocatícios.

I — O simples pagamento parcial da dívida, quando já ajuizada a execução por quantia certa, não tem o condão de tornar ilíquido o título executivo, cuja certeza e liquidez foi reconhecida pelo devedor, desde o início do processo. Impõe-se, no caso, o prosseguimento da execução pelo débito remanescente, com a devida atualização.

II — «Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição.» — Súmula nº 78/TFR. In casu, a ação cambiária foi ajuizada antes do decurso do prazo de três (3) anos e ficou demonstrado, nos autos, que a exequente diligenciou, até onde lhe cabia, para que fossem citadas as executadas. Preliminar de prescrição rejeitada.

III — A verba honorária, na espécie, está, corretamente, fixada pelo Juízo a quo, não merecendo as críticas que foram dirigidas.

IV — Apelação provida. Recurso adesivo desprovido. Sentença reformada, para julgar-se improcedentes os embargos das devedoras, subsistente a penhora, invertendo-se o ônus da sucumbência.

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

Custas como de lei.

Brasília, 6 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Sebastião Reis**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Geraldo Sobral**: A Caixa Econômica Federal propôs execução por título extrajudicial (nota promissória) contra Maria Cláudia Ladeira Leite (devedora principal) e Maria Emília Lucindo Pache-

co (avalista), visando receber a quantia de Cr\$ 39.347,28 (trinta e nove mil, trezentos e quarenta e sete cruzeiros e vinte e oito centavos).

Assegurado o Juízo com a penhora de um imóvel de propriedade da avalista, advieram embargos opostos pelas executadas, separadamente.

A devedora, em seus embargos, alegou, em preliminar, a prescrição do débito e, no mérito, sustentou que a dívida era incerta, ilíquida e inexigível.

A executada-avalista, por sua vez, sustentou, basicamente, a mesma tese da devedora principal, isto é, a prescrição da dívida e que o débito era inexigível, face ao pagamento que efetuou.

Impugnados ambos os embargos pela CEF, o MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro determinou a reunião dos mesmos e, decidindo simultaneamente, conforme dispõe o arti-

go 105 do CPC, julgou procedentes os aludidos embargos, condenando a exeqüente no pagamento de custas, verba advocatícia e reembolso das despesas processuais. Determinou, ainda, o levantamento da penhora.

A CEF apelou (fls. 48/55), pedindo a reforma do **decisum** sob a alegação de que não ocorreu novação e que o simples pagamento parcial da dívida não retira o caráter executório do título cambial. Juntou documentos (fls. 56/71).

Recebida a apelação (fl. 72), adveio a interposição de recurso adesivo da devedora Maria Cláudia Ladeira Leite (fls. 73/75), onde sustenta haver ocorrido prescrição da presente demanda, bem como requer a majoração da verba honorária.

Contra-arrazoados os recursos, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (artigo 33, IX).

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): A preliminar de prescrição levantada pela executada, no recurso adesivo, não merece prosperar.

A nota promissória, que serve de título executivo, foi emitida em 14-6-73, tendo o seu vencimento em 14-10-73.

A execução foi proposta em setembro de 1974, sendo que o Juiz a quo ordenou a citação das executadas, em 20 de setembro daquele ano.

O mandado de citação foi expedido em 5 de dezembro de 1974 (fl. 40 vº da execução em apenso) só havendo sido cumprido em 22 de maio de 1979 (cf. fls. 41/42 do apenso).

A Lei Uniforme, relativa às letras de câmbio e notas promissórias, em

seus artigos 70/77, fixa a prescrição em 3 anos, a contar do vencimento do título.

Como a promissória em cobrança venceu no dia 14-10-73 e o despacho, ordenando a citação das devedoras, foi proferido em 20-9-74, creio ser aplicável, na espécie, o artigo 219, § 1º do CPC, que interrompe a prescrição.

Após o despacho ordinatório, a demora para a citação ocorreu por motivos estranhos à exeqüente, não podendo, portanto, ser a mesma prejudicada, no particular.

Aliás, esta Egrégia Corte, no que se refere a este aspecto, editou a Súmula nº 78, com o seguinte enunciação:

«Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição».

Destarte, tendo sido a ação proposta antes do decurso de 3 (três) anos e restando demonstrado que a exeqüente diligenciou para a citação das executadas, até onde lhe cabia, é de ser afastada a preliminar de prescrição, como bem determinou o magistrado de primeiro grau.

Quanto à verba honorária, também não merece acolhida o recurso adesivo, uma vez que o percentual fixado pelo ilustre Juiz a quo atende aos parâmetros previstos no diploma processual civil.

No mérito, a sentença de primeiro grau, **data maxima venia**, deve ser reformada.

Em exame mais acurado, podemos constatar que a presente execução visa cobrar título cambiário, no valor de Cr\$ 31.000,00 (trinta e um mil cruzeiros) e acréscimos legais.

Juntamente com a petição inicial, a CEF anexou demonstrativo (cf. fl. 10 da execução em apenso), no qual os acréscimos perfaziam o total de Cr\$ 8.347,28 (oito mil, trezentos e quarenta e sete cruzeiros e vinte e oito centavos). Saliente-se que o referido demonstrativo atualizava o débito até 2-8-74.

Posteriormente, a CEF, atendendo solicitação da avalista (fl. 13 da execução), veio a apresentar novo demonstrativo, atualizando a dívida até 26-7-76 (cfr. fl. 18 da execução), em que além de cobrar o principal, no valor de Cr\$ 31.000,00 (trinta e um mil cruzeiros), cobrava, também, os acréscimos legais, no montante de Cr\$ 29.749,72 (vinte e nove mil, setecentos e quarenta e nove cruzeiros e setenta e dois centavos). Os referidos cálculos de atualização da dívida foram ratificados pelo contador judicial, à fl. 22 da execução em apenso, incluindo, ainda, os juros e custas, o que fez, em 8-3-77, o montante de Cr\$ 68.204,76 (sessenta e oito mil, duzentos e quatro cruzeiros e setenta e seis centavos).

A exequente reconheceu o pagamento parcial da dívida, feito em 11-7-77 (fls. 37/38) e pleiteou a execução do remanescente.

O histórico, que ora faço, visa demonstrar, tão-somente, que a dívida, com o decorrer do tempo, aumentava, em decorrência dos acréscimos legais de que era passível. Logo, não pode a avalista pagar parte do débito e alegar, em seu benefício, a iliquidez e incerteza do título.

O simples pagamento parcial da dívida, quando já ajuizada a execução judicial, não tem o condão de tornar ilíquido o título executivo certo, cuja liquidez foi reconhecida pelo devedor, desde o início do processo.

Como a própria CEF acolheu, repetido, às fls. 37/38, da execução em

apenso, o pagamento parcial do débito, não vejo nenhum obstáculo para que a execução tenha prosseguimento quanto ao remanescente.

Neste sentido, já tive oportunidade de votar, na Apelação Cível nº 67.023-SP, julgada em 11-5-83, DJ de 29-9-83, com a aprovação unânime dos ilustres pares, ficando o Acórdão, assim, ementado:

«Tributário. Dívida certa, líquida e confessada. Parcelas pagas. Improcedência dos embargos da devedora.

I — O pagamento de algumas parcelas da dívida exequenda não infirma a certeza e liquidez do título executivo extrajudicial, mormente quando o débito é confessado pela embargante.

II — Apelação desprovida. Sentença confirmada».

Veja-se, ainda, a Apelação Cível nº 82.153-ES, julgada em 16-5-83, DJ de 18-8-83, unânime, de que fui Relator.

Por conseguinte, a execução deverá ter prosseguimento, tão-somente, para a cobrança do remanescente, devidamente atualizado até a data de seu pagamento.

Com estas considerações, dou provimento à apelação da CEF e não provejo o adesivo, para reformar a sentença monocrática, julgando improcedentes os embargos, subsistente a penhora, com inversão do ônus da sucumbência.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 71.317 — RJ — Registro nº 2.190.648 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Apdas.: Maria Cláudia Ladeira Leite e outra. Recurso Adesivo: Maria Cláudia Ladeira Leite (fl. 73). Advs.: Drs. Maria

da Glória Stroebele Carneiro e outros (Apte.) e José Carlos Lima Silva, Celina Margarida Pereira de Santa Cecília e outros (Apdas.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso volun-

tário, e, negou provimento ao adesivo. (Em 6-6-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Impedido o Sr. Ministro Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 72.688 — RJ
(Registro nº 1.530.755)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara — RJ

Apelante: União Federal

Apelada: Chami Empreendimentos S.A.

Advogado: Décio Cardoso de Amorim

EMENTA

Tributário e Financeiro. Imposto Único sobre Energia Elétrica. Repetição do indébito. Legitimação ativa do consumidor.

O usuário da energia elétrica — posição da autora — não é mero contribuinte de fato, mas apresenta-se como contribuinte de direito, pois é a própria legislação específica (artigo 6º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 68.419/71) que lhe confere relevância jurídica, determinando o débito obrigatório do imposto nas contas do consumidor, mecanismo que titula a empresa de energia elétrica como responsável tributário, ou substituto legal, ou, mais especificamente, agente de percepção do tributo, em solidariedade com o contribuinte, o realizador do fato imponible, o usuário da energia elétrica.

A luz dessa construção, o usuário íntegra a relação jurídica tributária respectiva, no seu pólo passivo, solidário ao responsável ou agente de percepção, não se apresentando, assim, na espécie, como simples contribuinte econômico. No caso sub judice a autora paga o imposto não em razão de uma lei econômica ou de mercado, mas por determinação regulamentar expressa.

Descabe alegar-se a transferência do encargo para o hóspede, seja porque as diárias estabelecidas pela EMBRATUR não consideram tal circunstância, seja porque qualquer translação acaso ocorrida não se mostrará mensurável, diluindo-se na massa dos negócios da autora.

Por fim, acresce que a titularidade da isenção fiscal pertence à autora e não à distribuidora de energia elétrica.

Negou-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

ACORDÃO

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 apelo voluntário da União Federal, bem como 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, 15 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moaçir Catunda**, Presidente — Ministro **Sebastião Reis**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Chami Empreendimentos S.A. ajuíza a presente ação, sob procedimento ordinário, contra a União Federal, pleiteando a restituição da quantia de Cr\$ 471.070,44, à conta de Imposto Único Sobre Energia Elétrica dado como indevidamente recolhido, com acréscimo de juros, correção monetária e demais cominações de direito.

Consoante o exposto na inicial, a suplicante, proprietária do Hotel Sol Ipanema, na cidade do Rio de Janeiro, teve segurança concedida por este Tribunal, no sentido de reconhecer-lhe a isenção do Imposto Único Sobre Energia Elétrica, pelo prazo de 10 anos, a contar do término das obras do estabelecimento, ocorrida em 31-8-73, conforme documentação anexa; daquela data até fevereiro de 1977, quando foi suspensa a cobrança respectiva em virtude da concessão referida, a autora recolheu aos cofres da ré a quantia acima mencionada, por intermédio da concessionária do serviço público

correspondente, Rio Light Serviços de Eletricidade S.A., debitada nas contas de consumo correlatas; com fulcro na isenção reconhecida judicialmente, a suplicante requereu administrativamente a devolução do mesmo tributo recolhido indevidamente, no **quantum** aludido, através do Processo nº 0768-38.223/76, juntando os originais das contas pertinentes, havendo o órgão fazendário de origem deferido o pedido, sob censura da Superintendência da Receita Federal, e essa, ao fundamento de ilegitimidade ativa da peticionária por não ser sujeito passivo da obrigação obrigatória e por ter transferido o ônus financeiro a terceiro, decisão mantida pela Secretaria da Receita Federal; a tese em que se sustenta o indeferimento ora impugnado não pode vingar, de um lado, por ser a autora titular da isenção, proclamada judicialmente, de outro, não há falar em transferência do encargo a terceiro, pois a Comissão Interministerial de Preço — CIP, ao fixar as diárias de hotel, nelas não considera as despesas de energia elétrica, levando em conta somente a classificação do estabelecimento.

Respondeu a União Federal à fl. 23, opondo, basicamente, a ilegitimidade da autora para pleitear a restituição, invocando os artigos 165 e 166 do CTN e sustentando ser sujeito passivo da obrigação tributária a empresa distribuidora de eletricidade e que se apresenta incrível a afirmativa de que o ônus não haja sido incluído nas diárias cobradas, reportando-se, ainda, à documentação administrativa que junta.

Após traslado de peças do processo administrativo requisitado, o MM. Juiz Federal a **quo** julgou procedente a ação, condenando a ré à devolução pedida, com acréscimo de

correção monetária, calculada segundo os índices das ORTNs e contada a partir do pagamento de cada parcela, constante nas contas de fornecimento de energia elétrica, mais juros legais nos termos do artigo 167 do CTN, além da honorária de 10% e despesas processuais, submetendo o julgado ao reexame necessário deste Tribunal.

Apela a vencida e com a resposta respectiva, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pede a reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): O Juiz Federal José Gregório Matos, às fls. 75/9, ao julgar procedente a ação, fê-lo sob essas considerações (fls. 75/9):

«Como já restou explícito no relatório, trata-se de ação na qual empresa proprietária de hotel, amparada pelas disposições previstas no artigo 24 do Decreto-Lei nº 55/66 e, portanto, gozando de isenção fiscal de todos os tributos federais, pleiteia a restituição do Imposto Único Sobre Energia Elétrica pago indevidamente no período de 31-8-73 a 28-2-77.

A isenção fiscal já fora reconhecida à autora no mandado de segurança que interpôs, cuja ementa do julgamento proferido pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos assim está redigida:

«Imposto Único Sobre Energia Elétrica. Hotel de Turismo. Isenção.

O início de construção, dentro do quinquênio referido no artigo 24 do Decreto-Lei nº 55/66, e a terminação da obra no prazo fixado pelo Conselho Nacional de Turismo, asseguraram à proprietária o favor fiscal, estabelecido pela mesma lei, de acordo,

aliás, com certificado expedido EMBRATUR.

Reforma da sentença, para concessão do «writ».

Apesar das disposições legais já mencionadas e da decisão judicial favorável, a autora não conseguiu receber na via administrativa a restituição das parcelas relativas ao imposto indevidamente recolhidas no período de 31-8-73 a 28-2-77, pois o Sr. Secretário da Receita Federal, no Processo nº 0768-38.223/76, acolhendo parecer da Coordenação do Sistema de Tributação, negou seguimento ao recurso interposto pela autora.

A ementa do referido parecer está assim redigida:

«Ementa: O titular do direito à restituição do imposto indevidamente recolhido aos cofres da Fazenda Nacional é o sujeito passivo da obrigação. Se nos casos em que couber, o encargo financeiro do tributo foi transferido a terceiros, a restituição somente se fará (ao contribuinte de direito) mediante expressa autorização de quem tiver assumido o efetivo ônus do tributo (artigos 165 e 166 do CTN)».

No referido parecer o ilustre parecerista da Coordenação do Sistema de Tributação assevera que a titularidade para pleitear a restituição do tributo deveria ser preliminarmente esclarecida, pois para tal, é reconhecida apenas ao contribuinte de direito.

Na contestação a União Federal esposou outra tese:

«O titular do direito à restituição do imposto, indevidamente recolhido, é o sujeito passivo da obrigação, i. e. — a empresa distribuidora —, única responsável pelo recolhimento do tributo à Fazenda Nacional (PN CST nº 124/72, item 3), não sendo o con-

sumidor parte na relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo (UF) e o sujeito passivo (distribuidora)».

Data venia de tais entendimentos penso que seria impossível a alguém sustentar tais teses ou interpretar não erroneamente as disposições legais aplicáveis ao caso.

Segundo o disposto no artigo 74 do CTN o imposto sobre operações relativas a energia elétrica tem como fato gerador a produção, ou a importação, ou a circulação, ou a distribuição, ou o consumo, assim entendida a venda do produto ao público.

O Decreto nº 68.419 de 25-3-71 que aprovou regulamento do IUSEE, em seus artigos 1º e 2º, fixa o consumo da energia elétrica como fato gerador da obrigação tributária.

O artigo 6º do referido decreto dispõe:

«O imposto único será arrecadado nas contas de fornecimento expedidas obrigatoriamente pelos distribuidores de energia elétrica, devendo delas constar, destacadamente das demais, a quantia do imposto devido, calculado este de acordo com a tarifa fiscal vigente no período de fornecimento».

Evidencia-se, portanto, que o consumidor é o contribuinte, ou sujeito passivo da obrigação tributária, sendo a empresa distribuidora de energia elétrica mera arrecadadora do imposto.

Na contestação a União Federal quer transformar a empresa distribuidora e arrecadadora em sujeito passivo da obrigação tributária ou contribuinte de direito.

Ora, a autora seria, portanto, o contribuinte de fato que assumiu o encargo e teria direito à restituição direta ou por representação (artigo 166 do CTN).

Entretanto, não comungo com tal entendimento. A autora é o contribuinte de direito e de fato, e, portanto, o sujeito passivo da obrigação tributária e por conseguinte o titular do direito à restituição do tributo indevidamente pago e recolhido.

Chega a ser pueril a argumentação da ré, quanto ao repasse do **quantum** do imposto aos hóspedes do Hotel Sol Ipanema, como forma de transferência do respectivo encargo financeiro e, portanto, a transferência da titularidade do direito à restituição.

A implícita inserção do valor dos tributos no custo operacional das empresas ou das atividades dos profissionais liberais não transfere a legitimidade do direito à restituição dos tributos aos usuários ou aos clientes.

A persistir tal entendimento, nenhuma pessoa jurídica ou nenhum profissional liberal poderia pleitear a restituição de imposto indevidamente pago, pois tal encargo teria sido ou deveria ter sido repassado aos usuários e clientes porque implicitamente compreendidos no custo operacional.

Como exemplo de tal aberração, poder-se-ia citar a hipótese de a PETROBRAS vir a requerer a restituição do valor do Imposto Único Sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos que tiver sido adicionado ao preço dos derivados realizados por uma de suas refinarias.

Seria jurídica ou humanamente possível transferir a titularidade do direito à restituição do imposto aos consumidores dos derivados de petróleo.

Também não é possível, como quer a ré, transferir a titularidade do direito da autora às pessoas que se hospedaram no Hotel Sol Ipanema no período de 1973 a 1977.

Embora, caso a autora não tivesse isenção dos tributos federais segundo o Decreto-Lei nº 55/66, inserisse no cálculo de seu custo operacional o **quantum** de tais tributos e o dos demais tributos proventura incidentes sobre seus serviços, tal circunstância não transferiria aos hóspedes a titularidade do direito à restituição de qualquer tributo indevidamente pago.

A autora provou pela documentação com que instruiu a inicial que, apesar de isenta do pagamento do imposto, no período de setembro de 1973 a fevereiro de 1977, pagou a quantia de Cr\$ 471.070,44 a título de Imposto Único Sobre Energia Elétrica, constante das Contas-Recibo da Rio Light Serviços de Eletricidade S.A.»

Estou em que a r. sentença apelada pôs a controvérsia nos seus devidos termos, quando entendeu, em substância, que o pedido da autora não contraria o artigo 166 do CTN.

Na espécie, inicialmente, é de assentar-se que aqui o usuário da energia elétrica — posição da autora — não é mero contribuinte de fato, mas apresenta-se como contribuinte de direito, pois é a própria legislação específica (artigo 6º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 68.419/71) que lhe confere relevância jurídica, determinando o débito obrigatório do imposto nas contas do consumidor, mecanismo que titula a empresa de energia elétrica como responsável tributário, ou substituto legal, ou, mais especificamente, agente de percepção do tributo, para usar a linguagem de Hector Villegas (Curso de Direito Tributário, pág. 115), em solidariedade com o contribuinte, o realizador do fato imponible, o usuário da energia elétrica.

À luz dessa construção, admitida a solidariedade tributária entre a empresa distribuidora e o consumidor da energia, reconhecidos ambos

como destinatários da norma legal, conclui-se que o usuário integra a relação jurídico-tributária respectiva, no seu pólo passivo, solidário ao responsável ou agente de percepção, não se apresentando, assim, na espécie, como simples contribuinte econômico.

Em outras palavras, no caso **sub judice** a autora paga o imposto não em razão de uma lei econômica ou de mercado, mas por determinação regulamentar expressa.

De outro lado, demonstra a prova dos autos que o peso do tributo, no caso concreto, incidiu sobre a autora e não sobre a empresa distribuidora de energia, não havendo, assim, arguir-se a legitimidade dessa para pleitear a restituição.

A tese da solidariedade ora exposta encontra suporte em precedente deste Tribunal tomado na AC nº 49.338, da antiga 3ª Turma, Relator o eminente Ministro Carlos Velloso (DJ 21-5-80).

Outrossim, descabe alegar-se a transferência do encargo para o hóspede, seja porque as diárias estabelecidas pela EMBRATUR não consideram tal circunstância, seja porque qualquer translação acaso ocorrida não se mostrará mensurável, diluindo-se na massa dos negócios da autora.

Por fim, acresce que a titularidade da isenção fiscal pertence à autora e não à distribuidora de energia elétrica.

Em face dessas considerações adicionais, dou a suplicante como parte legítima, para pleitear a restituição enfocada, e, à luz da documentação dos autos, reconheço a existência de recolhido indevido do imposto, no **quantum** especificado, atento ao disposto nos artigos 165 e 166 do CTN.

Nego provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 72.688 — RJ — Registro nº 1.530.755 — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis — Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara — RJ — Apte.: União Federal. — Apda.: Chamí Empreendimentos S.A. — Adv.: Décio Cardoso de Amorim.

Decisão: A Turma por unanimidade negou provimento ao apelo voluntário da União Federal, bem como à remessa oficial. (Em 15-8-84 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.386 — RJ

(Registro nº 2.105.357)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Apelante: Livraria Atheneu S.A.

Apelada: União Federal

Advogados: Dr. José Oswaldo Corrêa e outros

EMENTA

- Tributário.
- Execução fiscal. Imposto de renda. Pessoa jurídica.
- Lançamento suplementar decorrente de infração à legislação específica, devidamente comprovada pela perícia contábil (Decreto nº 58.400/66, artigo 224).
- Inocorrência da extinção do direito de lançar, nos termos do artigo 173, I, do CTN e do artigo 423, parágrafo único, do citado Decreto nº 58.400/66.
- 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, 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 Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: Livraria Atheneu S.A. opôs embargos à execução fiscal que lhe moveu a Fazenda Nacional, para haver imposto de renda lançado *ex officio* com base em auto de infração que consignou, *verbis*:

- «Exercício de 1964 — Base 1963
- Falta de escrituração regular.
- Exercício de 1965 — Base 1964
- Falta de escrituração regular.
- Exercício de 1966 — Base 1965

a) Falta de escrituração regular.

b) Exigível fictício: passivo não comprovado, fictício e compras não escrituradas (omissão de receitas).

Exercício de 1967 — Base 1966

a) Falta de escrituração regular.

b) Exigível fictício: passivo não comprovado, fictício e compras não escrituradas (omissão de receitas).

Exercício de 1968 — Base 1967

a) Debitado à conta de Lucros e Perdas da importância de Cr\$ 21.108,15, referente a transferência de contas tidas como incobráveis.

b) Debitado à conta 91.3 — Publicidade da importância de Cr\$ 24.000,00 a título de propaganda paga à sociedade Vitória Publicidade Ltda., sediada em Belo Horizonte».

Alegou a embargante que o imposto do exercício de 1964 fora alcançado pela prescrição; o termo de verificação, para assegurar o enquadramento no artigo 224, § 1º, do Decreto nº 58.400/66 (escrituração irregular), teria de apontar as operações não abrangidas ou não escrituradas; a sua escrituração, malgrado as rasuras, emendas ou vícios, abrangeu todas as operações realizadas; a lei não definia o que se deveria entender como escrita regular; o passivo fictício e a omissão de compras resultaram de lançamentos feitos por equívoco, em momentos contábeis inadequados, mas sem conseqüências prejudiciais ao Fisco; as duplicatas tidas como incobráveis foram registradas nos livros próprios, com todas as formalidades intrínsecas, o que lhes conferia valor probante, inexistindo lei determinando que as mesmas fossem protestadas ou executadas para poderem ser lançadas à conta de «Lucros e Perdas»; a falta eventual da relação discriminati-

va de que tratava o artigo 231, e, do antigo RIR seria irregularidade sanável, mediante diligência fiscal ou intimação do contribuinte; para dedução das despesas de publicidade, exigia o artigo 185, a, do Decreto nº 58.400/66 que o beneficiário fosse contribuinte registrado no imposto de renda e possuísse escrita regular, prova que foi produzida na fase administrativa, não sendo motivada pelo agente fiscal, com maiores detalhes elucidativos, a impugnação de tais despesas, embora dispondo da documentação hábil para tanto.

Em apenso estão os autos de embargos opostos por Simão Rzezinsky à execução fiscal que lhe moveu a Fazenda, para cobrança de imposto de renda, nos mesmos exercícios de 1964 a 1968, já que a fundamentação do débito da primeira embargante (pessoa jurídica) influiu no lançamento da dívida do segundo (sócio-pessoa física), sendo comuns os argumentos dos dois embargos.

Impugnação às fls. 26/29.

Laudo pericial às fls. 65/69.

O Dr. Juiz Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro julgou improcedentes os embargos e condenou os embargantes nas custas e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor das execuções (fls. 82/85).

Apelou a Livraria Atheneu S.A., com as razões de fls. 88/93.

Contra-razões à fl. 95v.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença (fl. 99).

Sem revisão (RI, artigo 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): A apelante insiste na ocorrência de prescrição no atinente ao exercício de 1964. O de que se trata, porém, é de decadência, visto como

o lapso de tempo precede o lançamento.

Não lhe assiste razão.

Dispunha o artigo 423, parágrafo único, do RIR aprovado pelo Decreto nº 58.400/66:

«Parágrafo único. A faculdade de proceder a novo lançamento ou a lançamento suplementar, à revisão do lançamento e ao exame nos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes, para os fins deste artigo, decai no prazo de 5 (cinco) anos, contado da notificação do lançamento primitivo».

No caso vertente, a notificação do lançamento relativo à declaração de rendimentos do ano de 1963 foi emitida em 15-6-64 (Apenso, fl. 50), de modo que, ao ser lavrado o auto de infração (lançamento suplementar) em 10-2-69, ainda não havia escoado o prazo extintivo a que alude a disposição legal transcrita.

Se se entender aplicável à espécie o Código Tributário Nacional, melhor sorte não está reservada à apelante.

Com efeito, estabelece o artigo 173, inciso I, desse diploma que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário se extingue após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Como, nos dizeres de Ruy Barbosa Nogueira, este prazo, calendarariamente, corresponde a seis (6) anos a contar do término do ano-base, isto é, um (1) ano do exercício financeiro e mais cinco (5) anos a contar de 1º de janeiro do ano seguinte ao do exercício financeiro, temos que o termo inicial da decadência se deu em 1-1-65 e o termo final em 31-12-69, posteriormente, portanto, ao lançamento suplementar questionado.

De *meritis*, prova alguma fez a apelante das suas alegações e até se

opôs a que os seus documentos contábeis fossem examinados.

O perito oficial registrou, no laudo, essa injustificável resistência e, em seguida, respondendo às objeções da apelante, prestou os seguintes esclarecimentos ao Dr. Juiz (fl. 76):

«a) Vários contatos foram mantidos com o Dr. Luiz Armando da Silva e com representantes da embargante no sentido de serem apresentados os livros e demais documentos relacionados com a ação fiscal;

b) previamente marcados dia e hora, comparecemos ao escritório do assistente técnico da embargante, acompanhado do assistente técnico da embargada, sem que citados documentos nos fossem apresentados;

c) após o encontro pessoal e antes de elaboração do laudo, diversos contatos telefônicos ainda foram mantidos com o Dr. Luiz Armando da Silva visando obter aqueles documentos;

d) somente após esgotados todos os recursos é que foi elaborado o laudo no qual foi mencionada essa circunstância».

Anote-se que, à indagação do Juiz sobre se desejava ouvir os louvados em audiência, a apelante respondeu negativamente (fls. 78/80).

O trabalho técnico do perito (o assistente da embargante não apresentou laudo) confirmou integralmente os fatos e números constantes da atuação fiscal, vale dizer, não deixou dúvidas sobre a legitimidade da pretensão da exequente-embargada e sobre a liquidez e certeza do título executivo.

À vista do exposto, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.386 — RJ — Registro nº 2.105.357 — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Apte.: Livraria Atheneu S.A. Apda.: União Federal. Advs.: José Oswaldo Corrêa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 12-9-84 — 6ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.736 — PR

(Registro nº 3.394.131)

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Apelante: IBEMA — Indústria Brasileira de Madeiras S.A.

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

Advogados: Drs. Paulo Macarini e outros, Josaphat Marinho, Marion Khoury Lissa e outro

EMENTA

Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural.

No cálculo da contribuição pelo produtor, quando ele próprio industrializa os seus produtos, toma-se por base o preço corrente no mercado (Decreto nº 73.617/74, artigo 63, I, letra d).

Critério da média dos preços correntes na região produtora que não atrita com a referida regra jurídica.

Ausência de prova suscetível de elidir a presunção de liquidez e certeza do título executivo.

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

Custas como de lei.

Brasília, 23 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: O Dr. Juiz Federal da 3ª Vara do Paraná expôs a controvérsia nestes termos (fls. 254/257):

«Perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa, IBEMA — Indústria Brasileira de Madeiras S.A., com sede em Ponta Grossa — PR, opôs embargos à execução fiscal que naquele foro lhe movia o IAPAS — Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social,

com sede regional em Curitiba alegando o seguinte:

A embargante foi autuada por fiscais do embargado sob a imputação de não recolhimento da importância de Cr\$ 730.113,00, ao fundamento de incidência do percentual de 2% sobre o valor de produtos naturais e 0,5% sobre o mesmo **quantum** para custeio do benefício por acidente do trabalho, aplicando-os aos valores de mercado (pauta) de Diretoria de Rendas Internas.

Na via administrativa foi julgada procedente a ação fiscal não sendo o recurso perante a 5ª Turma do Conselho de Recursos da Previdência Social provido, permanecendo o débito atualizado em Cr\$ 424.236,30.

Diante disso foi a Juízo na Justiça Federal pleitear seu direito (Ação Ordinária Declaratória — Processo nº 4.865/81).

As infrações alegadas estão capituladas na Lei Complementar nº 11/75 — artigo 15; Decreto nº 73.617/74 — artigo 63, I, a e d; Lei nº 6.195/74; e Decreto nº 76.022/75.

Inicialmente a fiscalização do FUNRURAL aplicou os valores de preços constantes de uma pauta e depois, para reduzir ao atual estado do débito, a uma pesquisa de preços na praça de Ponta Grossa. Mas o «valor comercial» é aquele referente à operação de compra, o valor contábil lançado no «Diário» com presunção de autenticidade e não um valor fluido ou flutuante e subjetivo que a isso não autoriza a regra do artigo 63, I, a e d do Decreto nº 73.617.

Se os valores contábeis coincidem com o da «compra» pelo adquirente contribuinte ou o «corrente de mercado» quando for pelo produtor industrializados está correto o cálculo do recolhimento.

No caso, a embargante não é produtora de pinheiros e a alínea d é inaplicável posto que, a embargante extrai toras de reservas próprias. Também é inadmissível o critério do preço médio diante das peculiaridades da indústria madeireira, tanto que os preços foram os de Ponta Grossa quando o estabelecimento industrial situa-se em Cascavel como porque a pesquisa se fez em indústrias de características distintas.

Ademais semelhante entendimento do embargado fere a legislação tributária do IR, ICM e IPI porque os custos ou tributos devem ser deduzidos para composição do valor sobre o qual incide o percentual, além de não ter dado ciência ao contribuinte da «pauta».

Por fim, tendo havido recolhimentos o valor em execução é excessivo, daí porque pede a procedência dos embargos e improcedência da execução, condenada a Fazenda nas cominações e sucumbência.

Valor Cr\$ 360.000,00; documentos às fls. 12/43, dos embargos.

Em seguida vieram os autos à Justiça Federal por acolhimento de exceção de incompetência (autos em apenso) sendo recebidos à fl. 45 e apensados aos autos da ação declaratória.

O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS impugnou os embargos (fls. 46/52 embargos) sustentando que os valores que serviram para base de cálculo e lançamento resultaram do «preço médio encontrado para as compras paralelas e a média geral para os meses subsequentes», elaborado tomando-se por base os livros de registro de entrada de mercadorias, notas fiscais de entrada, notas fiscais de produtos, mapa do

mato; sem qualquer conflito com os dispositivos legais.

Ao contrário, para estabelecimento do preço corrente no mercado (artigo 63, I, d Decreto nº 73.617) foram verificadas empresas de Ponta Grossa mas que adquiriram madeira nas mesmas condições e localidades de procedência que a embargante, enquanto cuidava a fiscalização de que tivessem as empresas paradigmas as mesmas características que aquela o que se fez pelo tipo da madeira adquirida apurada pelas notas fiscais e contratos de compra e venda.

Com relação ao recolhimento complementar que se diz não deduzido, não tem procedência a afirmação tanto porque foram feitos antes da revisão de débito (que o reduziu a Cr\$ 424.236,30) como porque foram efetivamente deduzidos.

Pede a improcedência dos embargos, com documentos às fls. 53/81.

Anoto que a contestação do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS na Ação Ordinária ora reunida por continência de pedidos (o dos embargos é mais abrangente contendo o da ação ordinária) aos argumentos acima desenvolvidos, acrescentou que a fiscalização, autorizada pelo artigo 148 CTN, de fato adotou a pauta do Estado do Paraná para os preços correntes de mercado (Lei Estadual nº 6.364/72) posto que os dos livros e documentos em poder da firma não espelharam a realidade dos fatos uma vez que suas notas fiscais continham declarações inexatas em relação ao preço de mercado (fl. 36, ação ordinária).

A embargante replicou (nos embargos) reiterando suas alegações que, afirma, foram implicitamente aceitas pelo embargado negando ainda peremptoriamente qualquer

inexatidão em suas notas fiscais tanto quanto a impossibilidade de revisão judicial do arbitramento.

Foi realizada perícia contábil (fls. 115 e 128/184) e colhida a prova testemunhal com o depoimento de duas testemunhas (fls. 241/243) nos autos da ação ordinária, onde também as partes arrazoaram a final reiterando seus argumentos (fls. 249 e 251/253)».

A sentença julgou improcedentes os embargos e a ação ordinária para que prosseguisse a execução, condenando a embargante autora nas custas, salário do perito e honorários advocatícios de 15% sobre o valor dos embargos (fls. 257/260).

Apelou a sucumbente, com as razões de fls. 262/277, insistindo nas alegações antes aduzidas.

Contra-razões à fls. 280/283.

Sem revisão (RI, artigo 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 1401178, que ensejou a presente demanda, consta o seguinte registro (fl. 20):

«Está assim capitulado o débito: «Artigo 15 da Lei Complementar nº 11, de 25-5-71, regulamentado pelo artigo 63, item I, alíneas a e d, do Decreto nº 73.617, de 12-2-74, que substituiu o Decreto nº 69.919, de 11-2-72, correspondendo ao percentual de 2% sobre os valores dos produtos rurais, bem assim no artigo 5º da Lei nº 6.195, de 19-12-74, regulamentada pelo artigo 25 do Decreto nº 76.022, de 25-7-75, que estabelece o percentual de 0,5% sobre os mesmos valores supracitados, para o custeio do benefício por acidente do trabalho, a partir de julho/75».

Por sua vez, apreciando o recurso interposto pela ora apelante, decidiu a 5ª Turma do Conselho de Recursos da Previdência Social negar-lhe provimento, *ut voto* do Relator assim concebido (fl. 26):

«Considerando os fundamentos do Parecer ATJ, fls. 644/5;

Considerando que o débito revisado foi calculado tomando-se por base o preço corrente no mercado de árvores abatidas e industrializadas e não, como pretendia a recorrente, sobre o valor de aquisição das árvores em pé — corrigido monetariamente, acrescido das despesas de abate, feito e estaleiramento das toras;

Considerando que na comercialização da madeira abatida é válido o critério adotado de se determinar o recolhimento da contribuição prevista no artigo 60, inciso I, letra b, do Decreto nº 73.617/74, tomando-se por base o critério da média dos preços por metro cúbido das toras, em consonância com o disposto no item I, da letra d, do artigo 63 do mesmo diploma legal, quando se trata, como no caso, de empresa que industrializou produtos rurais de sua própria produção;

Considerando as conclusões da doutra decisão recorrida;

Pelo exposto, voto no sentido de, preliminarmente, conhecer do recurso, mas, no mérito, negar-lhe provimento, com a ressalva sugerida no item 6, do Parecer ATJ nº 0605/79, de fls. 644/645».

Entende a autora-embargante que o recolhimento foi correto, eis que em correspondência com os valores contábeis, registrados em lançamentos nos respectivos livros comerciais, cuja presunção *juris tantum* de autenticidade tem assento nas regras dos artigos 22 e 25 do Código do Comércio. O exequente-embargado, ao contrário, sustenta que tal recolhimento foi insuficiente, visto como,

em se tratando de empresa que industrializa produtos rurais de sua própria produção, deve-se tomar por base o preço corrente no mercado.

Reza o artigo 15 da Lei Complementar nº 11, de 1971, que os recursos para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural provirão da contribuição de 2% (dois por cento) devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais e recolhida pelo adquirente ou pelo produtor, neste último caso quando ele próprio industrializar seus produtos, vendê-los ao consumidor, no varejo, ou o adquirente domiciliado no exterior. E o Decreto nº 73.617, de 1974, em seu artigo 63, inciso I, letras a e d, prescreve:

«Art. 63. A arrecadação da contribuição de que trata o item I, do artigo 60, compreendendo seu desconto e recolhimento, obedecerá às seguintes normas básicas:

I — o cálculo para recolhimento será efetuado:

a) pelo adquirente, em relação ao valordacompra;

.....

d) pelo produtor, quando ele próprio industrializar os seus produtos, tomando-se por base o preço corrente no mercado».

A testemunha Modesto Schumovski, arrolada pela autora-embargante, assevera que ela industrializava a sua própria madeira, constante de reservas naturais já existentes (fl. 241). Esse fato não é contestado pela firma autuada, que se rebela apenas contra o critério do preço corrente, em face das peculiaridades de cada indústria madeireira. A perícia é omissa quanto a este ponto, mas esclarece que o recolhimento se fez tomando por base o valor contábil (fls. 129/133). De outra parte, não restou comprovada a compra de toras de pinho da empresa Indústrias Unidas Castelli S.A., pois o que ocorreu, conforme ressaltou o apelado nas ra-

zões de fls. 251/253, foi a aquisição de pinheiros em pé, cujo abate ficou a cargo da autora, circunstância registrada no Mapa do Mato, documento de controle dessa operação e em que se discriminam a espécie e a metragem cúbica correspondente.

Portanto, à luz dos textos legais já referidos, não se há de ter como ilegítimo o critério adotado pelo instituto, sendo de notar que a autora não comprovou fosse irreal, ou inexistente, o preço médio do mercado apurado pela fiscalização.

No atinente à alegação de excesso de execução, em face do recolhimento da quantia de Cr\$ 64.742,67, transcrevo a assertiva da entidade autárquica, documentalmente comprovada (embargos em apenso, fls. 74/77), *verbis* (fl. 50 do mesmo apenso):

«Os recolhimentos constantes do Documento nº 10 — juntado pela embargante — fl. 30v., foram constatados por visita e diligência fiscal efetuada em 27 de janeiro de 1978.

Como faz fé a inclusa Revisão de Débito Fiscal (Documento nº 6 e anexos), realizada em data posterior — a 28 de abril de 1978 — todas as parcelas discriminadas a título de contribuições recolhidas, no total de Cr\$ 64.742,67, foram deduzidas do total das contribuições devidas».

Destaque-se, por fim, que o preço médio encontrado, ao contrário do que alega a apelante, resultou de pesquisa realizada nos municípios de Catanduvas, Laranjeiras do Sul, Guarapuava, Guaraniaçu, Cascavel, Pinhão, Chopinzinho e outros das circunvizinhanças (embargos em apenso, fls. 62/65).

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:
A questão central reside na divergência de critério a ser adotado para fixação do valor das madeiras utilizadas pela apelante, donde se deduzirá se foi regular, ou não, o recolhimento por ela feito nos termos apresentados em sua contabilidade.

Resumindo a matéria, o eminente Ministro Relator assinalou no seu douto voto:

«Entende a autora embargante que o recolhimento foi correto, eis que em correspondência com os valores contábeis, registrados em lançamentos nos respectivos livros comerciais, cuja presunção *juris tantum* de autenticidade tem assento nas regras dos artigos 22 e 25 do Código do Comércio. O exequente-embargado, ao contrário, sustenta que tal recolhimento foi insuficiente, visto como, em se tratando de empresa que industrializa produtos rurais de sua própria produção, deve-se tomar por base o preço corrente no mercado».

De sua vez, o MM. Dr. Juiz *a quo*, que examinou a espécie com evidente serenidade, analisou aspecto de fato, que merece ser destacado. Diz ele:

«De acordo com os documentos juntos o período fiscalizado compreende janeiro de 1974 a agosto de 1977 (fl. 5, execução fiscal) e nesse período apurou-se o volume de compra ou abate de árvores na filial Catanduvas-PR, contabilizado na matriz Ponta Grossa. De acordo com os documentos de fls. 74/77 dos embargos o levantamento completo das operações no período apontou uma maciça predominância de «abate» de árvores próprias

com insignificante participação de «compras». Ou seja, o preço médio apurado por pesquisa pelo embargado foi aplicado exatamente sobre a grande maioria das operações que eram aquelas que por não derivarem de compra e venda não tinham valor documental comprovado. No que diz com as operações de «compra» a diferença a menor é mínima e não está justificada pela embargante-autora.

Admito, portanto, em princípio que se as operações, envolvendo árvores sobre as quais incidem a contribuição, não tinham valor definido pela própria operação a fiscalização estava diante de uma das hipóteses mencionadas por Aliomar Baleeiro, e a atribuição de um preço ou valor se impunha» (fls. 258/259).

E, logo em seguida, ressaltou:

«Argumenta em continuação o embargado que optou por preço médio de mercado com pesquisa em estabelecimentos similares, mas a embargante contrapôs que não tinham as paradigmas idênticas características do estabelecimento dela contribuinte.

Não há elementos suficientes nos autos para o desate de tal questão, mas penso que não é de todo relevante o detalhe posto que a embargante embora sustentando que as empresas paradigmas utilizam madeira de melhor qualidade (fls. 7/8 ordinária e 8/9 — embargos) não fez qualquer comprovação de que a madeira «abatida» de suas reservas para a industrialização tinha valor sensivelmente menor ou o das demais exageradamente maior, como demonstrou o levantamento realizado pela fiscalização

no estabelecimento da embargante (fls. 72/73), o qual levantamento por sua vez não está formalmente impugnado pela autora.

Não há então como se ajuizar da realidade dos valores constantes da contabilidade diante da diferença acentuada entre eles e os demais» (fl. 259).

Tanto na ação ordinária, como nos embargos à execução, competia à apelante, como autora, o ônus da prova, que, no caso, deveria ser inequívoca e inconcussa.

De outra parte, não convence a alegação de excesso de execução, deduzidas que foram as contribuições anteriormente recolhidas.

Ante a situação de fato, considero, pois, aplicáveis à hipótese dos autos a legislação invocada no voto do ilustre Relator, que acompanho, negando provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.736 — Registro nº 3.394.131 — PR — Rel.: O Sr. Ministro Torreão Braz. Apte.: IBEMA — Indústria Brasileira de Madeiras S.A. Apdo.: IAPAS. Advs.: Drs. Paulo Macarini e outros, Josaphat Marinho, Marion Khoury Lissa e outro.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. Sustentaram oralmente, o Dr. Josaphat Marinho, pela apelante e o Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, como assistente. (Em 23-5-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.577 — RS
(Registro nº 2.854.260)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau
 Apelante: União Federal
 Apelado: Alberto de Azevedo Gusmão
 Advogada: Dra. Joana Marli Gularte Moraes

EMENTA

Administrativo. Militar. Adicional de inatividade. Tempo de efetivo serviço militar. Agregação.

O período em que o militar permaneceu afastado e agregado no Exército para exercer o cargo temporário em repartição pública estadual não pode ser computado para a contagem respectiva, se a legislação vigente no momento em que o servidor implementou o tempo de serviço necessário à passagem para a inatividade não mais considerava aquele acréscimo para o efeito desejado. Inexistência de direito adquirido condicional, cujo pressuposto é que haja uma condição preestabelecida, que seja inalterável a arbítrio de outrem. Lei de Introdução ao Código Civil — artigo 6º, § 2º. Lei nº 4.902/65, artigo 45, a, em confronto com as Constituições de 1967 (artigo 94, § 4º) e de 1969 (artigo 93, § 5º), com o Decreto-Lei nº 1.029/69 (artigos 81 e 82) e com a Lei nº 5.774/71 (artigos 86, § 1º, d XII e XIII, e 141, I, § 1º). Decretos nºs 30.955/52, 36.963/55 e 38.964/56, em confronto com o Decreto nº 57.775/66. Sentença de procedência reformada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 14 de agosto 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 29-5-80, por Alberto de Azevedo Gusmão, militar reformado, contra a União Federal, objetivando o recebimento da gratificação de inatividade.

Alegou o autor que foi transferido para a reserva remunerada por Decreto Presidencial datado de 3-6-75, tendo-lhe sido computados 31 anos, 2 meses e 25 dias de serviço, estando compreendido nesse período 1 ano, 10 meses e 4 dias de exercício de cargo civil temporário.

Ocorre que esse exercício de cargo civil temporário originou-se, em seu entender, de errônea interpretação do Departamento Geral do Pessoal do Ministério do Exército, posto que, de 7-3-67 a 10-1-69, esteve, na realidade, agregado de acordo com o artigo 8º, letra h, da Lei nº 4.902/65, à disposição do Governo do Rio Grande do Sul, exercendo cargo de chefia na Secretaria de Segurança Pública. Daí decorreria que o aludido período deveria ser computado para percepção do adicional de inatividade de que trata o artigo 127, nº 3, da Lei nº 5.787/72, e não ser considerado como simples acréscimo, como em realidade o foi.

Enfatiza o autor que a Lei nº 4.902/65, artigo 45, letra a, é taxativa ao afirmar que, além do que estabelece o Estatuto dos Militares, no cômputo do tempo de serviço para fins de inatividade será também considerado como efetivo exercício o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, sem superposição a tempo militar.

Prosseguiu aduzindo que a Lei nova nº 5.774/71 e o Decreto nº 1.029/69 não poderiam revogar um direito já adquirido, pois que o período em que esteve à disposição do Governo do Estado é anterior à lei nova, que já encontrou uma situação consumada, uma situação jurídica concreta.

Sustentou, ainda, que a função exercida no período citado era considerada de interesse militar, conforme dispunha o Decreto nº 38.964/56, e que encontra-se perfeitamente enquadrada nas exigências do artigo 127, nº 3, da Lei nº 5.787/72, para percepção do adicional de inatividade.

Requeru fosse a União Federal condenada a pagar-lhe as gratificações de inatividade a partir da data de sua transferência para a reserva remunerada, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros morató-

rios, custas processuais e honorários advocatícios (fls. 2/6).

Atribuiu à causa o valor de Cr\$ 23.068,00 (vinte e três mil e sessenta e oito cruzeiros) que foi alterado em incidente de impugnação, autuado em apenso, para Cr\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil cruzeiros).

Citada, a União Federal contestou o pedido, arguindo, preliminarmente, a prescrição do direito de ação, pois o autor foi transferido para a reserva remunerada em 3-6-75, vindo a propor a ação em 29-5-80, e só efetuando o preparo das custas iniciais, para efeito, inclusive, de citação, em 9-6-80. Configurada estaria a situação do artigo 219 e seus parágrafos, não tendo sido interrompida a prescrição.

No mérito, refutou o pedido inicial, finalizando com a afirmativa de que a legislação que vigorava ao tempo da passagem do autor para a inatividade era a Lei nº 5.774/71, o que por si só tornaria improcedente a pretensão, que se encontraria totalmente sepultada pelo anterior Estatuto dos Militares (Decreto-Lei nº 1.029/69), no qual novas regras foram elaboradas. Entre elas não constaria a contagem de tempo na forma pleiteada na inicial. Deveria, por isso, a ação ser julgada improcedente (fls. 31/44).

As fls. 67/68 foi realizada audiência, sendo ouvida testemunha do autor.

As fls. 77/82, o MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, Dr. Eli Goraieb, julgou a ação procedente, para que fosse a ré condenada ao pagamento mensal da gratificação de inatividade, com juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios de 10% sobre o total a ser apurado em liquidação, de que ficariam, no entanto, excluídas as prestações atingidas pela prescrição quinquenal (fls. 77/82).

A União Federal apelou às fls. 84/88, tendo o autor apresentado suas contra-razões às fls. 91/95.

Nesta instância o ilustre Dr. Valim Teixeira, pela douta SGR, opinou pela reforma da sentença (fls. 99/103).

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): O objetivo desta ação é a condenação da União Federal ao pagamento ao autor, Tenente-Coronel da Reserva Remunerada do Exército, de um percentual maior do adicional de inatividade previsto no artigo 127 da Lei nº 5.787/72, ao argumento de que o período de 1 ano, 10 meses e 4 dias, que ele passou em cargo civil pertencente à Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, deve ser computado, para tal efeito, como tempo de efetivo serviço militar.

O autor passou para a reserva remunerada em 3-6-75, mas só ajuizou a presente ação em 29-5-80, tendo sido citada a ré em 30-6-80, motivo pelo qual levantou preliminar de prescrição quinquenal, acolhida parcialmente pelo MM. Juiz Federal no tocante às prestações anteriores aos cinco anos que precederam o ajuizamento do pedido.

Ocorre que o autor comprovou que pleiteara administrativamente o que agora postula na justiça, tendo sua pretensão sido finalmente indeferida por despacho do Sr. Ministro do Exército datado de 13-9-79 e publicado em 28-9-79, nos seguintes termos:

«PO nº 921/79 — GMEx

1. Processo originário do Requerimento datado de 23 fev 79 no qual o Ten -Cel R. Rem. Alberto de Azevedo Gusmão solicita a reconsideração do despacho exarado pelo chefe do Departamento Geral do Pessoal, que indeferiu sua peti-

ção na qual solicitava que fosse considerado como de efetivo serviço, para todos os efeitos legais, o período de 7 mar 67 a 10 jan 69, em que esteve à disposição do Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

2. Considerando que:

— o requerente, no citado período, ficou agregado ao respectivo Quadro, nos termos da letra h do artigo 8º da Lei nº 4.902, de 16 dez 65, por haver passado à disposição do Governo daquele Estado, para desempenhar cargo na Secretaria de Segurança Pública;

— o artigo 94, § 4º, da Constituição do Brasil promulgada em 24 jan 67 e vigente à época em que o peticionário foi investido no referido cargo, estabelecia que o tempo de serviço do militar que aceitasse qualquer cargo público civil temporário, seria computado apenas para promoção por antiguidade e transferência para a inatividade, preceito este mantido no parágrafo 5º do artigo 93 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 out 69, que se encontrava em vigor quando da transferência do requerente para a reserva remunerada;

— face àquele dispositivo constitucional, o tempo de serviço em que o requerente desempenhou cargo público civil na Secretaria de Segurança Pública/RS não pode gerar outros benefícios, além daqueles claramente expressos em nossa Lei Magna;

— a Lei nº 4.902, de 16 dez 65, invocada pelo peticionário, foi revogada pela Lei nº 5.774, de 23 dez 71;

— segundo o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, expresso no Recurso Extraordinário nº 74.767/73, não pode o servidor reivindicar, a título de direito adquirido, a manutenção de

vantagens concedidas por legislação anterior;

— de acordo com o Parecer nº L-019, de 5 ago 74, da Consultoria-Geral da República, nos casos de transferência para a inatividade, a legislação deve ser aplicada no tempo, subordinando-se o fato à Lei em vigor.

3. Considerando, finalmente, o que propõe a Consultoria Jurídica do Ministério do Exército, dou o seguinte

Despacho:

a) Indeferido, por falta de amparo legal.

b) Publique-se no **Diário Oficial** da União e em Boletim do Exército.

c) Arquite-se no Departamento-Geral do Pessoal.

Brasília, 13 de set. 79».

Por esse motivo, a rigor inexistiria prescrição até mesmo de parcelas pretéritas, de vez que o processo administrativo teve o condão de interromper o respectivo fluxo.

Contudo, quanto ao mérito da pretensão, propriamente dito, tem-se que o MM. Juiz Federal acolheu-a ao argumento de que haveria direito adquirido condicional do autor à contagem desse período para todos os efeitos porque a lei vigente à época em que ele exerceu a função civil assim o permitia.

Esse período foi de 7-3-67 a 9-1-69, em que o autor permaneceu agregado no Exército, nos termos do artigo 8º da Lei nº 4.902/65, então vigente, à disposição, que ficou, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

Ele exerceu, nesse período, a Chefia do Serviço Centralizado de Informações da Secretaria de Segurança Pública, que alega ser considerada de interesse militar, nos termos do Decreto nº 38.964/56 que, por sua

vez, alterou os artigos 1º dos Decretos nºs 30.955/52 e 36.963/55, a respeito do assunto.

Em prol de sua tese invoca o autor a Lei nº 2.751/56, que considerava como de efetivo exercício o tempo que o militar passou ou vier a passar afastado de suas funções em consequência de exercício de cargo público temporário.

E sustenta que lhe seria aplicável o artigo 45, alínea a, da Lei nº 4.902/65, que regulava, à época, a inatividade dos militares, e considerava como de efetivo serviço o período de serviço público federal, estadual ou municipal, desde que sem superposição a tempo militar.

Ocorre, no entanto, que o suposto direito adquirido condicional do autor não encontra amparo quer na teoria de GABBA, invocada pelo MM. Juiz, quer no artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que a perfilhou, e que assim estabelece:

«Art. 6º

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem».

Isso porque a Lei nº 4.902/65, e os outros diplomas mencionados, vigentes à época em que o autor exercia seu cargo na Secretaria de Segurança Pública, foram derogados pelo disposto no artigo 93, § 5º, da Emenda Constitucional nº 1/69, outorgada em 17-10-69, antes de o autor completar o tempo de serviço necessário à passagem para a inatividade. Tal dispositivo constitucional assim estabeleceu:

«Art. 93.

§ 5º A lei regulará a situação do militar da ativa nomeado para qualquer cargo público civil temporário, não eletivo, inclusive da

administração indireta. Enquanto permanecer em exercício, ficará ele agregado ao respectivo quadro e somente poderá ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a inatividade, e esta se dará depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, na forma da lei».

Tal disposição, aliás, não é nova em sede constitucional, constando do § 4º do artigo 94 da Constituição de 1967.

Dias depois da Emenda Constitucional nº 1/69, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 1.029, de 21-10-69, novo Estatuto dos Militares, cujos artigos 81, caput alínea a e §§ 3º, e 82, estabeleceram o seguinte:

«Art. 81. «Anos de serviço» é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço, a que se referem o artigo 80 e os seus parágrafos com os acréscimos, para fins de inatividade, na forma estabelecida na legislação específica, e sendo considerados ainda os seguintes:

a) tempo de serviço público federal, estadual ou municipal prestado pelo militar, anteriormente à sua incorporação ou reinclusão em qualquer organização militar.

.....
 § 3º Os acréscimos a que se referem as alíneas a, c e e deste artigo só serão computados no momento da passagem do militar à situação da inatividade e para este fim.

Art. 82. O militar da ativa, nomeado para qualquer cargo público civil temporário, não eletivo, inclusive da Administração Indireta, ficará agregado ao respectivo quadro enquanto perma-

necer em exercício e somente poderá ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a inatividade».

Quando o autor passou para a reserva, estava em vigor a Lei nº 5.774, que substituiu o Decreto-Lei nº 1.029/69, mas que repetiu nos artigos 141, I e § 1º, e 86, § 1º, d, XII e XIII, e § 3º; respectivamente, o que dispunham os artigos 81, a e §§ 3º e 82, do diploma revogado.

E o § 2º do artigo 141 da nova lei expressamente enumerou as hipóteses em que deveriam ser considerados, para efeito do cálculo do adicional de inatividade, os «acréscimos» de tempo de serviço prestado fora da organização militar, não se enquadrando o caso dos autos em qualquer delas.

Por outro lado, ao revogar totalmente o Decreto nº 38.964/56, invocado pelo autor, e os que lhes são anteriores, o Decreto nº 57.775, de 10-2-66, que define o exercício de função militar, excluiu totalmente dessa conceituação a atividade civil exercida pelo autor. Por isso, não se alegue, como fez o MM. Juiz, que lhe seria aplicável o § 2º do artigo 86 da Lei nº 5.774/71, que considerou como se serviço ativo fora o exercício em cargo civil de natureza militar, assim estabelecido em lei ou em decreto.

O artigo 127 da Lei de Remuneração dos Militares (Lei nº 5.787/72), que estabeleceu o critério de cálculo do adicional de inatividade, deve ser interpretado em consonância com os diplomas vigentes, de tal modo que os acréscimos de tempo de serviço só poderão ser considerados para esse fim se o permitir a «legislação em vigor», como explicita o respectivo texto.

Observe-se, finalmente, que a transferência do autor para a reserva foi concedida a pedido do militar (fl. 8), que resolveu não esperar mais na ativa o pouco tempo de que necessitava para incorporar a seus proventos um adicional de inatividade de maior.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da rê para julgar a ação improcedente e condenar o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios da parte contrária, que fixo em 15% sobre o valor dado à causa no incidente de impugnação respectivo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.577 — RS — Registro nº 2.854.260 — Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: União Federal. Apelado: Alberto de Azevedo Gusmão. Adva.: Dra. Joana Marli Gularte Moraes.

Decisão: A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação da rê, para julgar improcedente a ação. (Julg. em 14-8-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger 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 80.025 — SP (Registro nº 3.431.258)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Santos

Apelante: IAPAS

Apelado: Salvador Chichello e Cia. Ltda.

Advogados: Drs. Pascal Leite Flores, Durval Boulhosa e outros

EMENTA

Execução fiscal.

Débito relativo a quotas de previdência incidentes sobre remuneração percebida pela prestação de serviços de transporte marítimo. — Se os Serviços executados pela devedora o foram no exercício de atividade que constituía o seu objeto social, por via da qual buscava lucro, não se enquadram na isenção concedida no parágrafo único, letra c, da alínea b, inciso I, do artigo 166 do Decreto nº 60.501/67 (serviços prestados pelas empresas umas às outras). — Reforma de sentença que julgou procedentes os embargos da executada.

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 para reformar a sentença e julgar os em-

bargos improcedentes, 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 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Salvador Chichello e Cia. Ltda., opôs embargos à execução fiscal proposta pelo IAPAS para cobrar-lhe débito relativo a quotas da previdência que não teria recolhido, incidentes sobre remuneração percebida pela prestação de serviços de transporte marítimo, no porto de Santos, à Frota Nacional de Petroleiros — FRONAPE.

Alegou que a obrigação do pagamento da quota referida era da FRONAPE, embora lhe coubesse arrecadá-la, e que deixara de fazer por ter a empresa referida se negado a concordar com a providência.

Pedi por isso a sua denunciação à lide e alegou ser parte ilegítima para responder pelo débito.

Impugnando os embargos foi proferida sentença rejeitando a preliminar de ilegitimidade argüida pela embargante, indeferindo o pedido de denunciação à lide da FRONAPE, e, no mérito, acolhendo os embargos pelos fundamentos seguintes:

«Não havia, mesmo, porque se cobrar a quota da PETROBRÁS-FRONAPE, em face da incidência da regra contida no artigo 12, letra c, do Decreto nº 22.872, de 29-6-1933.

A contribuição questionada é paga pelo usuário do serviço de navegação marítima, fluvial ou lacustre, nos termos do *caput* do mencionado artigo de lei.

Contudo, se o serviço é prestado de empresa à empresa, em proveito dos serviços que executem, incide a isenção, conforme a letra C, do artigo 12.

As empresas referidas são as prestadoras de serviço de navegação, na forma do artigo 12, já mencionado.

Isenta-se porque a contribuinte já recolhe a quota sobre os serviços que presta e não poderia ser onerada novamente pela incidência sobre os serviços de que se beneficia, realizados estes unicamente em proveito daqueles. Haveria dupla tributação.

Pouco importa que a empresa arrecadadora preste serviços objetivando lucro. A isenção é dada para quem se utiliza dos serviços, porque é o usuário e não o prestador dos serviços, o contribuinte.

Assim, se a contribuição, em tese deveria ser cobrada da PETROBRÁS-FRONAPE, agiu corretamente a embargante ao não arrecadá-la, posto que a contribuinte estava isenta, nos termos do artigo 12, parágrafo único, letra C, do Decreto nº 22.872/33.

Em consequência, nenhum crédito há a reclamar, sendo nulo o título executivo fiscal criado pelo embargado».

O IAPAS apelou contestando os fundamentos da sentença, e o recurso foi contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Arrimou-se a sentença, para julgar os embargos procedentes, na interpretação do artigo 12 do Decreto nº 22.872/33, com as alterações sofridas posteriormente, cuja redação foi reiterada no artigo 166, I, b, do Decreto nº 60.501/67

— Reg. Geral da Previdência Social, em vigor na data dos fatos que originaram o lançamento.

As disposições referidas por último tinham a seguinte redação:

«Art. 166. A contribuição da União será constituída:

I — Pelo produto das seguintes taxas, cobradas diretamente do público sob a denominação genérica de «cotas de previdência», na forma da legislação específica, com as majorações determinadas na letra c do artigo 3º da Lei nº 2.250, de 20 de junho de 1954, no artigo 4º da Lei nº 3.593, de 27 de julho de 1959, e no artigo 34 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965:

b) 8% dos preços dos transportes de passageiros, mercadorias, animais, encomendas, valores e demais receitas que constituírem parcelas de renda bruta de armazéns, trapiches e de outros serviços remunerados das empresas, nacionais ou estrangeiras, que explorem ou executem serviços de navegação marítima, fluvial ou lacustre, de portos e canais e de pesca, com as exceções previstas no § 1º deste artigo (artigo 12 do Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933), com as modificações introduzidas pelo Decreto nº 22.992, de 26 de julho de 1933;

§ 1º A cota de previdência mencionada no item I, b, deste artigo não incide sobre:

c) o preço dos serviços de qualquer natureza que, de interesse particular das próprias empresas, não constituam efetiva renda, bem como dos prestados pelas empresas umas às outras, em proveito dos serviços que executem (parágrafo único do artigo 12 do Decreto nº 22.872, de 29 de julho de 1933,

com as modificações introduzidas pelo Decreto nº 22.992, de 26 de julho de 1933)».

Como se vê a quota de previdência era devida sobre o preço dos transportes feitos por empresas que explorassem serviços de navegação marítima, fluvial ou lacustre, e, conseqüentemente, estavam sujeitos ao pagamento respectivo todos quantos tivessem como objeto a exploração mencionada, como era o caso da embargante que se dedicava ao transporte no porto de Santos.

Sustentou ela, todavia, e tal argumento foi acolhido pela sentença, que não estava obrigada ao pagamento referido porque prestado o serviço à Frota Nacional de Petroleiros — FRONAPE, sendo de aplicar-se ao caso, por isso, o § 1º, letra c, do mesmo artigo 166 do Regulamento, porque prestados os seus serviços a outra empresa de navegação, em proveito dos por ela executados.

Ora, com os embargos foram trazidas relações onde são especificados os serviços prestados pela embargante à FRONAPE, condução de tripulantes, de comandantes dos navios e da «agência» (fls. 18/30), os quais não podem ser tidos como prestados em proveito de serviços executados pela mesma FRONAPE, sendo na realidade o exercício de atividade que constituía o objeto social da embargante, por via da qual buscava lucro.

Assim considerando, o meu voto é provendo a apelação para reformar a sentença, julgar os embargos improcedentes e condenar a embargante nas custas do processo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 80.025 — SP — Registro nº 3.431.258 — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Remte.: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Santos. Apte.: IAPAS.

Apdo.: Salvador Chichello e Cia. Ltda. Advs.: Drs. Pascal Leite Flores, Durval Boulhosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar os em-

bargos improcedentes. (Em 31-10-83 — 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 80.241 — RJ
(Registro nº 4.408.551)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara

Apelante: União Federal

Apelada: Instrumentos Kern do Brasil S.A.

Advogados: Dra. Marli Moreira Guayanaz e outros (Apda.)

EMENTA

Tributário. Repetição do indébito. Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Quanto tem cabimento. CTN, artigo 166. Súmula nº 546 do STF.

I — Só tem cabimento a restituição do tributo pago indevidamente, cujo ônus econômico o contribuinte de jure possa transferir ao contribuinte de facto, se ficar provado não ter ocorrido a transferência do encargo ou que o tributo não foi agregado ao preço; ou, se tal agregação houve que há autorização do contribuinte de facto para o recebimento da restituição. No tocante ao IOF, não há identificar a transferência do seu ônus econômico em casos como importação de equipamentos para o uso próprio, empréstimos bancários ou descontos de duplicatas. Todavia, aquela repercussão econômica exsurge claramente em hipóteses como importação de mercadorias destinadas a revenda.

II — Aplicação do artigo 166 do CTN e da Súmula nº 546 do STF. Precedentes da 4ª Turma do TFR.

III — 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 e confirmar a sentença, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente — Ministro Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Por entender inconstitucional o aumento ou a criação de tributo através de decreto-lei, a sentença (fls. 118/127) julgou procedente ação de repetição do indébito proposta por Instrumento Kern do Brasil S.A. contra a União Federal, visando à devolução da importância relativa a Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), acrescida dos consectários legais, que disse ter recolhido indevidamente, no exercício de 1980, em operações relativas a empréstimos bancários (fls. 3/5 e 13/16).

Apelou a União Federal (fls. 129/131). Diz ser constitucional a cobrança do Tributo questionado.

Contra-arrozoado o recurso (fls. 134/136), subiram os autos, e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela reforma da sentença, a fim de ser ação julgada improcedente (fls. 140/145).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Em seu parecer, de lavra do Dr. Geraldo Andrade Fonteles, argumenta a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 140/142):

«3. Inicialmente urge consignar que o Imposto sobre Operações de Câmbio, subcategoria dos chamados Impostos sobre Operações Financeiras, pertence ao grupo «Impostos sobre a Produção e Circulação», isto é, sobre atividades econômicas, tratadas no Capítulo IV do Código Tributário Nacional.

4. Trata-se de impostos que, ao gravarem atividades econômicas, levam em conta o fenômeno da repercussão, da transferência a ter-

ceiros do ônus financeiro do tributo. Os impostos sobre produção e circulação constituem, assim, o grupo de impostos em que tal fenômeno se verifica ante as peculiaridades próprias das atividades econômicas.

5. O mestre Alfredo Augusto Becker, talvez o que mais se deteve no estudo do fenômeno da repercussão econômica do Tributo, leciona:

«O contribuinte de jure, ao satisfazer a prestação jurídica tributária, sofre um ônus econômico. O contribuinte de jure procura transferir o ônus econômico do tributo a outras pessoas e isto ocorrerá na oportunidade em que tiver relações econômicas ou jurídicas com estas outras pessoas». (in Teoria Geral do Direito Tributário — 2ª Ed. — 1972 — pág. 486).

6. É o que acontece com o Imposto sobre Operações de Câmbio, que, por sua própria natureza, comporta o fenômeno da repercussão. Por ele a autora transfere a terceiros — seus clientes — o ônus econômico do imposto pago. E tal transferência, que ocorre na comercialização dos produtos, não se processa necessariamente através de procedimentos especiais, como o aumento do preço. Pode ocorrer mediante uma infinidade de outras técnicas, como supressão de descontos em outras mercadorias etc.

7. Por isso que simples alegação de inexistência da transferência do ônus do tributo não pode prosperar, eis que no presente caso a repercussão é óbvia, decorrente da própria atividade da autora».

Na verdade, dispõe o artigo 166 do Código Tributário Nacional:

«A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encar-

go financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso, de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la».

Comentando o transcrito preceito, esclareceu Aliomar Baleeiro:

«No artigo 166, o CTN dá solução racional a velho problema, que já ocupou e dividiu muito as opiniões em nossos Tribunais, inclusive no STF.

Esta acabou por entender que todos os impostos chamados «indiretos» comportam sempre a repercussão do ônus econômico do contribuinte de *jure* para o contribuinte de *facto*, isto é, para o consumidor ou comprador. O vendedor tributado acresceria o tributo ao preço e o recobriria dos compradores sucessivos. Desse entendimento proveio a Súmula nº 71 daquela Corte:

«— Embora paga indevidamente, não cabe restituição de Tributo indireto» (Hoje, esclarecida pela Súmula nº 546).

O CTN, consciente da dificuldade de caracterizar-se o imposto indireto em certos casos e, também, de que a repercussão, embora provável nos impostos de produtos industrializados, ICM, e outros que assentam nas trocas econômicas, inclusive a compra e venda, afastou-se da Súmula nº 71 e admitiu a restituição se o interessado nela provar ter assumido o encargo, sem transferência para outrem, ou, tendo realizado tal transferência, se por este for autorizado a recebê-lo.

Destarte, em caso concreto, o contribuinte de *jure* provará por seus livros e arquivos etc. que não agregou o tributo ao preço, ou se o agregou está autorizado a receber a restituição pelo contribuinte de *facto*. Ou demonstrará a impossibi-

lidade prática da transferência nas circunstâncias especiais do caso concreto. «(Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., Forense, pág. 565)».

A propósito do tema, a Colenda Suprema Corte, inicialmente, editou a Súmula nº 71, nestes termos:

«Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto».

Ulteriormente, alterou o citado verbete, editando a Súmula nº 546, nestes termos:

«Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o quantum respectivo».

Em suma, em se tratando de tributo pago indevidamente, cujo ônus econômico o contribuinte de *jure* possa transferir ao contribuinte de *facto*, só tem cabimento a sua restituição:

a) se ficar provado não ter ocorrido a transferência do encargo ou que o tributo não foi agregado ao preço;

b) ou, se tal agregação houve, que há autorização do contribuinte de *facto* para o recebimento da restituição.

Nesse sentido, vem decidindo esta Egrégia 4ª Turma (AC nº 76.400-RJ, Relator Ministro Armando Rollemberg; AC nº 88.604-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso; AC nº 76.426-RJ, Relator Ministro Bueno de Souza).

Aduzo, quanto ao IOF, que, em certos casos, não há identificar a transferência do seu ônus econômico. É o que se dá na importação de equipamento para uso próprio ou na hipótese de sua incidência sobre empréstimos bancários ou descontos de duplicatas. Isso, porém, não ocorre no tocante às mercadorias importadas para revenda como garrafas de

vinho, frutas, etc. Nestes casos, há repercussão econômica direta.

II

Na espécie, trata-se de devolução de IOF pago, no exercício de 1980, em decorrência de financiamentos bancários (fls. 3/5 e 13/16), hipótese em que, segundo assinalado, não há identificar a possibilidade de transferência direta do ônus econômico do contribuinte de direito para o contribuinte de fato.

Isto posto, confirmo a sentença; nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 80.241 — RJ — Registro nº 4.408.551 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara. Apelante: União Federal. Apelada: Instrumento Kern do Brasil S.A. Advogados: Dra. Marli Moreira Guayanaz e outros (Apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 30-4-84 — 4ª Turma).

O Srs. Ministros Carlos Velloso e Bueno de Souza votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.623 — PR (Registro nº 3.441.393)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Embargante: União Federal

Embargados: Renato Ribas Vaz e outros

Advogados: Drs. José Ribamar de Castro Viana (Embte.) e Pedro Henrique Xavier (Embdo.)

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Omissão de receita. Creditamento em contas-correntes bancárias, conjuntas, em nomes dos sócios da pessoa jurídica. Lançamento ex officio de caráter reflexivo, baseado em lucro presumido.

I — A presunção de ocorrência de rendimento reflexo, em lançamento dessa natureza, deve ser acompanhada de um começo de prova ou, pelo menos, de certos indícios que tornem lógica e aceitável a presunção do Fisco. No caso, há uma elemento relevante contra essa suposição. É que a autoridade administrativa julgadora do processo relativo à pessoa jurídica reconheceu que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da sociedade, o que afasta a pretensão de caracterizar o fato como empréstimo.

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência no sentido de que é ilegítimo o lançamento ex officio, que se embasa apenas em extratos ou depósitos bancários (AC nº 41.984-RJ, DJ de 5-11-81).

II — Rejeitaram-se os embargos infringentes.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 4 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Otto Rocha**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: A União Federal interpôs os presentes embargos infringentes ao Acórdão proferido pela colenda 6ª Turma deste Tribunal, nos autos da Apelação Cível nº 80.623 — PR, assim, ementado:

«Tributário. Imposto de Renda. Omissão de Receita. Creditamento em contas-correntes bancárias, conjuntas, em nome dos sócios da pessoa jurídica. Lançamento *ex officio* de caráter reflexivo, baseado em lucro presumido. Honorários. Correção monetária.

A presunção de ocorrência de rendimento reflexo, em lançamento dessa natureza, deve ser acompanhada de um começo de prova ou, pelo menos, de certos indícios que tornem lógica e aceitável a presunção do Fisco. No caso, há um elemento relevante contra essa suposição. E que a autoridade administrativa julgadora do processo relativo à pessoa jurídica reconheceu «que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da sociedade», o que afasta a pretensão de caracterizar o fato como empréstimo.

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência no sentido de que é ilegítimo o lançamento *ex officio*, que se embasa apenas em extratos ou depósitos bancários (AC nº 41.984-RJ, DJ de 5-11-81).

Verba honorária de acordo com o artigo 20, § 4º, do CPC, e correção monetária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81. Provimento parcial da apelação na forma explicitada, ressalvada à Fazenda Nacional a possibilidade de apurar, na forma legal, a ocorrência de eventual saldo entre o valor total dos recursos depositados em bancos em nome dos sócios e o montante, à conta deles, empregado pela pessoa jurídica em seus gastos gerais ou de custeio, para efeito de novo procedimento » (fl. 746).

A decisão recorrida, tomada por maioria, pelo voto vencedor do eminente Ministro Wilson Gonçalves, mantém-se em dissonância com o voto vencido do douto Relator originário, Ministro Torreão Braz, que, admitindo, na espécie, a ocorrência de omissão de receita e conseqüente distribuição disfarçada de lucros, deu provimento à apelação, para reformar a sentença remetida e julgou a ação improcedente, condenando os autores nas custas e na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

A embargante, louvando-se nas razões do voto vencido, afirma que, no caso, não se trata de lucro presumido, mas de lucro real, decorrente da omissão de receita confessada pela pessoa jurídica. E esse lucro real omitido a lei considera distribuído aos sócios da pessoa jurídica e sobre as parcelas distribuídas manda cobrar o imposto de renda referente à pessoa física de cada sócio» (Sic — fl. 255). Cita o artigo 34 e respectiva alínea a do Decreto nº 76.186, de 2-9-75 (RIR/75), concluindo no sentido de que, na jurisprudência administrativa, é pacífico que a receita

omitida na pessoa jurídica reflete na pessoa física dos sócios (fls. 749/756).

Admitidos os embargos (fl. 757), vieram-me os autos conclusos, por distribuição, manifestando-se o embargado, às fls. 760/768, com a juntada de parecer sobre a matéria da lavra dos ilustres professores Geraldo Ataliba e Cléber Giardino (fls. 769/797).

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (artigo 33, IX).

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Para maior esclarecimento dos eminentes pares, com a devida vênia, passo à leitura do voto vencedor, naquilo que interessa, diretamente, à controvérsia registrada nos presentes embargos, *in verbis*:

«Os apelados, autores da ação anulatória de débitos fiscais, resumiram a controvérsia a três pontos essenciais:

a) a pessoa jurídica de direito privado Sociedade Anônima Educacional Positivo, no processo administrativo principal, reconheceu e confessou a omissão de receita e a autoridade fiscal admitiu que a quase totalidade da receita omitida fora exaurida com despesas gerais ou de custeio da própria empresa;

b) o creditamento em contas-correntes bancárias, conjuntas, em nome dos sócios da pessoa jurídica, longe de significar disponibilidade daqueles sobre recursos que a esta pertenceriam, configurou apenas e exclusivamente o meio de efetivação da sonegação, por parte da sociedade; ou em outras palavras, os referidos sócios, individualmente, com esse procedimento, não receberam efetivamente tais valores em seu proveito pessoal; e

c) a União Federal, através de seus diversos Procuradores da República, não impugna a assertiva constante da alínea a acima, limitando-se a caracterizar dito exaurimento como hipotético «em-préstimo» das pessoas físicas à pessoa jurídica, o que contestam ante às circunstâncias dos fatos.

Não ocorre a menor dúvida de que o processo ou expediente utilizado pela pessoa jurídica, recebendo, em contas-correntes paralelas, as mensalidades de seus alunos mediante carnês, parte depositada em seu nome e parte em nome de seus sócios, constitui inequívoco e evidente desvio de receita visando à sonegação de impostos. Tanto que, apanhada em cheio pela fiscalização, reconheceu e confessou a evasão de receita e procurou o meio de pagar o débito com os acréscimos legais. Essa matéria compõe o processo administrativo principal.

No caso, trata-se de lançamento *ex officio*, de caráter reflexivo, baseado em lucro presumido. Creio, *data vênia*, que o ponto nuclear da questão reside em constatar se a sonegação da pessoa jurídica produziu efetiva repercussão financeira em favor de seus sócios individualmente considerados.

A autoridade fiscal julgadora, decidindo o processo administrativo referente à pessoa jurídica, ao apreciar o comportamento desta para efeito de graduação da multa, afirmou *in verbis*:

«A aplicação da pena prevista no artigo 534, b, do Regulamento do Imposto de Renda então vigente, se afigura cristalina; a omissão da receita foi convenientemente demonstrada, e comprovada com o exaustivo trabalho da fiscalização; todavia, seria temerário, com as provas existentes nos autos, assegurar que hou-

ve um desvio fraudulento, mediante utilização de artifício doloso de receitas. Houve, isto sim, omissão de receitas que a empresa certamente exauriu em grande parte com despesas gerais ou de custeio, mas que não foram contabilizadas; o volume de omissões, de receita, realmente decorreu do rápido crescimento da sociedade, que atua num campo em que a clientela é cada vez mais acentuada. A sonegação repetitiva, por si só, não pode caracterizar fraude, ainda mais em se levando em conta que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da sociedade» (fls. 642/643).

Segundo os apelados, o reconhecimento insuspeito de que a empresa certamente exauriu grande parte das receitas omitidas em despesas gerais ou de custeio, constitui fato incontroverso, pois não sofreu, nesse tocante, nenhuma contestação.

Ora, se grande parte desses recursos, recebidos em nome da empresa, foi gasta por ela em suas despesas gerais ou de custeio, na pior das hipóteses, a totalidade desses recursos não poderia, logicamente, reverter em favor dos autores apelados como pretendem os representantes da União. Sendo assim, se o Fisco pretendia agir, em ação reflexa, contra os mencionados sócios, estaria obrigado a apurar, previamente, o montante dos gastos da empresa e, em consequência, determinar com exatidão qual a parcela que teria, porventura, restado em benefício de cada um dos sócios, vez que o tributo somente poderá ser exigido e calculado em relação ao rendimento realmente auferido. Entretanto, fez-se vista grossa sobre essa particularidade tão importante quanto indispensável e pretende-se fazer

incidir a iniciativa fiscal sobre o total dos aludidos recursos.

Demais disto, a autoridade fazendária iniciou o processo ou processos de lançamento reflexivo, antes de conhecido o resultado final do processo administrativo aberto contra a pessoa jurídica.

É o que se deduz do próprio texto da decisão fiscal, nesta passagem:

«Não procede a arguição de inoportunidade do reflexo, na pessoa física do contribuinte, sócio da empresa, da tributação procedida naquela pessoa jurídica. Isso por que, o fato ali apurado — omissão de receita operacional decorrente de mensalidades arrecadadas por estabelecimentos bancários — deu nascimento a obrigações tributárias diferentes, podendo haver, legalmente, concomitância de lançamentos. Nesse sentido existe pacífica e torrencial jurisprudência administrativa.

O lançamento na pessoa física dos sócios, inclusive, previne a decadência do direito da Fazenda Nacional. De fato, se a repartição não providenciar desde logo o lançamento decorrente, no aguardo do desfecho do processo-mor, correrá o risco de não mais poder efetuar-lo pelo decurso do prazo» (fl. 71).

Daí a incongruência entre a constatação constante do processo administrativo principal e o critério adotado no prosseguimento do processo relativo aos sócios.

Diante da falta da mencionada providência preliminar — base imprescindível à correta continuação do procedimento acessório —, torna-se desnecessário aditar que a presunção relativa de rendimentos, reflexo, em lançamento dessa natureza, deve ser acompanhada de um começo de prova ou, pelo menos, de certos indícios que tornem

lógica e aceitável a presunção do Fisco. Aqui, há um elemento relevante contra essa presunção, o qual consiste na afirmação da autoridade administrativa julgadora do processo contra a pessoa jurídica de que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da sociedade (fl. 643).

Essa circunstância choca-se, a meu ver, com a pretensão de caracterizar o fato como empréstimo.

Além disto, a jurisprudência tem-se cristalizado no sentido de que é ilegítimo o lançamento *ex officio*, que se embasa apenas em extratos bancários, ou em depósitos bancários (AC nº 41.984-R.J., 4ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, in DJ de 5-11-81.)» (fls. 737/741).

Penso que não merece reparos a douda decisão embargada, com fulcro nas letras do voto supratranscrito.

Na REO nº 66.863-SP, de que fui Relator, a colenda 5ª Turma deste Tribunal decidiu, por unanimidade, que «os depósitos bancários, mesmo servindo de marco inicial à investigação do Fisco, não autorizam, de logo, à conclusão final da existência de distribuição disfarçada de lucros. *in casu*, a perícia judicial atesta não ter havido qualquer indicio de receita desviada, sendo certo que o fornecimento de numerário, através de depósitos bancários, por si só, nada prova, porquanto ficou demonstrada a capacidade financeira dos sócios supridores».

No caso sob apreciação, impressiona-me a argumentação do Fisco, citada no voto suso transcrito e trazida à colação pelos embargados, no sentido de que a omissão da receita foi convenientemente demonstrada, e comprovada com o exaustivo trabalho da fiscalização; todavia, seria temerário, com as

provas existentes nos autos, assegurar que houve um desvio fraudulento, mediante utilização de artifício doloso de receitas. Houve, isto sim, omissão de receitas que a empresa certamente exauriu em grande parte com despesas gerais ou de custeio, mas que não foram contabilizadas; o volume de omissões, de receita, realmente decorreu do rápido crescimento da sociedade, que atua num campo em que a clientela é cada vez mais acentuada. A sonegação repetitiva, por si só, não pode caracterizar fraude, ainda mais em se levando em conta que os comprovantes de receita eram todos eles emitidos em nome da sociedade (fls. 642/643, *apud* 739).

Com razão, pois, os eminentes professores Geraldo Ataliba e Clêber Giardino, quando, em seu douto parecer, asseveram, *in verbis*:

«Inviável, até ao senso comum (plano adequado às presunções da espécie) cogitar de terem, esses valores, constituído, em qualquer tempo, rendimento de cada sócio. Rendimento e ingresso que adere ao patrimônio individual como elemento novo e positivo, acrescendo. Nessa acepção, equivale à receita. Seja, pois, nesse sentido, seja mesmo no sentido de mero movimento de fundos ou de caixa, na classificação de Baleeiro, a única inferência possível é a de que tais valores jamais estiveram disponíveis aos sócios, de *per si* considerados.

Só isto já seria suficiente para infirmar a utilidade dos indícios acenados pela Fazenda.

Acresce, doutra parte, que se os comprovantes de receita eram todos emitidos em nome da sociedade, atribuindo-lhe rigorosa titularidade desses valores, inviável a pretensão de que teriam os sócios, de *per si*, (ou mesmo em conjunto), procedido a empréstimos em favor da sociedade. Para tanto,

faltar-lhes-ia requisito matricial: o da titularidade ou disponibilidade desses valores.

Por fim, imenso fosso separa os conceitos de receita omitida e distribuição não declarada. Enquanto a primeira se contém nos lindes da receita bruta — vale dizer, de ingressos que se aditam ao patrimônio, como elemento novo e positivo, sem consideração aos custos necessários a sua obtenção — lucro não declarado é conceito absolutamente distinto: é elemento representativo da diferença positiva entre receitas e despesas». (fls. 789/791).

Sábua se me afigura, portanto, a conclusão a que chegou o douto Ministro Wilson Gonçalves, que, em seu lúcido voto vencedor, assim se expressou:

«Ora, se «grande parte» desses recursos, recebidos em nome da empresa, foi gasta por ela em suas despesas gerais ou de custeio, na pior das hipóteses, a totalidade desses recursos não poderia, logicamente, reverter em favor dos autores apelados como pretendem os representantes da União. Sendo assim, se o Fisco pretendia agir, em ação reflexa, contra os mencionados sócios, estaria obrigado a apurar, previamente, o montante dos gastos da empresa e, em consequência, determinar com exatidão qual a parcela que teria, porventura, restado em benefício de cada um dos sócios, vez que o tributo somente poderá ser exigido e calculado em relação ao rendimento realmente auferido. Entretanto, fez-se vista grossa sobre essa particularidade tão importante quanto indispensável e pretende-se fazer incidir a iniciativa fiscal sobre o total dos aludidos recursos». (fls. 739/740).

Em seguida, com a prudência que o caso requer, sua excelência concluiu sua votação, ressaltando à Fazenda Nacional a possibilidade de apurar, na forma legal, a ocorrência de eventual saldo entre o valor total dos recursos depositados em bancos em nome dos sócios e o montante, à conta deles, empregado pela pessoa jurídica em seus gastos gerais ou de custeio, para efeito de novo procedimento.

No que tange à aplicação, na espécie sob julgamento do Decreto nº 76.186/75, artigo 34, a, tenho como irresponsível a lição contida no prefalado parecer dos doutores Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, exposta nestas letras:

«Importa, pois, verificar se existia regra de direito substantivo — à época dos fatos — impondo (sem possibilidade de contraposição, portanto) que à omissão de receita em pessoa jurídica, deve seguir-se a consideração de rendimentos distribuídos às pessoas físicas.

Invoca a Fazenda a existência de norma nesse sentido, *indicando-a como a veiculada pela alínea a, do artigo 34, do regulamento do imposto sobre a renda vigente à época.

De conseguinte, centremo-nos na exegese dessa disposição, a fim de concluir pela sua aplicabilidade, ou não, ao caso concreto.

Como se demonstrará, em breve espaço, o preceptivo referido não se aplica à espécie.

O artigo 34, *prima facie*, predetermina-se a exercer a função de alocar, na cédula «F», determinados rendimentos. Assim, *vg.* lucros, dividendos e ações, entre outros casos, normalmente distribuídos por pessoas jurídicas. Esses específicos rendimentos, quan-

do distribuídos a sócios, titulares ou acionistas, são classificados na cédula «F». Aí a função específica dessa disposição legal.

Em princípio, pois, essa regra há de ser interpretada não como norma criadora de hipóteses de direito substantivo, instituidora de hipóteses especiais (fictas, na linguagem clássica) de distribuição de rendimentos; predetermina-se, isto sim, à mera seleção de rendimentos (por natureza) os quais, quando distribuídos, devem ser arrolados na cédula «F».

Isto porque o *caput* desse preceptivo é peremptório ao prescrever que na cédula «F» serão classificados os seguintes rendimentos distribuídos pelas pessoas jurídicas, evidenciando que a regra é descritora dos fatos jurídicos que encontram qualificação no direito comum (societário, comercial). Vale dizer, **distribuição de rendimentos**, segundo os caminhos regulares previstos na legislação comercial ou societária pertinente.

É de indagar-se, porém, se o referido dispositivo esgota-se nessa função primacial de classificação de certos e especiais rendimentos (efetivamente distribuídos pelas pessoas jurídicas) na cédula «F». Ou se, além disso, se presta a dispor, paralelamente, sobre a criação de hipóteses, ditas presuntivas, de distribuição de rendimentos.

Parece, na verdade, que essa última colocação encontraria eco na alínea d do mesmo artigo 34, e até, eventualmente, relativamente a lucros arbitrados (alínea a). Isto não afasta, todavia, o caráter excepcional dessa função normativa que, portanto, só nesses estreitos e estritos casos poderia ser considerada existente. É que sendo excepcionalíssima, segue-se o ser taxati-

va, exaustiva, afastadas quaisquer ilações quanto a formulações implícitas. Destarte, só se pode admitir esse objetivo normativo secundário em face de expressa e inequívoca determinação da regra jurídica.

Não se estende, pois (nesse ângulo de possível criação de figuras excepcionais de distribuição) a quaisquer outras hipóteses, exceto as expressas e taxativamente mencionadas. Assim, é incogitável qualquer pretensão no sentido de que seus efeitos pudessem (ou possam) alcançar outras modalidades de lucros entendidos «presuntivamente» distribuídos.

Tanto isso é certo que, para o alargamento desse alcance excepcional à modalidade das «omissões de receitas», tornou-se necessário a edição do Decreto-Lei nº 2.065/83 (artigo 8º). Assim, se de um lado, se há de reconhecer, em termos atuais, a expressa extensão («ficta», como se diz) de distribuição de rendimentos a casos como o da espécie, é forçoso admitir, na mesma medida, que, até a edição desse decreto-lei, o preceptivo do artigo 34 não as autorizava.

Ao inovar o regime jurídico do imposto de renda, a regra trazida pelo Decreto-Lei nº 2.065/83 confirmou a impossibilidade de, em período anterior, considerar-se tributáveis tais rendimentos (regularmente não distribuídos, e a tal equiparados por força de lei só agora editada). Exegese diversa importaria admitir que a regra do Decreto-Lei nº 2.065/83 é inócua, redundante, pleonástica ou sem sentido.

Destarte, o princípio da distribuição — designada *ficta* ou *presumida* de rendimentos — que, no passado, esgotava-se na previsão

da alínea d (alcançando, eventualmente, hipóteses de arbitramento) hoje abarca também, ex vi de regra nova, as situações especialmente previstas no Decreto-Lei nº 2.065/83, em seu artigo 8º. Seu alcance, porém, é irretroativo (ex nunc e não ex tunc) facultando exigência de tributos somente a partir da edição desse diploma.

No caso concreto, dessa forma (considerando a possibilidade de existência de regra substantiva) resulta que, à época da ocorrência dos fatos, nenhuma prescrição havia determinado a exigência do tributo com fulcro em distribuição automática dos rendimentos a que se refere a consulta.

Em conclusão, nem sob o ângulo da **presunctio facti** (postura do v. Acórdão) nem sob a faceta da impropriamente chamada de **presuntio juris** (pretensão dos embargos) há qualquer sustentáculo jurídico para a pretensão de reforma do decisório manifestada pela União Federal». (fls. 793/797).

Com estas considerações e a vênia do douto Ministro Torreão Braz, fico na linha de entendimento da decisão recorrida, pelo que rejeito os presentes embargos.

É o meu voto.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Torreão Braz (Vogal): Senhor Presidente, recebo os embargos, nos termos do voto que proferi na Turma.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, também acompanho o Senhor Ministro Relator, com a devida vênia, especialmente à consideração do fato

de que o procedimento administrativo concernente à conduta da pessoa jurídica não estava ainda concluído, quando o lançamento reflexivo foi efetuado.

O Sr. Ministro Torreão Braz: Concluído estava, houve o lançamento da pessoa jurídica por confissão.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Para mim, com a devida vênia, basta o fato de que o próprio Fisco admitiu não ter a empresa agido com dolo ou não haver elementos bastantes para evidenciá-lo, a não ser o simples fato de a receita ter sido omitida, o que, contudo, não justificaria, só por isso, o lançamento reflexivo.

Concluo, entendendo que, de fato, o reflexivo não ficou suficientemente caracterizado, nem mesmo pelo seu **quantum**. A confissão ou reconhecimento do débito pela empresa não vincula seus sócios. Portanto, a evidenciação do reflexo não restou satisfatoriamente caracterizada.

Por isso, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 80.623 — PR — Registro nº 3.441.393 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Embte.: União Federal. Embdos.: Renato Ribas Vaz e outros. Advs.: José Ribamar de Castro Viana (Embte.) e Pedro Henrique Xavier (Embdo.).

Decisão: A Seção, por maioria, rejeitou os embargos, vencido o Sr. Ministro Torreão Braz. (Em 4-9-84 — Segunda Seção).

Os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Carlos Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli e Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.172 — RJ
(Registro nº 2.666.421)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Revisor: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini

Apelante: FORPEX S.A.

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Carlos Valença Teixeira e outros

EMENTA

Responsabilidade civil.

Abalroamento de veículos ocorrido em cruzamento de ruas. Prova pericial indicativa de que um dos semáforos estava defeituoso. Prova testemunhal constante de depoimentos suspeitos, por serem as testemunhas pessoas que, por temor reverencial, têm manifesto interesse no litígio (artigo 405, § 3º, inciso IV, do Código de Processo Civil).

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 à apelação, nos termos do voto do 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, 10 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — **Ministro Carlos Madeira**, Presidente — **Ministro Adhemar Raymundo**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): A União Federal moveu ação ordinária contra a FORPEX S.A, visando ao ressarcimento dos danos causados pelo preposto desta à viatura de propriedade daquela, que se encontrava a serviço do Ministério do Exército.

Alegou a autora, em suma, que, ao desobedecer a sinalização automáti-

ca do local, o motorista da ré motivou a colisão dos veículos.

FORPEX S.A., em sua resposta, sustentou que a perícia realizada no local registrou que a lâmpada vermelha do semáforo da Rua Ricardo Machado, por onde trafegava o veículo militar, integrante de um comboio, estava queimada. Sem atentar para este fato, o motorista do caminhão, imprudentemente, preferiu arriscar-se e seguir o outro caminhão, que compunha o comboio. Destarte, não se pode irrogar nenhuma culpa ao preposto da ré.

Juntou-se cópia do laudo pericial (fls. 28/30).

Em audiência, foram ouvidas duas testemunhas da autora e uma da ré, tendo as partes produzido suas razões finais.

Por sentença, o Dr. Juiz Federal da 8ª Vara do Rio de Janeiro julgou procedente o pedido.

Apelou a ré.

A União se manifestou assim: «espera a confirmação da sentença, por seus próprios fundamentos».

Foram juntadas cópias da sentença, transitada em julgado, da lavra da 1ª Auditoria do Exército, que houve por bem absolver o motorista da ré, e da complementação do Laudo nº 12/80.

Ouvida, a douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo improvemento do recurso.

Ao eminente Ministro-Revisor, por se tratar de matéria condicionada ao exame de prova.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raimundo (Relator): A ação visa a constranger a ré a pagar indenização pelos prejuízos causados por preposto desta à autora, em decorrência de abalroamento de veículos, num cruzamento de ruas.

O laudo pericial, junto aos autos (fl. 11), comprova dois fatos: a) que o local do evento forma um cruzamento reto de ruas; b) que, por esse fato, existiam semáforos, com o objetivo de orientar os motoristas; c) que um deles estava defeituoso, quando do abalroamento. E, mais: os peritos concluíram que somente as testemunhas poderiam dizer qual o motorista que desrespeitou a sinalização, dando causa ao acidente (V. fl. 12 dos autos). A prova testemunhal da autora compõe-se de depoimentos de pessoas suspeitas. Com efeito a primeira testemunha, de nome Geoval Amaro de Araújo, é militar e estava ao lado do motorista que conduzia a viatura do Exército, atingida pela Kombi da ré (fl. 57). A outra, Jorge Luiz dos Santos Portugal, estudante, era, na ocasião do abalroamento, guarda de segurança da viatura militar, e, portanto, prestava serviços do Exército (v. fl. 58). A apelante, ré na ocasião, não arrolou testemunhas. A única pessoa ouvida, a seu requerimento, foi o motorista da Kombi (fl. 59).

Diz o Código de Processo Civil, no artigo 405, § 3º que, são suspeitos o condenado por crime de falso testemunho, o que não for digno de fé, o inimigo capital da parte, o amigo íntimo deste e o que tiver interesse no litígio. Corretas as observações, de ordem jurídica, da apelante, quando argumenta que a testemunha Geoval, base do convencimento do Juiz, é suspeito. E o é, porque é militar. Não iria depor contra os interesses da corporação a que serve, por temor reverencial. O mesmo diga-se da outra testemunha. Logo, havendo conflito de provas (a pericial e a testemunhal), porquanto aquela é precisa em indicar que um dos semáforos do cruzamento estava defeituoso, creio não ser possível, ante esses elementos, concluir-se pela responsabilidade do preposto da ré. Na ausência de prova idônea, dou provimento à apelação, para julgar improcedente o pedido. Pague a União as custas do processo. Honorários, que fixo em 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, do relatório que se acaba de ler, da lavra do eminente Ministro Relator, depreende-se que o Dr. Juiz julgou procedente o pedido, conforme sentença de fls., baseado unicamente no Exame de Local, realizado após o acidente (fls. 28/29) e pelo depoimento da testemunha Geoval Amaro Araújo.

Do Laudo de Exame do Local do Acidente (fl. 29), extrai-se:

«... tendo em vista os elementos assinalados, são os peritos levados a exarar as seguintes considerações: Trafegava pela Rua Prefeito Olímpio de Melo, no sentido geral para os lados da Av. Brasil, o auto VZ-2336, quando na área central do cruzamento, veio ocorrer a colisão

entre seu setor lateral, contra o setor anterior direito do auto carga XV-9318, que trafegava pela Rua Ricardo Machado, procedente do rumo geral do Viaduto Ataulfo de Paiva. Após a colisão dos veículos, assumiram as posições em que foram encontrados.

Ante o exposto, tratando-se de um cruzamento orientado por sinalização luminosa, eletro-automática, somente a prova testemunhal porventura existente poderá indicar o motorista que desrespeitou a sinalização dando causa ao acidente. Sobreleva consignar que a lâmpada do semáforo vermelho da Rua Ricardo Machado encontrava-se inoperante (apagada), quando aos exames, na trajetória do auto de carga XV-9318...»

Apenas três testemunhas depuseram em Juízo: João Batista Pereira, testemunha da ré, e Jorge Luiz dos Santos e Geoval Amaro de Araújo, ambos militares e testemunhas da autora.

O Dr. Juiz baseou-se unicamente no depoimento da testemunha Geoval, dizendo-o «bastante elucidativo».

Diz a testemunha citada, em determinado trecho de seu depoimento:

«... que, na oportunidade, a viatura militar seguia pela Rua Ricardo Machado, quando foi colhida pela Kombi Volkswagen, tipo pick-up, que vindo da Rua Prefeito Olímpio de Melo, avançou o sinal e com ela colidiu, atingindo-a do lado esquerdo, ocasionando o tombamento da viatura militar, cujo motorista golpeou a direção na tentativa de evitar o impacto; que em consequência do choque, o veículo militar ficou danificado e um dos soldados que nele viajava sofreu ferimentos; que, na esquina em questão existe sinalização luminosa, com a indicação aberta para a

viatura militar e fechada para a Kombi...»

Mais adiante, arremata:

«... que por ocasião do acidente havia vários veículos trafegando no sentido da Kombi e todos eles estavam parados, na expectativa da abertura do sinal, porém, somente a Kombi avançou, vindo colidir com o caminhão militar; que, no momento da colisão, o carro militar já estava atravessando a pista da Rua Prefeito Olímpio de Melo, quando foi surpreendido pela Kombi da ré, vindo na lateral direita da mesma rua e o atingiu perpendicularmente; que o tombamento do carro atingido verificou-se após haver o motorista tentado, através de um golpe de direção, evitar o impacto; que, não obstante sofreu batida e logo subiu o meio-fio e tombou...»

A partir do depoimento do soldado que dirigia o caminhão militar, o Dr. Juiz formou seu convencimento, a meu ver desapercibendo-se de outras provas, não menos importantes.

Desta forma, temos em certo momento da r. sentença:

«É bem verdade que o motorista da Kombi, em seu depoimento de fl. 59, diz «que durante o período em que esteve aguardando a abertura do sinal, não viu passar nenhum outro carro integrante de qualquer comboio militar». Mas essa afirmativa, além de inverossímil, não encontra confirmação nas demais provas colhidas. Aliás, nem se pode admitir que um motorista parado na testada do cruzamento, esperando a abertura do sinal, não tenha visto os veículos militares que cruzavam à sua frente, sabido que nos comboios dessa espécie as viaturas andam quase sempre umas às outras (sic). A menos que a sua negligência fosse tanta que nem atentasse para o fato; mas a falta de atenção, tanto

quanto a imprudência, é forma de manifestação de culpa».

Estes, em suma, os argumentos de que se valeu o Dr. Juiz para concluir pela procedência da ação, dando como culpa exclusiva, a do motorista da ré.

No entanto, outros fatos, parecem ser de suma importância, para que deles não se tome conhecimento.

É evidente, no caso, a falsidade das declarações prestadas pela testemunha-chave — o chofer da viatura do Exército. Diz ele, resumidamente (transcrição feita acima) que a viatura militar atravessava a Rua Ricardo Machado, quando foi colhida, de lado, pela Kombi da ré, colhendo-a do lado esquerdo, e que na esquina existe sinalização luminosa com a indicação aberta à viatura militar e fechada para a Kombi.

Em primeiro lugar, a perícia realizada no local, informa que o sinal a que se refere o depoente, e que orienta o tráfego dos que vêm pela Rua Ricardo Machado — lado em que vinha a viatura — estava com sua lâmpada vermelha queimada. Logo, não se pode entender, que o caminhão do Exército, vendo o sinal defeituoso, ou pelo menos apagado, atravessasse sem as devidas precauções, porque não estaria vendo sinal algum aceso que lhe permitisse uma travessia. Diga-se de passagem, que é comportamento natural em viaturas em comboio, após a primeira atravessar um sinal, todas fazem o mesmo, ainda que o sinal feche, para não perder o contacto, umas com as outras.

E mais, quando do julgamento do processo mandado instaurar contra o motorista da ré, pelo Ministério Público Militar, o Juízo Castrense, após ouvir dos peritos do DETRAN, a complementação do seu laudo pericial, inseriu em sua manifestação o seguinte trecho:

«São os peritos acordes que em casos de semáforos com defeito a exemplo do da Rua Ricardo Machado, que na ocasião do evento, ao invés de emitir a luz vermelha ao se fechar, ficava totalmente apagado, obrigando qualquer condutor do veículo a parar, principalmente quando se trate de um cruzamento».

A prova técnica é clara. O semáforo da Rua Prefeito Olímpio de Melo funcionava perfeitamente (nesta trafegava a Kombi). O da Rua Ricardo Machado apresentava-se defeituoso, com a lâmpada do sinal vermelho apagada (nesta trafegava o veículo militar).

Tal processo instaurado contra o réu, foi julgado improcedente, por unanimidade, pelo que, absolveram-no das acusações (fls. 79/86).

Note-se também, que a perícia de fls. 28/29 dá como certo que a Kombi foi abalroada em seu lado direito, enquanto o caminhão teve amassado seu setor anterior direito, o que só poderia acontecer se a Kombi já tivesse ultrapassado metade do cruzamento, e nesse caso foi o caminhão quem a abalrou, e não esta a ele.

E agora, já nesta Superior Instância, mas antes que se desse vista à douta Subprocuradoria, o réu-apelante, junta cópia do laudo feito pelo Pelotão de Investigações Criminais do Exército, em complementação ao Laudo nº 12/80 que se encontra no processo administrativo, anexado a este.

Ali se lê, claramente, na parte III — do evento — que «...o veículo nº 01 (civil) foi arrastado lateralmente, tendo suas rodas do lado esquerdo emprensadas contra o meio-fio tombando logo em seguida...», numa declaração mais que evidente que foi a Kombi a atingida e não o caminhão.

Consubstanciado nestes laudos complementares que o Juízo militar

concluiu pela improcedência da denúncia feita contra a FORPEX S.A.

Atento ao fato de que o próprio Ministério do Exército, o qual intentou a presente ação contra a ré, foi quem a inocentou, e atento mais a que as provas dos autos não permitem um convencimento abalizado de que seja a ré a causadora do acidente; pelo contrário, nos levam à culpabilidade da União, outro caminho não vejo senão julgar, dando pela improcedência do feito, o que realmente o faço, dando provimento ao apelo da ré.

Honorários pelo vencido à base de 10% sobre o valor do pedido.

Custas como de lei.

É o meu voto.

RESSALVA DE PONTO DE VISTA

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Acompanhou o Sr. Ministro Relator, mas quero fazer uma pequena ressalva para preservação de situações

futuras. É que o simples fato de serem militares as testemunhas não me levaria, por si só, a entender como desvaliosa a prova.

Na hipótese em exame, verifica-se, pelos votos dos ilustres Ministros Relator e Revisor, que realmente esta prova se põe em contraste com as demais.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.172 — RJ — Registro nº 2.666.421 — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo — Revisor: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini — Apte.: Forpex S.A. — Apda.: União Federal — Advs.: Drs. Carlos Valença Teixeira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro Relator. (Em 10-8-84. 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.393 — SP (Registro 4.246.640)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Ind. Com. Ajax S.A.

Apelada: União Federal

Advogados: Dr. Wilson José Iori e outros

EMENTA

Ação de consignação em pagamento. Parcelamento de débito fiscal sem aprovação da autoridade administrativa. Impossibilidade jurídica do pedido (artigo 295, parágrafo único, inc. III, do CPC).

Além de não se configurar na espécie, a denúncia espontânea prevista no artigo 138 do CTN, a petição inicial é inepta pois a lei não autoriza o exercício da ação judicial, sem a prévia submissão do caso ao Fisco.

Sentença confirmada.

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 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 do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente. — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, Dr. Caio Plínio Barreto, assim resumiu e decidiu a presente ação (fl. 14):

«A Indústria e Comércio Ajax S.A. ingressou com o presente pedido de consignação em pagamento contra a Fazenda Nacional, a fim de exibir a importância de Cr\$ 115.073,11, correspondente a um centésimo do valor acusado e juros da mora.

Dessa forma desobriga-se de efetuar o pagamento do principal sem a aprovação do credor, através do procedimento administrativo facultado ao contribuinte em débito.

Inova a medida processual sem que a lei autorize a consignação parcelada em Juízo.

Vale o atendimento do pedido ao descumprimento da lei processual e artifício precioso à disposição do devedor relapso.

Isso posto, indefiro o prosseguimento da presente consignatória pela inépcia da inicial e julgo a requerente carecedora da ação, condenando-a nas custas processuais e em honorários de advogado

que arbitro em 20% sobre o valor do pedido».

Daí o inconformismo da autora posto em seu recurso apelatório de fls. 17/19, via do qual objetiva a reforma do **decisum**. Segundo as razões que alinha, inaplicáveis seriam as condições previstas no parágrafo único do artigo 295 do CPC, posto que, tais condições, ao seu ver, não resultaram caracterizadas na hipótese **sub judice**.

Contra-razões à fl. 20-verso.

Nesta instância, em parecer de fls. 25/27, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento do apelo.

Dispensada a revisão, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Tenho a decisão recorrida como corretamente fundamentada, ainda mais porque pretende a autora-apelante pleitear o benefício constante do artigo 138 do CTN, na presunção inaceitável, de que ocorreria, **in casu**, denúncia espontânea do débito. Ora, tratando-se de ação consignatória de parcelas da dívida fiscal, incabível se torna a pretensão ajuizada, como preleciona Tavares Paes em seus «Comentários ao Código Tributário Nacional», 2ª edição — Saraiva — 1983, pág. 144, **verbis**:

«21. A denúncia espontânea — A denúncia espontânea elisiva da responsabilidade deve ser prévia a qualquer procedimento administrativo ou fiscalização concernente. Se houver necessidade de apuração do **quantum debeatur** do tributo, deve haver um arbitramento pela autoridade administrativa para o depósito elisivo, no caso».

Entendo, assim, que o pedido, sendo juridicamente impossível, acarrete

ta a inépcia da inicial (artigo 295, parágrafo único, inc. III, do CPC).

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.393 — SP — Registro nº 4.246.640 — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Apelante: Ind. Com. Ajax S.A. Apelada: União Federal.

Advogados: Dr. Wilson José Iori e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 24-10-84) — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a Sessão o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.686 — MG

(Registro nº 3.460.304)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: União Federal

Apelados: José Mammoud Abbas e cônjuge e Prefeitura Municipal de Governador Valadares

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

Advogados: Drs. Carlos Augusto Junqueira Henrique e outros e José Augusto Lopes Neto e outros

EMENTA

Civil. Oposição. Manutenção de posse. Ilha fluvial. Bens da União.

— As ilhas fluviais situadas em rios públicos navegáveis que banhem mais de um Estado não se incluem entre os bens da União, desde que não localizadas em zonas limítrofes com outros países (artigo 4º, II, e 5º da Constituição Federal).

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, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: O douto Juízo Federal da Segunda Vara, em sua decisão de fls. 58/59, assim relatou o feito:

«A União Federal oferece a presente oposição, à ação que entre si movem José Mammoud Abbas e a Prefeitura Municipal de Governador Valadares.

Diz que os autores opostos dizem pretender «manutenção de posse» contra a ré-oposta Prefeitura Municipal de Gov. Valadares para re-

mediar turbações de que estariam sendo vítimas em sua posse sobre a ilha formada pelo Rio Doce e denominada José Abbas. Sua posse decorre de seu título de domínio, obtido do Estado de Minas Gerais, por legitimação da área, de terras devolutas e ainda objeto de Registro Torrens. A Prefeitura diz que a ilha em questão, quando existiu, só possuía um terço da área constante do Título de Vendas de Terras Devolutas, passado pelo Estado de Minas Gerais e que, hoje, inexistente tal ilha, mas sim o resultado de sua transformação por enchentes e anexação dela a um aterro feito para municipalidade, área de lazer desde 1970.

Diz que a terra é da União porque o Rio Doce banha os Estados de Minas e Espírito Santo. Cita o artigo 4º, II, V, da Constituição Federal. Tece considerações a respeito, para dizer que é nulo o título dado pelo Estado de Minas Gerais. Junta documentos.

Citados os opostos, por Carta Precatória, comparece a Prefeitura Municipal de Governador Valadares à fl. 41.

Diz que a oponente não tem razão. Tece considerações. A ilha nunca foi de domínio da União Federal e não está em zona limítrofe com outros países. Diz, a final, que «a ilha, pequeníssima ilha, insignificante, totalmente insignificante ilha, não tem para a União qualquer serventia, seja a que título for» e «a transformação feita pela requerente ao invés de danosa à ilha, a esta beneficiou, já que aterrado o braço do rio, a mesma ficou ligada à margem esquerda do mesmo».

Os autores-opostos falaram à fl. 47.

Dizem que a ação é possessória e a União discute domínio. Tecem

considerações sobre a inicial da União Federal.

As partes não tiveram provas a produzir».

Decidiu o feito da seguinte maneira:

«Para decisão desta oposição, sem julgamento da ação principal, embora, de acordo com a lei processual ambas devam ser julgadas conjuntamente, nos baseamos no que lembrado pela União Federal à fl. 149 dos autos principais. Impossível o julgamento conjunto, porque a rejeição da oposição afasta a nossa competência a assim não poderíamos adentrar a matéria própria do feito. Optamos, pois, pelo julgamento exclusivamente da oposição.

Realmente, o fato, a matéria fática estão muito bem esclarecidos nos diversos pronunciamentos da Prefeitura Municipal de Governador Valadares.

Havia uma ilha, pequeníssima ilha, insignificante ilha.

Por título de terras devolutas foi transferida a propriedade desta ilha aos autores. Posteriormente, a Prefeitura fez um aterro, ligando a pequeníssima ilha ao território, para ali construir uma área de lazer.

Deixamos de analisar o problema da discordância do Título com a realidade em matéria de extensão, porque isto será julgado por quem for chamado a decidir a questão principal.

A pequeníssima ilha nunca foi da União Federal. Nenhum texto legal a ampara, ou foi citado em seu favor. O texto constitucional citado pela União Federal e já modificado inclui as águas entre os bens da União Federal e não as ilhas. Não sendo da União nem de particular, inclui-se entre as terras devolutas. Pelo que o Estado de Minas Gerais a podem doar ou vender.

Além do mais esta ilha desapareceu. A terra não, mas a ilha sim. A ilha, como ilha, não mais existe. Isto será claramente explicado nas diversas falas da Prefeitura Municipal de Governador Valadares e patente nas fotos de fls. 31/32 dos autos principais e claramente assinalado na planta de fl. 43, onde até o autor marcou com sinal vermelho a localização da antiga ilha. É a própria União Federal que diz, na inicial da oposição, que a ilha «quando existiu...». Ora se a União mesma diz «quando existiu» é porque não existe mais.

Não existe mais a ilha e nunca existiu domínio da União sobre a insignificante ilha, quando existente.

Por tudo isso, pois, e por tudo mais quanto dos autos consta a oposição, julgo a União Federal carecedora de ação e, conseqüentemente, carecedora desta oposição, condenando-a nas custas processuais desta oposição, das quais está isenta, e em honorários dos advogados dos opostos à base de 5% (cinco por cento) do valor dado a esta oposição para cada uma das partes».

Inconformada apelou a União, sustentando que a ilha lhe pertence, por força do dispositivo constitucional, artigo 4º da Constituição Federal pugnano pela procedência da oposição ou, se mantida a sentença, sejam excluídos os honorários com relação à Prefeitura, entendendo ser ela também perdedora, uma vez que provocou a intervenção da União.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República embora entendendo controvertida a matéria, arrola apenas doutrina e jurisprudência que lhe são favoráveis (Hely Lopes Meirelles, «Direito Administrativo Brasileiro», 8ª edição, pág. 520; Themístocles Brandão Cavalcanti, «Domínio das Ilhas nos

Rios Públicos», RDA nº 5/300; Afrânio de Carvalho, «Domínio das Ilhas Fluviais», RDA nº 36/13; Gonçalves de Oliveira, «Domínio das Ilhas Fluviais, RDA nº 58/410), anotando que «os autores e julgados ora consideram tais ilhas pertencentes à União, ora ao Estado-membro», opina pelo provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini:
Sr. Presidente:

Trata-se de litígio tendo por objeto a posse da ilha fluvial denominada «José Abbas», formada pelo Rio Doce, navegável, que banha dois Estados da Federação (Minas e Espírito Santo).

Os opostos, José Mammoud Abbas e s/m e Prefeitura Municipal de Governador Valadares, MG, disputavam a posse de referida ilha, no Juízo Estadual quando a União, intervindo no feito, deslocou-o para a Justiça Federal.

Diz a União que dita ilha lhe pertence por força do artigo 4º, II e V, da Constituição Federal, apresentando parecer de fls. 117/125, emitido em 1953, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, encampado por outro Parecer de 1970, pela Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado da Guanabara, concluindo constituir bens patrimoniais da União as ilhas formadas ou a se formarem no álveo dos rios públicos que banhem mais de um Estado (fls. 126/133), ratificado pelo parecer de fls. 134/137.

Em defesa de sua tese a União invoca o artigo 4º, II, da CF, de cujo texto transcreve:

«Artigo 4º Incluem-se entre os bens da União:

.....
II — os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu

domínio, ou que banham mais de um Estado».

V — os que atualmente lhe pertencem».

Todavia, verifica-se que foi transcrito tão-somente parte do dispositivo, aliás o ponto que lhe favorece.

Mister se faz que examinemos na íntegra o mandamento constitucional.

Reza o referido artigo 4º da CF, verbis:

«Art. 4º Incluem-se entre os bens da União:

I — omissis.

II — os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituam limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países».

Como se deduz do dispositivo, pertencem à União apenas as ilhas fluviais e lacustres, situadas nas zonas limítrofes com outros países, o que leva, sem nenhum esforço de hermenêutica, a excluir as ilhas apenas fluviais, como o caso em debate.

Não bastasse ainda a clareza do dispositivo citado, vem o artigo 5º a completar o anterior, especificando com exatidão:

«Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior».

A União, em parecer, trouxe à colação doutrina de Hely Lopes Meirelles, onde ressalta que o assunto não é pacífico, quando aquele doutrinador anota que «os autores e julgados ora consideram tais ilhas pertencen-

tes à União, ora ao Estado-membro, e indicando, em nota de rodapé: Themístocles Brandão Cavalcanti, «Domínio das Ilhas dos Rios Públicos», RDA nº 5/300; Afrânio de Carvalho, «Domínio das Ilhas Fluviais», RDA nº 36/13; Gonçalves de Oliveira, «Domínio das Ilhas Fluviais», RDA nº 58/410».

Mais uma vez a União traz a colação tão-somente parte da doutrina e jurisprudência que lhe é favorável.

Trago à colação a outra parte da doutrina e da jurisprudência faltante, notando que Hely L. Meirelles ensina que:

«As ilhas dos rios e lagos públicos interiores pertencem aos Estados-membros e as dos rios e lagos limítrofes com Estados estrangeiros são do domínio da União. É o que se infere do disposto no artigo 4º, II, da Constituição da República, que, embora não se refira às águas públicas internas, declara expressamente que se incluem entre os bens da União «as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países». Essa reserva das ilhas das zonas limítrofes para a União, importa reconhecimento de que as demais, das águas públicas interiores, permanecem no domínio dos Estados-membros à semelhança das terras e devolutas que lhe foram transferidas pelo artigo 64 da Constituição de 1891».

Esse doutrinador, ainda em notas de rodapé conclui que ele mesmo já admitiu o domínio da União sobre as ilhas dos rios públicos interiores, mas ponderando melhor sobre o assunto, passou a adotar o ponto de vista contrário, por ele enunciado no texto.

Cita, em seguida doutrina e jurisprudência que entendem pertencer ao Estado-membro tais ilhas fluviais interiores: (José Matos de Vasconcelos, Direito Administrativo, 1937,

II/240; Antônio de Pádua Nunes, Código de Águas, 1962, I/78; STF RDA nº 98/180; TJSP RDA nº 61/217; 83/188; RT ns. 291/280, 348/308).

Do C. STF, supracitado, RDA nº 98/180, colhemos o RE nº 60.813, j. em 29-10-1968, em que foi Relator o I. Ministro Aliomar Baleeiro, oportunidade em que até o eminente Ministro Themistocles Cavalcanti, votou com o Relator, para remeter os autos ao Juízo Estadual, entendendo pertencer ao Estado-membro a ilha fluvial interior.

No mesmo diapasão entendeu o E. Tribunal de Alçada de São Paulo, Apelação Cível nº 58.605, com a seguinte ementa:

«São do domínio estadual e não federal as ilhas situadas em rio público navegável e divisório entre dois Estados» (RDA nº 83/188 — 194).

Esta C. Corte, por seu turno, tem entendido no mesmo sentido, diante da clareza do preceito constitucional, conforme ementa a seguir transcrita, além de inúmeras outras:

«Em se tratando de questão possessória entre particulares, não se discutindo a titularidade do domínio direto, referente a imóveis situados em ilhas oceânicas, fluviais ou lacustres e nas zonas limítrofes com outros países, a competência é da Justiça Estadual, pois em tal hipótese não configura interesse da União» (CC nº 3.581-MA, Rel.: Ministro Aldir Passarinho, Pleno v.u, DJ. 11-6-81).

Diante de todo o exposto, entendo que deva prevalecer a r. sentença por seus douts fundamentos.

Quanto à exclusão de honorários advocatícios com relação à oposta Prefeitura Municipal de Governador Valadares, em caso de confirmação

da sentença, entendemos também não dever ser atendido.

Não importa que a Prefeitura tenha provocado a oposição, pois a União entrou livremente no feito e, ao pedir a exclusão das partes da ação, com a sucumbência de ambas, a recíproca também deve prevalecer.

Com essas considerações, nego provimento à apelação, para manter a r. sentença.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: O Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, que discriminou os bens do domínio da União, prevê o domínio do Estado sobre ilhas fluviais, ou seja, sobre ilhas de rios interiores. Só nos rios limítrofes com outros países é que o domínio das ilhas e das águas é da União.

Acompanho o Sr. Ministro Relator e nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.686 — MG — Registro nº 3.460.304 — Rel.: O Sr. Ministro Flaqueur Scartezini. Apte.: União Federal. Apdos.: José Mammoud Abbas e cônjuge e Prefeitura Municipal de Governador Valadares. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Advs.: Drs. Carlos Augusto Junqueira Henrique e outros e José Augusto Lopes Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 14-8-84 — 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 CÍVEL Nº 82.572 — RJ
(Registro nº 1.592.807)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Apelantes: Laila Edais e outra

Apelados: IAPAS e outro

Advogados: Drs. Waldir Morgado e outro e Hilma Ferreira do Valle

EMENTA

«Administrativo. Funcionário. Plano de Classificação de Cargos. Clientela geral. Processo seletivo. Critério de desempate.

As regulamentações sobre o enquadramento por transformação, através da clientela geral, expedidas por decretos executivos (Decretos nºs 70.320/72 e 72.493/73), não autorizaram o entendimento expresso na IN-38/75-DASP sobre colocar na mesma posição, para desempate no processo seletivo, servidores de níveis hierárquicos e salariais diversos.

Recurso provido. Ação procedente.»

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 recurso das autoras, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do 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 maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: O Dr. Clélio Erthal, eminente Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim relatou a espécie:

«Trata-se de ação ordinária proposta por Laila Edais e Célia Cacavo Figueiredo de Almeida, qualificadas nos autos, originariamente contra o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social — INAMPS, Maria Aranega Romero e Eneida Vieira da Silva, em litisconsórcio passivo, objetivando a retificação dos seus enquadramentos funcionais.

Alegam, em síntese, o seguinte:

1. Que são servidoras do INAMPS, a primeira com 6.280 dias de exercício nas séries de classes de Escriturário e de Oficial Administrativo, e a segunda com 5.566 dias de exercício nas mesmas séries de classes.

2. Que, possuindo habilitação para tanto, optaram, oportunamente, pela clientela geral da categoria funcional de Técnico em Assuntos Educacionais, disputando 22 vagas, das quais 20 já estão preenchidas com candidatos que obtiveram notas entre 100 e 97,5.

3. Que às duas vagas restantes concorrem com mais oito candidatas, todas com nota 95, e que na fixação dos respectivos critérios de desempate foram injustamente preteridas pela Administração, em favor de outras concorrentes, ficando, respectivamente, em 8º e 10º lugares.

4. Que as duas concorrentes classificadas para as vagas remanescentes (Maria Aranega Romero e Eneida Vieira da Silva) ingressaram no serviço público muitos anos depois delas e só contavam tempo de classe superior ao das demais por terem sido inabilitadas em prova de acesso à série de classes de Oficiais de Administração.

5. Que o INAMPS, assim procedendo, louvou-se na Instrução Normativa DASP 38, de 17-4-75; mas essa regra conflita com o disposto no artigo 12, 3º, do Decreto nº 70.320/72, que estabelece, para fins de desempate, a preferência do ocupante de classe mais elevada.

6. Que as aa. ascenderam à série de classes de Oficial de Administração por concurso, enquanto aquelas duas servidoras, ora rés, permaneciam na série inferior (Escriturário), por terem sido reprovadas no respectivo concurso.

Em consequência, esperam a procedência da ação, com a condenação do INAMPS «a retificar o ato que efetivou a transformação de cargos dos optantes pela clientela geral da categoria funcional de Técnico em Assuntos Educacionais, habilitados no processo seletivo realizado em 4 de abril de 1978» e a pagar-lhes as diferenças de vencimentos e vantagens desde a data em que tal ato produziu seus efeitos.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 13/14.

Pagas as custas (fls. 44v. 61), foram citados o INAMPS, por man-

dado, e as demais co-rés por precatória (fls. 97 e 143v., respectivamente).

Contestando o pedido, alega o INAMPS, às fls. 54/59, o seguinte:

1. Que a Lei nº 5.645/70 delegou ao Poder Executivo competência para elaborar o Plano de Classificação de Cargos através de decretos, tendo o DASP, na qualidade de Órgão Central do SIPEC, baixado a IN nº 38, de 17-4-75, no qual estabelece que o critério classificatório é o da nota obtida no processo e não a hierarquia funcional.

2. Que, a estruturação do grupo a que pertencem as aa. é matéria disciplinada pelo Decreto nº 72.493/73, cujo artigo 9º estabeleceu os critérios seletivos a serem adotados. E para fins de desempate manda tomar por base «a situação funcional existente à data da homologação do processo seletivo» (artigo 9º, § 3º).

E depois de transcrever o artigo 6º do Decreto nº 74.448/74, acrescenta:

«12. Resumindo, enfatizamos: as disposições legais retroindicadas não asseguram um direito absoluto, mas sim determinam que a classe final da categoria não poderá conter mais de 25% da lotação e que a classe inicial deverá conter no mínimo 40%, vale dizer, os demais servidores não deverão ficar na classe intermediária, também as disposições afirmam que os critérios de distribuição nas respectivas classes não é aleatório, mas deve obedecer a um critério previamente traçado, qual seja processo seletivo já referido no item 1º: critérios para a classificação dos servidores nessas classes (inicial, intermediárias e final — artigo 8º, c/c 9º do Decreto nº 72.443, de 1973).

13. No caso, esses critérios foram observados com rigor, e a classificação dos autores obedeceu ao seu posicionamento na listagem do maior tempo de serviço no cargo ou emprego permanente, objeto da transformação.

14. Se as autoras não obtiveram êxito no desempate, foi porque os demais servidores da mesma categoria eram mais antigos, e não era lícito à Administração desrespeitar os critérios legalmente fixados e que são os mais justos. O inciso 4º da IN/DASP nº 38, de 1975, se refere ao tempo de serviço na série de classes, classe singular, carreira ou agrupamento de que sejam integrantes o cargo ou emprego objeto de transformação».

Eneida Vieira da Silva Ostria de Canedo contestou o pedido às fls. 102/105, alegando que as próprias autoras reconhecem ter menos tempo de classe superior do que ela e a co-ré Maria Romero, permanecendo revel esta última.

Requisitados os elementos de fls. 179/193 e de fls. 200/211, só então foi citada a União Federal para integrar a lide como parte, contestando o pedido às fls. 227/229, alegando, preliminarmente, falta de legitimação *ad causam* para nela figurar como ré. E no mérito, a improcedência da ação».

Sentenciando, julgou a ação improcedente, ao fundamento de que o Ato Disciplinador da hipótese é o de nº 72.493, de 1973, através do qual se estabelece como critério de desempate, além de outros, «o de maior tempo na classe».

Inconformadas, recorreram as autoras, com as razões de fls. 256/263, em críticas ao v. decisório, sustentando haver equívoco na colocação jurídica do *decisum*.

Contra-razões às fls. 292/297.

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 302).

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

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson:
As autoras ilustram suas manifestações com voto que proferi na AC nº 58.583-RJ, onde analiso a eficácia dos atos regulamentares expedidos pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), cujo alcance não pode extravaçar os limites da competência delegada. E certo que o plano instituído com a Lei nº 5.645, de 1970, por força de autorização contida nesse próprio diploma, haveria de ser implantado e executado com base nos disciplinamentos expedidos pelo Executivo. Todavia, conforme salientei no citado voto:

«... essa discricionariedade não pode e nem deve ser levada às raias do arbítrio».

Na hipótese destes autos, a discussão passa a figurar no mesmo nível de consideração, porquanto volta a exame o confronto de norma de decreto com regra de instrução normativa.

A pretensão das suplicantes é no sentido de reconhecimento do direito a integrar a categoria de Técnico em Assuntos Educacionais, pela clientela originária, visto como possuíam condições para a ocupação das duas vagas restantes, disputadas por dez candidatas classificadas no processo seletivo com a mesma nota (95).

Constatado que o critério de desempate seria o de tempo de serviço, aplicou o Instituto a IN nº 38/75-DASP, segundo a qual, nesse particular, a preferência é «o de maior tempo de serviço no cargo ou emprego permanente objeto da trans-

formação» (item 4, subitem 4.1, nº 3). Alegam as autoras que tal disposição contraria o Decreto nº 70.320, de 23-3-72, que dispõe, verbis:

«Art. 12. Na hipótese de ocorrer empate em razão da nota obtida na prova a que se refere o artigo anterior, terá preferência para inclusão no novo sistema, sucessivamente:

1º O funcionário que tiver ingressado, na série de classes, carreira ou classe singular a que pertencer o cargo a ser transformado ou transposto, em virtude de concurso público ou prova pública de habilitação de caráter competitivo.

2º O funcionário que tiver logrado habilitação em concurso público ou prova pública de habilitação de caráter competitivo realizado para série de classes, carreira ou classe singular de atribuições afins com as da categoria funcional.

3º O ocupante de classe mais elevada.

4º O funcionário de maior tempo de serviço na série de classes, carreira ou classe singular a que pertencer o cargo a ser transformado ou transposto.

5º O funcionário que possuir maior tempo de serviço público federal.

6º O funcionário que possuir maior tempo de serviço público.

Parágrafo único. Na apuração dos elementos enumerados neste artigo, tomar-se-á por base a situação funcional existente à data da publicação do decreto de estruturação do Grupo».

Sustenta a autarquia que a matéria está disciplinada no Decreto nº 72.493, de 1973, que estruturou o grupo específico, prevendo, no seu artigo 9º, item b, 1º, a preferência, após outros itens, do servidor de maior tempo na classe, circunstância que

compatibilizaria a discutida instrução normativa com o regulamento vigorante.

O eminente sentenciante acolheu essa argumentação, entendendo que as litisconsortes passivas, desta forma, teriam tempo de serviço na classe superior às apelantes, merecendo a classificação.

Com a devida vênia, não concebo a espécie nessa linha interpretativa. O Decreto nº 70.320/72, coerente com o propósito das diretrizes que orientam os critérios de enquadramento por transposição ou transformação, no terceiro item de desempate, prescreveu a preferência do «ocupante de classe mais elevada».

Ainda que se tenha como inaplicável esse preceito, em razão da superveniência de regra onde prevalece o tempo de serviço na classe, o certo é que a cláusula mesmo redigida nesses termos não recomendava, a meu juízo, a orientação que se consumou na IN nº 38/75. Com efeito, não se há de estabelecer, na preceituação, uma igualdade entre servidores de níveis funcionais hierarquicamente diversos para fins de contagem do tempo. A «classe» a que alude o inciso é aquela que corresponde, na estrutura da carreira, ao mesmo padrão salarial.

Entendimento em contrário levaria ao absurdo de prejudicar servidores que por méritos atingiram classes mais elevadas. O caso deste processo é típico. As autoras galgaram por acesso, após cumprirem requisitos que as rés não atenderam, a série de classes de Oficial de Administração, enquanto estas últimas continuaram como Escriurárias. É evidente que as primeiras não podem concorrer na mesma linha das suplicadas, porquanto estão em escala mais elevada em todos os sentidos, seja no campo da hierarquia funcional ou do padrão de vencimento.

O Decreto nº 72.493/73 não poderia ter o sentido que se pretende imprimir, sob pena de inversão dos valores que o PCC desejou preservar.

A própria Administração não está convencida do acerto da mencionada instrução. A Secretaria de Pessoal do INPS suscitou o problema, através de parecer de sua Coordenação de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, sugerindo a modificação do ato, nessa parte, pois a norma cria privilégios em desacordo com o propósito classificatório. É o que se lê do seguinte trecho do pronunciamento:

«O princípio da hierarquização salarial sempre foi fator primordial básico para efeito de classificação de cargos, entendimento este mantido na transposição ou transformação de cargos e empregos do pessoal compreendido na clientela originária, de que tratam os diversos grupos estruturados por força de o que dispõe a Lei nº 5.645/70.

No entanto, no caso específico da transformação de cargos ou empregos, do pessoal situado nas clientelas secundária ou geral, segundo nos parece, este princípio não foi observado pela Instrução Normativa nº 38/75, do DASP, bastando para se chegar a esta conclusão, atentarmos para o item 4 e subitens 4.1 e 4.2 da citada IN (xerox anexa), que tratam do processo classificatório desse pessoal.

Desta forma, prevalecendo a nota obtida no processo seletivo como fator preferencial (item 4), e no caso de empate na nota obtida, estabelece o subitem 4.1, incisos 1º e 2º, que seja observada, como ordem de preferência, a habilitação em concurso público ou prova pública (seja Prioridade I ou II) e ainda no seu inciso 3º que, persistindo o empate, deva ter preferência o de maior tempo de serviço no

cargo ou emprego permanente objeto da transformação.

E este é o ponto crucial de toda nossa dúvida. Entendendo como estamos, que quando a referida IN cita: maior tempo de serviço no cargo ou emprego permanente, julgamos estar se referindo ao tempo na classe, ou seja, a todo tempo de serviço atinente ao cargo ou emprego a ser transformado, contado desde 1-7-60 (subitem 4.2), o que poderia acarretar, se correto nosso entendimento, vir um servidor de nível inferior a ser classificado em detrimento de outro de nível mais elevado».

A resposta do DASP, sem considerações de maior relevância, conclui pela recusa porque «a alteração do subitem 4.1, como proposta, não seria aconselhável nessa altura do processo de implantação do Plano».

Desta sorte, por entender que a regulamentação expedida pelos decretos referenciados não autorizavam a distinção inserta na IN 38/75, acolho o pedido das autoras, sem prejuízo de solução administrativa que se queira dar à situação das litisconsortes passivas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso das autoras para, reformando a sentença, julgar procedente a ação nos termos do pedido, com juros, reembolso de custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação. Nas prestações atrasadas deve incidir a correção monetária da Lei nº 6.899, de 1981, nas condições e limites estabelecidos nesse diploma e seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 86.649, de 25-11-81.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.572 — RJ — Registro nº 1.592.807 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Aptes.: Laila Edais e outra. Apdos.: IAPAS e outro.

Advs.: Drs. Waldir Morgado e outro e Hilma Ferreira do Valle.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso das autoras, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos

do voto do Ministro Relator (Em 13-5-83 — 2ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.940 — PR
(Registro nº 3.843.380)

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Horby — Comércio de Veículos Ltda.

Apelada: União Federal

Advogados: Drs. Rubens Xavier de Fraga e Hugo Mósca

EMENTA

Processo civil. Extinção do feito. Artigo 267, VI, do CPC. Ação declaratória.

Admissibilidade da ação proposta, com apoio no parágrafo único do artigo 4º do CPC, objetivando a declaração de inexistência de obrigação tributária originária do Decreto-Lei nº 1.940/82, instituidor do FINSOCIAL.

Sentença reformada para que, no Juízo a quo, seja apreciado o mérito da causa.

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 para que o Dr. Juiz a quo julgue a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Trata-se de ação declaratória proposta

por Horby — Comércio de Veículos Ltda., contra a União Federal, visando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue recolher, durante o exercício de 1982, a contribuição social instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82.

Alega a autora que dita contribuição, devida à razão de 0,5% sobre sua receita bruta decorrente das operações de venda que realiza, mascara o ICM, de cuja base de cálculo se aproveita, introduzindo imposto sobre a forma de «cascata», o que é vedado pela Constituição Federal.

Por outro lado, diz que referida contribuição não se enquadra no artigo 21, § 2º, da Carta Magna, posto que sua finalidade não atende os ob-

jetivos ali previstos, acrescentando, ainda, que o referido decreto-lei, assim como a Portaria nº 119/82 que o regulamentou, ferem o princípio da anterioridade, consagrado pela Constituição Federal.

Contestando, a União Federal, em preliminar, diz ser a autora carecedora da ação, por falta de interesse processual, à consideração de que em nenhum trecho da petição inicial, ela, autora, coloca em dúvida a existência da obrigação tributária em causa, mas limita-se a questionar a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940/82, e, por conseguinte, a validade (e não a existência) dessa obrigação — fls. 32/34.

Réplica às fls. 52/55.

A sentença, da lavra do MM. Juiz Federal, Dr. Lício Bley Vieira, acolheu sobredita preliminar, pelo que, com base no artigo 267, VI, do CPC, julgou extinto o processo e condenou a autora no pagamento de verba honorária de 10% sobre o valor dado à causa — fls. 58/61.

Daí o inconformismo da autora, posto em seu recurso apelatório de fls. 62/65, onde, com amparo na doutrina e na jurisprudência, busca a reforma do **decisum**, para que o MM. Juiz a **quo** aprecie o mérito da causa.

Contra-razões às fls. 77/78.

Nesta instância, em parecer-padrão de fls. 85/97, opina a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pelo desprovimento do recurso.

Dispensada a revisão, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Estou em que a respeitável decisão de primeira instância desmerece prosperar, de vez que, como bem

demonstrou a apelante em suas razões, «é admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito» (Parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Civil).

O **petitum**, em sua redação, é tachativo (fls. 13/14):

«... é a presente ação proposta, visando seja declarado por Vossa Excelência a inexistência da obrigação tributária originária do Decreto-Lei nº 1.940/82 e Portaria nº 119/82, e conseqüentemente, se atendida por sentença tratar a contribuição social de um imposto como demonstrado fique a suplicante desobrigada de recolher o tributo face a inexistência da obrigação tributária, ou quando não, alternando o pedido, se atendido o princípio da anterioridade da lei em relação ao exercício de sua cobrança, seja declarado a inexistência da obrigação tributária até 31 de dezembro de 1982».

Daí que, acolhendo os argumentos expendidos nas razões recursais, dou provimento à apelação, para determinar que, na instância de origem, seja apreciado o mérito da causa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.940 — PR — Registro nº 3.483.380 — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz. Apte.: Horby — Comércio de Veículos Ltda. Apda.: União Federal. Advs.: Drs. Rubens Xavier de Fraga e Hugo Mósca.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para que o Dr. Juiz a **quo** julgue a ação. (Em 17-10-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Torreão Braz. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.963 — SP
(Registro nº 3.483.789)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelante: Fernando Amin Saad

Apelado: IAPAS

Advogados: Benjamin Goldenberg e outros e Marilene Martinho de Barros Penteado

EMENTA

Previdência Social. Aposentadoria por tempo de serviço. Exercício concomitante de mais de uma atividade.

Se a hipótese não se enquadra precisamente no artigo 27 da CLPS (Decreto nº 77.077/76), que é restritivo de direito, somam-se os salários-de-contribuição para se obter o salário-de-benefício.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação do autor, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: A espécie foi assim exposta pelo Dr. Juiz a quo:

«Fernando Amin Saad, qualificado nos autos, ajuizou contra o Instituto Nacional de Previdência Social a presente ação de revisão de aposentadoria por tempo de serviço, alegando, em resumo, que exerceu concomitantemente duas

atividades: vendedor autônomo e empregado, e em nenhuma das atividades, de *per si*, preencheu todas as condições para a concessão do benefício pleiteado, como prescreve o inciso II, alínea a do artigo 27 da CLPS.

Aposentou-se em outubro de 1976, com coeficiente de 89% do salário de benefício. Todavia, sua aposentadoria foi calculada de forma incorreta, pois, tinha o direito de ter o benefício calculado com base na soma direta dos salários-de-contribuição de ambas atividades, na forma do artigo 26, II, da CLPS, e não proporcional, conforme foi feito. Além do mais, o instituto arbitrariamente aplicou a regra do artigo 27, inciso II, elegendo como atividade principal a mais antiga, e secundária a mais recente, distinção que o legislador não prevê.

Por isso, quer seja o Instituto compelido a rever os cálculos de sua aposentadoria por tempo de serviço, para que seja calculada com base na soma direta dos salários de ambas atividades.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 7/34.

Na audiência de conciliação, instrução e julgamento, o Instituto contestou a ação, pedindo sua improcedência, alegando que elaborou os cálculos da aposentadoria do autor com base no artigo 27 da CLPS, porque exercia ele duas atividades concomitantes. De outro lado, como em nenhuma das atividades, de *per si*, preencheria todos os requisitos para fazer jus ao benefício, situação não prevista pelo legislador previdenciário, passou a adotar o critério de atividade principal e secundária, considerando como principal a mais antiga e como secundária a mais nova. Pediu, também, o reconhecimento da prescrição quanto às prestações atrasadas, e em separado, impugnou o valor da causa, impugnação acolhida pelo autor.

O julgamento foi convertido em diligência para esclarecimentos das partes, e para a realização da perícia contábil (fls. 48/9 e 65/9) (79 e 80 dos autos).

2. A decisão concluiu pela improcedência do pedido, ensejando apelo do autor com as razões de fls. 88/92, apoiadas em precedentes deste Eg. Tribunal, juntas por cópia à inicial e ao apelo.

O INPS respondeu com as razões de fl. 99.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): A hipótese é a de segurado que exerce concomitantemente duas ou mais atividades e, por isto, se sujeita a múltiplas contribuições para a Previdência. Pelo artigo 23 da LOPS (Lei nº 3.807/60), adotava-se como base para obtenção do «salário-de-benefício» a média dos salários sobre os quais o segurado houvesse

realizado contribuições. Veio, porém, a Lei nº 5.890/73 e, em seu artigo 4º, adotou novo critério, cujo caráter restritivo se denuncia pela simples ressalva, feita no parágrafo, aos direitos dos segurados que houvessem preenchido os requisitos para aposentadoria até a data de sua vigência (cf. redação da Lei nº 6.744/79).

Eis o novo critério, conforme reproduzido no artigo 27 da CLPS (Decreto nº 77.077/76), itens I a IV:

«I — se o segurado satisfizer em relação a cada atividade todas as condições para a concessão do benefício pleiteado, o salário-de-benefício será calculado com base na soma dos respectivos salários de contribuição;

II — se não se verificar a hipótese do item I, o salário-de-benefício corresponderá à soma das seguintes parcelas:

a) o salário-de-benefício resultante do cálculo efetuado com base nos salários-de-contribuição das atividades em relação às quais sejam atendidas todas as condições para a concessão do benefício pleiteado;

b) um percentual da média dos salários-de-contribuição de cada uma das demais atividades, equivalente à relação entre os meses completos de contribuição e os estipulados como período de carência do benefício a conceder;

III — se se tratar de benefício por implemento de tempo de serviço, o percentual previsto na letra b do item II será o resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício».

2. Não previu a lei restritiva uma terceira hipótese, que é a dos presentes autos, de o segurado não haver preenchido os requisitos em ne-

nhuma das atividades. Por isto, vem o INPS aplicando a ela, por analogia, o critério do item II do preceito transcrito, para tanto «elegendo» como atividade principal aquela em que o segurado conte maior tempo. E a douda sentença apelada lhe dá razão, nestes termos:

«É certo que esse critério cria restrição ao benefício do segurado, mas tem justificativa na possibilidade de a contribuição múltipla deformar a composição do salário-de-benefício, influenciando, — em virtude do exercício de atividades suplementares pelas quais, por si só, não haveria direito do segurado, — no valor da prestação paga pelo Instituto, até mesmo com violação do requisito do período de carência», conforme ensina Mozart Victor Russomano, in Comentários à CLPS, págs. 127/8, Ed. Revista dos Tribunais.

É certo ainda que o Instituto, para efeito de cálculo do salário-de-benefício nas aposentadorias por tempo de serviço, em atividades concomitantes, adota um critério não previsto em lei, qual seja, o de eleger uma das atividades como principal (atividade mais antiga), e outra como secundária (atividade de mais recente).

Tal critério, no meu entender, não traz nenhum prejuízo ao segurado. É que o salário-de-benefício da atividade considerada principal é calculado de forma integral. Apenas para a atividade considerada secundária o salário-de-benefício é proporcional ao tempo de serviço» (fl. 83).

3. Mostrou, porém, o apelante que seu prejuízo foi real (cálculos de fl. 7 e perícia de fl. 65) e propugna a aplicação do critério da lei velha, isto é, o da soma dos salários (artigo 26, II, da CLPS de 76). Aponta, como afirmei no relatório, precedentes deste Tribunal, sendo o mais expres-

sivo da AC nº 69.995-SP, na qual o eminente Ministro Peçanha Martins, em voto acolhido sem discrepância, asseverou:

«De fato. Não contando o autor e ora apelado, em qualquer das duas atividades, trinta anos de duração, nenhuma delas podia ser considerada como a principal, não sendo possível designá-lo como tal, a mais antiga, ou de maior tempo. E aposentado em novembro de 1976, isto é, sob o império da Lei nº 5.890, de julho de 1973, o cálculo terá que proceder-se tomando-se por base o «salário-de-benefício» correspondente a 1/30 da soma dos salários-de-contribuição, na forma especificada na sentença, que confirmo pelos seus próprios fundamentos. Nego, pois, provimento ao recurso» (fl. 20).

Decisão no mesmo sentido foi proferida na AC nº 55.620-SP, sendo Relator o eminente Ministro José Pereira de Paiva, conforme publicação copiada à fl. 29.

4. E esta é, a meu ver, a orientação certa. A Lei nº 5.890/73 contém norma restritiva de direitos, como ressalta da própria exceção aberta aos segurados que preencheram as condições na vigência da lei velha. Assim, deve prevalecer, no caso, o princípio segundo o qual as restrições de direito, assim como os privilégios, reclamam interpretação estrita, sendo incompatíveis com a analogia. Ora, todos estão de acordo, inclusive o INPS, em que a hipótese dos autos não foi por ela abrangida. Então, não há como solucionar a espécie senão pelo critério da lei velha. O critério eleito pelo INPS é arbitrário e só favorece quando a atividade mais antiga tem melhor salário.

5. Isto posto, dou provimento ao apelo para julgar procedente a ação. Fixo os honorários da sucumbência em 10% sobre o que se liquidar e o

INPS reembolsará as custas despendidas pelo autor.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.963 — SP — Registro nº 3.483.789 — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Apelante: Fernando Amin Saad. Apelado: IAPAS. Advogados: Benjamin Goldenberg e outros e Marilene Martinho de Barros Penteado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação do autor, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 10-8-84 — 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 83.145 — RS

(Registro nº 2.807.033)

Relator: o Sr. Ministro Leitão Krieger

Apelantes: Manoel Garibaldi Rigotti e cônjuge e Ramiro Corrêa Ferreira da Silva e outros

Apeladas: Prefeitura Municipal de Capão da Canoa e União Federal

Advogados: Drs. Cristóvão Colombo dos Reis Miller e outro, José Armando Agostinelli Divan e outros e Marco Antônio Birnfeld, André Gardolinski, Angelito A. Aikuel e Oscar Breno Stahanke

EMENTA

Administrativo. Permuta de bens. Desafetação.

1. Bens públicos podem ser alienados, desde que desafetados de seu patrimônio, transmutada, por conveniência do Poder Público, a natureza do bem, para a categoria de bem particular ou vice-versa.

2. À falta de demarcação de terrenos de marinha pelo Serviço de Patrimônio da União, usada é a «linha de jundu» para indicar a separação entre a linha de marinha e a de particulares.

Manutenção da sentença quando dá como de marinha, terrenos da área, objeto da lide.

3. Não deve ser confundido o interesse político do representante de uma comunidade, com o da administração.

4. Se o Poder Público acena ao particular, com a conveniência de com ele contratar, recebendo dele o avençado, não pode, ao depois, negar validade a ato seu, prejudicando direitos adquiridos e lesando terceiros de boa-fé.

Tal atitude importaria em enriquecimento sem causa, o que não tem a chancela do Judiciário.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, à unanimidade, dar provimento parcial às apelações, 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, 11 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Leitão Krieger**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de ações que, por se subsumirem no todo do artigo 105 do CPC, tiveram decisão simultânea.

A primeira delas foi ação de manutenção de posse, cumulada com perdas e danos (fls. 2/57), proposta por José Agostinelli S.A. — Comércio Agricultura e Pecuária e Imobiliária Mar Ltda. — contra a Prefeitura Municipal de Osório, de vez que, segundo os autores, a ré, por prepostos seus, invadira, em março de 1975, área de loteamento de que se dizem proprietários e possuidores, em Capão da Canoa, RS, retirando marcos e destruindo gramados por eles, autores, plantados. Daí a turbação a ensejar o pedido da tutela jurisdicional, a fim de se manterem na posse do bem, objeto do litígio.

Citada, a ré, contestando a pretensão dos aa., preliminarmente argüiu a incompetência da Justiça Estadual, ao argumento de que dita área, por situar-se em terrenos de marinha, deslocaria a competência para a Justiça Federal. No mérito, alegou que «a inicial escondia um verdadeiro plano para apoderarem-se as au-

toras de área verde do Município». Ainda em sua defesa, alegou a Prefeitura Municipal que a firma Empresa Territorial Capão da Canoa, antecessora das autoras, em 1951, alterou o primitivo loteamento, isto porque a área situada entre a Rua Moema e a Orla Marítima destinava-se à área verde.

Diz, ainda, que essa situação perdurou até 1963, quando esta última empresa conseguiu fosse sancionada a Lei Municipal nº 930/63 que autorizava o uso da área para loteamento. Em conseqüência, assevera a ré, apressou-se a Imobiliária Empresa Territorial Capão da Canoa a elaborar novo plano de urbanização do balneário de Capão da Canoa, transformando as áreas verdes, compreendidas entre a Rua Moema e a Orla Marítima, em 142 lotes.

Ocorre, diz, ainda, a ré, que um ano depois, tendo o Município outro administrador, sancionou este a Lei nº 921, de 6 de março de 1964, que revogou o diploma anterior. Posteriormente, foi passada escritura pública, na qual Ramiro Ferreira Correia da Silva, representante da Empresa Territorial Capão da Canoa, antecessora das autoras, alienou ditos bens à Imobiliária Mar Ltda. Mas isso ocorreu ainda em vigor o primitivo loteamento de Capão da Canoa, uma vez que a área passada não havia sido objeto de nenhuma alteração.

Citada, a União Federal, à fl. 86, pediu fossem os autos remetidos à Justiça Federal, uma vez que a área em litígio compreende terrenos de marinha.

Ouvidas as partes e o Ministério Público local, o MM. Juiz de Direito declinou da competência para a Justiça Federal (fl. 99). Da decisão, houve agravo de instrumento, mas o Egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul manteve o v. **decisum**, fixando a competência da Justiça Federal.

O 2º Processo, nº 2.807.009 (fls. 2/72 do 2º vol.), cuida de ação proposta pelo Município de Osório, logo após ser citado para a ação de manutenção de posse. Objetivou o Município de Osório, nessa ação, anulação do registro imobiliário dos imóveis passados por Ramiro Ferreira Corrêa da Silva à Imobiliária Mar Ltda.

Ramiro Correia Ferreira da Silva ofereceu contestação (fls. 80/97), como também o fez José Agostinelli S.A. (fls. 123/175). Alegou esta última que a a., Município de Osório, omitiu, em sua pretensão, referência à Lei Municipal nº 1.470/75 que revogou o loteamento.

A fl. 249 a União Federal, compondo a lide, pede a remessa dos autos à Justiça Federal.

Manifestadas as partes, o MM. Juiz de Direito deu-se por incompetente (fl. 260), quando foram os autos distribuídos à Justiça Federal (fl. 264).

O 3º processo cuida de impugnação ao valor da causa. José Agostinelli S.A. impugnou o valor dado à causa pela Prefeitura Municipal de Osório, na ação de cancelamento de registro imobiliário. Ouvida perícia, o MM. Juiz Federal teve como precedente a impugnação e fixou o valor em Cr\$ 957.540,00, decisão essa trãnsita em julgado.

O último Processo nº 2.807.033 trata da oposição formulada pela União Federal contra os contendores, arriamada no artigo 57 do CPC.

Ramiro Corrêa Ferreira da Silva e os demais autores da primeira ação contestaram a pretensão da União.

Sentenciando, o MM. Juiz a quo (fls. 118/136), de início fl. 124, tornou expresso que, conforme despacho saneador, «esta sentença refere-se a todos os processos».

Cuidou S. Exa., por primeiro, de enfrentar a questão pertinente à fai-

xa ou terrenos de marinha. Após longa e erudita sentença, em que adotou os laudos dos experts, concluiu ser a União proprietária de parte da área em litígio.

Examinando o mérito das demais ações, S. Exa. entendeu que a Empresa Territorial Capão da Canoa beneficiou-se com a Lei Municipal nº 830/63, que lhe permitiu lotear a área localizada entre a Rua Moema e a Orla Marítima. Entretanto, afirma S. Exa.:

«Teve pequena duração, pois foi revogada pela Lei Municipal nº 821, de 6 de março de 1964. Como salienta a Prefeitura Municipal, dita lei nunca gerou efeitos, porque não publicada».

S. Exa., entendendo que o registro foi efetuado indevidamente, porque não lançado no Livro 8 e, sim, no Livro 3, já que o Livro 8 destina-se a loteamentos; muito embora consigne que, juntas aos autos certidões do registro de imóvel por Imobiliária Mar Ltda., as alegações postas não o convenceram de seu bom direito (fl. 130); por tudo isso, concluiu por dar razão à Prefeitura de Osório, uma vez que, no caso, no seu sentir, houve infração ao artigo 244 do Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, que regulava os registros públicos.

No que concerne às leis municipais, S. Exa. assim decidiu a contenda:

«Como já se viu, a área era destinada ao verde, quando a Lei Municipal nº 830/63 permitiu que fosse loteada. Esta foi revogada pela Lei nº 921/64 e restaurada pela Lei nº 1.470/75.

Cumpra definir-se se esta última gerou ou não efeitos. Isto analisando os argumentos das partes.

Esta última lei, de 27 de janeiro de 1975, estipula no artigo 1º: «Autoriza o Poder Executivo a aprovar a modificação do plano de lotea-

mento do balneário de Capão da Canoa... Ocorre que, sem que tenha ficado esclarecido porque ou a data, poucos meses depois mudou o Prefeito Municipal de Osório. É fato que se percebe pelo simples recorte de jornal anexado nos autos. É de junho de 1975 e o burgomestre não é o mesmo que sancionou a lei citada. Pois bem, o novo Prefeito jamais promoveu a modificação do loteamento. É fato provado por certidão. Ora, inteira razão tem a municipalidade quando afirma que a Lei nº 1.470/75 não gerou efeitos. Se era ela meramente dispositiva, autorizando uma providência e se esta providência, sejam quais forem as razões, nunca foram tomadas, é mais do que evidente que ela não gerou efeitos. Além do mais, há outro argumento relevante. Jamais veio a ser publicada, conforme certidão nos autos (fl. 131)».

E mais adiante, fl. 132, S. Exa., penetrando nas razões que moveram o município a elaborar as leis que alteraram o plano de loteamento, entende, *verbis*:

«... Percebe-se pela leitura da exposição de motivos da Lei nº 830/63, que a razão primeira seria a impossibilidade da Prefeitura urbanizar a área. Ora, tal razão hoje não perdura. Pela singela razão que a própria municipalidade estava a urbanizá-la quando foi proposta a ação possessória. Invocou-se, também, juntando-se carta do então Prefeito Municipal, a necessidade de acomodar-se pessoas pobres da região e instalar-se um hospital. Todavia, causa surpresa que se admitisse, a tal título, uma verdadeira permuta de áreas, ficando os empreendedores do loteamento com a faixa mais nobre, ou seja a próxima ao mar. Principalmente numa região que, naquela época — 1963 — deveria ser quase inabitada.

Pouco importa, outrossim, se a Prefeitura terá ou não condições de urbanizar convenientemente o espaço verde. Tal argumento, lançado na contestação das rés é irrelevante. O bem é público e a oportunidade de seu uso fica a critério da administração. Se pode urbanizá-lo hoje ou amanhã é assunto que só a ela interessa...» (fls. 132/133).

E mais adiante, conclui S. Exa.:

«Em suma, a área em litígio é bem de uso comum, na forma do artigo 66, inciso I do Código Civil e não poderia, como não pode, ser dada a particular para que nele instale loteamento... Face a todo o exposto, e o que mais dos autos consta, julgo procedente a oposição formulada pela União Federal contra a Prefeitura Municipal de Osório, Ramiro Corrêa Ferreira da Silva, José Agostinelli S.A., Com. Ag. Pecuária e Imobiliária Mar Ltda. e Ramiro Corrêa Ferreira da Silva, este porque deu causa aos registros através da escritura lavrada aos 15-10-1966, para o fim de cancelar, na parte remanescente e não pertencente à União Federal, todos os registros feitos no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Osório, conforme especificados no item que trata da procedência da oposição. Como consequência direta da procedência de tal pedido, os três vencidos, em partes proporcionais, arcarão com as custas do processo, honorários advocatícios — do procurador da vencedora, que fixo em 10% sobre o valor definitivo da causa, ou seja Cr\$ 95.540,00. Incidirá sobre dita quantia correção monetária, a partir da data da propositura da ação (5-5-75 — fl. 2 do Processo nº 2.807.009). Pagarão, ainda, os salários do perito... Julgo improcedente a ação de manutenção de posse cumulada com perdas e danos proposta por José Agostinelli S.A. e

Imobiliária Mar Ltda. contra a Prefeitura Municipal de Osório, pela simples razão de que determinando o cancelamento dos títulos imobiliários da autora, dou a sua posse como injusta e, portanto, reconheço como inexistente a turbação alegada. Por outro lado, declaro inexistente qualquer direito à indenização, pelos mesmos motivos, o que torna eventual prejuízo comercial como ato a que os próprios autores deram causa...»

As fls. 175/230 Ramiro Corrêa Ferreira da Silva, José Agostinelli S.A. — Comércio Agricultura e Pecuária e Imobiliária Mar Ltda., inconformadas com a v. decisão que lhes negou a pretensão deduzida em Juízo, apelam para este Pretório.

As fls. 152/154, Manoel Garibaldi Rigotti e sua mulher, na qualidade de adquirentes do Lote nº 16, da Quadra 29-B, do loteamento pertencente à Imobiliária Mar Ltda., peticionam no sentido de serem admitidos no processo, como litisconsortes necessários, uma vez que, tomando conhecimento da ação de anulação de registro imobiliário de áreas já comercializadas em lotes perfeitamente individuados, oferecidos à venda pelos réus (que compõem o Grupo Imobiliário Capão da Canoa), evidencia-se-lhes que a desconstituição desse registro fatalmente produzirá reflexos nos registros imobiliários de lotes já compromissados com terceiros, cujos registros nele tiveram origem.

As fls. 155/169, Manoel Garibaldi Rigotti e sua mulher apresentam suas razões de apelação para este Egrégio Tribunal, pugnando pela anulação da sentença de primeiro grau, ao argumento de que, a teor dos artigos 47, parágrafo único, 282, II e 295, por serem litisconsortes necessários, a a., Prefeitura Municipal de Osório, teria que citá-los ou, em não o fazendo, o MM. Juiz sentenciante. E mais, a sentença como foi

dada, suprimiu-lhes uma instância, pelo que, para eles, não pode fazer coisa julgada.

As fls. 243/246, a Associação Comunitária de Capão da Canoa peticiona no sentido de ser admitida como assistente do Município de Osório.

À fl. 274, a Associação Comunitária de Capão da Canoa endossa as contra-razões do município.

Contra-razões do Município de Osório (fls. 276/284).

À fl. 297 v. o MM. Juiz Federal lança o seguinte despacho:

«... a situação de litisconsórcio necessário, ou não, de Manoel Garibaldi Rigotti e sua mulher (fls. 152/154) somente poderá ser decidida pelo Eg. TFR, contudo, sua apelação, já foi recebida, através do despacho de fl. 240, evitando-lhes prejuízo processual.

Determinou S. Exa., também, «sobre o pedido de assistência formulado pela ACCC, digam as partes».

À fl. 291, o MM. Juiz Federal admitiu a Associação Comunitária de Capão da Canoa como assistente.

O Município de Capão da Canoa, à fl. 298, peticiona no sentido de ser admitido no processo como sucessor do Município de Osório, uma vez que, por força da Lei Estadual nº 7.638/82, Capão da Canoa passou a ser município, o que legitimaria o seu ingresso na relação processual, mesmo porque «a área de terrenos objeto do litígio que se discute nestes autos situa-se dentro do território que constitui o novo município. Ademais, as fatias que não constituem as chamadas «terras de marinha» — mas que a tangenciam — constituem propriedade do Município de Capão da Canoa».

S. Exa. lançou o seguinte despacho:

«1. Admito o Município de Capão da Canoa como sucessor do Município de Osório, em face das ponderações contidas nesta petição;

2. À CIP, para o devido registro;

3. Anotações de estilo;

4. Após, informe, com urgência, a Secretaria, se as custas relativas aos recursos foram recolhidas;

5. Recebo as presentes contra-razões».

Subiram os autos e, aqui no Tribunal, ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, esta opina pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Senhor Presidente. Manoel Garibaldi Rigotti e sua mulher, ao tomarem conhecimento da sentença de 1ª Instância, ingressaram no processo, na condição de litisconsortes necessários. Em verdade, deveriam ter sido citados, uma vez que a decisão, inevitavelmente, se refletirá sobre os litisconsortes necessários. É que Manoel Garibaldi Rigotti e sua mulher adquiriram terrenos postos à venda pela Imobiliária Mar Ltda. Ditos terrenos estão sendo pretendidos pela Prefeitura Municipal de Osório. Certo que a não-citação dos litisconsortes necessários implica na anulação da sentença. Ao que se verá, entretanto, pelas conclusões a que chegarei, não será caso de anular a respeitável decisão, para citação daqueles, à vista do disposto no § 2º do artigo 249 do CPC:

«§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o Juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou supri-la a falta».

No que concerne à parte da sentença que deu a União como proprietária de parte dos terrenos, estou em que, na verdade, parte da propriedade é composta de terrenos de marinha.

Realmente, em casos de não ter o Serviço de Patrimônio da União demarcado os terrenos de marinha, usada é a «linha de jundu», para indicar a separação entre a linha de marinha e a de particulares. A linha de jundu é aquela que emerge do solo através de vegetação, a qual moldura as praias. Ademais, os expertos apresentaram laudo único, concluindo ser mesmo de marinha parte da área litigiosa. Andou bem S. Exa., no ponto.

Entretanto, divirjo do entendimento adotado pela sentença, ao acolher a pretensão da Prefeitura Municipal de Osório.

A realidade dos autos nos mostra que, aos 20 de março de 1963, através Ofício de nº 10.115.63, a Prefeitura Municipal de Osório **propôs**, à Empresa Territorial Capão da Canoa, sucedida pela Empresa Imobiliária Mar Ltda., modificações no loteamento (fls. 153/154 dos autos de anulação de registro imobiliário), onde se lê, **verbis**:

«Ilmo. Sr. Gerente da Empresa Territorial Capão da Canoa Ltda.

No plano de urbanização de Capão da Canoa, há anos aprovado pela Prefeitura Municipal, verificou-se uma série de falhas e senões, os quais deverão ser urgentemente corretos, sob pena de se agravar cada vez mais o já pesado ônus que, como consequência da imprevisão, recaiu sobre o erário de nossa comuna. Os senões e as falhas dizem respeito ao Arroio da Pescaria, cujo curso deve ser devidamente saneado e cujas margens deverão ter um melhor e mais consentâneo aproveitamento, bem como dizem respeito, ainda, a outros

diversos locais, inclusive uma extensa faixa de terrenos entre a Avenida Moema e a beira do Atlântico, cujas áreas são de propriedade dessa empresa. Quando da aprovação do atual plano de urbanização de Capão da Canoa, não ficaram definitiva e claramente definidas as obrigações dessa entidade no que respeita a urbanização das aludidas áreas, ficando, assim, sob a responsabilidade da Prefeitura o ônus respectivo, porque deixou de exigir o que deveria ter exigido.

Essa circunstância, como é fácil imaginar, trará incalculáveis despesas, as quais não poderão ser suportadas pelo erário municipal sem uma majoração acentuada dos impostos predial e territorial urbano para o próximo exercício, coisa que não desejamos levar a efeito neste nosso fim de mandato.

Há, pois, necessidade absoluta de resolver o problema sem o recurso ao bolso dos contribuintes, estabelecendo novas técnicas que atendam aos modernos princípios da urbanística, sem sacrifícios ou prejuízos para terceiros e com um melhor e mais racional aproveitamento de áreas, embora suprimindo logradouros futuros, criando outros, e, principalmente, estabelecendo um único alinhamento à beira-mar.

Os senões e as falhas somente poderão ser removidos com o concurso dessa entidade, cujo auxílio e boa vontade é indispensável para o caso. Daí a razão de fazermos um apelo para que, por intermédio de sua esclarecida direção, colabore com a prefeitura municipal na solução desse problema.

De outra parte, o afluxo de moradores, gente humilde, constituída em sua maioria por operários, pescadores, lavadeiras, domésticas e domésticos, etc., etc., fez com que

houvesse uma invasão em terras de propriedade dessa Empresa, nas quais estabeleceram suas moradias ou ranchos, e das quais estão sendo desalojados mediante intimações judiciais, dado a necessidade do desenvolvimento da urbanização das mesmas. Este fato criou um verdadeiro problema social, chegando até nós os apelos que essa gente nos faz diariamente para que encontremos uma solução para o caso. É nossa intenção, levar a efeito a desapropriação de certa e determinada área de terras, a fim de ali localizar essa gente humilde, facilitando-lhe a aquisição de terrenos onde deverão construir suas casinhas e seus ranchos. Todavia, como as finanças municipais não suportariam uma despesa vultosa como essa, resolvemos fazer um apelo a essa entidade, no sentido de que nos auxilie a resolver este problema social, minorando a situação daqueles humildes patricios, quiçá fazendo uma doação à Prefeitura que, então, tomaria a si o encargo de localizá-los, auxiliando-os a resolverem o angustioso problema que se lhes depára. Só assim teremos feito obra meritória, que tanto e tanto nos preocupa.

Há, ainda, outros problemas de ordem social a serem resolvidos: a solução dos problemas do Hospital Beneficente Santa Luzia, que se resente de providências, segundo estamos informados, por parte dessa empresa.

Ante o exposto — e antes, mesmo, de apresentar à Egrégia Câmara de Vereadores os meios necessários para a solução dos problemas acima focalizados, coisa para a qual temos a máxima urgência — desejamos saber de como seriam os assuntos em causa encarados por parte dessa entidade, cujo concurso é por nós solicitado com muito empenho, sempre

na expectativa de que o espirito de escol de seus dirigentes bem compreenderão o alcance das medidas a serem tomadas.

Ficamos, pois, aguardando seu pronunciamento, que desde muito e muito agradecemos.

Leonel Mantovani, Prefeito».

Após tal ofício, com a aquiescência do grupo construtor, o município, através exposição de motivos, solicitou ao Poder Legislativo a aprovação do novo plano diretor de Capão da Canoa, nestes termos:

«A Empresa Territorial Capão da Canoa Ltda., proprietária dos terrenos que formam o balneário de Capão da Canoa propriamente dito, quando iniciou o serviço de urbanização deixou, em comum acordo com o Executivo Municipal, em toda a orla marítima do referido balneário, uma faixa extensa que caberia ao município urbanizá-la. Há cerca de vinte anos que a urbanização desse trato de terra aguarda do município as providências para a respectiva urbanização. Trata-se de um empreendimento que acarretará vultosas despesas que não estão ao alcance do erário do município, por isso este Executivo Municipal deve rever o plano de urbanização de Capão da Canoa, estabelecendo para o mesmo um novo plano diretor que afaste as vultosas despesas acima aludidas. Nesse sentido fez um levantamento do local, nele estabelecendo diversas quadras, devidamente demarcadas com lotes, a fim de que a Empresa Territorial Capão da Canoa Ltda. proceda a venda dos mesmos depois de urbanizar toda a área. A providência em causa faz com que não sofra qualquer solução de continuidade o alinhamento dos demais balneários da orla marítima, do qual Capão da Canoa constituía uma exceção ante o recuo do seu alinhamento.

Trata-se de um assunto de alta relevância para a Prefeitura Municipal, por que assim acautela os seus interesses, devolvendo à empresa loteadora todo o ônus da urbanização da extensa faixa de terras que ficou a cargo do Poder Público. É fácil será o grande interesse da Prefeitura se fora atentar para a grande economia de despesas certas e inadiáveis. Daí a razão de o Poder Executivo solicitar do Poder Legislativo a aprovação do novo plano diretor Capão da Canoa constante do mapa que esta Exposição acompanha, possibilitando-o revogar a aprovação do plano anteriormente formalizado, com o determinar da Empresa Loteadora que modifique o seu plano de urbanização, submetendo à aprovação da Prefeitura Municipal, nele consignando as alterações da já aludida planta. A providência ora solicitada encontra apoio até no próprio Decreto nº 3.079, de 1983, por isso que não traz prejuízo de qualquer espécie aos compromissários da já mencionada loteadora.

Prefeitura Municipal de Osório, em 3 de maio de 1963.

Leonel Mantovani, Prefeito».

À fl. 102 do processo de cancelamento de registro imobiliário consta a exposição de motivos que autoriza o recebimento de vários lotes em Capão da Canoa, por parte do município, lotes esses de propriedade da construtora em tela e que a Prefeitura destinaria a moradias para aqueles que haviam invadido terras da imobiliária.

À fl. 103 consta o projeto de Lei Municipal nº 24/63, autorizando o recebimento, pela Prefeitura Municipal de Osório, de diversos desses lotes, em Capão da Canoa.

Tais projetos, após passados pelo crivo da unanimidade da Câmara dos Vereadores local, transformaram-se nas seguintes Leis:

«Lei nº 829/63 — a qual autorizou a Prefeitura Municipal de Osório a receber os terrenos em doação; e a Lei nº 830/63 — que autorizou a modificação do Balneário de Capão da Canoa (fl. 14).

Lei nº 830/63, que autorizou a modificação do Balneário de Capão da Canoa e que foi regulamentada pelo Decreto nº 23, de 26 de dezembro de 1963 (fl. 152)».

Acresce, Senhor Presidente, que aos 13 de maio de 1964, novo prefeito, através da Lei nº 921, revogou a Lei nº 830, de 13 de maio de 1963.

Essa lei, entretanto, careceu da exposição de motivos, eis que não assinada a mensagem do Executivo Municipal ao Poder Legislativo, prescindindo, também, de decreto regulamentar.

Posteriormente, com a mudança de Prefeito Municipal, em data de 23 de janeiro de 1975, novo projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Vereadores. Tal projeto teve como escopo reпрistinar a Lei nº 830/63 (fl. 116, dos autos do processo de anulação de registro imobiliário). Este projeto transformou-se na Lei nº 1.470, de 27 de janeiro de 1975. Tal lei pretendia mais alguns terrenos pertencentes ao Grupo Construtor Imobiliário Mar Ltda.

O novo Prefeito que sucedeu àquele que reпрistinou a Lei nº 830/63, através da Lei nº 1.470/75, alegando que jamais fora promovida a modificação do loteamento de Capão da Canoa e mais, conforme certidão expedida pela Prefeitura em data de 11 de julho de 1975, da lavra da Sra. Secretária, que tal lei não fora publicada nem afixada no lugar de costume (mural), não operou ela qualquer efeito.

Análise, agora, por primeiro, a possibilidade, ou não, de o município

poder ceder os terrenos em causa, de sua propriedade, a particulares. No caso, não se incluem entre os do artigo 66 do Código Civil.

Os Mestres vão mais além. Prelecionam que, mesmo em sendo bens públicos, podem ser alienados, desde que desafetados de seu patrimônio. É que a desafetação consiste em transmudar, o Poder Público, a natureza do bem, passando-o, por conveniência sua, para a categoria de bem particular ou vice-versa.

Ely Lopes Meirelles, em comentando a alienação de bens públicos, assim se pronuncia:

«Erro é pensar-se que todos os bens públicos são inalienáveis. Nem todos. A inalienabilidade dos bens públicos — já escrevemos em estudos anteriores — está declarada como princípio, no artigo 67 do Código Civil, nestes termos: «Os bens de que trata o artigo antecedente, só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e formas que a lei prescrever». A defeituosa redação deste dispositivo tem ensejado dúvidas, por dar a entender que tais bens não podem passar do domínio público para o particular. Na realidade isso não ocorre. Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições para sua transferência ao domínio privado. O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos, isto é, enquanto guardarem afetação pública. É evidente que uma praça ou edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação; mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado, desde que desafetado previamente de sua destinação originária. Essa desafetação se faz por lei especial, que transpasse o bem de uma categoria inalienável para ou-

tra alienável. Assim, tanto os bens primitivamente destinados ao uso comum do povo, como os de uso especial podem ser legitimamente alienados, desde que sofram prévia desafetação de sua destinação pública inicial (conf. nosso Direito Administrativo Brasileiro, 1966, págs. 438/439 e, também, no nosso Direito Municipal Brasileiro, 1965, I/97). ... (Estudos e Pareceres de Direito Público vol. II, fls. 603/604)».

Tenho, assim, Senhor Presidente, como legítimo o ato do município que, através da Lei nº 830/64, cedeu tais terrenos à empresa Territorial Capão da Canoa Ltda.

Penso que não pode ser confundido o interesse político do representante de uma comunidade, com o interesse da comunidade. Por outro lado, a Administração deve honrar seus compromissos, para estabilidade das relações sociais.

E o que nos contam esses processos? Contam que acenou a Administração Pública, ratificada pela Câmara de Vereadores, a um grupo particular ou privado, no sentido de obviar problemas que confessava afligirem a vida do município. Acresce que, após tudo feito e sacramentado, vem novo Prefeito e corta os efeitos de uma lei que projetou direitos para terceiros. E mais, Senhor Presidente, não pode a administração locupletar-se quando transaciona. É que ao município foram incorporados bens do patrimônio particular. E, o que é mais grave ainda, após a revogação da Lei nº 830/64 pela Lei nº 921/1964, outra lei exsurge repriminando a primeira. Pedindo, ainda, que se doe ao município mais terrenos. Esta lei é, posteriormente, tida como também sem vigor.

O argumento posto na sentença de primeiro grau, de que já não perdura a razão insita na exposição de

motivos da Lei nº 830/63, qual seja, a impossibilidade da Prefeitura urbanizar a área, não pode prosperar. Isto porque, em verdade, fora tal situação que levou o município a propor as medidas de alteração do loteamento, em troca dos trabalhos da construtora e da doação de terrenos seus. É evidente que, após tudo feito, já não perduraria a situação anterior.

E mais, não cabe ao Judiciário penetrar nas razões de um ato administrativo como o fez a sentença primeira, nestes termos:

«Invocou-se, também, juntando-se carta do então Prefeito Municipal, a necessidade de acomodar-se pessoas pobres da região e instalar-se um hospital. Todavia, causa surpresa que se admitisse, a tal título, uma verdadeira permuta de áreas, ficando os empreendedores do loteamento com a faixa mais nobre, ou seja, a próxima ao mar. Principalmente numa região que, naquela época — 1963 — deveria ser quase que inabitada».

Mas justamente por isso, digo eu, vantajosa a proposta da Prefeitura.

No que concerne, agora, ao lançamento do registro dos imóveis em o Livro 3 em vez de no Livro 8, tenho como irrelevante o argumento, pois mera correção obviará o problema.

Há uma realidade à qual o Judiciário, no meu sentir, não deve olvidar. E que tais imóveis foram vendidos a terceiros, após a aprovação do novo loteamento, nos quais, possivelmente, já se fez edificações. E o terceiro só adquiriu tais bens porque sabedor da estabilidade do negócio jurídico proposto, de início, pelo próprio município, à Empresa Territorial Capão da Canoa Ltda.

Acrescente-se, por derradeiro, que a imobiliária cumpriu todo o avençado. Construiu o hospital, doou 370 lotes, urbanizou a área restante.

O que pretende, no caso, a Prefeitura Municipal de Osório, sucedido pelo Município de Capão da Canoa é, no meu sentir, enriquecimento sem causa.

À vista do exposto, dou provimento, em parte, às apelações de Ramiro Corrêa Ferreira da Silva e outros e de Manoel Garibaldi Rigotti e sua mulher, para que sejam os mesmos mantidos, ou, se for o caso, reintegrados na posse dos terrenos, excluía a faixa de marinha, bem como condenar as Prefeituras Municipais de Capão da Canoa e de Osório em perdas e danos, a serem apuradas em execução de sentença, bem como refazer os marcos destruídos e proceder a novo nivelamento, condenadas ainda às custas processuais e honorários advocatícios, estes à base de quinze por cento sobre o montante das perdas e danos que forem apurados e o mesmo percentual sobre o valor da ação de cancelamento de registro imobiliário, fixado judicialmente em Cr\$ 957.540,00 (fl. 122). Determino ainda sejam restabelecidos, em livro próprio, os registros imobiliários, respeitada a faixa de marinha. Quanto aos ônus da sucumbência, impostos pela decisão apelada, aos segundos apelantes, Ramiro Corrêa Ferreira da Silva e outros, são mantidos integralmente.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Tratam-se de duas ações julgadas simultaneamente, em virtude de conexão.

A manutenção de posse, cumulada com perdas e danos, foi proposta por José Agostinelli S.A. — Comércio, Agricultura e Pecuária, e Imobiliária Mar Ltda., contra a Prefeitura Municipal de Osório, uma vez que a ré teria invadido, em março de 1975, área de loteamento de que se dizem proprietários e possuidores, em Ca-

pão da Canoa, hoje município, retirando marcos e destruindo gramados plantados pelos autores.

Em virtude de existir na área em litígio terreno de marinha, os autos foram remetidos à Justiça Federal.

A segunda ação foi proposta pelo Município de Osório, com o fim de obter anulação do registro imobiliário dos imóveis passados por Ramiro Corrêa da Silva à Imobiliária Mar Ltda.

Também foram os autos remetidos à Justiça Federal.

A União Federal, por sua vez, formulou oposição contra os contendores, com base no artigo 57 do CPC.

Na sentença concluiu-se que pertencia à União parte da área litigiosa, correspondente à faixa de marinha, segundo a perícia.

O MM. Juiz Federal terminou por dar razão à Prefeitura de Osório, nos demais processos, motivo pelo qual Ramiro Corrêa Ferreira da Silva, José Agostinelli S.A. e Imobiliária Mar Ltda. apelaram da sentença, também o fazendo Manoel Garibaldi Rigotti e sua mulher, na qualidade de adquirentes de lote situado no loteamento pertencente à Imobiliária Mar Ltda.

O casal seria litisconsorte necessário da empresa e reclamam de não haverem sido citados para integrar a lide, desde o início.

Como assistente do Município de Osório entrou a Associação Comunitária de Capão da Canoa, sendo que o próprio Município de Capão da Canoa solicitou que fosse admitido como sucessor processual do de Osório.

Nessa situação subiram os processos ao Tribunal.

O Sr. Ministro Leitão Krieger, em seu minucioso voto, houve por bem dar provimento parcial às apelações de Ramiro Corrêa Ferreira da Silva e outros e de Manoel Garibaldi Ri-

gotti e sua mulher, para que sejam mantidos ou reintegrados na posse dos terrenos respectivos, conforme o caso, excluída a faixa de marinha.

S. Exa., outrossim, condenou os Municípios de Capão da Canoa e de Osório em perdas e danos, a serem apurados em execução de sentença, bem como a refazer os marcos destruídos e proceder a novo nivelamento, condenados os dois entes municipais, ainda, nas custas processuais e em honorários advocatícios.

Determinou, também, o ilustre Relator, que em livro próprio fossem restabelecidos os registros imobiliários, respeitada a faixa de marinha.

A responsabilidade do município restou patenteada, como bem concluiu o ilustre Relator, que fez reparos à sentença nesse aspecto.

Como bem entendeu S. Exa., a prevalecer integralmente a decisão apelada, estar-se-á a propiciar um enriquecimento sem causa à municipalidade, que propôs à imobiliária o negócio, estabeleceu as condições e beneficiou-se com a construção de hospital, com a doação de lotes de terrenos e com a urbanização de área importante.

E estar-se-á a prejudicar terceiros de boa fé, que adquiriram lotes escu-

dados na confiança que o negócio lhes inspirava, proposto o projeto que fora pelo próprio município.

De modo que acompanho o eminente Relator.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.145 — RS — Registro nº 2.807.033. Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Aptes.: Manoel Garibaldi Rigotti e Cônjuge e Ramiro Corrêa Ferreira da Silva e outros. Apdos.: Prefeitura Municipal de Capão da Canoa e União Federal. Advvs.: Drs. Cristovão Colombo dos Reis Miller e outro, José Armando Agostinelli Divan e outros e Marco Antonio Birnfeld, André Gardolinski, Angeli-to A. Aikuel e Oscar Breno Stahanke.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento parcial às apelações, nos termos do voto do Relator. (Em 11-9-84 — 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 83.957 — RS (Registro nº 4.422.830)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Apelante: Ida Dummer Sherdien

Apelado: IAPAS

Advogados: Drs. Getúlio Rui Clasen e Newton Peter

EMENTA

Previdenciário. Na hipótese de ausência de apelo da autarquia previdenciária, a sentença que concede benefício previdenciário à viúva de rurícola, falecido antes do advento da Lei Complementar nº 11, não admite reforma.

Nega-se, no entanto, provimento ao recurso da viúva que pretende mais do que a sentença deferiu-lhe, em consonância com o entendimento prevalente nesta Corte.

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, 16 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Costa Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: Trata-se de ação declaratória ajuizada por Ida Dummer Sherdien, beneficiária da Justiça Gratuita, contra o INPS/IAPAS, objetivando o seu reconhecimento de direito à pensão previdenciária, por morte de seu marido, trabalhador rural, ocorrida em 24-2-62.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Pelotas, Estado do Rio Grande do Sul, julgou procedente a ação nos seguintes termos:

«... para declarar que a autora faz jus à pensão previdenciária por morte de seu esposo, comprovadamente trabalhador rural, inclusive com as correções aplicáveis, tudo a contar do ajuizamento da presente, uma vez que deixou de exercer anteriormente seu direito ao pleiteado, voluntariamente. O requerido não negou o benefício, muito embora o fizesse se pleiteado, nos termos do entendimento esposado

na resposta. Por essa razão, condeno-o, além do pagamento das custas processuais, à verba honorária de 15% sobre o valor do pedido, uma vez que veio a sucumbir» (fl. 32).

Inconformada, apelou a postulante às fls. 32/33.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul opinou pela confirmação da sentença, fl. 36.

Dispensada a revisão, nos termos do artigo 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): A sentença de 1º grau, de natureza declaratória, reconheceu fazer jus a viúva de rurícola falecido antes do advento da Lei Complementar nº 11 ao benefício previdenciário por esta instituído.

A decisão em tela, conquanto contrarie o entendimento que já se tornou pacífico nesta Corte sobre a questão, não admite reforma, em vista da autarquia previdenciária ter deixado transcorrer *in albis* o prazo para a interposição de recurso.

A viúva, a seu turno, apelou, face haver sucumbido parcialmente, em relação a direitos que não lhe foram deferidos pelo ilustrado magistrado *a quo*.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço da apelação, para, no mérito, respeitando a proibição da *reformatio in peius*, negar-lhe provimento, já que, não assistindo qualquer direito à viúva de rurícola falecido antes do advento

da Lei Complementar nº 11, não há como deferir-lhe o plus pretendido.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 83.957 — RS — Registro nº 4.422.830 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Apte.: Ida Dummer Sheridan. Apdo.: IAPAS. Advogados: Dr.

Getúlio Rui Clasen e Dr. Newton Peter.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 16-10-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.283 — BA

(Registro nº 4.426.398)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Terminal Químico de Aratu S.A. — TEQUIMAR

Advogados: Drs. Antônio Theodoro do Nascimento e outros e Carlos Eduardo Caputo Bastos

EMENTA

Repetição de indébito. IOF. Aquisição de bens incorporados ao ativo fixo.

— Legítima a restituição do tributo na hipótese, em que se cuida de aquisição de bens incorporados ao ativo fixo da empresa. Repercussão inviável.

— Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 9 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Miguel Ferrante**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Cuida-se de ação proposta por Ter-

minal Químico Aratu S.A., qualificada nos autos, contra a União Federal, objetivando a repetição de importâncias recolhidas no exercício de 1980, a título de Imposto sobre Operações Financeiras, com base no Decreto-Lei nº 1.783/80.

A sentença de fls. 82/83 deu pela procedência, em parte, do pedido, condenando a ré nas custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Há remessa necessária.

Inconformada, apelou a União Federal, com as razões de fls. 86/90 (lê).

Contra-razões, às fls. 93/98.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 102/107, no sen-

tido de que seja reformada a sentença de primeiro grau.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Ferrante: Esta Corte, em julgamento pleno da arguição de inconstitucionalidade, na Apelação em Mandado de Segurança nº 91.322-SP, decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança das novas incidências instituídas pelo Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.844, de 1980, durante o exercício em que o mesmo veio a lume.

Neste julgamento, restou indubitado que o referido diploma legal, a par do compreendido entre aqueles atos autorizados pelo artigo 55, item II, da Carta Política, foi elaborado, seguramente, em harmonia com a sistemática do processo legislativo, no caso adotado. É, portanto, lei no sentido constitucional. Ou para usar o lúcido escólio de Pontes de Miranda: «Não se trata, propriamente, de decreto-lei, mas de lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro de certo prazo) ou de decreto-lei com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional» («Comentários à Constituição de 1967», Tomo 3, página 138).

Também, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade suscitado na AMS nº 91.148-RJ, o Tribunal Pleno, por maioria, decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança do IOF sobre operações de empréstimo e abertura de crédito mediante aplicação de alíquotas elevadas no mesmo ano da vigência do Decreto-Lei nº 1.783, de 1980.

Portanto, entendeu-se válida a exigência do tributo em foco, com ressalva apenas do princípio da anualidade.

Neste caso, pretende-se repetir o que foi pago, a título desse tributo, no exercício de 1980, ano em que foi editado o referido diploma legal.

Todavia, condena-se a repetição de imposto indireto, ao fundamento de que a restituição feita a quem já se cobrou do ônus tributário constituiria locupletamento indevido. Esse entendimento vem consagrado na Súmula nº 71 do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

«Embora pago indevidamente, não cabe a restituição de tributo indireto».

Ora, o IOF, guardando, indubitavelmente, a natureza de tributo indireto, é passível de transferência pelo contribuinte de *jure* ao contribuinte de *facto*. Repercuta, na medida em que, por constituir custo ou despesa operacional, adiciona-se ao preço do produto ou do serviço.

Mas, vale salientar que, com o advento do Código Tributário Nacional — Lei nº 5.172, de 25-10-66 —, passou-se a admitir a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo. Reza, *in verbis*, o artigo 166 do referido diploma legal:

«Art. 166. A restituição de tributos que comportem por sua natureza transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la».

Na linha desse comando legal está a Súmula nº 546 da Suprema Corte:

«Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo».

Portanto, a *Legitimatío ad causam* do contribuinte de *jure* para pedir a

restituição do tributo indevidamente pago, se firma na prova de haver assumido o encargo financeiro ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, na de estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Excepcionam-se aquelas hipóteses em que a repercussão é inviável, circunstância a ser aferida em cada caso concreto, porquanto, consoante a observação feita pelo saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, no trato do tema, «nem sempre há critério científico para diagnosticar-se esse locupletamento» (RTJ 40/37).

Assim, quando o contribuinte é fabricante de produtos tabelados, a jurisprudência da Suprema Corte tem sustentado a não transferência do ônus final (RE nº 68.622, Relator Ministro Luiz Gallotti, RTJ 53/539 e RDA 103/51; ERE nº 68.622, Relator Ministro Eloy da Rocha, RTJ 59/18).

De igual modo, afigura-se não ocorrer essa transferência em casos como o dos autos que diz respeito à aquisição de bens incorporados ao ativo fixo da empresa. Com efeito, as circunstâncias indicam que a autora arcou com todos os ônus fiscais do empréstimo, não se oferecendo ensejo para acrescer a preços que, ademais, sequer existem, o valor do imposto pago. O direito à postulada restituição parece-me, na conjuntura, indiscutível, ante a evidência de

que não houve transferência do ônus fiscal suportado pelo contribuinte.

Em face do exposto, nego provimento à apelação para manter a sentença remetida.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Estou de acordo com o Sr. Ministro-Relator, com a ressalva que tenho feito em votos anteriores.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.283 — BA — Registro nº 4.426.398 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Terminal Químico de Aratu S.A. — TEQUIMAR. Advs.: Drs. Antônio Theodoro do Nascimento e outros e Carlos Eduardo Caputo Bastos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida (Em 9-5-84 — 6ª Turma).

Sustentação oral: Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, pela apelante, e Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, pela apelada.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Torreão Braz

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.727 — PR (Registro nº 4.435.222)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelantes: Construtora Esplanada Ltda. — COEL e outros

Apelados: João Constantino Volcov e cônjuge

Advogados: José Cid Campelo Filho e Clínio L. L. Lyra e Paulo César Gontijo

EMENTA

Processual civil. Ação demarcatória. Terrenos lindeiros aos de Marinha.

1. Insuficientes os títulos no tocante a elementos identificadores da situação e das lindes da área demarcanda, cumpre que a perícia estabeleça liame entre a prova testemunhal e suportes físicos ou geográficos atuais ou, pelo menos, historicamente reconhecíveis.

2. Anulação do processo desde a perícia.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade e preliminarmente, rejeitar as preliminares, e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso dos apelantes, para anular o processo, a partir da citação inicial, 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 março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Ação demarcatória cumulada com reintegratória e indenizatória (artigos 958 e 959 do CPC), promovida por João Constantino Volcov e cônjuge contra COEL — Construtora Esplanada Ltda. e Frederico José Buasto Júnior, deslocou-se para a Justiça Federal do Paraná, conforme decisão de fl. 132, visto que o imóvel demarcando confronta com terrenos de marinha. Citada a União (fl. 141 v.), disse esta não ter outro interesse que o respeito a sua propriedade, acrescentando que a parte deveria, oportunamente, regularizar, perante o SPU, a posse ou domínio útil da marinha ligada ao imóvel (fl. 142).

2. O Dr. Juiz Federal aproveitou a prova técnica já produzida nos autos e, após audiência de testemu-

nhas, julgou procedente a ação (fls. 222/227).

3. Embargos declaratórios opostos pelos réus foram rejeitados (fl. 234).

4. Apelaram os réus com as longas razões de fls. 242/272, acompanhadas dos documentos de fls. 273/298. Preliminarmente, arguem a nulidade do processo ab initio, porque:

a) segundo alegação dos autores e outros elementos dos autos, a parte do loteamento superposta à área demarcanda compreenderia a Av. Beira-Mar e outras ruas, já de propriedade do Município de Paranaguá por força do registro do loteamento, pelo que esse município teria de ser citado como litisconsorte passivo necessário;

b) igualmente teriam de ser citados José Paulo e Luiz da Silva, dados como confrontantes pelo título de domínio dos autores; e

c) os autores seriam carentes de ação pela sua impossibilidade jurídica, pois a *finium regundorum* está adstrita à definição ou aviventamento de limites, não se ajustando à hipótese, onde os limites dos lotes estão bem claros e o que se alega é a ocorrência de superposição de áreas, matéria para ação de domínio.

No mérito, além de voltarem ao fato de o loteamento estar registrado — o que lhes asseguraria o domínio dos lotes — entram a discutir os fundamentos formais da sentença de usucapião pela qual a antecessora dos autores, D. Romana Maria Gon-

çalves, se fez titular do terreno demarcado, dizendo, entre outras coisas, que na ação respectiva não houve citação regular dos confrontantes. Afirmam: (fl. 262).

«Além disso, uma vez que, o usucapião, de onde originou o título dos autores, foi requerido em 1954, e segundo a certidão de fl. 41, em 20 de Abril de 1953, os senhores Shinquichi Agari e Shigeharu Kitahara, eram os proprietários da área, posteriormente adquirida pelos apelantes, por certo, na ação de usucapião, esses mesmos senhores deveriam ter sido citados naquela ação de usucapião, em razão de estar transcrito em seus nomes o imóvel usucapiendo, conforme determina a lei.

Contudo, quem foi citado naquela ação como a pessoa em cujo nome estava transcrito o imóvel usucapiendo no Registro de Imóveis, foi a Empresa Balneária Pontal do Sul S.A., conforme se vê das decisões proferidas naquele processo de usucapião inclusas por cópia (Documento nº 16).

Aliás, ressalte-se, que dito documento só foi obtido pelos apelantes junto ao Registro de Imóveis de Paranaguá, onde estava arquivado, pois, até o presente momento, os ora recorrentes, não obstante inúmeras buscas, ainda não conseguiram ter em mãos os autos do mencionado usucapião, muito embora, o assistente técnico dos apelados, tenha compulsado os mesmos autos, conforme informe em seu laudo » (fls. 262/263).

A seguir, passam a analisar a prova, procurando demonstrar, conforme a tese defendida na contestação, que o terreno dos autores teria outra localização. Inclusive sugerem que algumas testemunhas estariam comprometidas com declarações feitas na ação de usucapião, de modo que agora estariam temerosas de virem

a ser responsabilizadas perante os autores (fl. 267).

Resposta dos autores às fls. 302/312.

5. Pelo despacho de fl. 317, mandei ouvir a douta Subprocuradoria-Geral da República e esta se manifestou nestes termos:

«2. O digno Juiz Federal deu pela procedência da ação, declarando expressamente em sua brilhante sentença que fosse respeitada a «faixa de marinha», de domínio da União Federal.

3. Assim, satisfeitos que foram os interesses da União nesta fase da demanda, esta Subprocuradoria-Geral nada tem a opor à confirmação da respeitável sentença recorrida» (fl. 322).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Rejeito as preliminares suscitadas no apelo. A ser exata a localização do imóvel dos autores, constante da planta de fl. 119, suas lindes tocam por 3 (três) lados o loteamento «Balneário Atami», restando apenas a designada como frente, voltada para o terreno de marinha. Assim, como bem assinalado na resposta ao recurso, não há falar, agora, em confrontantes que existiriam ao tempo da usucapião, conforme registro de fl. 7 e sentença de fl. 278 v. e cujas propriedades estariam absorvidas no mesmo loteamento. Quanto à propriedade das ruas, é certo que passa ao município pelo registro do loteamento. Suporta, porém, a validade deste e na condição de bens públicos de uso comum (artigo 3º do DC nº 58/37 e artigo 66, I do C. Civil). Teriam de ser restabelecidos onde quer que se viesse a posicionar o loteamento. Não é caso de litisconsórcio do município.

Restaria a alegada carência ou impropriedade da ação, que igualmente rejeito. A sentença foi muito clara no tocante à existência da prova do domínio dos autores e da confusão de limites, o que basta à proposição da demarcatória. Doutrina e jurisprudência confortam, a respeito, a posição dos apelados (fls. 306/308).

2. No mérito, as alegações dos apelantes se dirigem, em verdade, contra o título dominial dos autores. A tese central é a de que o terreno nele descrito teria outra localização. A respeito, o Perito do Juízo, Dr. Hugo José dos Passos, alegou:

«Após analisarmos detidamente todos os elementos levantados, decorrentes de vistas aos autos, vistoria ao local e informações verbais de moradores da localidade, concluímos o seguinte:

a) Os documentos que constam dos Autos da Ação de Demarcação nº 218/79, não oferecem elementos técnicos necessários à demarcação do imóvel em litígio;

b) O local encontra-se parcialmente urbanizado, com rede elétrica, arruamento, pavimentação, arborização e construções implantadas;

c) Os informantes (moradores da localidade) inquiridos afirmam conhecer a exata posição do imóvel em litígio, tendo inclusive mostrado referida localização ao perito. Entretanto, o perito não encontrou nenhum vestígio, que merecesse crédito suficiente, capaz de oferecer apoio técnico para demarcação do imóvel;

d) Os Autos da Ação de Usucapião nº 10.464/54, que resultou na sentença de 26-11-57 e Acórdão de 23-5-60, erigindo a transcrição junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Paranaguá do imóvel objeto da Ação de Demarcação nº 219/79, poderá conter ou-

tros elementos de interesse para a demarcação do imóvel em litígio» (fl. 99).

Já o Assistente Técnico dos Autores, Dr. Raul Condessa Beltrami, alegando haver consultado os autos da ação de usucapião, deles transcreve afirmativas de testemunhas (fls. 112/113) e, complementando esses dados com informes conseguidos de moradores do lugar (fl. 115), conclui pela ocorrência de superposição do loteamento ao terreno dos autores, conforme planta que organizou e juntou à fl. 119.

3. Nesse parecer do Sr. Assistente Técnico e na prova testemunhal é que se baseia a sentença apelada para dar pela procedência da ação. Eis o essencial de sua fundamentação e a conclusão:

«4. Nessa toada, as alegações contestatórias dos réus (fls. 17/19), de modo saliente, procurando estabelecer como verdade que o imóvel dos autores (certs. fls. 6/7) não está situado dentro do «Balneário Atami», não encontram ressonância. Aliás, nesse aspecto, à força aberta, no meu sentir, convincentemente, os autores argumentaram que:

«... de fato, assentam a contestação em dois pontos que consideram básicos e suficientes para a carência da ação:

2.1 o de que o imóvel é denominado «Perequemirim», e o loteamento é «Balneário Atami»;

2.2. o de que o imóvel dos autores é uma área de terras de frente para o mar — e tal não é possível, pois a área de frente para o mar é faixa de marinha — (33,00 m); e, depois dela, vem uma Avenida do Loteamento, com 27 m de largura;

Ora, dois sofismas evidentes:

3.1. primeiro, porque o nome loteamento (que é nome fantasia

atribuído pelo primitivo proprietário, o nipônico Shinquichi Agari) nada tem a ver com o nome do local em que o loteamento se situa;

nome derivado do Rio Perequemirim: assim consta, expressamente, dos documentos primitivos do imóvel, que deram origem à área de terras sobre a qual se constituiu o loteamento:

o título de domínio pleno de terras, expedido pelo Governo do Estado do Paraná, em 7 de novembro de 1927 em favor de João Regis Gonçalves (transcrição 7.139, Livro 3G do RI desta comarca) é uma área de 97h 17a a 37ca no lugar denominado Perequemirim;

tal imóvel foi doado a Joaquim Gonçalves e a Segismundo Gonçalves, e transmitido a Shinquichi Agari e Shigueharu Kitahara (transcrição 8.756, Livro 3H do RI desta comarca), que o transmitiram à Construtora Isfer Ltda., antecessora da ré COEL Ltda. — com o nome de Perequê Mirim;

de sorte que o argumento dos réus é, além de simplório, eivado de má fé, para confundir o Juízo;

3.2. segundo, porque a) faixa de marinha (de 33,00m de frente para o mar) é de domínio público, insuscetível de apropriação por particulares, pessoa física ou jurídica: de sorte que uma área de frente para o mar significa de frente para a faixa de marinha que, salvo melhor entendimento dos réus, fica de frente para o mar...; b) o fato de o loteamento ter projetado uma rua sobre a propriedade dos autores não significa que os autores tenham perdido o direito de reivindicar o seu imóvel: não é o direito dos autores que está na rua, mas a rua que avançou no direito de propriedade dos autores...» (fls. 39/40) — (fls. originais).

5. A prova testemunhal (fls. 161/163 e 185 a 186) não desfaz as conclusões, até aqui, evidenciadas e os documentos, por último carreados (fls. 192 a 212), por si, não abalam a vistoria técnica antes realçada.

II — Fincada a motivação, considerando que os autores, incontroversamente, são proprietários de uma área de terras (2.000,00m²), adquirida *ad corpus*, com os limites e confrontações descritos no competente registro imobiliário, legitimando-se para a promoção desta ação, processualmente adequada para suprimir a confusão finium;

Considerando que, sem dúvidas, as propriedades imóveis das partes litigantes situam-se no mesmo lugar Perequemirim, Pontal do Sul, Município de Paranaguá cuja localização não sofre alteração pelo fato do loteamento denominado «Balneário Atami» incrustar-se na área, tal como bem comprova a certidão imobiliária de fls. 41/52;

Considerando que a prova técnica, o suficiente, demonstrou que, na área objeto da demarcação, localiza-se o loteamento (Balneário Atami), nas quadras aludidas, com vários lotes sobrepondo-se à propriedade imóvel dos autores, confundindo os limites descritos nos títulos dominiais;

Considerando que a demarcação, no caso, espelhada a confusão de limites, presta-se para a fixação dos rumos, com o lançamento de sinais materiais entre as duas propriedades individuadas nos respectivos títulos dominiais;

Considerando tudo o mais que dos autos consta,

hei por bem, com as razões e fundamentos esposados, em julgar procedente a ação, eliminando as confusões ou dúvidas, para deter-

minar o traçado da linha tecnicamente demarcada, fixando-se com marcos os limites entre os imóveis lindeiros. Fica cometida ao agrimensor a tarefa de materializar o terreno o caminhar divisório, para tanto, tomando, como ponto de partida e tracejamento das linhas perimétricas, os cálculos de coordenadas estabelecidos no Memorial de fl. 120, conforme amoldado na Planta de fl. 119, respeitadas a «faixa de marinha», de domínio da União Federal.

Conseqüente à procedência da demarcatória, como os réus não negaram a ocupação do terreno, demarcados os limites, certo que a ação está cumulada com possessória (artigo 951, CPC), ficam condenados à restituição do terreno ocupado, indenizando os autores pelos danos causados pela usurpação, que serão apurados na liquidação desta sentença.

Pelo princípio da sucumbência, os réus deverão pagar honorários advocatícios, estabelecidos em 20% sobre o valor dado à causa (fls. 4 — *in fine*). Finalmente, pagarão os estípidos profissionais dos «experts» nomeados (fls. 65 a 67), arbitrados em Cr\$ 26.000,00, divididos de acordo com as propostas de fls. 72 e 73. O assistente, nomeado pelo autor (fl. 68), será remunerado com salário igual ao arbitrado para o agrimensor.

As despesas com a materialização no terreno das linhas perimétricas e colocação de marcas (demarcação), proporcionalmente, serão suportadas pelas partes litigantes.» (Fls. 224/227).

4. Isto posto, e sem embargo da segura argumentação desse r. julgado, estou em que a solução definitiva da matéria, de modo inclusive a evitar futuros problemas para a União, cujo interesse provocou o deslocamento da causa para a Justiça Fede-

ral, dependeria de melhor aprofundamento da prova pericial. A primeira coisa a considerar é que, pela planta de fl. 119, que é o suporte da sentença, o próprio loteamento estaria, numa extensão de cerca de 500 m, adentrando terras de marinha. Basta ver que a chamada Av. Beira-Mar fica, pela planta, entre o terreno dos autores e o mar. Ora, tal avenida é, como dito acima, indelével do loteamento ou do conjunto urbano que dele resultará. Destarte, embora diga a sentença que os interesses da União estão preservados e assim também entendam os nobres representantes desta, o certo é que, na prática, isto só se dará se recuado o loteamento com avenida e tudo e não só a cabeça dos lotes como sugere o laudo do Sr. Assistente Técnico. E se os réus preferirem, como é muito mais provável, adquirir o terreno dos autores? Ficarà a União, como já está, com o problema da avenida dentro de suas terras.

Dir-se-á que, tendo o loteamento extensão maior que o terreno dos autores, esse problema já existe para a União e esta ação não o resolveria senão em parte. É verdade. Mas isto só interessa à própria União e a seus ilustres representantes. No caso concreto, cabe à Justiça Federal resolvê-lo na parte em que foi chamada. E precisa fazê-lo com segurança.

5. Para isto, e para solução definitiva da questão entre as partes, entendendo necessária a realização doutra perícia, na qual não só o laudo refira, com precisão, elementos físicos noticiados pelas testemunhas como capazes de situar topograficamente a área usucapida por D. Romana Maria Gonçalves e depois transmitida aos autores, mas também que esse laudo seja acompanhado de planta localizando esses elementos físicos, quando não amarrados a coordenadas geográficas, pelo menos presos a pontos naturais.

Para isto, podem os peritos utilizar-se dos depoimentos de fls. 161/163. Dizem esses depoimentos que o leito natural do rio Perequê Mirim passava pelo terreno de D. Romana e que esse leito foi mudado. Ora, não deve ser difícil localizar vestígios do leito antigo e assinalá-lo na planta. Um dos depoentes, filho de D. Romana, diz que ainda reside no local (fl. 161v.). À fl. 162 v., afirma-se que ainda hoje existe uma casa que fica nos fundos do terreno de D. Romana. A planta não registra esses suportes físicos.

A planta e as fotografias trazidas com o apelo (fl. 273 e segs.), só fazem aumentar a confusão, dando a impressão de ser o loteamento muito maior do que indica a planta de fl. 119 e de estar o rio Perequê Mirim bem mais longe do que dizem as testemunhas.

6. Os títulos de propriedade em nada ajudam. Já no Acórdão que confirmou a sentença em favor de D. Romana se lê:

«Ao Juiz da ação cumpria orientar a instrução do feito, no sentido de fixar com inteiro rigor o levantamento da área prescibenda. Não o tendo feito, hão de valer as limitações enunciadas com base no documento de fl. 5...» (Fl. 281).

Mas a verdade é que nada se providenciou. E o registro de fls. só podia reproduzir a falha, dizendo:

«Uma área de terras, no lugar denominado «Perequemirim» deste município e Comarca, com 100 (cem) braças de frente para o mar, numa área aproximada de 2.000 (dois mil) metros quadrados, limitando-se ao Norte, com terrenos de José Paulo; ao Sul, com Luiz da Silva; a Leste, com o Oceano Atlântico e ao Sul, com quem de direito » (Fl. 7, grifos meus).

À sua vez, a área que depois veio a ser loteada foi inicialmente descrita em mãos de antigos proprietários co-

mo terreno situado no lugar denominado «Perequê Mirim», não constando confrontações (fl. 41).

7. Como se vê, sem dados mais seguros, principalmente de ordem geográfica, que certamente poderão ser estabelecidos inclusive mediante consulta a órgãos técnicos do Governo local, torna-se temerária qualquer conclusão. Sobretudo pelo fato, assinalado no apelo, de que, na ação de usucapião, não foram citados os antecessores dos réus, mas a Empresa Balneária Pontal do Sul S.A, proprietária de terreno próximo ao dos réus (fl. 262).

8. Nestas condições, meu voto é no sentido de dar parcial provimento ao apelo para anular o processo desde a perícia, devendo outra realizar-se com os dados acima expostos e mais os que, no entender dos peritos, tragam maior contribuição ao deslinde da controvérsia.

É o voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Gueiros Leite: O voto do Ministro Relator reveste-se de prudência e como não tive oportunidade de reexaminar a matéria para dizer se, na verdade, se faz necessário ou não uma perícia mais completa, a fim de que certos elementos naturais sejam configurados na planta, imprescindíveis para o deslinde da questão, acompanho o eminente Relator.

De qualquer modo, como arguições formais foram feitas pelo ilustre advogado do apelante, o problema se encontra, na verdade, em suspenso, desde que mais vantajosa para ele a decisão a esta altura, tanto mais porque essas preliminares seriam facilmente arredadas, não só a referente ao chamamento do município, como também sobre uma das condições da ação, a sua impossibilidade jurídica, que o nobre advo-

gado dos apelados muito bem salientou em sua sustentação ao dizer que remontava à fase do usucapião não mais possível ou passível de reexame nesta ação, a não ser por via da ação rescisória.

Por tais motivos, repito, arredadas as preliminares, acompanho o eminente Ministro Relator em seu estudado e exaustivo voto.

É assim que voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.727 — PR — Registro nº 4.435.222 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Lima. Aptes.: Construtora Esplanada Ltda. — COEL e outros. Ap-

dos.: João Constantino Volcov e cônjuge. Advs.: José Cid Campelo Filho e Clínio L. L. Lyra e Paulo César Gontijo.

Decisão: Por unanimidade e preliminarmente, a Turma rejeitou as preliminares, e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso dos apelantes, para anular o processo, a partir da citação inicial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 20-3-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.727 — PR (Registro nº 4.435.222)

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Embargantes: João Constantino Volcov e cônjuge

Embargado: V. Acórdão de fl. 347

Advogados: Paulo César Gontijo, José Cide Campelo Filho e Clínio L. L. Lyra

EMENTA

Processual civil. Embargos de declaração.

1. Alegação infundada da ocorrência de decisão extra petita, quando só houve anulação do processo para realização de nova perícia. Caso em que, além disto, mesmo que houvesse, como se diz, decisão a favor da Fazenda, não teria ela excedido o âmbito do duplo grau obrigatório, que é automático.

2. Recurso que se declara exclusivamente protelatório, com aplicação da pena correspondente (artigo 538, parágrafo único).

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos declaratórios

e determinar a condenação do embargante na pena do artigo 538, do Código de Processo Civil, no grau máximo, 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 junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo apelado João Constantino Volcov ao v. Acórdão de fls., em que esta Egrégia Turma houve por bem anular este processo de demarcação, a fim de que se realizasse nova perícia.

2. Alega o embargante a existência de decisão **extra petita**, por se haver decidido que ocorreria invasão de terras de marinha, embora sem apelo da União, cujos representantes, ao contrário, disseram que os interesses desta haviam sido respeitados. Leio a própria petição, na parte referente ao mérito (lê, fls. 351/353).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Conheço dos embargos por serem tempestivos, mas os rejeito. Primeiro, porque têm cunho manifestamente infringente, pretendendo desfazer decisão que teria excedido o pedido, quando se sabe que o artigo 535 do CPC não abriga senão o propósito de sanar dúvida, contradição ou emissão. Segundo, porque o Acórdão embargado não decidiu o mérito mas, apenas, mandou refazer prova pericial, pelo que nada decidiu a favor de qualquer dos figurantes. Eis o que diz a ementa (lê, fl. 347).

No voto que proferi como Relator, e que serve de base ao julgado, realmente aludi à impressão, oferecida pela planta de fl. 119, de que o próprio loteamento estaria adentrando terreno de marinha, o que traria como consequência estar ocorrendo o mesmo com o imóvel do embargante, que, pela tese da demanda, fica-

ria de permeio. A alusão tem, todavia, o único propósito de justificar a nova prova que se manda fazer. Nada se decidiu.

2. Os embargos têm, assim, objetivos exclusivamente protelatórios, já que nem a alegada necessidade de prequestionamento para eventual recurso extraordinário encontra justificativa nos autos. Com efeito, mesmo que se houvesse decidido o mérito e concluído pela eliminação de eventual avanço em terreno de marinha, é sabido que os interesses da União são sempre protegidos pelo duplo grau obrigatório de jurisdição, o qual atua de forma automática e inevitável (artigo 475 do CPC). Assim, a simples alegação de ausência de recurso voluntário da União jamais abriria caminho ao pretenso apelo extremo.

3. Rejeito, pois, os embargos e aplico ao embargante, em favor da parte contrária, a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC, no grau máximo, tendo em vista o valor relativamente baixo atribuído à causa.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

Emb. Decl. AC nº 84.727 — PR — Registro nº 4.435.222. Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Embargantes: João Constantino Volcov e cônjuge. Embargado: V. Acórdão de fl. 347. Advogados: Paulo César Gontijo, José Cid Campelo Filho e Clínio L. L. Lyra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos declaratórios e determinou a condenação do embargante na pena do artigo 538, do Código de Processo Civil, no grau máximo. (Em 15-6-84 — 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 CIVEL Nº 85.740 — DF
(Registro nº 5.559.820)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelantes: Aldimiro Gonçalves de Souza e cônjuge

Apelados: Estado de Goiás, Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás — IDAGO e Francisco Monteiro Guimarães e outros, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA e União Federal

Advogados: Drs. Inimã José Valente, Paulo Crispim, Jair Bonifácio do Vale e outros, Francisco de Faria Pereira e outro e Agnaldo Jurandyr Silva e outros

EMENTA

Processual civil. Ação ordinária anulatória de títulos de domínio e do respectivo registro. Ilegitimidade passiva ad causam da União Federal e do INCRA. Incompetência da Justiça Federal.

1. Ilegitimidade passiva ad causam da União, por não ter participado de qualquer dos atos impugnados na inicial, quer porque as terras tituladas não lhe pertenciam, mas ao Estado de Goiás, quer pela inexistência de litisconsórcio passivo necessário.

2. A presença do INCRA na titulação das terras mencionadas nos autos sem qualquer efeito translativo do domínio, mas tão-somente para a ciência prévia de cada título, ad cautelam, para evitar eventual equívoco na translação do domínio, prevista em cláusula de convênio, também não implica em competência da Justiça Federal.

3. Exclusão da União e do INCRA do feito, com o conseqüente reconhecimento da incompetência da Justiça Federal e remessa à Justiça Estadual pertinente.

4. Apelo denegado.

ACORDÃO

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, 25 de setembro de 1984.
(Data do julgamento) — Ministro

Washington Bolívar, (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Trata-se de apelação de Aldimiro Gonçalves de Souza (fls. 188/193) contra a r. sentença de fls. 183/186, prolatada pelo MM. Juiz Federal Dr. Ilmar Nascimento Galvão, na ação ajuizada pelo apelante e sua mulher, visando anulação de título de domínio imobiliário expedido pelo Instituto de Desenvolvimento Agrá-

rio de Goiás — IDAGO e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA em favor de Francisco Monteiro Guimarães, tendo como objeto terras situadas no Município de Planaltina/GO, onde requereu, também, a citação do Estado de Goiás, da União Federal e do Oficial do Cartório Imobiliário que efetuou o registro.

O processo foi julgado extinto com relação ao INCRA e à União e, ao mesmo tempo, o MM. Juiz Federal declinou de sua competência em favor do Juízo do Estado de Goiás, condenando os autores em 10% do valor da causa (fls. 183/185).

Com as razões de fls. 190/193, o apelante pleiteia a reforma integral da sentença, argumentando:

«Não se discute se as terras são estaduais ou federais, mas, simplesmente, a participação ativa de um representante legal do INCRA, o qual, juntamente com o Presidente do IDAGO outorgaram o título ao réu Francisco Monteiro Guimarães, ato jurídico impugnado (fl. 16 v). Fato esse, que por si só, torna necessária a intervenção do INCRA e da União na presente causa, deslocando-se a competência da Justiça do Estado de Goiás para a Federal, pois, serão alcançados pelos efeitos da sentença, se favorável aos autores. A intervenção é necessária.

Ora, tanto os autores como o réu Francisco Monteiro Guimarães e sua mulher são proprietários de partes ideais de terras na fazenda «Saco», conforme o demonstram os referidos documentos dos autos.

Ambos participam da aludida ação discriminatória que abrange aquela fazenda, encontrando-se o feito em grau de recurso (fls. 12/174).

Se os apelantes saírem vencedores naquela ação, as terras serão consideradas particulares. Então,

como a fazenda «Saco» é indivisa, será submetida ao processo de demarcação e divisão (artigo 629 CC), onde serão apurados os documentos, cujas forças determinarão o tamanho do quinhão de cada condômino, proporcionalmente à área total da fazenda.

Como se vê, o título outorgado pelo Estado em co-participação com o INCRA desfalca a área da fazenda, prejudicando, assim, não só os autores como os demais condôminos, pois, como provado está, a área do título de domínio outorgado pelo Estado é superior a que os réus possuem em documentos particulares».

Posteriormente, o apelante requereu que fosse determinado, através de precatória, ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Planaltina, que procedesse o registro das citações da presente ação, por motivo do recurso interposto (fl. 195). O pedido foi indeferido em razão da competência declinada.

Decorrido o prazo sem apresentação de contra-razões, subiram os autos a esta instância (fl. 196).

Sem revisão, nos termos do artigo 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): A União Federal argüiu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, quer por não ter participado de qualquer dos atos impugnados pela inicial, quer porque as terras tituladas não lhe pertenciam, mas ao Estado de Goiás. Tampouco existe litisconsórcio passivo necessário (fls. 75/76).

A presença do INCRA na titulação das terras referidas nos autos não pode ter efeito translativo de domínio, já que as terras não lhe pertencem. Prende-se, antes, à inde-

clinável necessidade de tomar prévia ciência de cada título, ad cautelam, para verificação de eventual equívoco e possível transferência de terra de seu domínio, ou da União, quando for o caso. Decorre, em verdade, de cláusula expressa de convênio, em que se diz, textualmente (Cláusula Quinta, transcrita à fl. 46):

«A titulação das áreas abrangidas pelo presente convênio será de exclusiva responsabilidade do IDAGO, nos termos da legislação estadual, aplicável, devendo, entretanto, o INCRA firmar, conjuntamente com o IDAGO, os títulos de propriedade, expendidos em decorrência deste instrumento».

Ora, tem o processo discriminatório judicial preferência legal e prejudicial em relação às ações em andamento, relativas ao domínio e posse dos imóveis situados, no todo ou em parte, na área discriminada (Lei nº 6.383/73, artigo 23). No caso, a ação discriminatória em curso foi proposta pelo Estado de Goiás, através do seu Instituto de Desenvolvimento Agrário (IDAGO) e não pela União.

A ação a que se refere o presente apelo foi intitulada de «ordinária de anulação de títulos de domínio c/c

Anulação e Cancelamento dos respectivos registros». Foi proposta contra o Estado de Goiás, o IDAGO e a União Federal. A participação destas últimas, entretanto, como demonstrou a sentença apelada, não se justifica e daí a exclusão dessas entidades e o conseqüente reconhecimento da incompetência da Justiça Federal.

Este é, também, o meu entendimento, motivo pelo qual nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.740 — DF — Registro nº 5.559.820 — Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar — Apelantes: Aldimiro Gonçalves de Souza e cônjuge. Apelados: Estado de Goiás, Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás — IDAGO, Francisco Monteiro Guimarães e outros, INCRA e União Federal — Advogados: Dr. Inimã José Valente e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 25-9-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 88.120 — RJ

(Registro nº 2.076.497)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelantes: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER e Remy Bayma Archer da Silva

Apelados: Os mesmos

Advogados: Drs. Ilona Gomes Crespo, outros e Annibal Fonseca Lima e outro

EMENTA

Processual e Administrativo. Desapropriação.

1. Apelação. Tempestividade.

A discussão sobre a tempestividade da apelação do desapropriante, interposta contra a sentença de

merecimento, constitui matéria vencida, não passível de reexame, no caso, em decorrência do trânsito em julgado do Acórdão proferido no agravo de instrumento, que considerou a apelação tempestiva, e mandou processá-la.

2. Indenização. Justa, na espécie, a indenização fixada pela sentença com apoio no seguro e bem fundamentado laudo do vistor oficial. — Corretos, — os acréscimos legais deferidos de acordo com a jurisprudência sumulada do Tribunal. Juros moratórios. — Constituem parcela integrante da indenização — CPC — artigo 293 e Súmula nº 70.

3. Execução provisória. Sobrestamento.

4. Considerando os possíveis efeitos modificativos das decisões tomadas nesta assentada, sobre os cálculos processados durante a execução provisória, decreta-se o sobrestamento das apelações interpostas da sentença homologatória dos mesmos, — até que ditas decisões tenham transitado em julgado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar a preliminar de intempestividade da apelação de fls. 335/338, e, de **meritis**, negar provimento ao recurso do DNER, bem como, dar provimento à apelação do desapropriado, assegurando-lhe a contagem de juros moratórios. Ainda por unanimidade, sobrestar o julgamento da apelação do desapropriante, respeitante à homologação do cálculo processado durante a execução provisória, até que o presente Acórdão, proferido nesta assentada, tenha transitado em julgado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 22 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Ação de desapropriação, proposta em 1977, pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, contra Remy Bayma Archer da Silva; — o espólio de Léa de Castro Figueiredo, como interveniente; e a Caixa Econômica Federal, como terceira interessada, visando uma área de 36.147,00m², para a construção da rodovia federal BR-040, trecho Bingem — Areal, Estado do Rio de Janeiro, depositando a importância de Cr\$ 2.822.632,05, como oferta inicial.

Auto de imissão provisória na posse, fl. 57.

Contestação, fls. 59/62, acompanhada da documentação de fls. 63/66, pedindo a exclusão do feito, do espólio de Léa de Castro Figueiredo, também chamada Léa Archer e da Caixa Econômica — no mérito, impugnando o valor oferecido, e protestando por provas.

Réplica, fls. 70/74.

Saneador, irrecorrido, às fls. 218/220, excluindo do feito o espólio

de Léa de Castro Figueiredo e a Caixa Econômica Federal, face ao pagamento da quantia do seu interesse, e deferindo a prova pericial.

Realizada a perícia, vieram aos autos, o laudo do Perito Oficial, de fls. 232/253, submetido às críticas das partes, e os laudos dos Assistentes Técnicos, do expropriante, de fls. 259/284, e do expropriado, de fls. 292/311.

Ciente, a Procuradoria da República, fls. 75 v. 97 v., 172/288 v.

Decidindo o MM. Juiz a quo, o fez nestes termos:

«Tudo visto e examinado; decido:

Conforme já exposto, a presente ação tem por escopo a transferência forçada da propriedade do imóvel descrito na inicial, do expropriado para o expropriante. E como tal, cinge-se o seu objeto à fixação da correspondente indenização, a qual deve, além de prévia, ser justa, de modo a atender ao preceito constitucional.

Por indenização justa, evidentemente, não pode ser entendida aquela que minimiza o valor da propriedade privada — o que importaria em fisco — assim como também não pode ser tida nessa condição aquela que remunera em excesso o expropriado — o que importaria em enriquecimento sem causa, deste, com evidente prejuízo do interesse público.

No caso vertente, o preço de Cr\$ 2.822.632,05 oferecido inicialmente pelo DNER, mesmo para a época em que foi efetuado o depósito, não é suficiente para recompor o patrimônio do expropriado, em consequência do desfalque sofrido com a desapropriação. A rigor, mesmo corrigido para Cr\$ 15.311.852,28, como pretende o seu assistente técnico (fl. 278), esse valor ainda continua sendo insuficiente, tendo em vista a extensão e localização da

área atingida, além das benfeitorias nela existentes.

Por outro lado, o valor de Cr\$ 32.685.448,00 encontrado pelo assistente técnico do expropriado, peca pelo excesso.

Mais próximos da realidade, sem dúvida, estão os valores encontrados pelo perito oficial, que depois de minuciosa análise do mercado imobiliário, bem como das circunstâncias de fato, tais como localização, topografia, etc. arbitrou em Cr\$ 715,00 o metro quadrado, avaliando, assim, em Cr\$ 25.845.105,00 o terreno e em Cr\$ 2.859.183,29 as benfeitorias existentes montando o total em Cr\$ 28.704.288,29.

Justificando a sua avaliação, esclarece o perito:

Terreno:

a) Valor máximo da pesquisa do mercado Cr\$ 1.060,00/m².

b) Valor intermediário da pesquisa de mercado Cr\$ 560,66/m².

c) Valor mínimo da pesquisa de mercado Cr\$ 327,00/m².

d) Valor médio da pesquisa de mercado Cr\$ 649,22/m².

e) Valor fiscal da Prefeitura Municipal Cr\$ 180,00/m².

f) Valor médio fiscal da Inspeção Seccional de Fazenda Cr\$ 500,00/m².

g) Atualização do valor oferecido Cr\$ 670,53/m²

h) Valor médio de documentos anexados ao processo Cr\$ 1.044,55/m².

i) Valor máximo da pesquisa do DNER (atualizado) Cr\$ 1.096,53/m²

j) Valor mínimo da pesquisa do DNER (atualizado) Cr\$ 456,88/m²

— considerando todos os valores acima;

— considerando a situação do terreno;

— considerando as observações colhidas na pesquisa

— Adoto para o terreno desapropriado, o valor de:

Cr\$ 715,00/m²

que julgo ser o justo valor para a indenização, por estar compreendido na faixa de 10% acima do valor médio encontrado — Cr\$ 649,22, por este perito na pesquisa realizada, embora existam documentos e valores informados que justificassem uma avaliação para mais ou para menos.

O próprio valor oferecido atualizado (Cr\$ 670,53) está bem próximo do valor adotado, assim como a média dos valores de pesquisa do DNER (Cr\$ 776,70) ultrapassa a minha conclusão».

Considerando, pois, a objetividade do trabalho elaborado pelo visor oficial, além da natural imparcialidade que a sua condição lhe dá nele me louvo para fixar o montante da indenização a ser paga pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER ao expropriado Remy Bayma Archer da Silva.

Ante o exposto,

Julgo procedente a presente ação, mas fixo em Cr\$ 28.704.288,29 (vinte e oito milhões, setecentos e quatro mil, duzentos e oitenta e oito cruzeiros e vinte e nove centavos) o valor da indenização, importância essa que deverá ser acrescida de juros compensatórios à razão de 12% ao ano, a partir da imissão provisória na posse (com incidência simples até a data do laudo e a partir de então sobre o valor corrigido) e correção monetária, na forma da lei, caso a indenização venha a ser paga mais de um ano após a avaliação.

Condeno o expropriante nos honorários do perito bem como nos honorários do advogado do expro-

priado, que fixo em 10% sobre a diferença entre o preço oferecido e a indenização fixada, corrigidos, para esse efeito, ambos os fatores.

Deixo de consignar a remessa de ofício, por inoportunidade do artigo 1º, § 2º da Lei nº 6.825/80.

Custas, **ex lege**.

P. R. e intime-se» — fl. 312.

Ingressou o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, com embargos de declaração — fl. 323 visando o suprimento da omissão da sentença, no tocante à fixação do **quantum** dos emolumentos do perito, — os quais foram acatados pela sentença de fl. 333, posto que ressaltando a intempestividade dos declaratórios, e considerando requerimento do perito, no mesmo sentido do postulado nos embargos.

Apelou o DNER, às fls. 335/338, pedindo, em síntese, a prevalência do valor do metro quadrado em Cr\$ 348,00, de acordo com os critérios adotados pelo seu assistente técnico; juros compensatórios à taxa de 6% e honorários advocatícios, no percentual de 5%.

O expropriado ingressou com petição de fls. 340/341, onde pede o não-conhecimento da apelação do DNER, por ter sido interposta fora do prazo.

Por despacho de fl. 344, o MM. Juiz a quo, não recebeu a apelação, por intempestiva, tendo esse despacho sido objeto do Agravo de Instrumento nº 44.034, provido em 27-2-84, por decisão desta 5ª Turma.

Cálculo de liquidação, fl. 348, com manifestação favorável do expropriado, deixando o expropriante de se pronunciar, por ainda pender de julgamento o agravo.

Por sentença, de fl. 358, homologou-se o cálculo de liquidação, a dizer:

Trata-se de ação de desapropriação, proposta pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER contra Remy Bayma Archer da Silva, com a interveniência do Espólio de Léa de Castro Figueiredo e da Caixa Econômica Federal, julgada procedente pela sentença de fls. 313/317, que fixou a indenização em Cr\$ 28.704.288,29, com os acréscimos de lei.

Inconformado, o DNER interpôs a apelação de fl. 335, que não teve seguimento por intempestiva, conforme decisão de fl. 344. Dessa decisão o expropriante agravou.

Elaborados os cálculos de fl. 348, foram submetidos à crítica das partes, tendo o expropriado se manifestado favoravelmente à fl. 350 e o DNER se recusado a fazê-lo, por ainda pender de julgamento o agravo.

Isto posto,

Tendo em vista que o recurso de agravo não tem efeito suspensivo, homologo por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, os cálculos de fl. 348, no valor de Cr\$ 76.628.174,00 (setenta e seis milhões, seiscentos e vinte e oito mil, cento e setenta e quatro cruzeiros). Todavia, como se trata de execução provisória, face à pendência do recurso, impõem-se as restrições constantes do artigo 588 do CPC.

Mas como sobre a parcela inicial remanescente do depósito está excluída da discussão, defiro o pedido de fl. 354, autorizando o levantamento dos 20% (vinte por cento) restante do depósito, com os acréscimos que tiver produzido, devendo ser oficiado, primeiramente, à Caixa Econômica, para informar o **quantum** do depósito, já que essa parcela será deduzida da indenização final.

Por outro lado, tendo em vista que o DNER não atendeu à deter-

minação de fl. 333, reajusto os honorários do perito para o valor correspondente a 123 ORTNs, como requerido à fl. 319.

Oficie-se na forma acima indicada.

P. R. e Intime-se».

Alvará de levantamento dos 20% restantes do depósito, fl. 364.

Pedido de expedição de Precatório requisitório de pagamento ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, fls. 366/367.

O expropriado opôs embargos de declaração, de fls. 369/404, da parte da sentença homologatória do cálculo.

Em face do despacho de fl. 368, foi juntada a documentação de fls. 407/424, ficando esclarecida a metragem total do bem oferecido em caução.

Termo de caução, fls. 425/426.

Apelou o DNER, às fls. 428/430, da sentença de fl. 358, que homologou os cálculos de fl. 348, suplicando pela incorporação ao pagamento final, dos acréscimos ao depósito prévio e quanto à parte que reajustou os honorários do vistor oficial, pedindo a reforma da r. sentença, porque já fixados, na sentença de fls. 313/317, etc., manifestando-se a respeito da execução provisória — de fl. 427, o DNER pediu a atribuição de valor à causa, e protestando se pronunciar a respeito da caução oferecida, depois que a ordem processual fosse restabelecida.

O MM. Juiz a quo tendo como descabida a exigência, deferiu a expedição da Carta de Sentença, para fins de execução provisória, na forma dos artigos 587, 588 e 589 do CPC (fl. 434).

Precatório, fls. 443/444.

Alvará de levantamento dos honorários do perito, fl. 457.

Contra-razões do apelado, fls. 462/465, com juntada de documentos de fls. 466 a 489.

Autos remetidos a este Tribunal, apenas por força do apelo voluntário.

Em virtude do provimento do Agravo de Instrumento e do despacho de fl. 493, foram os autos remetidos ao Juízo de origem para receber contra-razões à primeira apelação do DNER, as quais vieram aos autos às fls. 498/508, acompanhadas da documentação de fls. 509/583, insistindo a apelada na alegação de intempestividade dos embargos de declaração oferecidos pelo apelante, e, em consequência, na alegação de intempestividade da apelação, ao argumento de equívoco da decisão do agravo tomada pela 5ª Turma, confundido prazo para os embargos de declaração, em primeira instância — artigo 465, do CPC, com o referido prazo, em segunda instância — artigo 536, do mesmo diploma legal.

Pede, em preliminar, o não-recebimento da apelação, e, no mérito, a confirmação da sentença.

Sem parecer da Subprocuradoria-Geral da República, na forma do artigo 63, § 2º, do Regimento Interno.

Ê o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A preliminar de desconhecimento da apelação do desapropriante, deduzida de fls. 335/338, por ter sido interposta fora do prazo legal, contado em dobro, constitui matéria vencida, não passível de ser reexaminada, em virtude do provimento do Agravo de Instrumento nº 44.034, por esta 5ª Turma, com trânsito em julgado, cujo Acórdão proclamou a tempestividade do apelo em causa, face o conhecido efeito dos embargos declaratórios à sentença, interposta pelo expropriante, fl. 323 — de suspender o

curso do prazo para a interposição de qualquer recurso.

Em homenagem ao douto advogado, no entanto, esclareço que os embargos declaratórios à sentença foram realmente interpostos fora do prazo de 48 horas previsto no artigo 465, do CPC, porém, ainda assim, resultaram admitidos pela sentença de insigne Juiz, Dr. Clélio Erthal, que, embora considerando também requerimento do perito, no mesmo sentido dos declaratórios, supriu a omissão da sentença de conhecimento, sobre os emolumentos do perito, sendo que dita sentença, não tendo sofrido qualquer restrição das partes, gerou situação jurídica definida a favor delas, pelo princípio de igualdade de tratamento das mesmas.

O Acórdão não fez confusão com o prazo de cinco dias para os declaratórios, previsto no artigo 536, do CPC, como alega o apelante, mas, considerando a peculiaridade da situação dos autos, traduzida na decisão transitada em julgado, sobre o efeito suspensivo dos declaratórios, houve por bem mandar processar a apelação. — E fez com acerto jurídico, mormente no caso, em que os declaratórios foram interpostos pelo ora apelante desapropriante.

Como quer que seja, a tempestividade do apelo em causa é matéria vencida, pois assenta no Acórdão proferido no agravo, com virtudes de coisa julgada.

Rejeito a preliminar.

Peço destaque.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: No mérito, o meu voto é negando provimento à sentença de merecimento, que se acha transcrita no relatório, na íntegra — lê —, pelos motivos e razões de julgar constantes da mesma, que são objetivos, pertinentes e assentam no seguro e bem funda-

mentado laudo do vistor do Juízo, que realizou pesquisa de mercado exaustiva, no interesse de definir o preço justo, aceito pelo Juiz. Inaceitáveis, os critérios constantes do laudo do assistente técnico. Juros compensatórios à razão de 12%, consonam com a Súmula nº 110, ao passo que a verba profissional, à base de 10%, harmoniza-se com a jurisprudência da Turma, em casos semelhantes aos dos autos.

Nego provimento ao apelo do desapropriante sobre a sentença de mérito.

Relativamente à apelação dos desapropriados, — fl. 323, — pleiteando juros moratórios, posto que não haja sido recebida por despacho formal do Juiz, nem processada, dela conhecimento e dou-lhe provimento, com base na Súmula nº 70 do TFR, conjugada ao artigo 293, do CPC, pelo qual os juros se compreendem no pedido.

No tocante à apelação do desapropriante, interposta da sentença homologatória do cálculo, composto durante a execução provisória, considerando o provimento parcial da sentença de merecimento, e os efeitos modificativos do novo julgado, sobre o cálculo, — o meu voto é sobrestando o julgamento da mesma

apelação, até que a decisão proferida nesta assentada tenha transitado em julgado.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 88.120 — RJ — Registro nº 2.076.497 — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Aptes.: DNER e Remy Bayma Archer da Silva. Adpos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Ilona Gomes Crespo, outros e Annibal Fonseca Lima e outro.

Decisão: Por unanimidade, rejeitou a preliminar de intempestividade da apelação de fls. 335/338, e, de mérito, negou provimento ao recurso do DNER, bem como, deu provimento à apelação do desapropriado, assegurando-lhe a contagem de juros moratórios. Ainda por unanimidade, sobrestou o julgamento da apelação do desapropriante, respeitante à homologação do cálculo processado durante a execução provisória, até que o presente Acórdão, proferido nesta assentada, tenha transitado em julgado — (5ª Turma. Em 22-8-84).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 88.781 — MG

(Registro nº 5.604.680)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelante: Universidade Federal de Minas Gerais

Apelado: Walter Xavier

Advogados: José Soares Ferreira e Maria Helena Caseiro Faria da Silva e outro

EMENTA

Funcionalismo. Redistribuição e enquadramento de servidor integrante de Quadros e Tabelas Suplementares (Lei nº 6.781/80, artigo 5º).

Não tem direito ao enquadramento resultante da implantação do novo PCC (Lei nº 5.645/70), em

igualdade de condições com os antigos servidores do órgão para o qual foi distribuído, o servidor que, ao tempo da implantação se encontrava em disponibilidade, à disposição do DASP. Improcedência da ação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Walter Xavier propôs a presente ação ordinária contra a Universidade Federal de Minas Gerais, objetivando a revisão de seu enquadramento.

O Dr. Juiz Federal relatou e decidiu o processo da seguinte maneira:

«Em 1-2-82, Walter Xavier, postulacionalmente bem representado à fl. 7, ajuizou a presente ação ordinária (originariamente o rito era sumaríssimo) em desfavor da Universidade Federal de Minas Gerais. Em síntese, assim diz a inicial de fls. 2/6: a) O autor, que pertencia aos quadros do antigo DCT, ficou em disponibilidade. Foi, em 24-7-78, distribuído para a UFMG, após ter sido aprovado em concurso da clientela originária. Em 1978 foi «aproveitado» como agente administrativo. Em 23-3-79, após submeter-se ao processo seletivo, ficou credenciado a ser incluído no PCC. Em maio de 80 ficou na referência NM-25, sendo promovido pa-

ra a NM-26. b) A seguir disse que descontente com seu posicionamento funcional, pediu fosse retificado seu enquadramento. A Seção de Legislação de Direitos e Deveres da UFMG indeferiu seu pedido. Ainda inconformado, recorreu. A Procuradoria da Reitoria, a seu turno, manteve o indeferimento. Ora, tanto o Departamento do Pessoal quanto a Procuradoria não tinham competência para «indeferir» pedido de servidor. c) Ao depois, frisou que em 1976 todos os servidores de funções iguais ou correlatas às do autor foram classificados na referência 32, com efeitos retroativos a partir de 1974 (Decreto nº 77.486/76). O autor, é verdade, em 1976 se achava em disponibilidade, mas, em 24-7-78, ao ser aprovado em concurso da clientela originária, foi aproveitado como Agente Administrativo SA-80 — NM-17. «Seu aproveitamento, a exemplo do que ocorre com todos os demais servidores, deveria forçosamente ocorrer na então referência NM-25 (ex-32), retroativamente a 1974. Em 23-4-79 — sublinhou — havia sido promovido ao nível 14-B, com efeitos retroativos a 31-12-77. Com isso deixou de pertencer ao início de carreira e adquiriu direito a ser classificado, retroativamente, na então referência 32, ao invés de o ser na referência 24. Na UFMG a sua redistribuição e aproveitamento se deram em 1978 e a portaria que o promoveu ao nível 14-B só fora publicada em 1979, embora com efeito retroativo a 1977. Desde essa época (1977) adquiriu direito a ser posicionado na ex-referência-32. d) A seguir, após noticiar nova preterição e citar ar-

tigos da Lei nº 6.781/80, instou fosse revisto seu enquadramento, com a condenação da ré a posicioná-lo na «referência ex-32, posteriormente ex-33, retroativa a 1974, e, conseqüentemente, acesso automático, a partir do mesmo em 1974, com as promoções impostas pela Lei nº 6.781/80, e o pagamento de todos os direitos decorrentes de seu novo posicionamento, acrescidos de juros e correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899/81». Acostada à inicial veio a documentação de fls. 7/24. A ré contestou às fls. 29/32. Após uma summa da pretensão resistida e impugnar o rito escolhido (sumaríssimo), abordou o mérito. A UFMG, que se achava com vagas no início de carreira, havia solicitado ao DASP a indicação de servidores que se achassem em disponibilidade. O autor, desarte, foi indicado e aproveitado. Após curso, foi classificado na referência NM-24 (ex-32). Mais tarde, por força do § 3º do artigo 1º da Lei nº 6.781/80, foi elevado à referência NM-26 (ex-33), com efeitos retroativos a partir de 20-5-80. «A retroatividade do posicionamento a 1974, tendo por base as promoções obtidas quando ainda era postalista, como pretende o autor, não tem razão de ser, uma vez que, nesse período, ele se achava ainda em disponibilidade remunerada, à disposição do DASP». «A retroatividade financeira, em conseqüência do seu enquadramento por transformação de postalista para agente administrativo, atingiu o funcionário a partir do momento do seu aproveitamento na Universidade». Absurdo seria que a ré fizesse com o autor, que não era de seus quadros, o que fez com seus próprios servidores. «Com referência à promoção é de se notar que, posicionado na referência NM-25 (ex-32) por força do § 3º do artigo 1º da Lei nº 6.781/80, o autor (conforme legislação citada por ele mesmo)

foi imediatamente colocado na referência 26 (ex-33), em virtude de aumento por mérito (promoção) em 1-7-80, nas mesmas condições em que foram posicionados os outros servidores com a mesma situação». Se o autor, caso tivesse direito, o que não tem, não seria assunto a ser tratado com a ré, que nada tem a ver com o período anterior ao seu aproveitamento. Em apartado a ré impugnou o valor da causa, que foi fixado em Cr\$250.000,00. Peças do procedimento administrativo se acham às fls. 42/47. Este Juízo nomeou «experts» (fls. 52/58) para fazerem perícia. Seus compromissos foram tomados às fls. 60/61. O laudo, subscrito por ambos, pode ser examinado às fls. 65/70. Memoriais foram apresentados às fls. 89/92 (autor) e 86/87 (ré). Esse o relatório. O autor, que era funcionário público da Administração Direta (União Federal, ex-DCT), ocupava o cargo de Postalista, nível 12-A, quando foi colocado em disponibilidade remunerada, vez que não quis fazer opção para o regime consolidado. Não pode, com isso, integrar o corpo do pessoal de então recém-criada ECT. Pela Portaria nº 1.068/78, do DASP, foi redistribuído para a UFMG. Ainda no cargo de Postalista CT-202-12-A, entrou em exercício na Autarquia em 21-8-78. Após seleção (23-3-79), foi enquadrado, em 8-2-80, como Agente Administrativo, referência 24-A, com efeito retroativo a partir de 21-8-78, dia em que entrara em exercício na UFMG. Em maio de 80, em virtude do disposto na Lei nº 6.781/80, foi promovido à referência 25. A pretensão do autor, que foi administrativamente resistida pela ré — daí o nascimento da presente lição — consiste na retificação do enquadramento para a NM-25, com efeito retroativo a 1974. O autor me parece com razão *in partem*. Efetivamente, ele não poderia ter sido,

como foi, enquadrado na NM-24, início de carreira. Quando se achava redistribuído e antes de ser posicionado no PCC, fora promovido ao nível 14-B, consoante a Portaria nº 414/79, de 23-4-79, publicada no DO de 26-4-79. Mas, por outro lado, pelo menos no tocante aos efeitos financeiros da pretensão resistida, a ré não deixa de ter razão. Ela não pode arcar com o ônus do período anterior à redistribuição, que não é seu. Isto posto, julgo parcialmente procedente a ação e determino seja feita a retificação do enquadramento do autor, como pedido na inicial. Quanto aos efeitos financeiros da retificação, esses só podem ser contados do efetivo exercício na UFMG, ou seja, a partir de 21-8-78. Fixo em Cr\$ 60.000,00 (sessenta mil cruzeiros) a honorária do perito e em 10% (dez por cento) a verba de patrocínio, que terá por base de cálculo o que for apurado em liquidação de sentença, por cálculo. Como houve subcumbimento recíproco, cada parte, arcará com a metade das despesas processuais, tudo nos termos do **caput** do artigo 21 do CPC. Assim, caberá à ré, que está isenta do pagamento de custas **ex vi** do inciso I do artigo 9º da Lei nº 6.032/74, devolver metade das custas, monetariamente corrigidas, antecipadas às fls. 26 e 34v., pelo autor» (fls. 113/118).

A Universidade apelou, em críticas, à sentença e com pedido de nova decisão (fls. 120/123). Contra-razões pela manutenção (fls. 125/127). Subiram os autos e aqui no Tribunal dispensou-se a promoção da douta Subprocuradoria-Geral da República (RI, artigo 63, § 2º).

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): O autor era funcionário do antigo DCT, em disponibilidade, como Postalista nível 12. Pela redistribuição promovida pelo DASP, foi lotado na UFMG e enquadrado, de acordo com o novo PCC, na referência 24, passando depois à referência 32, onde se encontra. Acha que o enquadramento está incorreto, desde a referência 24, da Lei nº 5.645/70, pois o artigo 5º, da Lei nº 6.781/80, dispõe assim:

«Art. 5º Os atuais servidores redistribuídos de quadros ou tabelas suplementares, como excedentes de lotação ou na forma do artigo 3º da Lei nº 6.184, terão os cargos e empregos com que foram enquadrados como clientela originária, no sistema da Lei nº 5.645, de 1970, localizados na classe em que seriam incluídos, se houvessem concorrido ao enquadramento no órgão para onde foram redistribuídos».

Assim, tendo mais de trinta e cinco anos de exercício, na ocasião do enquadramento, como consta de seus assentamentos, seu enquadramento compulsório deveria ser na referência 36, independentemente da existência de claro na lotação. Essa situação foi reconhecida aos servidores da UFMG, todos localizados na referência 32, em 1974.

Acho, contudo, que o autor não tem direito ao que pede, em que pese a conclusão favorável da respeitável sentença apelada. A retroatividade do posicionamento a 1974, tendo por base as promoções obtidas, quando o autor ainda era postalista, não seria possível, porque nesse

período ele ainda se encontrava em disponibilidade, à disposição do DASP.

Aliás, a retroatividade financeira sem dúvida o beneficiou em consequência do seu enquadramento, por transformação de postalista para agente administrativo, a partir do momento de seu aproveitamento na Universidade, em 1978. O próprio autor admite que em 1976 todos os demais servidores, de funções iguais ou correlatas às dele, foram classificados na referência 32, com efeito retroativo a 1974, mas que ele nessa época se encontrava em disponibilidade, não pertencendo ainda aos quadros da UFMG.

Em conclusão:

«Com referência à promoção é de se notar que, posicionado na referência NM-25 (ex-32) por força do § 3º do artigo 1º da Lei nº 6.781/80, o autor (conforme legislação citada por ele mesmo) foi imediatamente colocado na referência 26 (ex-33), em virtude de aumento por mérito (promoção) em 1-7-80, nas mesmas condições em que foram posicionados os outros servidores com a mesma situação» (fl. 32).

Na informação de fl. 46, peça do procedimento administrativo, está dito que, «conforme informação do DCCE, os servidores posicionados na IX faixa gradual, foram enquadrados na referência 32. Assim como determina a Lei no artigo e parágrafo supracitado (Lei nº 6.781/50, artigo 1º, § 3º), assim foi procedido quando do enquadramento do servidor. Posicionado na referência 32,

«... foram aplicados os mesmos critérios classificatórios e observa-

das as mesmas condições em que foram posicionados os servidores da UFMG de igual situação funcional, na época do NPCC».

Como o servidor obteve um aumento por mérito no período de 31-10-74, à data da vigência da Lei nº 6.781/80, foi aplicado o que determina o § 3º, ficando o servidor na referência 33.

Em resumo o que pleiteia o requerente foi aplicado de acordo com a lei, visto que, apesar da data da vigência da reclassificação ser 20-5-80, o aumento por mérito obtido, após 31 de outubro de 1974, foi aproveitado a partir da referência 32, sendo a posição atual do servidor como se tivesse sido reclassificado em 1974.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo da Universidade e reformo a respeitável sentença, para julgar improcedente a ação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 88.781 — MG — Registro nº 5.604.680 — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Apte.: Universidade Federal de Minas Gerais. Apdo.: Walter Xavier. Advs.: José Soares Ferreira e Maria Helena Caseiro Faria da Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação (Em 29-5-84 — 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 CÍVEL Nº 90.224 — RJ

(Registro nº 5.166.780)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: INPI

Apelada: Casa Publicadora Brasileira

Advogados: Drs. Álvaro Martins Bisnetto e outros, José Carlos Tinoco Soares e outro

EMENTA

«Propriedade industrial. Marca notória. Conceituação.

As marcas «Vida e Saúde», o «Atalaia» e «Nosso Amiguinho», assinaladoras de revistas de circulação restrita, não se enquadram no conceito notoriedade, definido pela Portaria/INPI nº 008/74 e no Ato Normativo nº 7/002, de 1980, para o efeito de se lhes assegurar a proteção estabelecida no artigo 67 da Lei nº 5.772/71 — Legitimidade de ato indeferitório da pretensão».

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 e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Armando Rollemberg**: Casa Publicadora Brasileira requereu ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial que fossem declaradas notórias as marcas «Vida e Saúde» «O Atalaia» e «Nosso Amiguinho», assinaladoras de revistas por ela editadas, e, indeferido o requerimento, propôs ação ordinária

para anular o ato em que tal se deu.

Processada, a ação foi julgada procedente por sentença assim fundamentada:

«A proteção à marca notória está consagrada no artigo 67 da Lei nº 5.772/71, *in verbis*:

«Art. 67. A marca considerada notória no Brasil, registrada nos termos e para os efeitos deste código, terá assegurada proteção especial, em todas as classes, mantido o registro próprio para impedir o de outra que a reproduza ou imite, no todo ou em parte desde que haja possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos, mercadorias ou serviços, ou ainda prejuízo para a reputação da marca.

Parágrafo único. O uso de marca que reproduza ou imite marca notória registrada no Brasil constituirá agravante de crime previsto na lei própria».

A marca notória é reconhecida nos países, com base na Convenção da União de Paris. No Brasil há formalidades para o seu registro, mas a lei não define o que seja notório. Para preencher tal lacuna, foi baixada a Portaria nº 8/74 e, posteriormente, o Ato Normativo nº 7/002, de 5-11-80, publicado na RPI de 18-11-80.

Pela portaria, são requisitos da notoriedade, a marca que:

1. permite ao consumidor, independentemente de seu grau de instrução, distinguir, de imediato, um produto ou um serviço por ela identificado;

2. seja conhecida em todas as regiões do País sem distinção de nível sócio-econômico dos seus habitantes;

3. pelo seu poder atrativo exerça tal magnetismo que independa de sua aplicação em um determinado produto ou serviço;

4. tenha atingido alto conceito no mercado devido à excepcional qualidade dos produtos ou serviços que assinala».

Verifica-se, portanto, que há muito subjetivismo na análise do preenchimento de tais requisitos, eis que, foram consideradas notórias as marcas «Trol», «Pingouin», «Lacta», «Sonho de Valsa», «Locomotiva», «Kibon», «Isopor», «Bombril», «Peixe», «Havaianas», «Mercedes-Benz», «Hering», «Casas Pernambucanas», «Jeep», «Xerox», «Palmolive», «Cotonetes», «Band-Aid», «Modess», e todas as demais que estampam a publicação na Revista da Propriedade Industrial de 3-8-82.

Não se pode dizer que tais marcas preencham, literalmente, as exigências contidas na Portaria nº 08/74.

É evidente que cada uma é notória para o público ao qual se destina, o que ocorre com as marcas que são objeto desta ação, revistas que já circulam há muitos anos, não apenas no Brasil como também em outros países, mas que, como qualquer publicação, não poderia ser conhecida de todos os habitantes. Por outro lado, a «excepcional qualidade do produto» é muito relativa, dependendo da Classe sócio-econômica a que se destina.

Dentro do que se propõe, as marcas em tela podem ser consideradas notórias».

O INPI apelou com razão das quais destaco o trecho seguinte:

«Como «notoriedade», segundo a sua definição geral e comum, significa ser «sabido ou conhecido de todos», a resposta negativa, sobretudo se dada por um *homo medius*, deve constituir presunção que só forte prova em contrário desfará.

Pois bem — como afirmado na contestação, o INPI, previdentemente, para obter um «felling» e uma representação bem condizentes com o sentimento e a opinião do público, não submete os pedidos de notoriedade à apreciação de uma só pessoa, mas sim de uma Comissão de 10 (dez) especialistas, que decidirá pelo *quorum* de quatro quintos (4/5) ou seja, oito dos seus integrantes.

Além disso, a dita comissão, antes de decidir, ouve, a respeito, a Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial, da Associação Brasileira para Proteção da Propriedade Industrial e do Conselho Nacional de Direitos Autorais — Regulamentação Pública — cuja opinião é evidentemente valiosa, pela especialização das funções desempenhadas por essas entidades.

Foi, pois, à luz de todo esse vasto e complexo somatório de dados e cercado de todos os cuidados e cautelas atrás referidos, que o apelante negou a declaração de notoriedade das marcas da apelada.

A MM.^a Juíza a quo, entretanto, simplisticamente, repudiou todo esse elaborado esquema, para ordenar a outorga da notoriedade, assim justificando seu entendimento «Dentro do que se propõe, as marcas em tela podem ser consideradas notórias». Data venia, tal afirmação foi feita sem qualquer base — fática ou jurídica e, portanto, deve ser a douda sentença reformada.

Com efeito, ao contrário do que sustenta a respeitável sentença, tem-se que a marca é notória quando, em virtude do próprio prestígio, a sua projeção ultrapassa os limites do seu mercado, setorial ou geográfico, sendo do conhecimento do consumidor do produto que visa assinalar ou de quem não o consome.

É o exemplo da marca «Volkswagen» que é hoje conhecida mesmo por quem não possui automóvel ou da marca «Gillete» que mesmo uma pessoa do sexo feminino não deixa de conhecer.

Bem diversas são as marcas da autora, divulgadas, apenas entre as associações adventistas, o que por si só já impede que se lhes reconheça a pleiteada notoriedade».

Com vista dos autos a Subprocuradoria opinou pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Em seu parecer a Subprocuradoria transcreveu trecho da apelação do INPI, e acrescentou:

«Em verdade, o registro de marca considerada notória tem se constituído em uma das questões de mais difícil solução dentre as suscitadas pela lei marcária, por envolver avaliação subjetiva, insusceptível de disciplinamento por regras absolutas.

José Carlos Tinoco Soares, citando a Portaria INPI n.º 8/74, esclarece que se considera de conhecimento notório a marca que:

«1. permita ao consumidor, independentemente de seu grau de instrução, distinguir, de imediato, um produto ou um serviço por ela identificado;

2. seja conhecida em todas as regiões do País sem distinção de nível sócio-econômico dos seus habitantes;

3. pelo seu poder atrativo exerça tal magnetismo que independa de sua aplicação em um determinado produto ou serviço;

4. tenha atingido alto conceito no mercado, devido à excepcional qualidade dos produtos ou serviços que assinala» (Código da Propriedade Industrial, págs. 151/152).

Por sua vez, Carlos Henrique Fróes, notável especialista na matéria, estudando com propriedade o assunto, assim conceitua a marca notória:

«A nosso ver, quem melhor definiu os indícios de notoriedade da marca foi Hans Becker, segundo o qual pode ser considerada notória a marca que é conhecida pelo conjunto de habitantes de um determinado território, sejam eles fregueses, amigos, ou inimigos, sem distinção de idade, cultura, de classe ou de partido. Em outras palavras, a marca atinge a condição de notória quando ela é conhecida «amongst all classes of the population, and is asked for by domestics, wor-

kers, women, uneducated people and children» (The Trade Mark Reporter, vol 42, nº 7, pág. 609). A marca que está «in aller mund» (na boca de todos), como assinala Martin Elsa Esser, em sua importante obra «Der Rechts Schutz Berrühmter Marken, pág. 130).

Como disse, em outra passagem de seu já mencionado artigo sobre a matéria, Alois Troller, a notoriedade se impõe sem que seja necessário nenhum raciocínio, nem a invocação de uma lembrança. Ela deve surgir como um reflexo (ob. cit. pág. 76).

Realmente, é marca notória, num país, aquela que, ante sua simples menção, o consumidor, qualquer que seja seu nível, identifica, imediatamente, o produto ou serviço que ela distingue.

A marca notória não se define, nem é preciso provar sua existência: «Sente-se sua presença» (Parecer in AC nº 65.857 — Cognac Otard S.A. x Otard Depuis Commercial de Bebidas Finas Ltda.)».

A conceituação acima não se distancia da definição de notório e notoriedade, segundo nossos léxicos, sendo que Aurélio assim registra:

«Notoriedade — sfl. Qualidade de notório, fama, publicidade. «Pessoa de notória competência ou saber.

Notório — (do lat. **notoriu**) adj. conhecido de todos, público, manifesto; professor de notório saber;

O boato dos amores adúlteros da duquesa corria já: os ciúmes da viscondessa eram notórios» (Camilo Castelo Branco, Livro Negro de Padre Diniz, pág. 194) (In Novo Dic. da Língua Portuguesa).

Diante de tal noção do que seja notoriedade e notório (**notorium est publice hoc es vel pluribus**) parece-nos possível concluir, com boa margem de segurança, que as marcas em exame não podem ser consideradas notórias.

«Vida e Saúde», «O Atalaia» e «Nosso Amiguinho», são títulos de revistas de divulgação orientada especialmente para os adeptos da confissão religiosa Adventistas do Sétimo Dia. Não são vendidas nas bancas de jornais, mas principalmente através de assinaturas ou por intermédio de jovens que custeiam parte de seus estudos com o produto das vendas. Tais características as definem como revistas de circulação restrita, pouco conhecidas entre a grande massa de católicos, que constitui a maioria do povo brasileiro. Não podem, obviamente, ser consideradas conhecidas do conjunto dos habitantes do país, «sem distinção de cultura, de classe ou de partido».

«A marca notória não se define», diz Carlos Henrique Fróes, «sente-se sua presença». Sente-se a presença da marca notória à simples menção de nomes como «Ford», «Kibon», «Bombril» e, para ficarmos no ramo das revistas, «Manchete». Colocando-se «Vida e Saúde», «O Atalaia» e «Nosso Amiguinho», ao lado dessas marcas e, especialmente confrontando-as com «Manchete», nota-se a grande diferença. «Sente-se» que elas não podem ser tidas como notórias.

Assim sendo, é o parecer pela reforma da sentença, a fim de que a ação seja julgada improcedente».

Tenho como procedentes os argumentos aduzidos no parecer lido, e os adoto como fundamentos para dar provimento à apelação e julgar a ação improcedente, invertidos os ônus da sucumbência.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Velloso: A sentença decidiu assim a questão:

«A autora pretende a anulação do ato administrativo que indeferiu os pedidos de declaração de notoriedade n.ºs 013.235/73, 013.233/73 e 013.234/73, referentes às marcas «Vida e Saúde», «O Atalaia» e «Nosso Amiguinho», respectivamente.

A autora é titular das marcas assinaladas, há mais de quarenta anos, conforme enumerado abaixo:

1. «Vida e Saúde», registrada sob no n.º 59.895, de 9-5-39, (Doc. n.º 31) prorrogada sob n.º 292.493, de 9-5-64 (Doc. n.º 32) e novamente prorrogada sob o n.º 1231/0292.493 de 9-5-74 (Doc. n.º 33).

2. «Vida e Saúde», registrada sob o n.º 1251/0646.282, de 25-9-75 (Doc. n.º 34).

3. «Vida e Saúde», registrada sob o n.º 1271/0690.666, de 25-4-79 (Doc. n.º 35).

4. «O Atalaia», registrada sob o n.º 70.311, de 15-12-41, prorrogada sob o n.º 199.051 de 15-12-56, outra vez prorrogada sob o n.º 336.230 de 15-12-66 e novamente prorrogada sob o n.º 1271/0336.230 de 15-12-76 (Docs. n.º 36 e n.º 37).

5. «Nosso Amiguinho», registrada sob o n.º 170.441, de 11-2-55, prorrogada sob o n.º 310.022, de 11-2-65, (Doc. n.º 38) novamente prorrogada sob o n.º 1271/0310.022, de 11-2-75 (Doc. n.º 39).

6. «Nosso Amiguinho», registrada sob o n.º 1231/0627.944, de 25-3-76 (Doc. n.º 40).

A proteção à marca notória está consagrada no artigo 67 da Lei n.º 5772/71, *in verbis*:

«Art. 67. A marca considerada notória no Brasil, registrada nos termos e para os efeitos deste código, terá assegurada proteção especial, em todas as classes, mantido o registro próprio para impedir o de outra que a reproduza ou imite, no todo ou em parte desde que haja possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos, mercadorias ou serviços, ou ainda prejuízo para a reputação da marca.

Parágrafo único. O uso de marca que reproduza ou imite marca notória registrada no Brasil constituirá agravante de crime previsto na lei própria».

A marca notória é reconhecida nos países, com base na Convenção da União de Paris. No Brasil há formalidades para o seu registro, mas a lei não define o que seja notório. Para preencher tal lacuna, foi baixada a Portaria n.º 08/74 e, posteriormente, o Ato Normativo n.º 7/002, de 5-11-80, publicado na RPI de 18-11-80.

Pela portaria, são requisitos da notoriedade, a marca que:

1. permite ao consumidor, independentemente de seu grau de instrução, distinguir, de imediato, um produto ou um serviço por ela identificado;

2. seja conhecida em todas as regiões do País sem distinção de nível sócio-econômico dos seus habitantes;

3. pelo seu poder atrativo exerça tal magnetismo que independa de sua aplicação em um determinado produto ou serviço; e

4. tenha atingido alto conceito no mercado devido à excepcional qualidade dos produtos ou serviços que assinala».

Verifica-se, portanto, que há muito subjetivismo na análise do preenchimento de tais requisitos, eis que, foram consideradas notórias as marcas «Troi», «Pinguin», «Lacta», «Sonho de Valsa», «Locomotiva», «Kibon», «Isopor», «Bombril», «Peixe», «Havaiana», «Mercedes-Benz», «Hering», «Casas Pernambucanas», «Jeep», «Xerox», «Palmolive», «Cotonetes», «Band-Aid», «Modess», e todas as demais que estampam a publicação na Revista da Propriedade Industrial de 3-8-82.

Não se pode dizer que tais marcas preencham, literalmente, as exigências contidas na Portaria nº 8/74.

É evidente que cada uma é notória para o público ao qual se destina, o que ocorre com as marcas que são objeto desta ação, revistas que já circulam há muitos anos, não apenas no Brasil como também em outros países, mas que, como qualquer publicação, não poderia ser conhecida de todos os habitantes. Por outro lado, a «excepcional qualidade do produto» é muito relativa, dependendo da classe sócio-econômica a que se destina.

Dentro do que se propõe, as marcas em tela podem ser consideradas notórias» (fls. 273/275).

Apelou o Instituto Nacional da Propriedade Industrial — INPI (fls. 278/282).

II

Apreciando o apelo, o eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator, ao mesmo deu provimento. Assim o voto de S. Exa.:

«Em seu parecer a Subprocuradoria transcreveu trecho da apelação do INPI, e acrescentou:

«Em verdade, o registro de marca considerada notória tem se constituído em uma das questões de mais difícil solução dentre as suscitadas pela lei marcária, por envolver avaliação subjetiva, insusceptível de disciplinamento por regras absolutas.

José Carlos Tinoco Soares, citando a Portaria INPI nº 8/74, esclarece que se considera de conhecimento notório a marca que:

«1. permita ao consumidor, independentemente de seu grau de instrução, distinguir, de imediato, um produto ou um serviço por ela identificado;

2. seja conhecida em todas as regiões do País, sem distinção de nível sócio-econômico dos seus habitantes;

3. pelo seu poder atrativo exerça tal magnetismo que independa de sua aplicação em um determinado produto ou serviço;

4. tenha atingido alto conceito no mercado, devido à excepcional qualidade dos produtos ou serviços que assinala» (Código da Propriedade Industrial, págs. 151/152).

Por sua vez, Carlos Henrique Fróes, notável especialista na matéria, estudando com propriedade o assunto, assim conceitua a marca notória:

«A nosso ver, quem melhor definiu os indícios de notoriedade da marca foi Hans Becker, segundo o qual pode ser considerada notória a marca que é conhecida pelo conjunto de habitantes de um determinado território, sejam eles fregueses, amigos ou inimigos, sem distinção de idade, cultura, de classe ou de partido. Em outras palavras, a marca atinge a condição de notó-

ria quando ela é conhecida «amongst all classes of the population, and is asked for by domestic, workers, women, uneducated people and children» (The Trade Mark Reporter, vol. 42, nº 7, pág. 609). A marca que está «in aller mund» (na boca de todos), como assinala Martins Elsa Esser, em sua importante obra «Der Rechts Schutz Berrühmter Marken, pág. 130).

Como disse, em outras passagens de seu já mencionado artigo sobre a matéria, Alois Troller, a notoriedade se impõe sem que seja necessário nenhum raciocínio, nem a invocação de uma lembrança. Ela deve surgir como um reflexo (ob. cit. pág. 76).

Realmente, é marca notória, num país, aquela que, ante sua simples menção, o consumidor, qualquer que seja seu nível, identifica, imediatamente, o produto ou serviço que ela distingue.

A marca notória não se define, nem é preciso provar sua existência: «Sente-se sua presença» (Parecer in AC nº 65.857 — Cognac Otard S.A. x Otard Depuis Commercial de Bebidas Finas Ltda.)».

A conceituação acima não se distancia de definição de notório e notoriedade, segundo nossos léxicos, sendo que Aurélio assim registra:

«Notoriedade — sfl. Qualidade de notório, fama, publicidade. «Pessoa de notória competência ou saber.

Notório — (do lat. **notoriu**) adj. conhecido de todos, público, manifesto; professor de notório saber;

O boato dos amores adúlteros da duquesa corria já: os ciúmes

da viscondessa eram notórios» (Camilo Castelo Branco, Livro Negro de Padre Diniz, pág. 194). (In Novo Dic. da Língua Portuguesa).

Diante de tal noção do que seja notoriedade e notório (**notorium est publice hoc es vel pluribus**) parece-nos possível concluir, com boa margem de segurança, que as marcas em exame não podem ser consideradas notórias.

«Vida e Saúde», «O Atalaia» e «Nosso Amiguinho» são títulos de revistas de divulgação orientada especialmente para os adeptos da confissão religiosa Adventistas do Sétimo Dia. Não são vendidas nas bancas de jornais, mas principalmente através de assinaturas ou por intermédio de jovens que custeiam parte de seus estudos com o produto das vendas. Tais características as definem como revistas de circulação restrita, pouco conhecidas entre a grande massa de católicos, que constitui a maioria do povo brasileiro. Não podem, obviamente, ser consideradas conhecidas do conjunto dos habitantes do país, «sem distinção de cultura, de classe ou de partido».

«A marca notória não se define», diz Carlos Henrique Fróes, «sente-se sua presença». Sente-se a presença da marca notória à simples menção de nomes como «Ford», «Kibon», «Bombril» e, para ficarmos no ramo das revistas, «Manchete». Colocando-se «Vida e Saúde», «O Atalaia», e «Nosso Amiguinho» ao lado dessas marcas e, especialmente confrontando-as com «Manchete», nota-se a grande diferença. Sente-se que elas não podem ser tidas como notórias.

Assim sendo, é o parecer pela reforma da sentença, a fim de que a ação seja julgada improcedente.»

Tenho como procedentes os argumentos aduzidos no parecer lido, e os adoto como fundamentos para dar provimento à apelação e julgar a ação improcedente, invertidos os ônus da sucumbência.»

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

III

A formulação do conceito de marca notória não é tarefa fácil. Segundo José Carlos Tinoco Soares, «marca notória é a que através da aceitação pública se tornou conhecida por todos, sendo muitas vezes empregada como substitutivo do próprio produto». E acrescenta:

«É pela aceitação pública que uma marca se torna notória e qualquer um do povo saberá perfeitamente distingui-la dentre quaisquer outras. Essa preferência faz com que a mesma seja conhecida através dos consumidores que a divulgam enobrecendo as suas qualidades, ou por intermédio dos seus titulares que a propagam salientando os seus característicos. De uma forma ou de outra é a predileta. Muitas vezes o seu conhecimento torna-se tão comum, que a mesma passa a substituir o nome genérico do produto, sendo até erroneamente empregada por outros industriais ou comerciantes». (José Carlos Tinoco Soares, «Direito de Marcas», Ed. Atlas, 1ª ed., 1968, págs. 104/105).

Na mesma linha, a lição de Carlos Henrique Fróes, citado no parecer do Dr. Paulo Sollberger e transcrito no voto do Sr. Ministro Relator, a dizer que «é marca notória, num país, aquela que, ante a sua simples men-

ção, o consumidor, qualquer que seja seu nível, identifica, imediatamente, o produto ou serviço que ela distingue.»

IV

No caso, pretende-se que sejam notórias as marcas: a) «Vida e Saúde», b) «O Atalaia» e c) «Nosso Amiguinho», que são títulos de revistas especialmente dirigidas aos Adventistas do Sétimo Dia. Ficou esclarecido, nos autos, que essas revistas não são vendidas em bancas de jornais, mas divulgadas principalmente através de assinaturas. São pois, revistas de circulação restrita. Força é concluir, então, que não se incluem no conceito de marca notória, conceituada esta como a marca «que através da aceitação pública se tornou conhecida por todos, sendo muitas vezes empregada como substitutivo do próprio produto» (José Carlos Tinoco Soares, ob. cit.).

V

Do exposto, adiro ao voto do Sr. Ministro A. Rollemberg, pelo que dou provimento ao apelo para o fim de julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 90.224 — RJ — Registro nº 5.166.780 — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: INPI. Apdo.: Casa Publicadora Brasileira. Advs.: Drs. Alvaro Martins Bisnetto e outros, José Carlos Tinoco Soares e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação. (Em 10-10-84 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 90.493 — SP
(Registro nº 5.630.835)

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Remetente: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de São José dos Campos — SP

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

Apelada: Empresa Municipal de Habitação S.A. — EMHA

Advogados: Drs. Laudelino Alves de Sousa Neto (Apte.) e Lourdes Maria Alvarenga de Sampaio Coelho e outro (Apda.).

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Débito pago administrativamente. Impossibilidade de substituição do título executivo.

I — Se a execução fiscal foi instruída com Certidão de Dívida Ativa, formalmente correta, mas a devedora provou, com documentos através de embargos, haver pago, administrativamente, a quantia exigida, descabe aplicar-se, à espécie, a regra do § 8º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80.

II — 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 ao recurso voluntário e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 4 de junho de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: O ilustre Juiz de Direito da Comarca de São José dos Campos (SP), Dr.

Roberto Galvão de França Carvalho, relatou e decidiu a lide, nestes termos:

«A Empresa Municipal de Habitação S.A. — EMHA, pessoa jurídica de direito privado, apresentou os presentes embargos à execução fiscal que lhe move o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS). Alega, em resumo, que quando do ajuizamento da execução em tela, ocorrido aos 5 de julho de 1983, os débitos nela cobrados já estavam devidamente quitados, inclusive, em valor a maior, conforme guias de recolhimento inclusas. Pede, pois, a procedência dos embargos, com a condenação da embargada no pagamento das custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais. Instruiu o pedido com os documentos de fls. 4/11.

À fl. 13, as partes requereram a suspensão do feito por noventa dias, o que foi deferido; decorrido esse prazo, a embargante requereu o prosseguimento dos embargos (fl. 14v.) reabrindo-se a oportunidade para o embargado impugnar o pedido (fl. 15).

À fl. 16, requereu o embargado a substituição da certidão de dívida de fl. 4, dos autos principais, por outra que apresenta (fl. 17), devolvendo-se à executada o prazo para eventual embargos.

Manifestou-se a embargante contrariamente à tal pretensão, reiterando o pedido de procedência dos embargos (fls. 22/23).

.....

 A embargante comprovou, documentalmente, que, à época do ajuizamento da execução, o débito assinalado na Certidão de Dívida Ins-crita (CDI) de fl. 4, dos autos principais, no montante de Cr\$ 3.976.957,87, já estava inteiramente quitado, inclusive, em valor a maior.

Logo a procedência dos embargos é medida de rigor, com a consequente extinção do processo de execução, em face do pagamento.

E o pedido de execução por débito diverso, formulado no curso dos embargos do devedor, implicaria em inegável ofensa ao princípio da inalterabilidade do pedido; por isso, desmerece acolhida a postulação fazendária de fl. 30, não prescindindo de ação própria.

Pelo exposto, por esses fundamentos e pelo mais que dos autos consta, julgo procedentes os presentes embargos, para declarar, como declaro, extinta a execução, em face do pagamento, determinando o levantamento da penhora de fl. 8, dos autos principais.

Em conseqüência, condeno a embargada ao pagamento de custas reembolsáveis, se houver, e honorários advocatícios, estes de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros), em consonância com as diretrizes do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, com ou sem a interposição de recursos voluntários, subam os autos à doutíssima apreciação do E. Tribunal Federal de Recursos, para reexame» (fls. 25/27).

O IAPAS apelou, sustentando ser legítimo o prosseguimento da execução, para cobrança do débito remanescente, apurado e inscrito em nova certidão de dívida ativa (fls. 28/32).

Recebido o recurso e apresentadas as contra-razões de fls. 40/42, foram remetidos os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (artigo 33, IX).

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Agiu com acerto o douto Juiz a quo. Quando do ajuizamento da execução, a dívida já se encontrava paga. Tal fato afigura-se incontestado, ante a documentação acostada aos autos.

Não se aplica, à espécie sob julgamento, a regra do § 8º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, no sentido de que «até a decisão de primeira instância, a Certidão da Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurado ao executado a devolução do prazo para embargos». Este dispositivo legal refere-se a hipótese diver-

sa da dos autos, pois autoriza, somente, a emenda ou substituição de Certidão incorreta ou omissa, sem que haja alteração do pedido ou da causa de pedir.

No caso dos autos, a execução fiscal foi instruída com Certidão de Dívida Ativa, formalmente correta, mas a devedora embargou a execução e provou, através de documentos, haver pago, administrativamente, a quantia exigida.

Não pode a Autarquia exequente valer-se de novo título para prosseguir na execução.

Isto posto, nego provimento à apelação e à remessa de ofício, para confirmar a sentença monocrática.

E o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 90.493 — SP — Registro nº 5.630.835 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Remte.: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de São José dos Campos-SP. Apte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Apda.: Empresa Municipal de Habitação S.A. — EMHA. Advs.: Drs. Laudelino Alves de Sousa Neto (Apte.) e Lourdes Maria Alvarenga de Sampaio Coelho e outro (Apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial. (Em 4-6-84 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 91.786 — SP (Registro nº 5.648.939)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: INPS

Apelada: Elvira Pirola

Rec. Adesivo: Elvira Pirola

Advogados: Drs. Valentim Aparecida da Cunha e José Carlos Terezam e outro

EMENTA

Previdência Social.

Aposentadoria por tempo de serviço. Ineficácia da prova exclusivamente testemunhal para comprovação de atividade laborativa, a teor do disposto no artigo 41, § 5º, da CLPS. Destinatários da norma são todos os juízes, do primeiro e do segundo grau.

Se inexistente início razoável de prova documental, descabe a pretensão ajuizada.

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 à apelação da autarquia e julgar prejudicado o recurso

adesivo, 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 **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Adhemar Raymundo**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Elvira Pirola, servidora pública municipal, ajuizou ação ordinária contra o INPS, objetivando aposentar-se por tempo de serviço.

Alegou a autora haver trabalhado, como doméstica, para o Sr. Rubens Cruz, de maio a julho de 1968, anteriormente, portanto, à legislação específica para a doméstica.

Em setembro de 1968, passou a trabalhar na Prefeitura Municipal de Araraquara, sendo desta transferência, posteriormente, para o DAAE, onde permanece até esta data.

Somando o tempo de serviço em ambos os empregos, mais de 30 anos, requereu ao INPS sua aposentadoria por tempo de serviço, mas lhe foi indeferido o pedido. Recorreu aos órgãos recursais da Previdência, mas não logrou êxito.

Por isso ajuizou esta ação, em que pleiteia a concessão do benefício a contar do primeiro requerimento administrativo, com o pagamento das parcelas pretéritas, corrigidas monetariamente, com juros, honorários de 20%, custas, despesas processuais e um ano das vincendas.

Inicial instruída com os docs. de fls. 7/19.

Contestou o INPS, sustentando haver a autora requerido aposentadoria em setembro de 1982, mas sem nenhum início razoável de prova material. Indeferido este pedido, voltou a autora em abril de 1983 com novo requerimento, acompanhado de certidão expedida pela JCJ de Araraquara, na qual consta a regularização de seu contrato de trabalho, como doméstica.

Todavia, lhe foi indeferido o pedido por «não considerar o Instituto, como documento ou como início de prova, este tipo de certidão».

Em audiência de instrução prévia foi tomado o depoimento pessoal da autora, e, ouvidas duas testemunhas, apresentando as partes razões finais, por meio de memoriais.

Convertido em diligência o julgamento para que um dos patrões da autora, como doméstica, fosse ouvido, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, ocasião em que as partes travaram debate oral. Na mesma audiência, o Dr. Juiz de Direito de Araraquara julgou procedente, em parte, o pedido.

Apelou a Autarquia.

Contra-arrazoou a autora e recorreu de modo adesivo.

Contra-arrazoou o INPS.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Em julgamentos idênticos ao dos autos, quanto à aplicação do artigo 41, § 5º, da Consolidação das Leis da Previdência Social, não permitindo eficácia jurídica à prova testemunhal, quando esta é exclusiva para comprovar tempo de

serviço, tenho defendido ponto de vista de que o Juiz é também destinatário da norma indicada. Não foi editada a lei com o objetivo único de ser aplicada exclusivamente pelo administrador. Este aplica a lei, não como fim, mas como meio para dirimir a controvérsia entre ele e o administrado. O Juiz, diferentemente, diz do direito, aplicando a lei, com a finalidade precípua de pôr fim à demanda. Ambos são aplicadores da lei.

O artigo 41, § 5º, da Consolidação, firma uma regra de prova. Por exceção, estatuiu-se que a prova testemunhal é, por si só, ineficaz para a comprovação de tempo de serviço. Necessariamente, a ela deve juntar-se início razoável de prova documental. A facilidade com que se arregimentam testemunhas, para atestarem, em juízo, tempo de serviço, é a razão de ser da restrição imposta. Não bastam testemunhas. É necessário que outra prova seja produzida para ratificar as declarações prestadas na justificação judicial. Não endosso o ponto de vista de que a norma do artigo 41 destina-se à autoridade administrativa. A ela e aos juízes, em geral, o dever de aplicá-la.

O Juiz, na sentença, acentuou, com acerto, que a decisão proferida na área trabalhista não pode obrigar o INPS. Ali, o Juiz especial aceitou a prova exclusivamente testemunhal e determinou a anotação na carteira profissional. Mas, se nenhuma prova documental se trouxe para os autos, no sentido de comprovar o tempo de serviço da autora, como doméstica, impossível acolher a pretensão ajudada, data venia.

O sistema da prova legal está superado. Todavia, em casos excepcionais, o legislador estabelece restri-

ções em matéria de prova. E se assim procede, impondo ao julgador determinados critérios, a este o dever de acatar as suas preceituações. Lembro, a propósito, o disposto no artigo 158 do CPP que estatui ser a prova pericial, nos crimes que deixam vestígios, indispensável, como a dizer expressamente, que outra prova é, na hipótese, desnecessária. Também quanto ao valor da confissão, o artigo 199 do diploma legal citado é claro em estabelecer uma regra de prova, forte em preceituar que necessário se torna ao Juiz compatibilizá-la com outros elementos de prova. Resquícios do velho sistema legal da prova, pelo qual o legislador dava às provas prévio valor.

Diante da inexistência de início razoável de prova material, que possa agregar-se à testemunhal, dou provimento à apelação, para julgar improcedente o pedido, prejudicado o recurso adesivo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 91.786 — SP — Registro nº 5.648.939 — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apte.: INPS. Apda.: Elvira Pirola. Rec. Adesivo.: Elvira Pirola. Advs.: Drs. Valentim Aparecida da Cunha e José Carlos Terezan e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da Autarquia e julgou prejudicado o recurso adesivo (Em 14-8-84 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 92.493 — RS
(Registro nº 5.476.542)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelante: Paulo Fernando Daisson Birriel

Apelado: INAMPS

Advogados: Drs. José Jappur, Lucy Mathias de Carvalho Borcelli, José Carlos Sepúlveda Pertence

EMENTA

Funcionalismo. Aposentadoria. Hipótese de incorporação das vantagens da função gratificada e cargo em comissão. Artigo 180, § 2º, da Lei nº 6.732, de 4-12-79.

O funcionário que contar tempo de serviço igual ou superior ao fixado para aposentadoria voluntária, será aposentado com vencimentos do cargo em comissão ou gratificação da função respectiva, desde que o seu exercício haja compreendido um período de 10 (dez) anos, consecutivos ou não, atribuindo-se-lhe as vantagens do cargo ou função de maior valor, desde que corresponda um exercício mínimo de 2 (dois) anos. (§ 2º, do artigo 180, da Lei nº 6.732/1979). Irrelevante que o funcionário tenha exercido cargo ou função em data anterior à aposentadoria.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, 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, 11 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Paulo Fernando Daisson Birriel, qualifica-

do na inicial, acionou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, visando a incorporação em seus proventos do cargo em comissão, símbolo DAS 101.3, correspondente ao antigo cargo de Delegado do IAPETEC, cujas atribuições desempenhou no período de 21-3-66 a 18-6-69.

Diz o autor que se encontra aposentado desde 14-7-83, no cargo de Técnico de Administração, classe «C», referência NS-17, com as vantagens da gratificação de função de Diretor de Divisão de Desenvolvimento de Recursos Humanos — DAI 111.3, que detinha na época da aposentação. Por haver exercido durante mais de dez anos não consecutivos funções gratificadas e cargos em comissão, requereu, na forma da Lei nº 6.732/79, a revisão do ato que inativou para nele incorporar a vanta-

gem do cargo em comissão DAS 101.3.

O pedido foi indeferido, na área administrativa, ao fundamento de que não estava no exercício desse cargo ao passar para a inatividade.

A contestação (fls. 31/33) sustenta que o pedido é improcedente, pois o artigo 102, § 2º, da CF, é expresso no sentido de que «em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exercer a remuneração percebida na inatividade». Conseqüentemente, o autor só poderia aposentar-se, como efetivamente ocorreu, com as vantagens da função que exercia na data da jubilação.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara, Dr. Ari Pargendler, sentenciando às fls. 41/44, julgou improcedente a ação, condenando o postulante ao pagamento dos honorários de advogado arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformado, recorreu o impetrante, com as razões de fls. 46/49, em críticas ao v. decisório, onde esclarece que à situação aplica-se a Lei nº 6.732/79.

Contra-razões à fl. 54.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A dificuldade do deslinde da causa decorre do entendimento que se empreste ao final do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, ao considerar que «em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade».

Ao interpretar essa disposição constitucional, tenho admitido que não há acolher, restritivamente, a idéia de que os vencimentos percebidos pelo funcionário, no dia fatal da sua aposentadoria, sirvam de padrão para o total dos proventos da inativi-

dade, como uma determinação matemática: vencimentos Y iguais a proventos Y.

Não há lei que imponha tal equiparação, quando for certo que o servidor, antes desse dia, conquistou direito ao privilégio, mas que se afastou do cargo por circunstâncias que não devem ser aqui examinadas. Observe-se que é da tradição do direito administrativo o reservar-se ao funcionário essa prerrogativa. É o que de modo expresso sobre o tema dizia o Decreto nº 41.666, de 19-6-57, no § 2º, do seu artigo 1º, ao regulamentar a aplicação do artigo 180 da Lei nº 1.711/52, na sua redação anterior:

«Art. 1º, § 2º — O funcionário fará jus à aposentadoria nas condições de que trata a alínea b deste artigo, mesmo que, ao ser aposentado, não se encontre no exercício do cargo em comissão ou função gratificada».

Ao dispor dessa forma, o antigo diploma punha em resguardo o direito do servidor aos proventos da aposentadoria futura ao nível do maior padrão de vencimentos, por ele alcançado no serviço público. O que a Constituição proíbe é que haja desnível entre os vencimentos e proventos, quando estes se mostrem em quantia nunca alcançada pelo servidor em atividade.

No caso dos autos, isto não acontece.

Os documentos acostados à inicial mostram que o postulante está contemplado pelo § 2º, do artigo 180 da Lei nº 6.732, de 4-12-79. Na verdade, ele exerceu por mais de 10 (dez) anos, não consecutivos, funções gratificadas e cargos em comissão, e recebeu vencimentos do cargo de Delegado 4C, do ex-IAPETEC, correspondente ao cargo atual, em comissão DAS-3, por mais de 02 (dois) anos, tal como estabelece a lei.

Observe-se que o § 2º, do artigo 180 da Lei nº 6.732, de 4-12-79, no seu final, é explícito ao determinar dentre os exercidos, o que se ajusta ao permissivo do § 2º, do artigo 102 da Constituição Federal.

Assim, tenho votado na Turma, é exemplo a Apelação Cível nº 85.668-RS, de que fui Relator. E essa compreensão tem arrimo na decisão plenária desta Corte, no MS nº 91.648-DF.

A pretensão da inicial não ofende à Carta Magna.

Com essas considerações, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do pedido inicial.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 92.493 — RS — Registro nº 5.476.542 — Rel: O Sr. Ministro José Cândido. Apte.: Paulo Fernando Daisson Birriel. Apdo: INAMPS. Advs.: José Jappur, Lucy Mathias de Carvalho Borcelli e José Carlos Sepúlveda Pertence.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 11-9-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Costa Lima e Gueiros Leite votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence, pelo apelante. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 93.086 — RJ (Registro nº 4.354.745)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: INPS

Apelado: Almiro Gastalho

Advogados: Drs. Isaac Rubem Israel e outro, Drs. Adelino Sebastião Diniz Cruz e outros

EMENTA

Previdência Social. Aeronautas. Cômputo em dobro de período de licença-prêmio não utilizado.

O cômputo em dobro do período de licença-prêmio não utilizado era previsto na Lei nº 3.807, de 1960, para os casos de aposentadoria por tempo de serviço e abono de permanência em serviço. O artigo 80 do Regulamento Geral da Previdência Social, baixado com o Decreto nº 48.959-A, de 19-9-60, estendeu essa vantagem à aposentadoria especial dos aeronautas. Não reproduzindo o Regulamento Geral, baixado com o Decreto nº 60.501, de 14-3-67, a regra do Regulamento anterior, desde então não cabe a vantagem, a qual, entretanto, é assegurada em relação aos períodos de licença-prêmio não utilizados até a entrada em vigor desse diploma.

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 à apelação, para reformar parcialmente a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Carlos Madeira** (Relator): Empregado da Viação Aérea São Paulo S.A. — VASP — moveu ação contra o INPS, pleiteando sejam computados em dobro dois períodos de licença-prêmio não gozados, pagando-lhe, alternativamente, o abono de permanência ou a aposentadoria, a partir da data em que foram requeridos, acrescidos de juros, correção monetária e honorários.

Alegou o autor que o Governo do Estado de São Paulo, ao adquirir o controle acionário da VASP, da qual é empregado, instituiu, em favor de seus empregados, o benefício da «licença-prêmio», correspondente a três meses de gozo ou remuneração, por cada período de cinco anos de serviço. Assim sendo, provou ele que preenche todas as condições necessárias à concessão de dois períodos desse benefício, computados em dobro para efeito de abono de permanência e aposentadoria, conforme § 6º, do artigo 32 da Lei nº 3.807/60, revogada apenas em 1973, pela Lei nº 5.890/73, quando já implementara as condições legais para obtenção do benefício. Iguais pretensões têm sido rejeitadas pelo INPS.

Contestou o Instituto, arguindo a improcedência do pedido, eis que o autor nada requereu na esfera administrativa. Além do mais, tal pretensão não está prevista em lei, não podendo repercutir entre obrigações para com o segurado e o Instituto da Previdência, mero regimento interno da empresa, que cria essa ou aquela situação entre ela e o empregado.

Replicou o autor e, sem mais provas a produzir, procedeu-se o julgamento antecipado da lide.

O Juiz Federal da Terceira Vara II do Rio de Janeiro julgou procedente, em parte, a ação, para, na forma fundamentada, condenar o INPS a contar em dobro os períodos não gozados de licença-prêmio, referentes a 1962/1967 e 1967/1972, para os efeitos do abono de permanência ou da aposentadoria, desde que requeridos os benefícios pelo autor.

A condenação inclui, ainda, custas **ex vi legis**, conforme artigo 21, **caput** do CPC, sendo o autor reembolsado, pela metade, do **quantum** adiantado, à fl. 27, descabendo condenação em honorários, assumindo cada parte os respectivos ônus, no particular.

Apelou a autarquia.

O autor deixou de apresentar contra-razões, conforme alegações de fl. 60.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Carlos Madeira** (Relator): O autor foi admitido na VASP em 15 de março de 1961. Em março de 1971, completados dez anos de serviço, fez jus a dois períodos de licença-prêmio, previsto em lei estadual. Como os não gozou, pede sejam computados no seu tempo de serviço, para efeito de lhe ser pago abono de permanência ou o benefício da aposentadoria, a partir da data em que foram requeridos.

Segundo a lei estadual, cada cinco anos de serviço, dá direito a três meses de licença-prêmio. Pretende, assim, o autor que sejam computados os dois períodos completados até 1971, pois, a partir da Lei nº 5.890, de 1973, a previdência social não mais considerou esse adinículo para efeito de concessão de benefício.

A aposentadoria do aeronauta, regulada pela Lei nº 3.501, de 21 de dezembro de 1958, foi incluída na Lei nº 3.807, de 1960, como aposentadoria especial (§ 2º do artigo 31, redação original). E o Regulamento Geral da Previdência Social, baixado com o Decreto nº 48.959-A, de 19 de setembro de 1960, dispunha que se aplicavam à aposentadoria do aeronauta os preceitos relativos às aposentadorias por invalidez e por tempo de serviço.

A vantagem do cômputo em dobro do prazo de licença-prêmio não utilizada era peculiar à aposentadoria por tempo de serviço e ao abono de permanência do segurado que completasse tempo para o gozo desse benefício. Só por via regulamentar foi ela estendida à aposentadoria do aeronauta.

O regulamento baixado com o Decreto nº 60.501, de 14 de março de 1967, porém, não mais previu a aplicação dos preceitos relativos à aposentadoria por tempo de serviço, à aposentadoria especial do aeronauta (artigos 64 a 68), obedecendo, desde então, o que a respeito dispôs o Decreto-Lei nº 158, de 10 de fevereiro de 1967. E isto porque o tempo de serviço, para efeito da aposentadoria do aeronauta, foi fixado em 25 anos, e a idade mínima, em 45 anos.

Não foi, pois, a Lei nº 5.890, de 1973, que suprimiu a vantagem do cômputo em dobro do prazo de licença-prêmio não utilizada. O fato de nela serem revogados os artigos 31 e 32 da Lei nº 3.807, de 1960, não significa que só então se deu essa su-

pressão, pois o que determinava a aplicação dos preceitos relativos à aposentadoria por tempo de serviço à aposentadoria dos aeronautas era o artigo 80 do Regulamento Geral da Previdência Social. Não reproduzindo o Regulamento Geral de 1967 a mesma disposição, não havia mais como aplicá-la ao tempo de serviço e às vantagens dele decorrentes, previstas no § 7º do artigo 32 da Lei nº 3.807.

Tenho, assim, que direito assiste ao autor à contagem em dobro do primeiro período de licença-prêmio não utilizado, correspondente ao primeiro quinquênio de serviço. Mas não ao segundo período, pois, desde 1967, não se aplicavam mais os preceitos da aposentadoria por tempo de serviço à aposentadoria dos aeronautas.

Dou provimento à apelação, para reformar parcialmente a sentença, para condenar a autarquia a contar em dobro o período de três meses de licença-prêmio, correspondente ao primeiro quinquênio de serviço do autor, para efeito de aposentadoria especial, mantidos os demais termos da sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 93.086 — RJ — Registro nº 4.354.745 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: INPS. Apdo.: Almiro Gastalho. Advs.: Drs. Isaac Rubem Israel e outro, Adelino Sebastião Diniz Cruz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar parcialmente a sentença, nos termos do voto do Ministro Relator (Em 6-11-84 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.800 — RJ
(Registro nº 3.229.947)

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo
Revisor: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini
Apelante: Otto de Castro Magalhães
Apelada: Justiça Pública
Advogado: Dr. Voltaire Valle Gaspar

EMENTA

Criminal.

Réu indultado. A clemência alcançada não obsta ao conhecimento e julgamento do recurso interposto da sentença condenatória.

Crime de descaminho. Prova da sua existência e da autoria na pessoa do acusado, torna irrelevante a invocação do in dubio pro reo. Só se aplica esse princípio quando não existir prova suficiente para a condenação.

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, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Adhemar Raymundo**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo da Silva: O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Otto de Castro Magalhães, como incurso nas penas do artigo 334, § 1º, letra c, do Código Penal, pelo fato de agentes da Secretaria de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro apreenderem, em poder deste, mer-

cadoria estrangeira, sem a documentação regular.

Recebida a denúncia em 5-7-79, foi o acusado interrogado (fls. 324/325), estando a defesa à fl. 327.

Inquirição das testemunhas da acusação às fls. 333/334 e 340.

Sentenciou o Dr. Juiz, julgando procedente a denúncia, condenando o réu à pena de um ano de reclusão, tendo em vista a sua primariedade técnica, concedendo-lhe o *sursis* na forma preconizada pelo artigo 696, I do CPP.

Inconformado, apelou Otto de Castro Magalhães, nas razões de fls. 370/371.

Contra-razões do Ministério Público à fl. 372.

Subiram os autos e, nesta Instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pela improcedência do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): O indulto obtido pelo apelante não é óbice ao julgamento da apelação interposta por este. Extinta está a pena imposta, mas perduram os outros efeitos da condenação. De modo que a apelação interposta visa a elidi-los, principalmente alcançar o seu objetivo maior, que é a improcedência da acusação.

Arrima-se o apelante no argumento de que há em seu favor o princípio do *in dubio pro reo*. A «dúvida quanto à prova» deve exsurgir dos elementos dos autos, ante os quais não pode o julgador condenar, porque não existe prova suficiente para tal. Mas, pela prova produzida na instrução, as mercadorias estrangeiras foram adquiridas pelo apelante, que sabia da sua procedência estrangeira. Do seu interrogatório, em Juízo, se positiva essa aquisição, pela Firma Polimarket, da qual era representante legal. A afirmativa de que a compra das mercadorias se dera através de ex-empregado da firma, já falecido, é ardil usado pelo apelante, para inocentar-se. E assim agira para retratar-se da confissão feita na Polícia, onde atribuiu a si a autoria do crime, em colaboração com Osvaldo Martin (fl. 202). Das declarações prestadas pelo acusado, na presença do Juiz, se colhe que as mercadorias apreendidas pela Polícia eram da firma citada, da qual o acusado era o responsável. Daí a assertiva da primeira testemunha, arrolada pelo Ministério Público, de que, a pedido do réu, fez a apresentação deste a um advogado, para obter, via mandado de segurança, a posse das mercadorias. Esse fato é salientado também pela terceira testemunha, quando confirma a apreensão das mercadorias e da identificação da firma responsável pelo seu transporte. Esses fatos pro-

vam, à saciedade, que o acusado, na qualidade de responsável pela firma para a qual as mercadorias eram destinadas, adquirira-as com o objetivo de revenda no comércio, sabendo, de antemão, da sua ilícita procedência. A desculpa invocada, de que ex-empregado fora o adquirente, é indicativa do seu propósito de fugir à responsabilidade criminal, sem, contudo, fazer a prova da alegação que é vazia, tanto mais quanto a pessoa referida não pertence mais ao rol dos vivos.

Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

VOTO REVISÃO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini (Revisor): Senhor Presidente,

Nenhum óbice há para que seja apreciado e julgado o apelo face a circunstância de haver sido o réu, ora apelante, indultado, tem ele recorrente o direito de ver reexaminado os fatos em Segunda Instância, onde pleiteia sua absolvição, ainda que extinta esteja a pena imposta.

Invoca o réu, ora apelante, em seu favor a circunstância de que as provas carreadas para os autos são insuficientes para imposição de um decreto condenatório.

Examinando os elementos carreados para os autos não nos permitem atender a pretensão do réu, ora apelante.

A prova produzida durante a instrução confirma, com segurança, a confissão prestada pelo apelante na fase policial, ocasião em que com pormenores de detalhes esclareceu o desenvolvimento da trama criminosa levada a efeito.

Suas declarações, em Juízo, procurando inocentar-se, transferindo a responsabilidade dos fatos delituosos a um falecido ex-funcionário de firma pelo qual era responsável, não

passaram de meras palavras sem qualquer respaldo nas demais provas trazidas para os autos.

Comerciante dedicado ao ramo de importação e exportação, o réu Otto de Castro Magalhães, ora apelante, adquiriu as mercadorias alienígenas desacompanhadas das notas legítimas capazes de comprovar a sua lícita introdução no País.

Ouvido em Juízo deixou claro que as mercadorias pertenciam à firma da qual era o responsável e confrontando-se tais declarações com os depoimentos carreados para os autos com segurança se conclui que as adquiriu (as mercadorias estrangeiras) com pleno conhecimento de que estavam em situação ilegítima e assim procedeu com intuito de colocá-las à venda no comércio que desenvolvia.

Correta, portanto, a meu ver a r. decisão monocrática que perfeitamente amparada nas provas dos autos concluiu pela sua responsabili-

dade penal e lhe impôs pena exatamente dosada, sopesando as circunstâncias judiciais e, assim merece ser mantida.

Com estas considerações nego provimento ao apelo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 4.800 — RJ — Registro nº 3.229.947 — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Revisor: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Apte.: Otto de Castro Magalhães. Apda.: Justiça Pública. Adv.: Dr. Voltaire Valle Gaspar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 14-8-84 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.089 — BA

(Registro nº 3.290.182)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelantes: Justiça Pública e Antônio Asclepiades Correia

Apelados: Os mesmos

Advogado: Dr. Pedro Milton de Brito

EMENTA

Penal. Usurpação de função pública. Falsificação do documento público. Falsidade ideológica. Uso de documento falso e estelionato. Indivíduo que se fez passar, com êxito, por General do Exército. Tipicidade. Isenção de Pena (Código Penal, artigo 22). Presunção de periculosidade. Sentença absolutória proferida onze anos após o fato.

1. Os delitos foram praticados, com plena eficácia, aliás, havendo, pois, tipicidade, em sua exata adequação aos fatos. Comprovada, entretanto, a insanidade mental do réu, mediante laudo, correta a decisão que o isenta da pena, nos termos do artigo 22 do Código Penal.

2. A presunção de periculosidade aos absolvidos com fundamento nesse artigo, antes absoluta, sofreu temperamentos com a edição da Lei nº 6.416/77, ao alterar a redação do § 1º do artigo 78, lei vigente ao tempo da sentença, que é de 1981, onze anos após o fato. De qualquer sorte, sendo a redação original ainda mais benéfica ao acusado é a que deve ser aplicada.

3. Apelações denegadas.

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 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, 23 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 denunciou Antonio Asclepiades Correia como incurso nas sanções dos artigos 328 e seu parágrafo único, 297, 299, 304 e 171 porque, em janeiro de 1970, na cidade de Itabuna — BA, mediante falsificação e uso de documentos falsos apresentou-se como Diretor do Serviço de Segurança do Presidente da República, na qualidade de General-de-Exército, conseguindo imiscuir-se no Conselho Consultivo dos Produtores de Cacau da Bahia e na CEPLAC, auferindo algumas vantagens como, viatura para lhe servir e passagem aérea para o Rio de Janeiro (fls. 2/3).

Recebida a denúncia em 24 de março de 1971 (fl. 118v.) e citado por edital (fl. 142), não compareceu à

audiência para ser interrogado pelo que foi declarado revel, sendo-lhe nomeado defensor dativo (fl. 143).

O Ministério Público arguiu Incidente de Insanidade Mental do acusado, processo em apenso, ao que lhe foi nomeado curador (fl. 175) da Ação Penal, em razão do laudo de fls. 30/33 haver declarado o acusado inteiramente incapaz, por doença mental, à época da ação que lhe foi imputada.

Vindo a ser localizado, o réu foi citado (fls. 179/193) e interrogado (fl. 197 v.), com defesa prévia às fls. 199/202.

Oitiva das testemunhas de acusação às fls. 228/229, 244 e 257/258, não tendo a defesa arrolado testemunhas.

Em alegações finais, o Ministério Público pediu a absolvição do acusado por incidência do artigo 22 do Código Penal e aplicação da medida de segurança detentiva (fl. 264), enquanto a defesa reiterou seu entendimento de não restar tipificado qualquer crime e, em assim não sendo entendido, pleiteou a isenção de pena em face da conclusão do laudo constante do Incidente de Insanidade (fls. 268/269).

O MM. Juiz Federal Dr. Aloisio Palmeira Lima julgou improcedente a denúncia, absolvendo o réu da acusação que lhe foi feita, com fundamento no artigo 22 do CP (fls. 271/274).

Apelaram acusação (fls. 250/251) e defesa (fls. 255/257), a primeira plei-

teando a aplicação de medida de segurança ao ora apelado e a segunda insurgindo-se com o fundamento da absolvição, contra-arrazoados, respectivamente, às fls. 288/289 e 293/294.

A douta Subprocuradoria-Geral da República em parecer do Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo Dr. Helio Pinheiro da Silva, hoje integrando esta Corte, opinou pelo provimento, apenas, do recurso de acusação, para que seja aplicada a Medida de Segurança requerida (fls. 298/300).

Sem revisão, nos termos do artigo 33, inciso IX, do RI.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): Entende o Ministério Público Federal que da sentença deveria constar a medida de segurança correspondente, a teor do disposto nos artigos 78, I e 79, do Código Penal, já que absolvido fora o acusado com base no artigo 22, do mesmo Código. A medida aplicável seria a prevista no artigo 91, III, do referido diploma penal substantivo. E daí o seu apelo (fl. 281).

E a defesa também apela ao entendimento de que a absolvição deveria fundar-se na ausência de tipicidade para qualquer dos delitos imputados ao réu (fl. 286, c/c o argumento às fls. 199/202).

A r. sentença tem a seguinte fundamentação e conclusão (fls. 273/274), lê.

A presunção de periculosidade aos absolvidos tendo em vista o disposto no artigo 22 do Código Penal, antes absoluta, sofreu temperamentos com a edição da Lei nº 6.416/77, ao alterar a redação do § 1º do artigo 78, lei vigente ao tempo da sentença, que é de 1981.

Ora, a denúncia narra que os fatos delituosos teriam ocorrido em janeiro de 1970, tendo a sentença, por sinal absolutória, sido proferida em 1981, isto é, onze anos após o fato.

A redação original do § 1º, do artigo 78, do Código Penal, é a seguinte:

«§ 1º A presunção de periculosidade não prevalece quando a sentença é proferida dez anos depois do fato, no caso do nº 1 deste artigo, ou cinco anos depois, nos outros casos».

E a atual, reza:

«§ 1º A presunção de periculosidade não prevalece se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tiver decorrido período de tempo superior a dez anos, ou de cinco anos, nos outros casos».

Como se vê, essa disposição é mais benéfica ao acusado e a Lei nº 6.416/77 não pode ser aplicada, mesmo em se tratando de medida de segurança, salvo para se reconhecer que houve esse temperamento.

Por outro lado, sem qualquer razão a ilustrada Defesa, em seu apelo, como bem demonstrou a r. sentença, em sua argumentação, que também adoto, como razão de decidir.

Os delitos foram praticados. Há tipicidade.

Apenas o réu está isento de pena, nos termos do artigo 22 do Código Penal, por ser inimputável, como atesta o laudo, no incidente de sanidade mental anexo. Ao cometê-los, porém, não houve qualquer emprego de violência. Os delitos imputados ao réu, aliás, não pressupõe o uso de violência, mas da inteligência, que o acusado usou, embora sem entender o caráter delituoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Neste mundo de vaidades e aparências a personalidade do réu teve trânsito fácil.

Ante o exposto, nego provimento aos apelos, para confirmar a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.089 — BA — Registro 3.290.182 — Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito. Ape-

lantes: Justiça Pública e Antonio Asclepiades Correia. Apelados: Os mesmos. Advogado: Dr. Pedro Milton de Brito.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações. (Em 23-10-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.244 — MG (Registro nº 3.318.486)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelante: Justiça Pública

Apelada: Fátima Mahamed Attoni

Advogados: Drs. José Alberto Couto Maciel e outros

EMENTA

Penal. Peculato ou apropriação indébita?

Responde por crime de peculato o servidor da COBAL — Companhia Brasileira de Alimentos — que apropria-se ou desvia, em proveito próprio ou alheio, bens de que tenha a posse em razão do cargo ou da função que ocupa, na empresa pública.

A norma penal em branco do artigo 327 do Código Penal equipara a funcionário público qualquer servidor de entidade paraestatal, seja ela empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público.

No caso, confirma-se a absolvição da servidora, por insuficiência de provas (artigo 368, VI, do CPP).

Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas

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

Custas como de lei.

Brasília, 4 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Carlos Thibau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Fátima Mahamed Attoni, em 2 de maio de 1977, foi denunciada perante o Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais como incurso nas sanções dos artigos 12 e 314 do Código Penal, c/c artigo 51, § 2º, do mesmo diploma legal.

A peça acusatória de fls. 2/3, assim narra o fato: «A denunciada, que era servidora da COBAL — Companhia Brasileira de Alimentos, já demitida por justa causa (ato de improbidade), trabalhando na Seção de Contabilidade, na função de auxiliar de contabilidade. E, como tal, foi designada para a função de Conferente de Processo e Pagamentos de Fornecedores, sendo também seu encargo o de processar e receber contas relativas a «Adiantamentos para viagem» e «Devedores por Adiantamento».

E, no período compreendido entre abril de 1975 e junho de 1976, apropriou-se a denunciada de dinheiro proveniente de prestações das referidas contas, num total de Cr\$ 91.041,00, conforme apurado em auditoria e consignado no documento de fls. 14/17, de que tinha a posse em razão do cargo.

Por isso, foi a responsabilidade da denunciada declarada às fls. do Inquérito Administrativo (fl. 93).

No encobrimento de sua atuação criminosa, fez a denunciada desaparecer vários documentos, com o fito de dificultar a apuração dos fatos».

A denúncia foi recebida em 19 de maio de 1977, conforme despacho de fl. 270, seguindo-se o interrogatório da acusada (fl. 274/274 verso).

Defesa prévia e arrolamento de testemunhas à fl. 276.

Atendendo a requerimento do MPF deferiu-se perícia grafotécnica (fls. 277/283, verso), cujo laudo se encontra às fls. 335/339.

Foram ouvidas as testemunhas da acusação (fls. 361/363, 397 e 383/384), sendo as da defesa às fls. 424/426 e 437.

Em atendimento ao pedido formulado pelo MPF foi deferida a realização de perícia técnico-contábil, vindo aos autos o laudo pericial de fls. 478/480, acompanhado dos quadros demonstrativos de fls. 481/489 e dos docs. de fls. 492/494 (dados funcionais da acusada), tudo na fase do artigo 499 do CPP, tendo a defesa protestado pela juntada de docs. (fl. 440).

Em alegações finais de fls. 499/500, o MPF pediu a condenação da acusada, diante da suposta comprovação da materialidade, da autoria e do dolo. A defesa da acusada (fls. 502/511), entendendo não comprovada a autoria do delito, pediu a sua absolvição.

O ilustre Juiz Federal, Dr. Newton Miranda de Oliveira, julgou a denúncia improcedente para absolver a acusada com base no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal (fls. 524/536).

Inconformado, apelou o MPF com as razões de fls. 542/549, contrarrazoando a apelada às fls. 551/555.

Nesta instância, a douta SGR opinou, às fls. 563/571, pela manutenção da r. sentença recorrida, em parecer da lavra da Dra. Maria Alzira de Almeida Martins, aprovado pelo Dr. Valim Teixeira.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): Cabe, inicialmente, observar-se que se trata de peculato atribuído

a funcionário da COBAL, em que é oscilante a jurisprudência deste Tribunal, face à norma de equiparação instituída pelo artigo 327 do Código Penal, tendo esta Turma até agora entendido, por exemplo, que o crime em tese praticado deveria ser a apropriação indébita, posto que não se poderia considerar equiparado a funcionário público o servidor de uma empresa que, embora público federal, não se enquadraria no conceito de paraestatalidade, por não exercer função delegada do Estado.

Esse é, pelo menos, o entendimento do Sr. Ministro Washington Bolívar, consubstanciado nos julgados das Apelações Criminais nº 3.839-RJ e nº 5.059-PA. Assim é que, nesses casos, por maioria, esta Turma, em sua composição antiga, seguindo o voto condutor de S. Exa. houve por desclassificar o peculato para apropriação indébita.

O Acórdão do primeiro julgado está assim ementado:

«Penal — Companhia Brasileira de Alimentos — (COBAL) — Peculato.

Funcionário público equiparado — desclassificação para apropriação indébita — suspensão condicional da pena.

1. Desclassifica-se a imputação de peculato para apropriação indébita, porquanto o réu não é empregado da entidade paraestatal, isto é, autarquia, não sendo funcionário público sequer por equiparação (CP artigo 327, parágrafo único), pois a Companhia Brasileira de Alimentos — COBAL — não exerce qualquer função delegada do Estado. Sua finalidade é agir como elemento regulador do mercado, mediante a utilização da lei da oferta e da procura, na conciliação de gêneros alimentícios, bem assim suprir áreas não suficientemente atendidas por empresas comerciais, mas sempre «em regime

competitivo» (Lei Delegada nº 6/62, artigo 2º).

Assim, por mais relevantes que sejam as atribuições da Companhia, não se pode entender que exerça função pública delegada qualquer empregado seu, pois o Estado não é comerciante, tem outras finalidades.

2. Suspensão condicional da pena (CP, artigo 57 e CPP, artigo 696 e segs.)» (in DJ de 19-3-81, pág. 1978).

Já o eminente Ministro Leitão Krieger entende de modo diverso, em consonância com a orientação da 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, espelhada no Recurso Extraordinário Criminal nº 96.358-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro Alfredo Buzaid, e assim ementado:

«Ementa: 1. Penal. O empregado de empresa pública está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público. 2. A Companhia Brasileira de Alimentos — COBAL — é empresa pública, cujo capital foi constituído exclusivamente pela União. 3. Comete peculato e não apropriação indébita o empregado de empresa pública, que pratica o crime previsto no artigo 312 do Código Penal. 4. Recurso extraordinário criminal conhecido e provido». (in DJ de 20-8-82, pág. 7874).

À questão, já por si controvertida, acresceu mais um aparente complicador, ou seja, a circunstância de que o parágrafo único do artigo 327 do Código Penal, assim enunciado:

«Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal».

foi desmembrado, em razão da Lei nº 6.799, de 1980, em dois parágrafos, verbis:

«§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público».

A definição de empresa pública federal, contida no artigo 5º, II, do Decreto-Lei nº 200/67 foi um pouco alterada pelo artigo 5º do Decreto-Lei nº 900/69, em que se permitiu que no capital dessas entidades participassem outras pessoas jurídicas de direito público interno, além da União.

Assim, no caso da COBAL, não modifica sua caracterização como empresa pública federal a circunstância de possuir a União a maioria absoluta ou a totalidade de seu capital.

E também não altera a aplicação da norma penal em branco o fato de exercer ou não a mencionada empresa pública função delegada do Estado.

A finalidade de regular o abastecimento e controlar preços, através da manutenção de estoques de alimentos, que S. Exa. lhe reconhece, já por si justifica a razão de sua existência sob o controle estatal, sendo despidendo a meu ver, saber-se se sua intervenção no domínio econômico se faz ou não sob o regime de monopólio.

Seja qual for o *modus faciendi* da missão da COBAL, sua atividade se exerce sob o pálio do Poder Público Federal e sua natureza paraestatal é descrita no Decreto-Lei nº 900/69.

O § 2º do artigo 327 do Código Penal, ao agravar as penas dos ocupantes de cargos ou exercentes de funções em comissão da administração direta e das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das

fundações instituídas pelo poder público, nada mais fez senão explicitar o que já se deveria entender no antigo parágrafo único, isto é, a circunstância de que os servidores das entidades paraestatais, quaisquer que sejam suas funções, respondem por peculato e não por apropriação indébita, se se apropriarem de bens de que tiverem a posse em razão dessas funções, ou cargos, ou desviá-los em proveito próprio ou de outrem. É irrelevante, assim se o crime ocorreu antes ou depois da vigência da Lei nº 6.799/80, a não ser para efeito de se agravar a pena dos servidores mencionados no novo § 2º do artigo 327.

Por esses motivos, **data venia**, ouso discordar do Sr. Ministro Washington Bolívar, e o faço reconsiderando o ponto de vista que defendi na oportunidade do julgamento da Apelação Criminal nº 4.905-PE, em que acompanhei S. Exa.

O crime em tese é, pois, o peculato e não a apropriação indébita.

Ocorre, quanto ao mérito, que razão assiste ao MM. Juiz Federal e à douta SGR, quando concluem pela necessidade da absolvição da apelação, por insuficiência de provas.

Após analisar com meticulosidade toda a prova dos autos, S. Exa. conclui que

«Em face de todo o exposto, tenho para comigo que razão assiste à defesa. Não há base para condenação. A COBAL é uma empresa pública federal que sempre se tem primado pela desorganização administrativa e, dessa forma, os processos que ali se formam, não oferecem, via de regra, nada de objetivo aos processos judiciais, onde, por imperativo constitucional, a responsabilidade das partes se beneficia de ampla defesa, através de debatido contraditório.

Postos ao crivo do judiciário, os processos, sindicâncias ou inquéritos administrativos, não suportam

análise mais percuciente e sucumbem ao mais perfunctório exame.

No caso presente, é o que ocorre.

Realmente parece ter querido a COBAL encontrar um «bode expiatório» para o descalabro que vinha sofrendo em sua Tesouraria.

Tantos eram os casos em que divergiam os acertos de contas que o chefe da denunciada, Sr. José Augusto de Melo Matos Azevedo, falando, quer na fase de sindicância administrativa, quer na policial e ainda na judicial, sempre se refere a uma «ordem» para que a acusada a partir de abril de 1976 só recebesse os documentos relativos às prestações de contas dos adiantamentos feitos aos funcionários, acompanhados dos respectivos saldos, cujo depoimento da fase policial (fls. 199/201) resta confirmado em Juízo.

Ora, tal servidor qualificado da COBAL em momento algum faz acusações sérias à denunciada, como aquela que teria desviado os documentos e se apossado de dinheiro da empresa, em seu próprio proveito. Seria ela, sim, a mais indefesa, em razão talvez de ser aquela que sempre de bom grado vinha cumprindo os seus deveres de forma elogiável, e que, por uma infelicidade ocasional em que, confundindo-se ao fazer depósito de cheques seus, misturara um da COBAL àqueles, depositando-os em seu nome na Caixa Econômica Federal, com posterior devolução à empresa.

Daí surgiram motivos bastantes para todas as dúvidas da administração recaírem sobre a antiga funcionária, excelente, dedicada no cumprimento de suas funções, aliás que não eram as de seu cargo.

As acusações de todos os funcionários passaram a recair sobre Fátima, a denunciada, vindo a

ensejar-lhe a dispensa por justa causa.

Mas, tão frágeis as provas que, o tão veemente Jairo Araújo (fls. 147/148 e a documentação que dizia possuir), restou desmascarado ainda na própria investigação policial, verbis:

«Jairo Araújo, ao ser acareado com Fátima Mahamed Attoni (fl. 277), declarou que possuiria comprovante fornecido pela COBAL, da devolução da importância de Cr\$ 258,00, correspondente ao adiantamento que lhe fora concedido, de nº 175/76. Efetivamente o citado servidor fez juntar a estes autos o referido comprovante (fl. 228), fato que vem contrariar o levantamento realizado pela Auditoria Interna da COBAL (fl. 16), segundo o qual o valor do adiantamento recebido por Jairo de Araújo se inclui no total de desfalque constatado. Além disso, a apresentação do comprovante em causa vem reduzir o valor dos indícios já coligidos contra a ex-servidora Fátima Mahamed Attoni, porquanto em princípio e pelo menos neste caso, constata-se que a prestação de contas foi levada à Tesouraria, cessando, pois, a responsabilidade de Fátima pelo desaparecimento dos documentos e da importância correspondente ao saldo devedor» (fl. 232).

Por isso, vê-se que a Auditoria Interna verificada (fl. 16), que apurou os fatos e que culminou pela responsabilidade de Fátima Mahamed Attoni, da importância de Cr\$ 91.041,00, não pode prevalecer. Caiu diante do que restou apurado no Inquérito Policial e, ao depois, em Juízo.

Sérias, pois, as dúvidas levantadas pela defesa da denunciada, a justificar a invocação do *in dubio pro reo* em seu favor.

O depoimento do ilustre Advogado Jacinto Alvares da Silva Campos, em Juízo, à fl. 361, é mais que claro ao propósito:

«que, com relação a prestação de contas feita pelo depoente, com a devolução da quantia de Cr\$ 1.176,00, salvo engano, não resultou apurada na responsabilidade da acusada no Banco do Brasil, mas que o depoente tem como certo entregue o aludido cheque em mãos da acusada, tanto que na ficha de controle figurava o débito liquidado; que apesar de encontrar em aberto e na responsabilidade da acusada um alcance de Cr\$ 91.041,00 por falta de apresentação de documentação própria, ao que soube o depoente restou apurado efetivamente como desvio de responsabilidade da referida acusada foi uma importância de dez a doze mil cruzeiros».

Em tópico imediatamente anterior o mesmo Dr. Jacinto Alvares da Silva Campos, havia informado, verbis:

«antes já havia feito a devida prestação de contas por intermédio da Secretária da Assessoria Jurídica, D. Máira Reres da Fonseca, que para isso tomou as providências junto à acusada».

Dessa forma, conclui-se, facilmente, que a trama urdida contra a acusada, tornando-a a única suspeita dos alcances, se é que haviam, rolou por terra, diante de tão sensato testemunho, de quem antes, por dever de ofício fora um dos seus mais ferrenhos acusadores, chegando a pedir fosse admitido Assistente de Acusação, por parte da empresa pública federal — COBAL (fls. 279/280).

No mesmo sentido, encontra-se nos autos, o depoimento de José Mistral de Mesquita e Carvalho, que embora confirmando seu de-

poimento anterior, prestado na Polícia, nada informa de incriminador de Fátima Mahamed Attoni. Pelo contrário, seu depoimento, bem leva à ilação de sérias dúvidas que o invadiam, quando depôs perante a autoridade policial consubstanciando sim excelente peça de defesa do procedimento da acusada perante a empresa. Note-se que esta testemunha não era senão o Auditor que apurou o possível alcance de que dá notícia à fl. 16, atribuído pela Administração da COBAL à responsabilidade da denunciada, em procedimento apressado e inconseqüente.

Da mesma forma, outras testemunhas arroladas pela acusação, prestam dúbios depoimentos a infirmar toda a peça acusatória! Assim o próprio Ronaldo Costa, à fl. 383, depois de acusar que cabia responsabilidade à acusada, pelo desvio de dinheiro da COBAL, chega a esclarecer verbis:

«que o depoente faz estas afirmações sem muita certeza, porque trabalhou na COBAL em Belo Horizonte apenas três meses; que a acusada era merecedora de toda a confiança na Repartição onde trabalhava, desconhecendo o depoente qualquer outro fato que desabone sua conduta» (fl. 383 verso).

À fl. 397 e verso, o próprio José Augusto Melo Matos Azevedo,

«após ouvir a leitura do termo de declarações prestadas à Polícia Federal em Belo Horizonte e ratificá-las, em toda sua plenitude «por serem expressão da verdade», disse: «que quando a ré trabalhou sob sua chefia a mesma já tinha mais de 10 anos de serviço e foi uma funcionária exemplar competente sem nenhum fato que a desabonasse. Que foi chefe da ré de 1973 a 1976, portanto dentro do período

em que se deram os fatos; que a ré era subordinada diretamente ao depoente a quem deveria prestar contas; que a ré deveria pelo menos uma vez por mês fazer um relatório da posição das contas de adiantamento ao depoente, mas não fazia, ou melhor, não apresentava, dizendo estava tudo certo; que era a testemunha quem assinava o documento para os adiantamentos, juntamente com a gerência; a ré gozava de toda confiança da chefia; que a sistemática da COBAL facilitou os fatos, pois a ré praticamente manuseava todas as fases da circulação do dinheiro, isto na fase da prestação de contas; que nunca recebeu da ré reclamação contra a segurança das gavetas de sua mesa, mas de outro servidor e isso motivou uma revisão geral nas fechaduras de todos os móveis de sua área; que a ré trabalhava em sua sala maior dividindo-a com dois outros setores em ambiente comum» (fl. 397 verso).

Só este depoimento valeria a assertiva, por nós antes feita: a prova é frágil e dúbia contra a ré. Destarte não há senão reconhecer a sua inocência. Trabalhava em ambiente promiscuo com outros setores. Acumulava funções e o serviço era demasiadamente grande para ela.

Houve desaparecimento de documentos, disse-o a Administração. Houve ausência de prestação de contas, referentes a adiantamentos de funcionários, que ora o faziam por intermédio da acusada, ora o faziam diretamente (Jairo Araújo) — (fl. 232). Daí, atribuir-se a culpa, pelos ilícitos somente à acusada Fátima Mahamed Attoni, vai muita distância.

Por certo houve mais implicados. Mas era preciso que alguém fosse responsabilizado e, pelo fato

de ter ela cometido um equívoco e depositado um cheque em sua conta particular, passou a ser alvo de suspeitas, compilando-se contra ela algumas aparências contraditórias de fatos que a incriminavam.

Todavia, jamais confessou a autoria dos ilícitos de que se via acusada. Talvez por timidez fizesse com que as aparências tomassem forma de evidências.

A prova, entretanto, incumbiu-se de clarear os fatos.

A «Carta» de fl. 167, antes de ser uma confissão de culpa, é uma desesperada súplica de quem se via na rua das amarguras.

Encobria, entretanto, não uma confissão de prática de ilícito, mas sim o desespero de sua alma, diante da aflitiva situação em que se via.

O que embasa uma condenação, todavia, só pode ser uma certeza da materialidade e da autoria do ilícito penal, sem o que o julgador jamais poderá impor uma condenação sem ferir a sua própria consciência.

A prova tem que vir extreme de dúvidas sob pena de cometer o julgador uma inominável violência contra o ordenamento jurídico, na pessoa de seu semelhante, que esteja sob o guante de seu julgamento.

Por isso que os fatos descritos na denúncia, posto que não provados de autoria da acusada e que, às todas, nem mesmo configuram mais que simples descalabro administrativo (onde ninguém sabe de nada, ninguém fez nada), não fazem enquadrá-los na definição legal do Peculato. Assim já decidi o Egrégio TFR — recente Acórdão:

«Penal — Peculato — Não Configuração — Irregularidades Administrativas. Ementa: Fatos descritos na denúncia que confi-

guraram irregularidades administrativas e não se enquadram na definição legal do crime de peculato (Código Penal, artigo 312). Absolvição confirmada. (ACr nº 3.722-MT — Rel.: Ministro Torreão Braz — 2ª Turma — Unânime. DJ de 7-5-80) — (Revista Ementário da Jurisprudência do TFR, nº 11, junho/80 — pág. 25).

E, melhor, casa-se à espécie, estoutro:

«Penal — Peculato. Inexistência de provas. Acusação do co-réu. Inexistindo provas de que a servidora se apropriou ou desviou em proveito próprio ou alheio quantia arrecadada, sendo certo, ainda que as condições precárias do local de trabalho facilitavam a presença de estranhos, não se lhe pode imputar o delito capitulado no artigo 312, do Código Penal. A acusação única do co-réu não constitui elemento suficiente para a condenação. Recurso provido». (ACr nº 3.853-RJ — Rel.: Ministro William Patterson — 2ª Turma — Unânime. DJ de 27-8-80).

Ante o exposto, endossando as conclusões da respeitável sentença ape-

lada e do parecer da douta SGR, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: Também conheço da apelação e lhe nego provimento, fazendo ressalva do meu ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, para uma oportuna discussão.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.244 — MG — Registro nº 3.318.486 — Relator: o Sr. Ministro Carlos Thibau. Apelante: Justiça Pública. Apelada: Fátima Mahamed Attoni. Advs.: Drs. José Alberto Couto Maciel e outros.

Sustentação Oral: Falou o Dr. João Batista Brito Pereira.

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação (em 4-9-84 — 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 5.379 — RJ

(Registro nº 3.346.765)

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar

Apelante: Pedro Ribeiro

Apelada: Justiça Pública

Advogados: Drs. Raul José Pereira Padrão e outro

EMENTA

Penal e processual penal. Descaminho. Motorista de táxi. Prova insuficiente para condenação. Absolvição.

1. Se o Juiz verifica que o acusado, apesar de não possuir boa folha de antecedentes, tendo cumprido pena, depois disto vinha tentando palmilhar cami-

nhos diversos dos que o levaram ao cárcere e, por confiar nisto, relaxa sua prisão, que se dera quando os policiais, subindo o morro, para apurar denúncia de tóxico, invadiram o barraco do réu e lá fizeram a apreensão das mercadorias descritas no laudo, não é razoável que, sem outras provas, aplique pena de privação de liberdade, considerando o seu passado. A pena concretizada na sentença, ao réu, no passado, teoricamente, foi a pena justa, aplicada pelo Poder Judiciário, com vistas à recuperação do condenado. A pena que tiver sido efetivamente cumprida é a pena necessária, ainda que interrompida por livramento condicional, ou até por isso mesmo, à ressocialização do sentenciado.

2. Se o § 1º do artigo 334 do Código Penal (com a redação da Lei nº 4.729/65) tem quatro alíneas, cada uma delas descrevendo um tipo penal equiparado a contrabando ou descaminho, a condenação há de ser específica, e não abrangente, o que acarreta sua nulidade.

3. Não se declara nulidade da sentença, entretanto, se o réu pode ser, desde logo, absolvido.

4. Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para absolver o réu, 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 e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar: O representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Pedro Ribeiro, como incurso nas penas do artigo 334, do Código Penal, modificado pela Lei nº 4.729/65, pelo seguinte fato delituoso:

«No dia 26 de maio do fluente ano, policiais da Secretaria de Segurança deste Estado e da Polícia Militar, ao participarem de uma missão no morro de Santa Marta onde, anonimamente, foram informados que havia um barraco onde era guardado grande quantidade de tóxico e apreenderam no dito barraco, conforme o descrito, as mercadorias estrangeiras descritas no auto de fls. 2/3, além das moedas também descritas, mercadorias estas sem a necessária cobertura fiscal.

No interior do barraco foi preso, em flagrante, o ora denunciado, que se intitulou dono do dito barraco e das mercadorias e dinheiro apreendidos».

Recebida a denúncia em 10-6-81, foi o acusado interrogado (fl. 60/60v.), apresentando defesa prévia (fls. 66/67).

Ouvidas as testemunhas arroladas (fls. 88/91v. e 107/109), o MPF apresentou suas alegações finais (fl. 136),

pedindo a condenação na forma da denúncia, enquanto a defesa (fls. 137/138) pleiteou a improcedência da ação.

A MMa. Juíza Federal Dra. Julieta Lídia Machado Cunha Lunz julgou procedente a ação (fls. 146/149) para condenar o acusado à pena de 2 (dois) anos e impondo-lhe a medida de segurança detentiva pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

Apelou o acusado (fls. 159/164), sustentando, em síntese, a inexistência de prova e inobservância ao artigo 42 do CP, na fixação da pena.

Contra-razões (fls. 165/166) pela manutenção da sentença.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fls. 169/170), em parecer do Dr. A. G. Valim Teixeira, opinou pelo improvimento do recurso.

Sem revisão, nos termos do artigo 33, inc. IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Relator): É certo que a folha de antecedentes do apelante revela um passado pouco recomendável.

No momento, porém, exerce a profissão de motorista de táxi e, também, a de arrumador sindicalizado (fls. 45/46).

No curso da instrução criminal, após a oitiva da terceira e última testemunha arrolada na denúncia, a MMa. Juíza houve por bem exarar a seguinte decisão (fl. 91 e v.):

Em tempo: apesar de revelar a folha de antecedentes do acusado ter ele um passado que nada o recomenda, verifico que de 1978 até o corrente ano vem ele tentando palmar caminhos diversos daqueles que o levaram a vinte anos de

aprisionamento. Confiando em que obtenha ele êxito em prol de sua própria liberdade relaxo sua prisão arbitrando em vinte mil cruzeiros o valor da fiança. Expeça-se «Alvará de Soltura» tanto que recolhida dita importância. Determino, ainda, a devolução dos cheques acostados à fl. 22 bem como da importância depositada na Caixa Econômica pela Autoridade Policial, expedindo-se para tanto mandado de levantamento».

O fato que embasou essa decisão é relevante: o apelante, segundo ali referido, desde 1978 até a data de 25-6-81, que é a da assentada (fl. 88), buscava trilhar caminhos diversos dos que levam ao cárcere.

Por outro lado, a finalidade da pena é, primordialmente, a de ressocialização do sentenciado. Consta que o apelante já cumpriu cerca de vinte anos de prisão.

A pena concretizada na sentença, teoricamente, é a pena justa, aplicada pelo Poder Judiciário, com vistas àquela ressocialização do condenado. A pena que tiver sido efetivamente cumprida é a pena necessária, ainda que interrompida pelo livramento condicional, ou até por isto mesmo.

De qualquer sorte, cumprida a pena, supõe-se a recuperação.

Ora, os autos dão conta de que os policiais (as três testemunhas) haviam subido o morro com a finalidade de prender traficantes de tóxico, diligência que se iniciara em decorrência de informação anônima, segundo consta da denúncia (fl. 2).

No barraco em que mora o acusado não encontraram tóxico. Apreenderam, entretanto, a mercadoria descrita no auto de apresentação e apreensão de fl. 2-B, e devidamente

descrita e avaliada no laudo de exame de fls. 123/133. Não havia dinheiro falso. O papel-moeda de origem estrangeira, em pequena quantidade, pode-se plenamente inferir como sendo paga por serviços prestados como motorista de táxi — a principal profissão do apelante. As demais mercadorias estrangeiras, em sua maioria usadas, a indicar, talvez, venda e trocas de pequeno comércio paralelo de subsistência, tão comum nas grandes cidades, para complemento dos ganhos. A bebida estrangeira, em parte, consumida, a indicar uso próprio, também em quantidade reduzida.

Não há confissão de delito, como se propala, mas declaração formal do acusado de que o que foi apreendido no seu barraco era de sua propriedade.

As duas testemunhas arroladas pela defesa esclarecem que o apelante, efetivamente, é motorista de praça; uma dessas testemunhas é um policial-militar, a outra, um comerciante.

O policial-militar disse que «é vizinho do acusado, daí poder informar que no morro Santa Marta é o acusado conhecido como um trabalhador motorista de praça; que nunca ouviu falar que o acusado fosse traficante de tóxico; que além de motorista de táxi o acusado tem uma oficina mecânica na rua Jupira». E ainda informou ter ouvido dizer que o acusado também trabalha num guincho no cais do porto (fl. 109).

De qualquer sorte, não está o apelante sendo julgado, neste processo, como traficante de tóxico, mas por infringência «do artigo 334 do Código Penal, com a redação da Lei nº

4.729/65», no vago dizer da sentença (fl. 149).

Ora, a Lei nº 4.729/65, como se sabe, é a lei que definiu o crime de sonegação fiscal; entre outras providências, substitui a redação dos §§ 1º e 2º do artigo 334 do Código Penal, mediante comando do seu artigo 5º. O § 1º tem quatro alíneas, cada uma delas descrevendo uma modalidade de infração penal equiparada a contrabando ou descaminho, para efeito de aplicação da pena; cada uma delas descreve, pois, um tipo penal, que há de restar escolhido na sentença e não mediante declaração abrangente.

A sentença, a rigor, poderia ser anulada.

A prova, todavia, como se entremostra nos autos, afigura-se-me insuficiente para lastrear uma condenação.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para absolver o apelante, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.379 — RJ — Registro nº 3.346.765 — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Apte.: Pedro Ribeiro. Apda.: Justiça Pública. Advogados: Raul José Pereira Padrão e outro.

Decisão: A 1ª Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para absolver o réu, nos termos do voto do Relator. (Em (24-10-84).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.399 — PR
(Registro nº 3.350.282)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini
 Revisor: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro
 Apelantes: Dilson Dias Lobato e Aristides Bezerra da Silva
 Apelada: Justiça Pública
 Advogados: Drs. Dora Lúcia Cavalcante Sena e outro

EMENTA

Criminal. Descaminho. Furto de veículos e sua condução para o exterior.

— Não configura o crime definido no artigo 334 do Código Penal, a simples tentativa de introdução em território estrangeiro de veículo furtado, desde que sobre sua saída não incida qualquer ônus tributário.

— Sentença reformada para absolver os réus, nos termos do artigo 386, III, do CPP.

— Apelo provido.

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 à apelação, para reformar a sentença e absolver os réus, nos termos do artigo 386, inciso III do CPP, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini:
 A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer às fls. 372, 373 e 374, resumiu a espécie nos seguintes termos, verbis:

«O representante do Ministério Público denunciou Dilson Dias Lobato e Aristides Bezerra da Silva, qualificados nos autos, alegando que:

«No dia 6 de março de 1981, aproximadamente 6h30min da manhã foi retido no Porto de Paragem-Guaira/PR, para fiscalização pelas autoridades policiais, o caminhão Mercedes-Benz, cor vermelho-preta, ano 1980, com Placas LI-2930-Londrina/PR, chassi 345.003.12.539.612, conduzido que era pelo segundo denunciado, o qual apresentou o certificado nº 1.254.624 com diversas irregularidades tais como no papel, numeração e chancela. Disse o motorista que o veículo pertenceria a Ailton dos Santos, residente à rua Sergipe, 552-Londrina, que lhe entregara o veículo para transporte de madeira em Mundo Novo e Eldorado-MS. Consultada a Polícia

de Londrina, esta informou que a placa citada pertencia a um Scânia-Vabis 1976 e que não havia o número 552 na rua Sergipe. Confessou então o segundo ter sido contratado para levá-lo até Mundo Novo, após ter atendido anúncio em jornal, à rua Minas Gerais, 172 ou ap. 402 em Londrina, mediante o pagamento de Cr\$ 5.000,00, prometidos por Ernesto Gardemann, tendo como destino final o Paraguai, para onde deveria ser contrabandeado, após a entrega à esposa de Ernesto Gardemann — «Alemão», Estanislau Diza de Vivar, chamada «Dona Nega», residente em Salto Del Guayra-PY.

O caminhão, como ocorrera com outros 2 veículos contrabandeados, seria deixado no Posto de Gasolina Kennedy em Mundo Novo-MS, onde emissário de Dona Nega de nome Cotter, vulgo Kiko, de nacionalidade paraguaia iria buscá-lo, levando-o até aquele país. Gardemann paga no Paraguai Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros), por cada caminhão, cuja subtração criminosa é feita nas cidades de São Paulo, Campinas, Ponta Grossa e Curitiba. Os documentos são preparados por Wilson e Carlos (fl. 4v), residentes em Apucarana e São Paulo.

O primeiro denunciado Dilson foi preso quando acompanhava Aristides, confessando ter recebido de «Alemão» os documentos do caminhão, tendo ido buscar o veículo em Londrina no Posto Barrote, dizendo ser o mesmo produto do furto, assim como da falsidade dos documentos, inclusive que já teria levado de Ava-SP uma F. 4000-Ford, cujo destino final seria o Paraguai, pelo que recebeu Cr\$ 5.000,00, quantia agora prometida. Disse ainda que Gardemann lhes avisa-

ra que se houvesse problema, era para telefonarem ao Dr. José em Londrina, fones 23 5367 e 22 1225. Reserva-se ao MPF para, na oportunidade cabível, oferecer denúncia quanto aos demais implicados, mencionados neste inquérito» (fls. 2/30).

Os denunciados foram incursos nas penas dos artigos 155, 334, caput c/c 12, II, 304, caput c/c 51, § 1º, todos do Código Penal.

Os réus foram interrogados (fls. 115/116-verso e 117 a 118-verso).

Após a inquirição das testemunhas no prazo do artigo 499, do Código de Processo Penal, o representante do «Parquet» requereu providência deferida e cumprida (fl. 234 e verso e fl. 235) nada postulando a defesa.

A denúncia foi aditada, para incluir como réu da ação Josef Ernest Gardemann (fls. 237/238) cujo aditamento foi recebido.

As partes apresentaram alegações finais, às fls. 247/289 a 296.

Prolatando sua decisão às fls. 305/312, o ilustre julgador enfatiza que a ação delituosa, com provas robustas em todo o processo instrutório, não está desculpada por nenhuma excludente e, após projetar intensa claridade sobre a conduta criminosa dos réus Dilson Dias Lobato e Aristides Bezerra da Silva, condenou-os a oito meses de reclusão os quais irredimidos, apelaram às fls. 321/333, argüindo que ninguém poderá ser condenado sob a inspiração de meras suposições não comportando seu passado a increpação dos crimes a eles atribuídos.»

Manifestou-se o Ministério Público alegando que a atitude dos réus não passou de mera cogitação o que não é punível.

Subiram os autos e nesta Superior Instância manifestou-se a douta

Subprocuradoria-Geral da República opinando pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Inconformados com a r. decisão que os condenou pela prática de contrabando na forma tentada apelaram os réus.

No que concerne à competência da Justiça Federal para apreciar e decidir sobre os fatos noticiados nestes autos ela se firma unicamente em razão da coexistência de crime de uso de documento falso perante funcionário federal em serviço, em posto rodoviário próximo da fronteira com o Paraguai.

Pacífico é o entendimento deste C. Tribunal de que não há que se falar em crime de descaminho na tentativa de transportar para país estrangeiro veículo furtado, desde que não incide qualquer ônus fiscal sobre saída de veículo usado do território nacional.

Foram os réus condenados unicamente pela prática do crime de descaminho na forma tentada já que S. Exa. o culto julgador monocrático considerou o uso de documentos falsos como meio para consecução do crime-fim consistente na vontade dos agentes em introduzir o veículo furtado em país estrangeiro, sem haverem efetuado os recolhimentos devidos.

Nenhum recurso foi apresentado pelo Ministério Público no sentido de que fosse apenado o delito de **falsum**, limitou-se o ilustre representante do órgão fiscalizador da lei, ao lhe ser dada vista para que se manifestasse sobre as razões de apelo, a dizer que se os agentes não haviam ainda alcançado a fronteira, ainda que estivessem determinados a con-

seguir seus intentos, houve mera cogitação o que não é punível.

Inexistindo o crime do descaminho e não podendo ser examinada nesta oportunidade os fatos referentes ao uso de documento falso, pelas razões já expostas, dou provimento ao recurso da defesa para absolver os réus da condenação que lhes foi imposta pela prática de descaminho, na forma tentada, o que faço amparado no disposto no item III do artigo 386 do CPP.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Revisor): Razão assiste aos apelantes na sua irresignação.

Foram denunciados como incurso nos artigos 155, 334, **caput**, c/c o artigo 12, inciso II, e artigo 304, **caput**, c/c o artigo 51, § 1º, todos do Código Penal.

Defendendo-se argüiram, como preliminar, a incompetência no caso da Justiça Federal, repelida pelo ilustre Juiz monocrático que, na sentença, terminou por condená-los pela prática do crime de contrabando, o uso de documentos falsos, no caso, tendo figurado tão-só como delitomeio, absorvido pelo que constituiria o designio dos acusados ora apelantes.

Pretendiam os acusados contrabandear para o Paraguai um caminhão Mercedes-Benz, ano 1980, com placa LI-2930, Londrina-PR, chassi 345.003.12.539.612, sendo obstados no seu intuito pela ação de autoridades policiais que retiveram o mencionado veículo no Porto de Paragem-Guaira-PR, constatando serem falsos os documentos apresentados pelos acusados como comprovadores da procedência e propriedade do citado caminhão, que afinal se apurou havia sido furtado, sem que comprovada resultasse de modo convincente

a autoria do furto ou que desse ilícito tivessem participado os ora apelantes.

Ora, firme se apresenta a jurisprudência deste Egrégio Tribunal no sentido de não configurar o crime definido no artigo 334 do Código Penal, a simples tentativa de introduzir em território estrangeiro veículo furtado, quando sobre a sua saída não incida qualquer ônus fiscal.

Desse entendimento se põe em contraste a r. sentença apelada, que se limitou a dar como configurada na conduta dos acusados a prática do crime de contrabando, em sua forma tentada, decisão essa com a qual se conformou o Ministério Público.

E se não teve a iniciativa de apelar buscando a parcial reforma da sentença para que condenados fossem os acusados pelos demais crimes que lhes imputara na denúncia, só parcialmente tida por procedente, não há como, na apreciação do apelo interposto tão-só pelos acusados, examinar-se aspecto da questão que a eles seria adversa.

Em tais condições, e não constituindo crime de contrabando a sim-

ples tentativa de introdução em território estrangeiro de veículo automotor, sobre o qual não incida ônus fiscal, é de se dar provimento à apelação para reformar a sentença e absolver os apelantes, com fulcro no artigo 383, inc. III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 5.399 — PR — Registro nº 3.350.282 — Rel.: O Sr. Ministro Flaquez Scartezini. Rev.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Aptes.: Dilson Dias Lobato e Aristides Bezerra da Silva. Apda.: Justiça Pública. Advs.: Drs. Dora Lúcia Cavalcante Sena e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e absolver os réus, nos termos do artigo 386, inciso III do CPP (Em 28-8-84 — 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 CRIMINAL Nº 6.366 — GO

(Registro nº 5.635.110)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Revisor: O Sr. Ministro William Patterson

Apelantes: Erich Alfred Lattmann, José Ivan Carlos Góis de Campos e Benedito Ronaldo Julião

Apelada: Justiça Pública

Advogados: João Abrão Jorge e outro, Edmar Vasconcellos Teixeira, José Cruvinel Leão e Joaquim Jair Ximenes Aguiar

EMENTA

Criminal. Tráfico internacional de cocaína. Peculiaridades formais.

1. Em matéria criminal tudo deve ser preciso e correto, sem que ocorra possibilidade de desencontro na apreciação da prova.

2. Não há desacerto, porém, se o Ministério Público indicar na denúncia o peso líquido da cocaína apreendida, assim aceito pelo Juiz na sentença, enquanto no auto de apreensão e no exame de constatação se fala em quantidade aproximada e em peso bruto a mais, peças a seguir retificadas em laudo técnico oficial.

3. A apresentação do preso à autoridade competente é a regra em caso de flagrante, mas é admissível, como exceção, lavrar-se o auto em local diverso daquele em que ocorreu a prisão. A Polícia não exerce jurisdição, não se devendo, por isso, falar em incompetência *ratione loci*.

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 de Erich Alfred Lattmann e não conhecer, por intempestivas, das apelações de Benedito Ronaldo Julião e José Ivan Carlos Góis de Campos, confirmando a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator e de acordo com as notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Benedito Ronaldo Julião, Erich Alfred Lattmann e José Ivan Carlos Góis de Campos foram denunciados como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14, c/c o artigo 18, I, todos da Lei nº 6.368/76, pela prática de tráfico internacional de cocaína.

O Dr. Juiz de Direito da Comarca de Rio Verde relatou e decidiu o processo da seguinte maneira:

«O Dr. Promotor de Justiça, em exercício nesta Comarca, veio de-

nunciar a Benedito Ronaldo Julião, brasileiro, solteiro, químico, natural de Itú-SP, com 34 anos de idade, filho de Firmino Julião e de Elvira Galigari Julião, residente à Rua Domingos Fazolari, nº 388, Bairro Casa Verde na cidade de São Paulo-SP; Erich Alfred Lattmann, suíço, natural de Sternenberg, comerciante, com 35 anos de idade, filho de Ernest Lattmann e Eliza Lattmann, residente à Av. Vieira de Carvalho, nº 122, Aptº nº 72, São Paulo-SP; e José Ivan Carlos Góis de Campos, brasileiro, solteiro, motorista, natural de Flores-PE, com 26 anos de idade, filho de Cícero Carlos Campos e de Maria Góis de Campos, residente à Rua Ana Cristina, nº 23, Jabaquara-SP, sob o argumento legal de que transportavam a quantidade de 16.840 gramas (peso líquido) de cocaína, conforme constata o Laudo de Exame de fl. 46 usque 48 dos autos, utilizando o veículo Corcel-Belina, LDO mod. 81, apreendido nos autos, estando, portanto, incurso nas sanções penais dos artigos 12 e 14, combinados com o artigo 18, inc. I, todos da Lei nº 6.368/76. Descreve a denúncia que na noite do dia 17 para 18 do mês de fevereiro do corrente ano, por volta das 20.30 horas, os acusados foram presos nas proximidades desta cidade, mais precisamente no km 228, da Rodovia BR-060, justamen-

te quando foi apreendida a quantidade de cocaína acima referida no interior do veículo que os conduzia. Segundo afirma o órgão do Ministério Público, por seu ilustrado representante, os acusados faziam o tráfico de cocaína da Bolívia para o Brasil, com o concurso de mais de duas pessoas, por via aérea e terrestre, cuja droga era destinada a um cidadão conhecido por Guido. Narra ainda a peça matriz que o primeiro acusado se dirigia à capital de Mato Grosso, por via aérea, e, da vizinha cidade de Santo Antônio do Leverger, tomava um avião particular, de propriedade de José Benedito de Arruda e Silva e/ou de Adílio Leite que o levava a um lugar não esclarecido daquele país vizinho, onde adquiria a droga, transportando-a para Portelândia, neste Estado, onde os dois outros acusados esperavam para seguir viagem à capital de São Paulo, entregando a mercadoria ao seu destinatário. O Dr. Promotor de Justiça acentua que o itinerário seguido pelo acusado Benedito Ronaldo Julião está comprovado pelas passagens utilizadas, cujas cópias foram encontradas em seu nome e poder, além do que sua informação possibilitou a localização do avião particular utilizado, não deixando margem de dúvida no sentido de se tratar de uma quadrilha organizada para o tráfico internacional. Os acusados em epígrafe foram legalmente citados, mesmo porque foram apresentados à Sala das Audiências mediante requisição à autoridade policial (artigo 360, do Código de Processo Penal), oportunidade em que prestaram seus esclarecimentos. O acusado Benedito Ronaldo Julião esclarece que não é dependente e, a respeito da acusação que lhe é imputada, disse ser ela verdadeira. Confirma que se envolveu no tráfico de cocaína a uns quatro a cinco meses antes de ser preso, quando chegou

a fazer umas três viagens à Bolívia, de onde trouxe a substância tóxica. Este acusado, por mais que fosse questionado, não identificou o destinatário, Guido, resumindo-se apenas nisso, porém, salientou que os demais envolvidos, como Erich Alfred Lattmann e José Ivan Carlos Góis de Campos, serviam apenas como condutores, ou seja, transportadores da substância, inclusive, segundo Benedito Ronaldo Julião, os acusados prestavam apenas para o transporte da substância, visto que ele não fazia pagamento pelo produto na compra e venda, nem recebia dinheiro quando da entrega, a não ser o correspondente ao transporte, cujo valor era de dois milhões e meio, mais ou menos. Este acusado Benedito Ronaldo Julião explica que o acusado Erich Alfred Lattmann foi por ele convidado a participar do transporte do produto tóxico, cuja participação era em sociedade, enquanto que o acusado José Ivan Carlos Góis de Campos era apenas motorista de Erich Alfred Lattmann. Consoante às pessoas de José Benedito de Arruda e Silva, também conhecido por Juquinha, e Adílio Leite, este acusado Benedito Ronaldo Julião esclarece que eram seus conhecidos, inclusive, havia vendido o avião para Juquinha, cujo negócio fora realizado por volta do mês de agosto de 1983, com quem fazia as viagens à Bolívia destinadas ao tráfico, sendo o agenciador Adílio Leite, posto que este acusado não fazia os pagamentos, inclusive, era Adílio Leite quem recebia a cocaína em São Paulo. O acusado Erich Alfred Lattmann, por sua vez esclarece que fora convidado pelo acusado Benedito Ronaldo Julião para participar do transporte da cocaína, como sócio, sendo que ele aceitou o convite e chegou a participar realmente. Diz este acusado que não é dependente, já que ele nunca fez

uso de qualquer substância tóxica. Confirmou que fora preso quando conduzia em seu veículo a quantidade de cocaína apreendida, inclusive, era ele quem dirigia o mesmo na oportunidade de sua detenção junto à barreira policial. Alega, porém, que o acusado José Ivan Carlos Góis de Campos é seu motorista particular e ele não tinha conhecimento do transporte da droga. Este acusado Erich Alfred Lattmann confirma o envolvimento de Adílio Leite no tráfico de cocaína juntamente com Benedito Ronaldo Julião, porém, diz que apenas conhece o piloto Juquinha, a quem este acusado vendeu um avião, enquanto que não conhece a pessoa de Guido, em São Paulo-SP. O acusado José Ivan Carlos Góis de Campos, por sua vez, esclarece que não é verdadeira a acusação que lhe é imputada, visto que se considera inocente, já que não tinha conhecimento do que era transportado, mesmo porque não fora cientificado das finalidades das viagens que fazia até à cidade de Mineiros-GO e Portelândia-GO, juntamente com Erich Alfred Lattmann e, aí, inclusive, pegava o acusado Benedito Ronaldo Julião, que chegava de avião. A instrução criminal se desenvolveu rapidamente, justamente para atender à prescrição legal pertinente à espécie, oportunidade em que as partes apresentaram provas, sendo que a defesa arrolou testemunhas residentes em São Paulo-SP, para onde foi encaminhada Carta Precatória inquiritória, enquanto que as testemunhas arroladas pela acusação foram inquiridas neste juízo. As partes, por seus representantes legais, apresentaram, em debate, suas teses de direito, quando o órgão do Ministério Público requereu sejam os acusados apenados nos termos da lei, enquanto os defensores dos acusados pediram a absolvição dos mesmos. Há de

salientar-se que o advogado Dr. Wilson Faé Venturim não compareceu à audiência, em que pese ter sido providenciada a sua intimação via de «AR» postal, o qual não retornou ao processo, todavia, sua falta não causa nulidade visto que os acusados, constituiriam três defensores, e, à audiência, compareceram dois deles. De tal arte, foram muito bem assistidos. É este, em pequena síntese o relatório. Passo, pois à decisão. De plano, mister se faz se analise a questão atinente à competência criminal, visto que o douto Promotor de Justiça, na peça matriz, afirma que os acusados faziam o tráfico de cocaína da Bolívia para o Brasil, por via aérea e terrestre, logo, intui-se que a competência criminal é da Justiça Federal. O julgador entende e os observadores hão de convir que a competência firmada é a correta. Tivesse sido apurado em toda sua extensão que os acusados tinham um contrato ou convenção com outros elementos na Bolívia — o que sequer foi investigado pela Polícia Federal — ter-se-ia então a convenção internacional entre traficantes. Aí, sim, a competência seria da Justiça Federal. Para corroborar o meu raciocínio, transcrevo os julgados seguintes: «Competência Criminal — Tóxico — Tráfico internacional — Distinção para efeito de competência, entre a saída e a entrada do tóxico — Irrelevância — Delito que na sua prática e efeitos abrange mais de um país — artigo 125, inc. V, da CR — Recurso não conhecido, determinada a remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos. (LEX — 77, pág. 388). «Entorpecentes. A competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes previstos em contrato ou convenção internacional verifica-se nos casos em que houver cooperação internacional entre os agentes do crime, ou quando este se estenda, na sua

prática e nos seus efeitos, a mais de um país» (Acórdão relatado pelo Ministro Rodrigues de Alckmin (cf. RTJ 65/667) — LEX 77/390). Desta maneira, repito que a competência criminal está definida em sendo deste juízo (ver artigo 27 da Lei nº 6.368/76). A respeito da materialidade do fato delituoso ora questionado, vê-se que se acha bem demonstrada pelos procedimentos de fls. 22, 9, 46 usque 48 dos autos, inclusive, a Dr.^a Carmem Lúcia dos Santos Gomes, Perita Criminal, constatou o seguinte: «Foram apresentados a exame, cinco (5) pacotes contendo uma substância em pó, de cor branca, amorfa. Referidos pacotes com as substâncias pesaram um total bruto de 19.840 kg (dezenove quilos e oitocentos e quarenta gramas). Foram retiradas amostras das substâncias de cada pacote, as quais foram submetidas aos testes preliminares para cocaína. III — Conclusão. Os testes realizados com a substância anteriormente descrita, resultaram positivos para Cocaína. Também pelo Laudo de Exame em substância em pó (cocaína), às fls. 46 usque 48 dos autos, está sobejamente provada pela materialidade examinada, em cujo exame se conclui positivamente que a substância em pó, com o peso de 16.840 kg (dezesseis quilos e oitocentos e quarenta gramas) é cocaína e que a mesma causa dependência. Outra prova perfeita da materialidade foi confirmada pelo Auto de Apreensão de fl. 9, onde consta que foi apreendido: «Um saco plástico tendo em seu interior 5 pacotes de tamanhos diversos, contendo todos aproximadamente 19.840 g (dezenove mil oitocentos e quarenta gramas). Este fato se vê confirmado pelo depoimento da testemunha Raimundo Nonato da Conceição Souza, que funcionou como condutor no auto de prisão em flagrante, o qual esclarece às fls.

134, verso e 135: «Que essa substância apreendida foi pesada logo imediatamente no Comando Militar do 2º BPM, «cujo peso foi superior a 19 mil gramas, não chegando a totalizar vinte quilos; que o depoente tem certeza absoluta desse peso». «... que a balança em que foi pesada a substância de cocaína se trata de instrumento comum; que se tratavam de cinco volumes em separados; que os volumes foram pesados em conjunto; que nesse peso está incluída a embalagem de plástico». Desta feita, não se pode questionar esta causa consoante a sua materialidade e teor. Ela está perfeitamente segura e inquestionável. A respeito da autoria e responsabilidade criminal, faço o seguinte exame. O acusado Benedito Ronaldo Julião disse que se envolveu no tráfico de droga por iniciativa própria, cujo início foi há uns quatro a cinco meses antes de ser preso. Ora, nessa previsão e com base nos blocos de passagens aéreas acostados aos autos, ele fez muitas viagens para o fim de trazer cocaína. O seu envolvimento é confesso e, portanto, incontroverso, já que arrimado às demais provas coligidas aos autos, inclusive, com as declarações dos demais acusados. Acontece, entretanto, que ele não identifica o destinatário, ou destinatários, a quem era entregue a cocaína. O silêncio deste acusado a respeito da identidade da pessoa destinatária do produto — que ele apenas se refere como Guido — bem assim sobre a identidade de quem ele pegava o material na Bolívia, será interpretado em prejuízo a sua defesa. É sintomático, pelas próprias circunstâncias, que alguém haveria de lhe entregar a cocaína e receber o pagamento correspondente lá na Bolívia. Também alguém haveria de receber a cocaína em São Paulo-SP, e essas duas pessoas seriam, logicamente, identificáveis

muito bem à vista da natureza dessas operações criminosas. O indivíduo Adílio Leite, de quem fala Benedito Ronaldo Julião, não podia estar, ao mesmo tempo na Bolívia e em São Paulo, entregando-lhe produto e, ao depois, recebendo-o. As suas viagens restaram comprovadas pelos documentos acostados aos autos, inclusive, com hospedagens em hotéis na cidade de Cuiabá-MT. Consoante à participação do acusado Erich Alfred Lattmann, consta que ele foi convidado por Benedito Ronaldo Julião, de quem era conhecido e amigo, sendo que aceitou o convite e realmente foi participar do tráfico de cocaína. A sua incumbência era a de apanhar Benedito Ronaldo Julião na pequena cidade de Portelândia-GO, em aeroporto simples, que ali chegava de avião, vindo da Bolívia, encarregando-se de transportar a substância até São Paulo-SP, em cuja diligência era acompanhado pelo acusado José Ivan Carlos Góis de Campos. O acusado Erich Alfred Lattmann nega que seu motorista soubesse da substância que era transportada. O acusado José Ivan Carlos Góis de Campos nega, por sua vez, que tivesse conhecimento da cocaína. Diz que trabalhava para Erich Alfred Lattmann, como seu motorista, todavia, nem conhecia a finalidade das frequentes viagens que fazia ao interior do Estado de Goiás, sendo que ganhava uma cota além de seu ordenado para essas viagens. Assim, este acusado diz-se inocente. A Polícia Federal não conseguiu indiciar, antecipadamente, a José Benedito de Arruda e Silva, vulgo Juquinha, nem a Adílio Leite, daí a razão por que não houve denúncia incriminando-os como partícipes, mas o Dr. Promotor de Justiça já requereu oportunamente o aditamento da mesma. Acredito, diante do estágio deste processo, que eles serão acusados em processo pró-

prio. Analiso o argumento do acusado José Ivan Carlos Góis de Campos, que se diz inocente. Ora, seria fatalmente incompreensível que o motorista ficasse alheio à finalidade das viagens — que não fora uma somente — à pequena cidade de Portelândia-GO, aonde permanecia apenas o tempo necessário para que aguardasse a chegada de um avião, do qual descia um passageiro com as malas e dali retornava à cidade de São Paulo. Trata-se de uma versão muito curiosa e que a ela os observadores não se atêm. Este acusado tinha ciência de sua responsabilidade criminal no caso vertente, mesmo porque, ao ser preso pela Polícia, ratificou a versão apresentada pelos outros acusados de que Benedito Ronaldo Julião era um «caroneiro», o qual havia pedido passagem na cidade de Mineiros-GO. De tal arte, vejo que este acusado se acha seriamente envolvido no tráfico de cocaína de cuja participação, por seu comportamento, já que motorista do veículo, sabia do ilícito penal e de sua responsabilidade correspondente. Os acusados Benedito Ronaldo Julião e Erich Alfred Lattmann confirmam suas responsabilidades criminais no tráfico de cocaína. Tratam-se, pois, de réus confessos, em que pese não adiantarem, ou identificarem, os demais envolvidos, falando a verdade. Está, por conseguinte, evidente que os acusados praticaram o crime de tráfico de entorpecente previsto na lei de tóxico, mesmo porque colocaram em risco a integridade social, que é o bem jurídico protegido e tutelado pela lei penal. A propósito transcrevo aqui a opinião de Vicente Greco Filho que, em sua obra intitulada Tóxicos — Prevenção-Repressão, 2ª. edição 1979, págs. 79/80, interpreta: «Objetividade Jurídica. O bem jurídico protegido pelo delito é a saúde pública. A determinação causada pe-

la droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. Já vimos que o tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de drogas. Para a existência do delito não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastante para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos». Há de se ver, **in casu**, que houve a associação entre os acusados, cuja anuência os próprios acusados confirmam-na. Ela se acha patente não por suas próprias afirmações, mas, sobretudo, por seus comportamentos delituosos durante a ação transitiva. Essa anuência psicológica e real significa a associação a que se refere a lei penal, posto que reiteradamente agiram na busca de cocaína. Aliás, quando se refere à «associação», dessume-se uma habitualidade, uma duração no tempo, quer dizer, reiteração, cujo escopo é o da prática de ilícito penal. Valho-me da jurisprudência. Eis algumas delas: «A apreensão de grande porção de tóxicos induz à presunção de traficância» (Ap. nº 163.423-SP, ac. 6ª Câm. TA Crim-SP, em 2-8-77, Rel.: Juiz Aquino Machado, TJA Crim-SP/49). «Comércio clandestino de entorpecentes — Traficância — Apreensão de grande quantidade de tóxicos — Reconhecimento. Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, a apreensão de grande quantidade de tóxicos induz ao reconhecimento de traficância» (Ap. nº 175.703-Sorocaba, ac. 3ª Câm. TA-Crim, em 23-2-78, Rel.: Juiz Silvio Lemmi, JTACrim. 51). «Comércio clandestino de entorpecentes — Traficância — Apreensão de grande quantidade de cocaína — Agente que não apresenta características de viciado — Reconhecimento.

O fator quantidade e qualidade da droga pode induzir tráfico na conformidade de outros fatores, tais como a circunstância de não apresentar o agente características de viciado a ser a substância oriunda de área e rota de comércio ilícito». (Ap. nº 187.795-Assis, ac. un. 5ª Câm. TACrim, em 4-7-78, Rel.: Juiz Geraldo Gomes, JTACrim-SP, 51). No caso vertente, está comprovado, pelo encadeamento dos fatos, que os acusados se associaram e colocaram em prática o plano então concertado, quando o acusado Benedito Ronaldo Julião foi até a Bolívia e adquiriu grandes quantidades de cocaína, em que pese contrariamente a declaração de Juquinha, às fls. 110 usque 114, dos autos. Esta informação está sob censura. Destarte, ante o que foi visto e examinado, julgo procedente a denúncia inicial e, de consequência, tenho os acusados Benedito Ronaldo Julião, Erich Alfred Lattmann e José Ivan Carlos Góis de Campos como incurso nas sanções penais dos artigos 12 e 14 combinados com o artigo 18, inc. I, da Lei nº 6.368/76, sujeitos, em decorrência, às penas privativas de liberdade consoante à reclusão e pecuniária, como fato os tenho por condenados. Em atendendo às prescrições legais do artigo 42 do Código Penal, passo à análise das circunstâncias para o fim de aplicação dessas penas. Inicialmente, observo que os antecedentes do acusado Benedito Ronaldo Julião não são conhecidos senão pelas informações adquiridas via do boletim de sua vida pregressa. Daí por que deve ser considerado como réu primário, pois, não existe nenhum fato desabonador à sua conduta, no aspecto criminal, em época anterior. Seus antecedentes, pois, são regulares. Sobre a sua personalidade, tenho que ela é bem instável, de onde se depreende tendência para a prática do crime. Segundo sua

confissão, agira criminosamente movido pela dificuldade financeira. Ora, é certo que o País se encontra em crise financeira e com a conseqüente falta de empregos, inclusive, crime de valores morais; todavia, não é menos certo que o acusado há de se embrenhar no antro da perdição. Significa, portanto, que ele é refratário ao trabalho. O dolo existe com maior intensidade. Embora se trate de dolo genérico, ele é refletido. Divisa-se na ação deste acusado a premeditação, a qual revela maior perversidade do caráter e menor soma de sentimentos. Dessume-se, pois, a expressiva vontade consciente de cometer uma das ações previstas no tipo penal, haja vista que ele sabe que a substância é entorpecente e que causa dependência física ou psíquica e que o fez sem autorização ou em desacordo com o preceito legal, como se alinhavou acima. Com respeito aos motivos determinantes, tenho-os como inqualificáveis e altamente nocivos ao bem-estar social. Revelam a índole particularmente perversa deste acusado e inclinação especial para o crime. Com atinência às circunstâncias, vê-se que o acusado, diante de uma «dificuldade financeira», resolveu praticar o tráfico de cocaína. Para isso fez algumas viagens e convidou ao segundo acusado, quando se puseram em campo. Valeu-se de um avião, de veículo, organizou-se em associação com outros meliantes e deu cabo à empreitada criminosa. Não fosse preso, a operação ou operações, ainda estariam se verificando, ameaçando dividendos. As conseqüências são vistas a partir do momento em que a saúde pública, que é o bem jurídico protegido e tutelado, se viu ameaçada pelo risco de integridade social. Respeitosamente sobre o acusado Erich Alfred Lattmann, tem-se que seus antecedentes criminais não são conhecidos,

mesmo porque se trata de um estrangeiro e, embora com uma convivência no Brasil, nada consta em desabono à sua conduta. A sua personalidade também é instável. Trata-se de um indivíduo que revela tendências criminosas, pode algumas vezes, como é o caso, entrar em conflito com a lei penal porque não subordina os seus interesses ou aspirações às limitações estabelecidas pela ordem do direito e impostas ao indivíduo no interesse da sociedade. Esta tendência para respeitar essa exigência chama-se disciplina social — a qual ele não obedeceu intencionalmente. O dolo aparece na ação deste acusado sobremaneira. Ele anuiu-se a um convite do primeiro acusado e levou consigo o seu motorista. Trata-se de dolo genérico, porém, refletido, já que houve a elaboração de um plano predeterminado. A respeito das circunstâncias, ficou evidenciado que este acusado e seu motorista viriam buscar o acusado Benedito Ronaldo Julião na pequena cidade de Portelândia-GO, a qual dista da cidade de Mineiros-GO, a uns vinte quilômetros, que ele e seu companheiro diligenciam nesse sentido por diversas vezes, retornando a São Paulo-SP. Nesse sentido, é de bom alvitre que se faça a seguinte indagação: por que os acusados concertaram o plano de se encontrarem em Portelândia e não em Mineiros, sendo que nesta cidade existe um aeroporto oficial, cuja pista de aterrisagem é muito superior à daquela cidadezinha, inclusive, possui recursos apropriados? Justamente porque ali não seriam vistos. Dessume-se, pois, nesse comportamento, a intensidade do dolo refletido, onde se demonstra dobrada intensidade maléfica, pois executa o crime com reflexão, calma de espírito e sangue frio, que são os elementos da premeditação. Consoante aos motivos, os

observadores não de ver que eles são ignóbeis, já que o fato delituoso produz ofensa à paz social. A respeito da conseqüência, há de se ver que a saúde pública se viu insegura. O doutrinador Vicente Greco Filho, inclusive, fez alusão a este respeito quando esclarece que o tráfico pode ter até mesmo conotação no aspecto político. Com referência ao acusado José Ivan Carlos Góis de Campos, observo que seus antecedentes não são conhecidos também justamente por falta de informações nos autos, a não ser aquelas colhidas e que se vêem no boletim de sua vida pregressa. Trata-se de réu primário e de bons antecedentes. A sua personalidade, da mesma forma, é instável. Tem-se que ele possui tendência para a prática de crime deste naipe. É elemento refratário ao trabalho, pois resolveu se imiscuir com os demais acusados no plano adrede concertado. O dolo sobressai-se meridianamente em sua ação delituosa, posto que ele tinha ciência da finalidade suas viagens à cidade de Portelândia-GO, de cujo encargo se desincumbia sem reagir à ordem recomendada pelo acusado Erich Alfred Lattmann. Quer dizer, subjetivamente houve-se pela anuência ao plano. Os motivos são os piores possíveis, já que coloca em risco a saúde pública, além de significar a propensão para o ilícito penal. Consoante às circunstâncias, sabe-se que este acusado servia como motorista do acusado alienígena, sendo que dirigia o veículo deste na empreitada concertada, apesar de que negue o seu envolvimento psicológico. A respeito das conseqüências, como restou provado, elas existem de fato, pois, colocou em risco a saúde pública, já que, mancomunado aos demais acusados, auxiliou na ação delituosa de tráfico de cocaína. Assim, ante a abordagem das circunstâncias judiciais, fixo em desfavor do

acusado Benedito Ronaldo Julião a pena-base de 3 (três) anos de reclusão, isso com pertinência ao crime previsto no artigo 12, da Lei nº 6.368/76. Consoante ao crimes de associação previsto no artigo 14, da mencionada lei, aplico-lhe a pena-base de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. À vista de que restou demonstrado que houve associação para o fim específico de tráfico, cujo resultado foi logrado por diversas vezes, tenho que se verificou, por suas ações delituosas, o concurso material, razão pela qual, com base no artigo 51, **caput**, do Código Penal, aplico-lhe, cumulativamente, estas penas, somando-as, por conseguinte à vista do que se perfaz o quantum de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Com base no artigo 18, inc. I, da Lei nº 6.368/76, agravo essa pena de 1/3 (um terço), motivo por que a elevo para 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, tornando-a por definitiva, pois, não há atenuantes a serem observadas. De outra feita, condeno-o também ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa. Consoante ao acusado Erich Alfred Lattmann, aplico-lhe a pena-base, de 3 (três) anos de reclusão com atinência ao fato previsto no artigo 12, da Lei nº 6.368/76. Sobre o crime previsto no artigo 14, da mencionada lei, que é o de associação, aplico-lhe a pena-base de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Como ficou demonstrado que os resultados de suas ações criminosas foram alcançados positivamente, vejo que houve então o concurso material, à vista do que, com fulcro no artigo 51, **caput**, do Código Penal, aplico-lhe, cumulativamente, ambas as penas já exaradas e, uma vez adicionadas, tem-se o total de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Outrossim, com base no artigo 18, inc. I, da Lei nº 6.368/76, agravo-lhe essa pena constatada de 1/3

(um terço), razão pela qual a elevo para 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, tornando-a, pois, em definitiva, visto que não há atenuantes a serem observadas. Condeno-o, ainda, ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa. Ainda, com base no artigo 34 da Lei nº 6.368/76, combinado com os artigos 74 e 100, ambos do Código Penal, após o trânsito em julgado desta, o veículo mencionado à fl. 10 dos autos passará à propriedade do Estado, já que declaro nesta ocasião a sua perda, despojando, pois, o acusado Erich Alfred Lattmann deste veículo. Com referência ao acusado José Ivan Carlos Góis de Campos, aplico-lhe a pena-base de 3 (três) anos de reclusão com atenuância ao crime previsto no artigo 12, da Lei nº 6.368/76. Por outro lado, aplico-lhe a pena-base de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão com pertinência à associação prevista no artigo 14 da mencionada Lei. Como se verificou o concurso material *in casu*, somando estas penas, motivo por que ter-se-á o *quantum* de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses, isso com base no artigo 51, *caput*, do Código Penal. Ainda, com base no artigo 18, inc. I, da Lei nº 6.368/76 agravo essa pena de 1/3 (um terço), à vista do que a elevo para 8 (oito) anos e 8 (oito) meses, tornando-a, pois, em definitiva, já que não há atenuantes a serem observadas. De outra feita, condeno este acusado ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa. Hei por bem generalizar essa condenação aos acusados com a inclusão do pagamento das custas processuais. Outrossim, a respeito do cumprimento da pena de multa, há de se observar o artigo 38 e seus parágrafos, da Lei nº 6.368/76, pois, aplico aos acusados Benedito Ronaldo Julião e Erich Alfred Lattmann o valor de Cr\$ 250,00 (duzentos e cinquenta cruzeiros) correspondente ao dia-multa, en-

quanto que ao acusado José Ivan Carlos Góis de Campos aplico o valor de Cr\$ 25,00 (vinte e cinco cruzeiros) por dia-multa, isso em razão de sua condição financeira instável, valores estes que os tenho por fixados em definitivo, os quais deverão, após o trânsito em julgado desta, serem recolhidos ao Tesouro Nacional, depois de procedida a liquidação por cálculo. Não há medida de segurança a ser-lhes aplicada por enquanto. Após o trânsito em julgado desta, sejam os sentenciados encaminhados ao CEPAIGO, mediante Carta de Guia, onde deverão expiar a pena. Lancem-se os nomes dos sentenciados no rol dos culpados. Outrossim, consoante à aeronave ventilada nos autos, ela será objeto de investigação no curso de outro processo». (Fls. 144/157).

Os réus apelaram, pleiteando a reforma da sentença (fls. 237, 240, 241/254, 258, 260/267 e 268/278). Nas suas contra-razões, pela manutenção da sentença, o Ministério Público local alegou, ainda, serem intempestivas as apelações dos réus Benedito Ronaldo Julião e José Ivan Carlos Góis de Campos (fls. 281/284).

Os autos subiram ao Tribunal, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento dos recursos interpostos pelos réus Benedito e José Ivan, por serem intempestivos. E pelo desprovidimento do apelo de Erich Alfred Lattmann (fls. 331/333).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Em sua apelação, o acusado Erich Alfred Lattmann argúi preliminar de nulidade do flagrante porque ele e os demais acusados foram presos e levados ao 2º BPM e depois requisitados pela Polícia Federal,

em Goiânia, para lavratura do respectivo auto.

É norma processual, porém, que o flagrante somente pode ser lavrado perante a autoridade competente, ou seja, a do lugar em que se efetivou a prisão, no caso a autoridade policial do município de Rio Verde, do mesmo Estado (CPP, artigos 304/308).

De fato, apresentado o preso à autoridade competente, esta ouvirá o condutor e as testemunhas que o acompanharam e o interrogará sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se o auto (artigo 304, *caput*). Mas é admissível lavrar-se o auto em local diverso daquele em que ocorreu a prisão.

Não apenas pelos motivos indicados na lei (CPP, artigos 290 e 308), mas também porque a Polícia não exerce jurisdição, não se deve falar em incompetência *ratione loci*. Não são nulos, pois, os atos policiais a esse pretexto, tanto mais se não alegada em tempo a pretendida nulidade.

A respeito dessa preliminar, disse o Ministério Público local, em suas contra-razões, o seguinte:

«Desnecessários quaisquer comentários a respeito das alegadas irregularidades ou nulidades da peça informativa, tanto por descabidas como porque não alegadas *oportuno tempore*.» (Fl. 282)

Tais considerações aplicam-se, igualmente, à alegação do flagrante preparado, muito embora o apelante pouco ou quase nada esclareça sobre o suposto fato, às fls. 245/247, limitando-se a desfazer a validade dos depoimentos de policiais, pela eiva da suspeição.

Cita alguns Acórdãos dos Tribunais de São Paulo, mas que não se aplicam, genericamente, à arguição, pois cada uma das decisões ementadas às fls. 246/247 foi proferida em

hypothesis. Temos decidido, aqui no Tribunal, da seguinte maneira:

«Criminal. Estelionato e falsidade ideológica. Confissão Extrajudicial. A confissão extrajudicial, quando em perfeita sincronia com as demais provas, constitui valioso elemento de acusação, mesmo se retratada em juízo, mas desacompanhada a escusa de explicação aceitável e operante. Sob o regime do CPP vigente, o inquérito policial ganhou amplitude e segurança abrindo o legislador crédito de confiança à serenidade e honestidade da autoridade policial. Sentença confirmada.» (ACr nº 5.520-CE — 3379841)

O apelante continua em suas observações. E outra delas é quanto à dúvida sobre a materialidade do delito, expressada na seguinte indagação: «Diante da diferença apurada, poder-se-ia até indagar — seria a droga apreendida, a mesma que fora apresentada para análise?» (fl. 248)

Essa dúvida decorre da existência de uma diferença de 3 quilos de cocaína, verificada em face do cotejo entre a quantidade referida na denúncia (16,840 kg) e a quantidade indicada no auto de apreensão (19,840 kg), sem que o Dr. Juiz se apercebesse do fato na sentença.

Assim, para o apelante a prova material teria ficado seriamente comprometida. Em matéria criminal, citando alguns Acórdãos às fls. 249/250, sustenta ele que tudo deve ser preciso e correto, sem possibilidade de desencontro na apreciação da prova.

Na verdade, deixando de lado a denúncia (que teria indicado a existência de uma menor porção), o certo é que foi apreendido um saco plástico contendo cinco pacotes de tamanhos diversos com aproximadamente 19.840 gramas de cocaína (fl. 9v.).

É certo, ainda, que esse mesmo material foi levado a exame de constatação e recebido pela perita criminal Carmen Lúcia dos Santos Gomes: «Foram apresentados a exame cinco (05) pacotes contendo uma substância em pó, de cor branca, amorfa. Referidos pacotes com as substâncias

«... pesaram um total bruto de 19,840 kg (dezenove quilos e oitocentos e quarenta gramas). Foram retiradas amostras das substâncias de cada pacote, submetidas aos testes preliminares de cocaína.» (Fl. 17)

Ora, o digno representante do Ministério Público local, com a correção de agir que lhe cabia, como cabe, deixou de lado as referências iniciais, de fls. 9v./17, e preferiu a certeza e definitividade do Laudo de Exame em Substância em Pó (cocaína), do Instituto Nacional de Criminalística (Federal), onde está dito com maiores detalhes:

«Foram apresentados a exame cinco pacotes contendo substância em pó de cor branca leitosa, amorfa, com odor etéreo, pesando líquido as seguintes quantidades: 2.940g, 2.970g, 3.080g, 3.300g e 3.940g, perfazendo um total líquido de 16,230kg (dezesseis quilos e duzentos e trinta gramas). Da referida substância foram retiradas 3,0g (três gramas) para serem utilizadas nos exames de laboratórios, onde em uma parte desta quantidade foram feitos testes específicos de determinação do grau de pureza da substância e a outra parte ficou retida nesta SECRIM para servir como material padrão em futuros confrontos». (Fl. 47)

Note-se que o apelante enganou-se, ao dizer que, da mercadoria apreendida, havia sido retirada uma amostra, para exames, de apenas 0,3

(três décimos de grama), o que realmente o levou a indicar uma diferença maior e que afinal de contas inexistiu.

Daí porque, ao apreciar este aspecto do caso, o Dr. Juiz não teve motivos para duvidar das quantidades a que se referiu, quando indicou os procedimentos de fls. 22, 9, 46 usque 48, dos autos, referindo-se, expressamente, à quantidade líquida indicada na denúncia pelo *dominus litis* (fl. 148).

Quanto ao mérito, no pertinente à tipificação do crime de associação, o apelante achou que o Dr. Juiz não fundamentou a sua sentença nessa parte, porque teria dito apenas: «sobre o crime previsto no artigo 14 da mencionada lei, que é o da associação, aplico-lhe a pena de três (3) anos e seis (6) meses de reclusão» (fls. 251 e 156).

Não é verdade, porém. Basta uma vista de olhos aos autos para verificar-se, sem sombra de dúvida, que se encontravam envolvidos na mesma empreitada criminosa os acusados Benedito Ronaldo Julião, brasileiro, Erich Alfred Lattmann, suíço, e José Ivan Carlos Góis de Campos, brasileiro.

Os acusados foram presos nas proximidades de Rio Verde, na BR-060, quando transportavam a cocaína, utilizando o veículo Corcel-Belina LDO Mod. 81. Faziam eles o tráfico da substância da Bolívia para o Brasil, com o concurso de mais duas pessoas por via aérea e terrestre.

O transporte era feito pelo primeiro denunciado, que se dirigia à capital de Mato Grosso por via aérea, devendo tomar um avião particular, de propriedade de José Benedito de Arruda e Silva e/ou de Adílio Leite, na cidade de Santo Antonio do Le-verger.

O itinerário de Benedito Ronaldo Julião está confirmado pelas passagens utilizadas, cujas cópias foram encontradas em seu nome e poder, além do que sua informação possibilitou a localização do avião particular utilizado, não deixando margem à dúvida de tratar-se de uma quadrilha organizada para o tráfico internacional.

O digno representante do Ministério Público local diz, à fl. 283:

«Está, sem qualquer sombra de dúvida, caracterizada a associação, certo, como é, que o terceiro apelante, José Ivan, dela participou, mediante concerto prévio, pelas circunstâncias já apontadas, mesmo porque o acusado Erich Alfred esclarece, à fl. 8, «que juntamente com Julião contratou José Ivan para servir como motorista naquelas viagens». Nota-se, aí, a indisfarçável intenção de excluir José Ivan da participação associativa, o que choca com o conjunto probatório». (Fl. 283)

Não há, pois, como refutar-se o acerto da respeitável sentença apelada e de suas conclusões. Assim ressaltou o Ministério Público nas contra-razões (fls. 281/284). Também a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Valim Teixeira, onde igualmente reputou intempestivos os recursos interpostos por Benedito Ronaldo Julião e José Ivan Carlos Góis de Campos (fls. 331/333).

José Ivan Carlos de Góis Campos apelou às fls. 258/267. E Benedito Ronaldo Julião às fls. 268/278. Sobre as mesmas disse o Dr. Promotor, sobre a intempestividade, o seguinte:

«Ainda, preliminarmente, é intempestiva a apelação manifestada pelos dois últimos recorrentes. Com efeito, segundo o estabelecido no artigo 392 da Lei Adjetiva, «a

intimação da sentença será feita ao réu, pessoalmente, se estiver preso». Ora, todos os apelantes foram intimados no mesmo dia 19 de março, conforme se vê à fl. 160. E, como aquele dia caiu em uma segunda-feira, o prazo expirou-se no dia 24, tendo como término um sábado, prorrogando-se, consequentemente, para o dia 26, segunda-feira, enquanto que o recurso é datado e protocolado no dia 27 imediato, portanto, a destempo. O artigo citado estabelece, em seus incisos, os casos em que a intimação poderá ser feita ao defensor constituído, não sendo esta a hipótese do caso sub judice. Emerge, ainda, do § 2º do mesmo dispositivo, que o prazo recursal, *in casu*, começa a fluir a partir da intimação pessoal dos réus, que ocorreu na mesma data» (Fl. 281).

Nada a aditar, pois sequer recebemos da parte dos ilustres patronos desses apelantes frustrados qualquer memorial ou nota esclarecedora, como tentativa de refutação da conferida intempestividade de seus recursos.

Sendo assim, nego provimento à apelação de Erich Alfred Lattmann, enquanto não conheço, por intempestivas, das apelações de Benedito Ronaldo Julião e José Ivan Carlos Góis de Campos, razão por que confirmo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

Ê como voto.

VOTO REVISOR

O Sr. Ministro William Patterson: Presos quando transportavam 16.840 gramas de cocaína, Benedito Ronaldo Julião, Erich Alfred Lattmann e José Ivan Carlos foram processados e denunciados como incursos nas sanções dos artigos 12 e 14, c/c o artigo 18, I, da Lei nº 6.368, de 1976.

Encerrada a instrução processual, o MM. Juiz de Direito da Comarca de Rio Verde sentenciou, julgando procedente a denúncia e condenando os réus a oito anos e oito meses de reclusão, além de 60 (sessenta) dias-multa, cada um, sendo que ao último foi aplicada 50 (cinquenta) dias-multa, com os valores que indica.

Inconformados, apelaram todos os denunciados. Com relação aos recursos de Benedito e José, entendo corretas as observações contidas na peça de contra-razões, onde se acena com a intempestividade dos mesmos. É ler-se:

«Ainda preliminarmente, é intempestiva a apelação manifestada pelos dois últimos recorrentes. Com efeito, segundo o estabelecido no artigo 392 da Lei Adjetiva, «a intimação da sentença será feita ao réu, pessoalmente, se estiver preso». Ora, todos os apelantes foram intimados no mesmo dia 19 de março, conforme se vê à fl. 160. E, como aquele dia caiu em uma segunda-feira, o prazo expirou-se no dia 24, tendo como término um sábado, prorrogando-se, conseqüentemente, para o dia 26, segunda-feira, enquanto que o recurso é datado e protocolado no dia 27 imediato, portanto, a destempo. O artigo citado estabelece, em seus incisos, os casos em que a intimação poderá ser feita ao defensor constituído, não sendo esta a hipótese do caso *sub judice*. Emerge, ainda, do § 2º, do mesmo dispositivo, que o prazo recursal, *in casu*, começa a fluir a partir da intimação pessoal dos réus, que ocorreu na mesma data».

É indiscutível, como visto, a extemporaneidade dos apelos referenciados, razão pela qual desmerecem ser conhecidos.

No tocante ao recurso de Erich, a improcedência do mesmo é manifesta. Sua participação nos fatos deli-

tuosos está claramente demonstrada na r. sentença, consoante se extrai do seguinte lance:

«Os acusados Benedito Ronaldo Julião e Erich Alfred Lattmann confirmam suas responsabilidades criminais no tráfico de cocaína. Tratam-se, pois de réus confessos, em que pese não adiantarem, ou identificarem, os demais envolvidos, falando a verdade. Está, por conseguinte, evidente que os acusados praticaram o crime de tráfico de entorpecente previsto na lei de tóxico, mesmo porque colocaram em risco a integridade social, que é o bem jurídico protegido e tutelado pela lei penal».

Ante o exposto, não conheço dos recursos de Benedito Ronaldo Julião e José Ivan Carlos Góis de Campos e nego provimento ao de Erich Alfred Lattmann.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 6.366 — GO — Registro nº 5.635.110 — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Rev.: O Sr. Ministro William Patterson. Aptes.: Erich Alfred Lattmann, José Ivan Carlos Góis de Campos e Benedito Ronaldo Julião. Apda.: Justiça Pública. Advs.: João Abrão Jorge e outro, Edmar Vasconcellos Teixeira, José Cruvinel Leão e Joaquim Jair Ximenes Aguiar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de Erich Alfred Lattmann e não conheceu, por intempestivas, das apelações de Benedito Julião e José Ivan Carlos Góis de Campos, confirmando a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 21-8-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Sr. Jair Ximenes Aguiar, pelo apelante Erich Alfred Lattmann. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.230 — RJ
(Registro nº 3.434.079)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Suscitante: Juiz de Direito da 23ª Vara Criminal — RJ

Suscitado: Juiz Federal da 4ª Vara — RJ

Partes: Justiça Pública e Getúlio de Oliveira Tavares

EMENTA

Competência. Penal. Falsificação de Guias da Taxa Rodoviária Única.

É da competência da Justiça Estadual o exame do processo-crime concernente ao delito epigrafado, porquanto, em última análise, lesados serão os particulares, que terão de efetuar novamente o recolhimento das taxas, não afetando a falsificação, de forma alguma, a Fazenda Nacional.

Improcedência do conflito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, julgar improcedente o conflito e declarar competente o suscitante — Juiz de Direito da 23ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, 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 maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **José Dantas**, Presidente — Ministro **Leitão Krieger**, Relator

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Leitão Krieger**: A douta Subprocuradoria-Geral, em parecer da lavra do ilustrado Procurador Mardem Costa Pinto, que recebeu o beneplácito do eminente Subprocurador-Geral Valim Teixeira, retratou com fidelidade a discussão entre os dignos Magistrados:

«Instaurou-se inquérito policial para a apuração de ilícito penal, atribuído a Getúlio de Oliveira Tavares, consistente em falsificação de guias de recolhimento da taxa rodoviária única.

Concluídas as investigações preliminares o inquérito foi remetido ao MM. Juiz Federal da 4ª Vara do Rio de Janeiro-RJ, que declinou de sua competência entendendo que o exame da causa compete à Justiça Estadual (fl. 149).

Remetidos os autos ao MM. Juiz de Direito da 23ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, este suscitou conflito negativo de competência, sustentando que o crime foi cometido contra a Fazenda Nacional, sendo competente a Justiça Federal (fls. 152/153)».

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Leitão Krieger** (Relator): A matéria já é, de sobejo, conhecida desta Egrégia Seção, dispensando maiores indagações.

Em casos que tais, a lesão vai atingir o patrimônio de particulares, pois terão estes que efetuar novamente o recolhimento relativo às taxas, não afetando a falsificação, de forma alguma, a Fazenda Nacional.

Esse o entendimento reiterado da Egrégia Seção, entre outros, bastando lembrar o seguinte:

«Ementa: 1 Compete à Justiça Estadual o processo-crime relativo ao delito de falsificação de guias de recolhimento da taxa rodoviária única, porquanto lesados, apenas, os particulares, clientes de maus despachantes, pois terão de recolher a taxa devida aos cofres públicos federais, independentemente do pagamento que fizeram aos infratores.

2. Precedentes do TFR». CC nº 3.610-MG. Rel.: Ministro Washington Bolívar. DJ de 21-11-79».

Meu voto, assim, é no sentido de julgar improcedente o conflito, declarando competente o MM. Juiz de Direito da 23ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, o nobre suscitante.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Cândido: Data venia do Ministro Relator, voto em sentido contrário.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.230 — RJ — Registro nº 3.434.079 — Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger — Suscte.: Juiz de Direito da 23ª Vara Criminal — Rio de Janeiro — Suscdo.: Juiz Federal da 4ª Vara-RJ. Partes: Justiça Pública e Getúlio de Oliveira Tavares.

Decisão: A Seção, por maioria, julgou improcedente o conflito e declarou competente o suscitante — Juiz de Direito da 23ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, vencido o Sr. Ministro José Cândido. (Em 25-5-83 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Otto Rocha, William Patterson, Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.469 — RS

(Registro nº 4.423.739)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Suscitante: Juiz Federal da 3ª Vara — RS

Suscitado: Juiz de Direito de Ronda Alta — RS

Partes: Instituto Brasileiro do Café — IBC, Oclides Barviero

Advogado: Paulo Carlos Silva

EMENTA

Competência. Penal. Crime contra a saúde pública e economia popular. Adulteração de café.

O delito imputado ao indiciado não atingiu interesses do Instituto Brasileiro do Café. Apenas os consumidores do produto poderiam suportar as consequências do ato criminoso, deslocando, assim, para a Justiça Estadual, a competência para o exame do processo.

Procedência do conflito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do conflito e o julgar procedente, para declarar a competência do MM. Juiz de Direito da Comarca de Ronda Alta-RS., 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 **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Leitão Krieger**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Leitão Krieger**: A espécie dos autos foi assim sumariada no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República:

«Instaurou-se inquérito policial, sob a responsabilidade da Delegacia de Economia Popular de Porto Alegre-RS, visando a apuração de delito contra a Saúde Pública e Economia Popular, atribuído a Oclides Barviero.

Conforme representação do Instituto Brasileiro do Café, o comerciante Oclides Barviero, estabelecido em Ronda Alta-RS, estava expondo à venda café moído inteiramente adulterado.

Remetidos os autos ao MM. Juiz de Direito de Ronda Alta-RS, este declinou de sua competência, sustentando que a prática ilícita teria atingido serviços do IBC (fls. 73/74).

Enviados os autos ao MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal no Rio Grande do Sul, este suscitou conflito negativo de competência (fls. 80/82)».

Concluindo, opinou o douto órgão do Ministério Público pela procedência do conflito, a fim de ser declarada a competência do MM. Juiz de Direito de Ronda Alta, o suscitado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Leitão Krieger** (Relator): Como bem observado pelo ilustre Juiz suscitante, o delito imputado ao indiciado não atingiu interesses ou serviços do IBC. Este, como órgão fiscalizador do produto no mercado interno, não foi prejudicado pela ação delituosa, mesmo indiretamente. Apenas os consumidores do café poderiam sofrer as conseqüências do ato criminoso, o que carrega para a Justiça Estadual a competência para o exame do processo.

Isto posto, julgo procedente o conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito de Ronda Alta, nobre suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.469 — RS — Registro nº 4.423.739 — Relator: O Sr. **Ministro Leitão Krieger**. Suscte.: Juiz Federal da 3ª Vara-RS. Suscdo.: Juiz de Direito de Ronda Alta-RS. Partes: Instituto Brasileiro do Café — IBC e Oclides Barviero. Adv.: Dr. Paulo Carlos Silva.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e o julgou procedente, para declarar a competência do MM. Juiz de Direito da Comarca de Ronda Alta-RS. (Em 12-9-84 — Primeira Seção).

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

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.496 — MG
(Registro nº 4.427.491)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira
 Suscitante: Juiz Federal da 4ª Vara
 Suscitado: Juiz de Direito de Monte Santo de Minas
 Parte «A»: Justiça Pública
 Partes «R»: Geraldo César de Souza e Luiz Waldir de Souza
 Advogados: Dr. Sizenando R. de Barros Filho e outros

EMENTA

Conflito de competência. Crimes conexos. Falsificação de Título Eleitoral.

Havendo entre os crimes cometidos pelos réus, o de confecção e preenchimento de títulos de eleitor, sem fins eleitorais, mas visando a compor a documentação falsa, acobertadora do comércio de carros roubados, competente é a Justiça Federal para julgá-lo, bem como os demais, em face da conexão consequencial.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do conflito e julgá-lo improcedente, 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 **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Carlos Madeira**, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Assim resume a espécie o parecer da Subprocuradoria-Geral da República:

«Instaurou-se inquérito sob a responsabilidade da autoridade policial de Monte Santo de Minas-MG, através das prisões em flagrante

de Luiz Waldir de Souza e Geraldo César de Souza, possíveis co-autores de furtos e receptações de veículos, apreendidos à fl. 16/16/v.

No decorrer das investigações foram apreendidos, além dos veículos, vários objetos, entre eles 1.186 (um mil cento e oitenta e seis) impressos de títulos de eleitor em branco (fl. 18), quatro títulos de eleitor falsos (fl. 87/87/v, perícia fls. 198/201), e 75 (setenta e cinco) cédulas de um mil cruzeiros falsas (fl. 87v, perícia fls. 209/212).

O MM. Juiz de Direito de Monte Santo de Minas-MG, após a cota do MP local de fls. 92/95, deu-se por incompetente à fl. 96 e, determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

Na Justiça Federal, ouvido o MPF (fls. 313/314), o MM. Juiz também se deu por incompetente e, suscitou o presente conflito negativo de jurisdição perante esse Egrégio Tribunal (fl. 315)». (Fls. 321/322).

O parecer conclui pela improcedência do conflito, para que se declare a competência do Juiz suscitante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O inquérito teve início com o auto de prisão em flagrante de Luiz Waldir de Souza, que montou um negócio de compra e venda de carros roubados, fazendo imprimir Notas Fiscais e Títulos de Eleitor, e confeccionar algarismos em aço para regravação de chassis de veículo, além de alugar um barracão para garagem. Com Luiz Waldir foi também autuado seu irmão e sócio Geraldo César de Souza.

Na ocasião foram apreendidos vários veículos e documentos, que estavam em poder dos indiciados, inclusive 1.196 títulos de eleitor em branco, várias notas fiscais, dois clichês de título de eleitor, tipos de algarismos e letras em aço e, posteriormente, cédulas falsas de Cr\$ 1.000,00.

Os autos do inquérito foram remetidos ao Promotor Público, que emitiu parecer no sentido da incompetência da Justiça Estadual para a espécie, sugerindo a remessa dos autos à Justiça Federal.

O Juiz de Direito acolheu o parecer e remeteu o inquérito e um pedido de relaxamento da prisão dos indiciados à Justiça Federal.

O Juiz Federal deu vista ao Ministério Público, que concordou com o pedido de relaxamento da prisão. E, em face da existência de vários fatos típicos, entendeu necessário apurar-se a conexão entre os crimes noticiados, requerendo diligências.

O Juiz Federal deferiu o relaxamento da prisão dos indiciados e determinou a remessa dos autos à Polícia Federal que refez todo o inquérito.

Voltando os autos ao Dr. Procurador da República, entendeu S. Exa. que, na apuração de furto de veículos, foram encontrados apenas 3 ou 4 títulos eleitorais falsos, sem destinação eleitoral, servindo apenas de suporte à prática do crime-fim. Por outro lado, as cédulas encontradas em poder dos indiciados eram grosseiramente falsificadas, aptas apenas para a prática de estelionato. Como os crimes principais são os de receptação e furto de carros, pareceu-lhe definir-se a competência da Justiça Estadual.

O Juiz Federal suscitou o presente conflito, forte nas razões deduzidas pelo Ministério Público Federal.

A doutora Julieta Fajardo Cavalcanti de Albuquerque assim deslinda o conflito, no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, aprovado pelo Dr. Valim Teixeira.

«... em que pese a existência de crimes afetos à competência da Justiça Comum Estadual (furto, receptação e falsificação grosseira de moedas), estes estão conexos com crime da competência da Justiça Federal, o de falsificação de Título Eleitoral.

Segundo a Súmula nº 52 desse Egrégio Tribunal, *in verbis*:

«Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, II, a, do Código de Processo Penal.

E, como sabemos, é da competência da Justiça Federal a falsificação de título de eleitor, sem fins eleitorais, como a da hipótese dos autos, em que se visava, apenas, com tal documento, tornar possível o registro dos veículos furtados.

Nesse sentido é a jurisprudência abaixo colacionada:

«Adulteração que não visou efeitos eleitorais, não se definindo, portanto, como crime eleitoral nos artigos 289 e seguintes do Código Eleitoral. Infração de direito comum e não especial, que se inclui na competência da Justiça comum, mas Federal». (RJTJ SP 20-358).

«As normas institucionais incluem na competência da Justiça Federal o conhecimento dos crimes praticados em detrimento de serviços da União e o complexo eleitoral, incluindo a emissão do título de eleitor, que é serviço da União, que o custeia e mantém». RT 439-312).

O crime de moeda falsa, como acima já mencionado, não influenciou no deslocamento da competência pois, se trata de moedas grosseiramente falsificadas pelo processo fotomecânico «off-set», só sendo aptas a enganarem pessoas leigas (fl. 212), constituindo, pois, em tese, o delito de estelionato». (Fls. 322/323).

O artigo 340 do Código Eleitoral prescreve como crime «fabricar, mandar fabricar, adquirir, fornecer, ainda que gratuitamente, subtrair ou guardar urnas, objetos, mapas, cédulas ou papéis de uso exclusivo da Justiça Eleitoral». Esse crime é de natureza eleitoral, isto é, visa a fraudar o serviço eleitoral em suas finalidades precípuas.

Não é o caso da falsificação do título eleitoral para o efeito de documentar pedidos de registro de carros roubados. Aqui, o documento tem unicamente a destinação de possibilitar a fraude, e ensejar o comércio criminoso, sem qualquer envolvimento com a atividade eleitoral.

E apesar de serem apreendidos apenas três ou quatro títulos preenchidos pelos indiciados, havia 1.196 outros títulos confeccionados e mais os clichês necessários à impressão

de quantos fossem indispensáveis para a empreitada criminosa.

O crime não foi apenas de preencher falsamente títulos eleitorais, mas de fabricá-los.

É necessário considerar que os crimes cometidos pelos indiciados eram os de receptação de carros roubados, adulteração de sua identificação, e venda com documentos falsos. Exsurge daí a figura da conexão, pelo concurso real de vários crimes estruturalmente independentes. A confecção de títulos eleitorais, como dos demais documentos, pressunha a receptação, mas eram crimes com processo executivo autônomo. Há, assim, mais que o nexo ideológico entre aqueles crimes e os de receptação e venda dos carros roubados, uma objetividade jurídica autônoma. Trata-se da conexão consequencial, de que fala Giuseppe Bettiol, seguido entre nós por Damásio de Jesus (Direito Penal, 1º vol. pág. 200).

Ora, essa objetividade jurídica autônoma, na confecção de títulos eleitorais para fins não eleitorais, resulta na competência da Justiça Federal, para processar e julgar os demais crimes com ela conexos.

Conheço do conflito, mas o julgo improcedente, para declarar competente o ilustre suscitante, Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.496 — MG — Registro nº 4.427.491 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Suscte.: Juiz Federal da 4ª Vara. Suscdo.: Juiz de Direito de Monte Santo de Minas. Parte A: Justiça Pública. Partes R: Geraldo César de Souza e Luiz Waldir de Souza. Advs.: Dr. Sizenando R. de Barros Filho e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e o julgou

improcedente, para declarar a competência do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais. (Em 7-11-84 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar, William Patterson, Adhe-

mar Raymundo, José Cândido, Fláquer Scartezzini, Costa Lima, Hélio Pinheiro e Costa Leite votaram de acordo com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gueiros Leite, Leitão Krieger e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Lauro Leitão**.

CONFLITO DE COMPETENCIA Nº 5.748 — SP
(Registro nº 5.596.165)

Relator: O Sr. Ministro Miguel Ferrante

Suscitante: Juízo de Direito de São Manuel — SP

Suscitado: Juízo de Direito de Bauru — SP

Partes: União Federal e Empresa Auto Ônibus São Manuel S.A.

EMENTA

Competência. Juiz transferido.

— Mesmo finda a instrução, o Juiz transferido, promovido ou aposentado, não fica vinculado ao processo para julgar a causa.

— Conflito julgado improcedente.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o conflito, para declarar competente o Juízo de Direito de São Manuel-SP, o suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de maio de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Otto Rocha**, Presidente — Ministro **Miguel Ferrante**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Miguel Ferrante**: Cuida-se de conflito negativo de competência no bojo de ação execu-

tiva fiscal movida pela Fazenda Nacional contra Empresa Auto Ônibus São Manuel S.A., perante o Juízo de Direito da Comarca de São Manuel — SP.

O MM. Juiz foi transferido para outra comarca. O magistrado que o sucedeu, entretanto, entendeu que seu antecessor estava vinculado à ação fiscal, e deu-se por incompetente, remetendo os autos ao suscitado.

Recebendo os autos, o suscitado discordou deste entendimento, devolvendo o processo ao suscitante que, diante disso, provocou o presente conflito.

Dispensadas as informações do MM. Juiz suscitado.

A Subprocuradoria-Geral da República, através do parecer de fls. 12/16, da lavra do ilustre Procurador Dr. Arnaldo Setti, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral, Dr.

José Arnaldo Gonçalves de Oliveira, opina pela improcedência do conflito.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Dispõe o artigo 132, do Código de Processo Civil:

«Art. 132. O Juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas».

Ora, **in casu**, o Juiz que presidiu a audiência e a suspendeu, sem ultimar o julgamento, foi transferido para a comarca de Bauru, desvinculando-se, via de consequência, do processo, à luz do referenciado comando legal.

Não há, pois, como invocar o princípio da identidade física do Juiz, como faz o digno suscitado. Na realidade, seu entendimento sobre a matéria encontra-se inteiramente em conflito com a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, forte em considerar desvinculado para julgar a causa o Juiz transferido, promovido ou aposentado. A propósito, destaco da ementa do Acórdão no RE nº 86.759-SP: «Mesmo finda a instrução, o Juiz transferido, promovido ou aposentado, não fica vinculado ao processo para julgar a causa» (2ª Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, **in RTJ** nº 91/211). No mesmo sentido registro os seguintes arestos daquela Alta Corte de Justiça:

«Competência funcional.

É nula a sentença prolatada por desembargador em processo em que, como Juiz de primeiro grau,

concluira a audiência de instrução. Aplicação dos artigos 132 e 113 do Código de Processo Civil.

Recurso extraordinário conhecido e provido» (RE nº 84.308-MT, Relator Ministro Moreira Alves, **in RTJ** nº 81/196)».

«Identidade física do Juiz. Nulidade do processo. Inocorrência.

II — Mesmo finda a instrução, o Juiz transferido, promovido ou aposentado não fica vinculado ao processo para julgar a causa, eis que o Juiz que assumiu a jurisdição pode, se o entender necessário, à formação do seu livre convencimento, renovar as provas.

III — Recurso Extraordinário não conhecido (RE nº 89.722-PE, Relator Ministro Thompson Flores — 1ª Turma — **in RTJ** nº 96/776).»

«Competência funcional. É nula a sentença prolatada por Juiz promovido, mesmo que haja concluído a audiência de instrução. Precedente do STF (RE nº 84.308, **in RTJ** nº 81/196). Aplicação dos artigos 132 e 113 do Código de Processo Civil.

Recurso extraordinário conhecido e provido» (RE nº 93.283-SC — 2ª Turma — Relator Ministro Djaci Falcão, **in RTJ** nº 100/820).»

Em face do exposto, julgo improcedente o conflito, declarando competente o MM. Juiz suscitante.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.748 — SP — Registro nº 5.596.165 — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Suscte.: Juízo de Direito de São Manuel-SP. Suscdo.: Juízo de Direito de Bauru-SP. Partes: União Federal e Empresa Auto Ônibus São Manuel S.A.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o conflito, para declarar competente o Juízo de Direito de São Manuel-SP, o suscitante (Em 8-5-84 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Torreão Braz, Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza e Sebastião Reis.

Ausente ocasionalmente o Sr. Ministro Moacir Catunda.

Licenciado o Sr. Ministro Pedro Acioli.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 5.597 — RS

(Registro nº 3.464.687)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Recorrente Ex Officio: Juízo Federal da 3ª Vara — RS

Parte «A»: Vilson Ferreto

Parte «R»: Justiça Pública

Pacientes: Carlos Alberto Piola e Maria Estela Cañete Piola

EMENTA

Processual penal. Habeas corpus. Recurso de ofício.

Os pacientes ingressaram no território brasileiro na condição de turistas, mas, resolvendo aqui ficar, renovaram o visto em seus passaportes e se radicaram em Uruguaiana — RS, onde tiveram um filho, que foi devidamente registrado como brasileiro nato.

Todavia, a autoridade impetrada notificou-os a deixar o território nacional.

Daí a impetração da ordem de habeas corpus, que mereceu deferimento.

Os pacientes alegam, ainda, que mantêm, no Brasil, «conduta honrada, que bem responde aos sadios princípios de brasilidade, em nada fazer periclitar a segurança nacional», sendo certo que sua permanência aqui, agora, mais se justifica, considerando os laços de afinidade resultantes do nascimento de um filho brasileiro.

Correta, pois, a r. sentença de 1º grau.

Assim, confirma-se a r. decisão, negando-se provimento ao recurso de ofício.

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 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, 8 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Carlos Alberto Piola e Maria Estela Cañete Piola, por intermédio de seu advogado, impetraram ordem de **habeas corpus**, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 3ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, contra ato do Sr. Delegado de Polícia Federal de Uruguaiana, que têm por ilegal.

Alegaram, pois, os impetrantes, em resumo:

«que ingressaram em território nacional na condição de turistas e, resolvendo aqui se radicar, renovaram seu «visto» e foram ficando, integrando-se na comunidade daquela cidade, onde também tiveram um filho, devidamente registrado como brasileiro.

Há pouco tempo, sabedora a autoridade indigitada como coatora da permanência dos impetrantes, fez-lhes notificação para que deixassem o País, até o dia cinco (5) do corrente. Invocam o disposto no artigo 135 da Lei nº 6.815/80, regulamentada pela Lei nº 6.964, de 9-12-81, que lhes faculta, segundo o artigo 26 do Decreto-Lei nº 941/69, pedir permanência no Brasil, independentemente das exigências do artigo 17 da citada lei, no prazo de noventa (90) dias, contados da vigência da mesma lei; que deixaram de exercer essa faculdade legal em tempo hábil, por desconhecerem o aludido dispositivo, fato que entendem não poder prejudicá-los (artigo 26 do citado Decreto-Lei nº 941/69), ficando assim incluídos no benefício previsto no artigo 135 da Lei nº 6.815/82, sendo que, concedida a ordem, promoverão, de logo, sua regularização. Além disso, possuindo filho brasileiro, impossíveis a deportação e a expulsão, segundo o disposto no artigo 75, II, b, da já mencionada Lei nº 6.815/80. Anexam docu-

mentos e, dada à exigüidade, pedem liminarmente a ordem, quando assim não seja, ordenada a sustação da deportação, até decisão definitiva».

O MM. Magistrado requisitou informações e ordenou à autoridade apontada como coatora que não efetivasse a medida, até manifestação final daquele Juízo.

A autoridade impetrada prestou as informações, afirmando:

«que o impetrante varão se instalou naquela cidade com uma hospedaria, local ponto de distribuição de mercadorias que são descaminhadas para a Argentina, do que resultaram dois termos de apreensão e conseqüente multa de Cr\$ 92.372,01 (noventa e dois mil, trezentos e setenta e dois cruzeiros e um centavo). O referido impetrante foi ouvido e admitiu sua situação irregular, alegando que periodicamente dirigia-se com sua família àquele País, retornando em seguida, para obtenção de novos «vistos»; o último data de 4-3-82, por isso já vencido e importando na multa de Cr\$ 112.250,00, para cada pessoa. Por ocasião de sua oitiva foi aconselhado a regularizar sua situação, tendo, inclusive, sido deixado de lado o cálculo daquela multa e fixado prazo até o início do mês em curso, com que ele, impetrante, concordara espontaneamente, não tendo, por isso, sido formalizada a notificação. Foi também orientado no sentido de que, após sua saída, poderia retornar, desde que obtivesse visto permanente, fornecido por autoridade consular brasileira, habilitando-se, assim, ao encaminhamento da documentação para fixação definitiva em nosso território».

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

«Concedo a ordem, para o efeito de determinar à digna autoridade impetrada se abstenha de efetuar a deportação dos pacientes, facultando a estes as medidas atinentes à sua regularização para permanecerem em território nacional.

Recurso de ofício para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos».

Os autos subiram a esta Instância, em face ao recurso de ofício interposto.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo não provimento do recurso de ofício.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): Os pacientes ingressaram no território brasileiro, na condição de turistas, mas, resolvendo aqui ficar, renovaram o visto em seus passaportes e se radicaram em Uruguai-ana-RS, onde tiveram um filho, que foi devidamente registrado como brasileiro nato.

A autoridade impetrada, entretanto, tomando conhecimento da permanência dos pacientes, em tais condições, no Brasil, notificou-os para que deixassem o território nacional, até o dia cinco (5) de dezembro de 1982.

Todavia, os pacientes invocam a seu prol o disposto no artigo 135, da Lei nº 6.815/80, modificada pela Lei nº 6.964, de 9-12-81, que faculta ao estrangeiro, «que se encontra residindo no Brasil na condição prevista no artigo 26, do Decreto-Lei nº 941/69», pedir a permanência no País, independentemente das exigências do artigo 17 da citada Lei, no prazo de 90 dias, a contar da data da vigência do mesmo diploma legal.

Além disso, possuindo os pacientes filho brasileiro, estaria impedida sua deportação, como vedada está a pró-

pria expulsão de estrangeiro — fato mais grave —, nos termos do artigo 75, inciso II, alínea b, da referida Lei nº 6.815/80.

Alegam, ainda, os pacientes que mantêm, no Brasil, «conduta honrada, que bem responde aos sadios princípios de brasilidade, em nada fazer periclitara a segurança nacional», sendo certo que sua permanência aqui, agora, mais se justifica, considerando os laços de afinidade resultantes do nascimento de um filho brasileiro.

O MM. Dr. Juiz Federal, depois de prestadas as informações, concedeu a ordem, para o efeito de determinar à autoridade impetrada que se abstenha de efetuar a deportação dos pacientes, facultando-lhes, ademais, as medidas atinentes à regularização de sua permanência no território nacional.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls., opina pelo provimento do recurso de ofício.

A 2ª Turma deste Egrégio Tribunal, apreciando o HC nº 5.449-RN, Relator o eminente Ministro Costa Lima, assim decidiu:

«Ementa — Estrangeiro — Deportação. Aplica-se à deportação, por analogia, o princípio de que não se expulsa o estrangeiro que tem filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob a guarda e dependência econômica. Sentença concessiva da ordem que se mantém».

Correta, pois, se me afigura a r. decisão de 1º grau.

Confirmo-a, assim, por seus próprios fundamentos, negando provimento ao recurso de ofício.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 5.597 — RS — Registro nº 3.464.687 — Rel.: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Recorrente **ex officio**: Juízo Federal da 3ª Vara-RS. Parte A: Vilson Ferreto. Parte R: Justiça Pública. Pacientes: Carlos Alberto Piola e Maria Estela Cañete Piola.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de ofício (Em 8-4-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 5.643 — RS

(Registro nº 3.485.560)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão
 Recorrente: Pedro João Morelatto
 Recorrida: Justiça Pública
 Paciente: Pedro João Morelatto
 Advogado: Dr. Vilmar Fontes (recte.)

EMENTA

Penal e processual penal. Habeas corpus. Inquérito policial. Trancamento. Recurso.

Correta a r. decisão recorrida. É que não houve, em verdade, excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial.

Ademais, o STF já decidiu que a superação de prazo é admitida, sem que se configure coação ilegal, quando o caso demanda investigações complexas e em grande extensão territorial.

Assim, nega-se provimento ao recurso.

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, 14 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): O advogado Vilmar Fontes impetrou ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 3ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, em favor de Pedro João Morelatto, qualificado na inicial, e contra ato do Sr. Delegado Titular da Delegacia de Entorpecentes da Polícia Federal-RS, objetivando trancamento de inquérito policial, sob os seguintes fundamentos: a) falta de justa causa; b) excesso de pra-

zo na conclusão do inquérito policial (violação ao artigo 10 do CPP); e c) ilegalidade da identificação criminal dactiloscópica.

Alegou, pois, o paciente, em resumo:

«Em 12 de fevereiro de 1980 teve apreendida, pela Polícia Federal, uma moto de sua propriedade, fato esse que motivou impetração de mandado de segurança, ora pendente de decisão de segundo grau, tendo-lhe sido feita a restituição do veículo, sob compromisso de depositário, em 19 de dezembro daquele mesmo ano. Entretanto, embora não tendo sido indiciado em inquérito, pretende a autoridade efetuar sua identificação criminal, agora, quando já decorridos dois anos dos fatos. A despeito de não ser mencionado na alentada postulação, tem-se que o crime que lhe é imputado é o de descaminho, eis que aquela moto, por ele adquirida, não sendo de fabricação nacional, carece de documentação que a legalize aos moldes fiscais. Sustenta sua pretensão no fato de que adquirira tal veículo já devidamente registrado no DETRAN desta Capital, não sendo por isso possível a imputação».

O MM. Magistrado deferiu a liminar, para o efeito de ser a identificação do paciente sobrestada até a decisão final do «writ».

Solicitadas informações, prestou-a a autoridade apontada como coatora, nestes termos:

«O IPL nº 017/80, iniciado em 28-2-80 e relatado e remetido a esse Juízo, em 9-10-80, apurou a interiorização ilegal da motocicleta Honda 750, chassis CB 750 F 10 33618.

Em 22-12-80 foi o referido IPL baixado em diligências para que fosse apurada a responsabilidade dos autores da regularização ilegal do veículo, junto às repartições de trânsito.

O apuratório para verificar corretamente o que ocorreu dependeu da informação de todas as repartições de trânsito por onde o veículo foi emplacado, o que, como se pode verificar, demorou muito, com várias respostas procrastinatórias e incompletas.

Após encerradas estas consultas, passou-se a ouvir os ex-proprietários, os quais, além de demonstrarem uma contradição comprometedor dos fatos, deixam claro que ou sabiam da ilegalidade dos emplacamentos antes da aquisição ou o souberam após esta e tratavam de passá-la em frente. Conduitas aliás tipificadas no artigo 334, letra c, do CPB, onde é contemplada a figura delituosa de quem vende mercadoria estrangeira que introduziu clandestinamente no país, ou vende mercadoria estrangeira que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional, ou ainda, utiliza esta.

Após as oitivas, tendo ficado claro estas circunstâncias, relativamente aos ex-proprietários, notadamente o impetrante, decidimos por indiciá-los, razão por que tornamos a intimá-los.

Repetindo o que haviam realizado inicialmente, procrastinaram os ex-proprietários o atendimento das intimações, veja-se as certidões do escrivão do feito, e a correspondência com a polícia civil, onde, para que os policiais envolvidos comparecessem, foi necessário nos dirigirmos ao Chefe de Polícia.

O impetrante agiu da mesma forma, e, por último, alegando até aquilo a que deu causa, ingressou com o petítório de *habeas corpus*, objeto das presentes informações.

Quanto à alegação da não obediência do prazo estipulado no artigo 10, CPP, resta-nos esclarecer que, além do petítório e ofício requisitório de informações, não re-

cebemos os citados documentos anexos, e que a extrapolação do prazo foi autorizada regularmente por V. Exa., conforme consta dos autos, não sendo, portanto, procedente a alegação de que houve excesso de prazo sem a devida autorização.

A justa causa para o inquérito, além de ter como justificativa a ordem de V. Exa., para a realização de diligências, é comprovada pela necessidade já exposta, de bem esclarecer o fato, sendo inadmissível o pedido de seu trancaamento.

Quanto às alegações de ilegalidade da identificação criminal, contrapõe-se o fato de que é prevista no inciso VIII, do artigo 6º, do CPP. Sua não realização sem justificativa é considerada até como prevaricação da autoridade policial, sendo, ainda no Departamento de Polícia Federal, considerada falta disciplinar passível de punição.

E, portanto, legal a identificação criminal, e, na prática, é ela quem perpetua o indiciamento, só podendo ser substituída pela identificação indireta quando é impossível realizá-la.

Sendo legal a identificação criminal, não há por que falar-se em coação ilegal, porque, caso houvesse, seria legal, para o fim legítimo que se destinava.

Entrementes, tendo em vista que as diligências complementares já se encontram inclusive relatadas, pendentes exclusivamente da identificação criminal dos ex-proprietários da motocicleta objeto dos autos, e, também, face à necessidade de sua remessa para melhor apreciação do «writ», e ainda porque os mesmos tornaram a não comparecer no dia de hoje,

embora intimados, remeto o Inquérito nº 017/80 a V. Exa., em anexo.

Saliento que não há como examinar-se o pedido sem estudo do mérito, já que a medida ora perquirida não é manifestamente ilegal. Faço, portanto, como integrante destas informações o contido no Relatório das Diligências Requisitadas.

Quanto à alegação do prejuízo que a identificação criminal traria ao impetrante em sua atividade comercial e em seu conceito moral, esclarecemos que é de todo improcedente, já que, hoje, pela legislação vigente, é expressamente proibido fornecer informações de antecedentes policiais, exceto para autoridades policiais e judiciárias, e, mesmo assim, somente como subsídio em inquéritos e processos. Portanto, caso mesmo assim sofra este abalo, resta-lhe ação contra os que não obedecem a lei, pois tal praxe é vedada por ela.

Finalmente, esclareço que em obediência à liminar concedida por V. Exa., sobrestei a identificação criminal do impetrante. Pela necessidade dos autos acompanharem o presente, determinei a identificação criminal indireta do impetrante e dos demais indiciados, os quais, assim que forem localizados, serão identificados diretamente e o respectivo auto encaminhado a V. Exa.

Julgando ter prestado as informações solicitadas, que comprovam a legalidade e necessidade da identificação criminal do impetrante, solicito a V. Exa. a denegação do «writ», e que seja autorizada a realização da medida ora impugnada».

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

«Quanto à legitimidade da identificação, reiteradamente, tanto o Excelso Supremo Tribunal Federal como o Tribunal Federal de Recursos têm-se manifestado no sentido de que tal ato não constitui constrangimento indevido (Súmula nº 568, do Supremo Tribunal Federal). Veja-se, a propósito, o julgamento do Recurso de **Habeas Corpus** nº 5.444-DF — Registro nº 3.398.471, inserto no DJ do dia 18 de novembro de 1982, em que ficou assentado: «Ementa: Criminal. **Habeas corpus** preventivo para impedir indicição em inquérito policial — A jurisprudência dos Pretórios é no sentido de que a identificação criminal não constitui constrangimento indevido, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente (STF, Súmula nº 568). Desprovemento do recurso. Decisão confirmada».

Sob tal aspecto, pois, inacolhível a impetração. Também impossível o trancamento do inquérito, face ao princípio consagrado de que, se em tese, os fatos constituem delito, devem ser apurados até final decisão no procedimento criminal, facultado ao acusado a mais ampla defesa. Finalmente, como salientou a autoridade indigitada como coatora, nenhum prejuízo para o paciente pode resultar do ato impugnado, porquanto as informações somente poderão ser dadas de autoridade judiciária para a policial e vice-versa, nada denegrindo à pessoa do mesmo. Ademais, é impossível, na estreita via do «writ», que não comporta dilação probatória, formular-se juízo sobre as implicações do paciente nos fatos.

Diante do exposto, e na falta da única prova que autorizaria o deferimento da impetração, qual seja, o documento hábil a comprovar a regular interiorização da motocicleta, a teor do disposto no artigo

37, do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, denego a ordem».

O impetrante, todavia, não se conformando com a r. sentença, ofereceu recurso em sentido estrito, com fundamento no artigo 581, X, do CPP.

O Ministério Público Federal ofereceu contra-razões.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo improviamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): Correta, a meu ver, a r. decisão recorrida.

Com efeito, não houve, em verdade, excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial, tanto mais quanto é certo que houve expressa autorização do MM. Dr. Juiz quanto à baixa dos autos, para apuração do ilícito.

Ademais, cumpre observar que o Excelso Pretório já decidiu que a superação de prazo é admitida, sem que se configure coação ilegal, quando o caso demanda investigações complexas e em grande extensão territorial (RTJ nº 88/856).

Ainda a justificar a demora ocorrida está o fato de que o paciente não havia sido indiciado, mas só o foi quando decorridos três anos do início das investigações policiais.

Como se isso não bastasse, para justificar o indeferimento do «writ», convém invocar decisões do Excelso Pretório e desta Egrégia Corte sobre casos semelhantes, a saber:

«O inquérito policial, salvo os casos aberrantes, em que à primeira vista se possa identificar abuso intolerável, é procedimento investigatório legítimo, cujo desenvolvimento e desfecho não devem ser

obstados pelo **habeas corpus**, para que não se incorra no risco de coarctar as atividades próprias da Polícia Judiciária e do Ministério Público» (Rel.: Sr. Ministro Décio Miranda. 2ª Turma. STF).

«**Ementa:** O **habeas corpus** não deve ser a via apropriada para o trancamento do inquérito policial no qual se cogita da existência ou não de justa causa, pois esta diz respeito à pretensão punitiva do Estado e não à simples apuração de fatos. Não deve o Poder Judiciário, em princípio, invadir a esfera de ação da autoridade policial para substituir-se a esta e trancar o inquérito, na presunção de que dele nada resultará.

Recurso provido. Decisão reformada» (RHC nº 4.999-SP. Rel.: Sr.

Ministro Gueiros Leite. 2ª Turma. Unânime. DJ de 13-8-81).

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 5.643 — RS — Registro nº 3.485.560 — Rel.: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Recorrente: Pedro João Morelatto. Recorrida: Justiça Pública. Advogado: Vilmar Fontes (rec-te.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 14-6-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

HABEAS CORPUS Nº 5.683 — SP (Registro nº 4.423.313)

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Impetrante: Victor Lutfalia Coury Athie

Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara — SP

Paciente: Arnaldo Palacio Aranda

EMENTA

Habeas corpus. Prisão preventiva. Concessão da ordem.

Inexistentes elementos que possam induzir probabilidade de fuga; tampouco outros que induzam crer possa o acusado comprometer a genuinidade da prova; a liberdade provisória, no caso, em nada podendo atingir a ordem pública, razão não há para decretação da prisão preventiva.

Ordem que se concede.

ACORDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder a ordem para que o paciente responda o processo em liberdade, 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 setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Arnaldo Palácio Aranda, preso preventivamente por ordem do MM. Juiz Federal da 3ª Vara, visando o relaxamento de custódia cautelar.

O impetrante faz o seguinte relato dos fatos que, a seu ver, ensejam a concessão do «writ», *in verbis*:

«1. Por Representação de Autoridade Policial de Mogi das Cruzes, datada de 4 de abril de 1983, foi pleiteada a prisão preventiva do paciente e de outras pessoas, com a alegação de que estariam envolvidos em fraude contra o Programa de Integração Social (PIS), o que foi corroborado pela Dra. Promotora de Justiça da Vara Criminal de Mogi das Cruzes, acabando por ser decretada pelo MM. Juízo, também em 4 de abril de 1983 (Docs. n.ºs 01 e 02/v).

A do paciente, inclusive, foi requerida porque teria ele se evadido. Outras pessoas envolvidas respondem em liberdade.

2. Consoante informa o relatório da autoridade policial datado de 4 de abril de 1983, o Inquérito Policial não estava concluído, tendo sido determinada a abertura de autos complementares, bem assim a remessa, com estes, da documentação apreendida e demais provas (Doc. n.º 3).

3. Por ser o assunto de competência da Justiça Federal, o Inquérito Policial foi para ela encaminhado.

Em 9 de maio de 1983, houve a denúncia (Doc. n.º 4) e o feito foi distribuído à Terceira Vara.

4. Em 12 de maio deste mesmo ano de 1983, o MM. Juízo da Terceira Vara recebeu a denúncia e designou

«o interrogatório dos réus presos para o próximo dia 16 de maio corrente, às 14:00 horas e o dia 20 de maio corrente, às 14:00 horas, para os réus soltos, citando-se-os *in faciem* e cientificado o MPF.» (Doc. n.º 5).

5. O paciente recebeu sua citação em sua residência e, no dia 20 de maio de 1983, compareceu para ser interrogado (Docs. n.º 6/7).

6. No dia 17 de maio de 1983, o paciente requereu a revogação da medida preventiva, pelos motivos constantes de sua petição (Doc. n.º 8).

Apreciando-a no dia do interrogatório, e após este, o MM. Juiz entendeu por bem não concedê-la (Doc. n.º 8A), encaminhando o paciente, preso, à custódia do Departamento de Polícia Federal, em São Paulo (Doc. n.º 9), onde se encontra ele recolhido.

7. Em 01 de junho de 1983, o paciente peticiona, novamente, requerendo reconsideração da decisão anterior que negou-lhe a revogação da prisão preventiva (Doc. n.º 9A).

8. Adotando a cota do douto Procurador da República, o MM. Juiz voltou a indeferir o requerido (Docs. n.ºs 10 e 10v)».

Instada a fornecer informações, fls. 35/36, a digna autoridade impetrada não as prestou, consoante certidões de fls. 36/39.

A ilustrada Subprocuradoria opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Opondo-se ao pedido de revogação de prisão preventiva, o ilustrado Procurador da República que oficia no feito opina em sentido contrário, por entender que se faziam

presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP. Além disso, sustentou que, em se tratando de concurso material de crimes, somam-se as penas inadmitindo-se a fiança, invocando ao propósito decisão do Colendo STF.

Não adoto o entendimento daquele zeloso representante do «parquet» federal, como tampouco da ilustrada Subprocuradoria-Geral.

Sem falar de que se trata, ao que parece, de crime continuado, o que de logo afastaria a capituloção do artigo 288; sem falar ainda em que, existente que fosse o concurso material, no caso, seria possível a prestação de fiança se o paciente tivesse sido preso em flagrante, pois as penas aos mesmos cominadas em seus mínimos não ultrapassam dois anos: «Havendo concurso, não se somam as penas mínimas» (Proc. Penal, Tourinho Fº, 3º v., pág. 464 — 6ª ed.): sem falar em tais circunstâncias, a atual política criminal, branda, no que diz com custódia provisória, em casos mais graves, não autorizava a decretação da prisão preventiva do paciente.

Efetivamente. Não há elementos que o tornem suspeito de fuga. Ao contrário, apresentou-se espontaneamente para o interrogatório. De ou-

tro lado, nada há que indique possa ele comprometer a genuinidade da prova, agindo junto a testemunhas, peritos, etc. A ordem pública tampouco em nada será afetada com essa liberdade provisória. Assim, embora o disposto no artigo 317 do CPP, os elementos constantes dos autos não autorizam a prisão preventiva.

Se elementos outros constantes do processo a que responde o paciente confortam a drástica medida, não vieram eles ao conhecimento da Turma, muito embora solicitadas duas vezes informações.

Concedo a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.683 — SP — Registro nº 4.423.313 — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Impte.: Victor Lutfalia Coury Athie. Impdo.: Juízo Federal da 3ª Vara — SP. Pacte.: Arnaldo Palacio Aranda.

Decisão: A Turma, à unanimidade, concedeu a ordem para que o paciente responda o processo em liberdade (Em 13-9-83 — 1ª Turma).

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

HABEAS CORPUS Nº 6.056 — PA

(Registro nº 6.128.327)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Impetrante: Walmir Santana Bandeira de Souza

Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara

Paciente: José Itamar Pontes Francês

EMENTA

Processual penal. Habeas corpus. Trancamento da ação penal.

Não há como falar-se em falta de justa causa para o processo, quando a denúncia, com base em prova colhida no curso de regular inquérito policial,

descreve fato que, em tese, se reveste de tipicidade penal.

Descabe, no sumaríssimo do *habeas corpus*, aferir se o agente, na prática do fato que lhe é imputado na denúncia, agiu ou não com dolo, pois tanto envolve o exame aprofundado da prova carreada para os autos e encontra, no processo penal, momento próprio para o seu deslinde.

Pedido de *habeas corpus* que se indefere.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª 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, 23 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Adhemar Raymundo**, Presidente p/ julgamento — Ministro **Hélio Pinheiro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Hélio Pinheiro**: Em favor do paciente vem de ser formulado o presente pedido de *habeas corpus* que objetiva, pela concessão da ordem, o trancamento da ação penal a que responde na Justiça Federal, no Estado do Pará, como incurso no artigo 334, § 1º, alínea d, do Código Penal.

Sustenta-se na impetração inexistir justa causa para o processo por ter-se firmado a denúncia oferecida contra o paciente, jovem político militante no Estado do Pará, pelo Ministério Público Federal, em «meras conjecturas da autoridade policial, dissociadas de quaisquer provas sé-

rias, independente de quais elementos de convicção quanto ao dolo, direto ou eventual, indispensável à tipificação penal».

Deixando-se «levar pela fúria de acusar e sem se preocupar em reduzir às proporções reais tudo o que, de exagero e de maldade», existia no inquérito, «instaurado em atmosfera conturbada de uma época pré-eleitoral», o Ministério Público terminara, afirmou-se na inicial, por lançar contra o paciente a «pedra de ser elemento que trilha a senda do crime».

Seria ele, contudo, integrante de tradicional família paraense, sua situação econômico-social possibilitando-lhe possuir, sob a forma de coleção, as 7 garrafas de uísque e 24 de vinho estrangeiro, apreendidas em sua residência, pela Polícia, em diligência que se teria realizado de forma absolutamente irregular.

Encontra-se a inicial instruída com os documentos de fls. 9/26.

Prestou o MM. Juiz Federal, apontado como autoridade coatora, as informações de praxe (fls. 32/35), tendo a douta Subprocuradoria, no parecer de fls. 37/41, da ilustre Procuradora da República, Dra. Áurea Maria E. Nogueira Lustosa Pierre, se manifestado pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): A denúncia imputa ao paciente a prática do crime de descaminho referindo que, em diligência realizada pela Polícia Federal em sua residência, para apurar o derrame, em Belém do Pará, de «traveller-checks» falsos, objeto de outro inquérito em que ele é também indiciado, ali encontraram trinta e uma garrafas de bebidas estrangeiras, inclusive «whisky» e vinhos, desacompanhadas de documentação indicativa de sua legal entrada no País.

Descreve, assim, a existência de fato que, em tese, se ajusta à definição legal do crime de descaminho na modalidade prevista pelo artigo 334, § 1º, alínea d, do Código Penal, fazendo-o com rigoroso atendimento ao que preceituado pelo artigo 41 da lei de ritos, a peça acusatória focalizando os maus antecedentes do paciente que, por crime de igual natureza, responde a outro processo na mesma Vara da Justiça Federal em que tem curso o noticiado na presente impetração e cujo trancamento postula.

Como visto, não há falar-se, no caso sob exame, em falta de justa causa para o processo, só de entender-se caracterizada quando a denúncia descreve fato desprovido de ilicitude penal.

Impossível, outrossim, acolher-se a alegação do impetrante de que nos autos do inquérito elementos de convicção inexistem a justificar o oferecimento da denúncia, pois nem juntou provas que permitissem tanto aferir quanto à sua procedência ou não, nem tal exame seria possível

fazer-se na via augusta do sumaríssimo processo de **habeas corpus**.

Por outro lado, o Juiz, ao receber a denúncia e para fazê-lo, examina tão-só se presentes se fazem os requisitos que elencados estão no artigo 43 do Código de Processo Penal, e isso ocorrendo não tem como rejeitá-la, nem para tal fim cabe-lhe, em tal momento, perquirir da existência ou não de dolo na conduta do agente, pois tanto envolve exame da prova a ser feita com base nos elementos que carreados tenham sido para os autos no curso da ação penal.

Não há, portanto, como no caso em apreciação, dar-se por caracterizada a pretendida falta por justa causa para o processo, pelo que indefiro o pedido, negando a ordem.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.056 — PA — Registro nº 6.128.327 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Impetrante: Walmir Santana Bandeira de Souza. Impetrado: Juízo Federal de 2ª Vara-PA. Paciente: José Itamar Pontes Francês.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem (Em 23-10-84 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Fláquer Scartezini.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Madeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Adhemar Raymundo**.

HABEAS CORPUS Nº 6.067 — RO
(Registro nº 6.131.948)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Impetrante: Ari da Costa Agra

Impetrado: Juízo de Direito da Vara Criminal de Guajará-Mirim

Pacientes: Jhonny Loras Duram e José Lino da Silveira

EMENTA

Processo Penal e Penal. Habeas corpus. Fixação da pena. Motivação. Necessidade.

Deve o Juiz, na sentença, fundamentar a aplicação da pena quando imposta acima do mínimo, sendo o réu primário, portador de bons antecedentes e sem que se façam presentes circunstâncias agravantes, não se apresentando suficiente como motivação da sanção imposta simples remissão ao que disposto no artigo 42 do Código Penal. A menoridade do réu é circunstância que sempre atenua a pena, à observância dessa regra estando obrigado o Juiz a fixá-la.

Não pode o Juiz, na sentença, dar pela ocorrência de causa especial de aumento da pena não articulada, pela acusação, na denúncia.

Habeas corpus que se defere para anular a sentença, a fim de que outra seja prolatada, com observância aos preceitos legais por ela desatendidos, preservada, contudo, a prisão dos pacientes que se origina de auto de prisão em flagrante, cuja validade não foi questionada na impetração.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deferir a ordem, para anular a sentença, mantendo a prisão dos pacientes, que se origina do auto de prisão em flagrante, não objeto de qualquer censura na presente impetração, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1984
(Data do julgamento) — Ministro

Adhemar Raymundo, Presidente p/ julgamento — Ministro **Hélio Pinheiro**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Hélio Pinheiro**: Em favor dos pacientes pedido de **habeas corpus** foi dirigido ao ilustre Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia objetivando ver declarada a nulidade da sentença que os condenou à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão e ao pagamento de setenta dias-multa, no valor total de Cr\$ 170.000,00 (cento e setenta mil cruzeiros), como incursos no artigo 12, c/c o artigo 18, I, da Lei nº 6.368/76.

Referidas nulidades resultariam caracterizadas:

a) pela ausência de fundamentação da pena imposta, acima do mínimo, com simples remissão ao disposto nos artigos 42 e 43 do Código Penal;

b) por desconsiderar, na fixação da pena, em relação a um dos réus, menor, a ocorrência da atenuante de que trata o artigo 48, I, do estatuto punitivo;

c) por ter inobservado o disposto no artigo 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, dando por ocorrente a causa exasperadora da pena, prevista no inciso I do artigo 18 da Lei nº 6.368/76, mas de que não cogitara a denúncia.

Prestou informações o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal de Guajará-Mirim (fls. 51/54), tendo o Ministério Público do Estado se manifestado pela concessão da ordem (fls. 42/49).

Deu-se o Egrégio Tribunal de Justiça por incompetente para apreciar o pedido porque na sentença condenados haviam sido os pacientes por tráfico internacional de entorpecentes (fls. 75/87).

Pela concessão da ordem manifestou-se, nesta Instância, a douta Subprocuradoria em parecer da ilustre Procuradora da República, Dra. Julieta Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, aprovado pelo não menos ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (fls. 93/97).

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Ressente-se a sentença, indiscutivelmente, dos vícios que, apontados pelo impetrante na inicial, terminam por eivá-la de nulidade, que cumpre declarar a fim de que outra seja prolatada.

Assim é que, limitando-se a uma simples e singela remissão às diretrizes dos artigos 42 e 43 do Código Penal, impôs aos acusados, cuja ausência de antecedentes realçou, pena que basicamente fixou em quatro anos de reclusão, acima do mínimo, portanto, para, sobre esse quantitativo, operar o aumento de 1/3 previsto no artigo 18, inciso I, da Lei de Tóxicos, ao entendimento de que caracterizada se fazia no caso a internacionalidade do crime.

Tornou, assim, definitiva a pena privativa de liberdade em cinco anos e quatro meses de reclusão.

Ora, não há como negar ao julgador a faculdade de, na fixação da pena, dosá-la acima do mínimo, ainda que seja o réu primário. Para tanto, contudo, necessário se torna que circunstâncias existam, a emergir dos autos, e que, devidamente examinadas, revelem e tornem justificável o maior rigor com que aplicada a reprimenda.

Cumprе, pois, ao Juiz fundamentar a sentença no tocante à aplicação da pena, examinando, para tanto, com acuidade, cada um dos elementos que referidos no artigo 42 do Código Penal irão legitimá-la no seu quantum.

No tocante aos antecedentes e à personalidade do agente, cabe-lhe perquiri-los, os primeiros dizendo, no ensinamento de Pedro Vergara, com precedentes penais, com a conduta e a vida do réu (vida dissoluta, desonesta, equívoca ou laboriosa e incensurável). Quanto ao exame da personalidade apresenta-se como o mais importante e o mais difícil de todos os elementos do artigo 42, pois é ela que proporciona a noção objetiva e correta da criminosidade ou da perversidade do réu, sendo especialmente em torno dele que deve girar a individualização da pena. («Das Penas Principais e sua Aplicação», 1948, pág. 271.)

Há de examinar, outrossim, o julgador, as circunstâncias e consequências do crime; os seus motivos determinantes; a intensidade do dolo ou o grau da culpa para afinal fixar a pena-base, com atendimento ao disposto no artigo 42 do Código Penal que, como explicitado por Sérgio de Andréa Ferrera, contém, não «agravantes ou atenuantes inominados, mas critérios diretivos no uso do arbítrio judicial. Nada tem a ver com as circunstâncias dos artigos 44, 45 e 48, senão para guiar o Juiz na fixação do quantum da agravação ou atenuação delas resultantes». («A Técnica da Aplicação da Penal como Instrumento de sua Individualização nos Códigos de 1940 e 1969», pág. 62).

Na hipótese em exame, o MM. Juiz monocrático, sem qualquer motivação, mas tão-só reportando-se ao disposto nos artigos 42 e 43 do Código Penal, cujas diretrizes afirmou atender, impôs aos pacientes, que são primários, sem maus antecedentes, pena superior à mínima, sobre esse quantitativo operando o acréscimo de 1/3 por caracterizada a exasperadora prevista no item I do artigo 18 da Lei de Tóxicos.

A fixação da pena em tais condições eiva de nulidade a sentença, consoante tranqüilo entendimento jurisprudencial, sendo de indiscutível adequação ao caso a decisão citada no parecer da douta Subprocuradoria, segundo a qual:

«a condenação de réu primário a pena superior ao mínimo, sem maus antecedentes, nem circunstâncias agravantes, deve ser expressamente motivada na sentença, porque o discricionarismo na fixação da pena-base não se confunde com arbítrios do Juiz, segundo sua apreciação subjetiva pura e simples». (RTJ nº 66/79.)

De nulidade se ressentente, por igual, a sentença, pelo fato de haver o seu prolator inobservado a ocorrência da

atenuante da menoridade de um dos réus.

Ora, característica básica das atenuantes previstas no artigo 48 do Código Penal, entre as quais se inclui a menoridade do agente, diz com a observância da sua obrigatoriedade, daí a expressão inscrita no caput do citado preceito a dispor serem elas circunstâncias que «sempre atenuam a pena».

De nulidade, por fim, se ressentente a sentença ao dar como ocorrente a causa majoradora da pena prevista no artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76, sem prévio atendimento à regra inscrita no artigo 384 e respectivo parágrafo único do Código de Processo Penal.

Tal exigência apresentar-se-ia dispensável se da denúncia, ainda que implicitamente, noticiada resultasse a internacionalidade do crime.

Tanto, porém, incorre no caso em exame quando a peça acusatória nenhuma alusão, remota sequer, faz a tal circunstância.

O digno representante do Ministério Público Estadual, na descrição do fato que imputou aos pacientes, o fez objetivamente limitando-se a referir o local e circunstâncias em que apreendidas as substâncias tóxicas, cuja posse lhes atribuiu.

Assim, descabido se apresentava ao julgador, na sentença, dar pela ocorrência da referida causa especial de aumento da pena, que não se mostrava articulada pela acusação, na denúncia, sem que houvesse observado o disposto no artigo 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal.

Procurou a digna autoridade judiciária, apontada como coatora, em suas informações, justificar a aplicação da referida majorante, tal como o fez, buscando arrimo no que disposto pelo artigo 385, *in fine*, da lei de ritos, segundo o qual, nos crimes

de ação pública, pode o Juiz proferir sentença condenatória ainda que pela absolvição tenha opinado o Ministério Público, «bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada».

Sem razão, contudo, é que, como bem realçado pela douta Subprocuradoria, «a circunstância elementar, contida no **caput** do artigo 384 do CPP, difere do vocábulo «agravante» do artigo 385 do citado código. Agravantes são as circunstâncias genéricas previstas nos artigos 44 e 45 do CP, não se confundindo com a causa de aumento, como a verificada na espécie.

E citando Damásio de Jesus, em comentário ao artigo 384 e parágrafo único, «a expressão circunstância elementar abrange não só as elementares propriamente ditas, como também as circunstâncias legais especiais (qualificadoras, causas de aumento e de diminuição da pena)». Exemplificando, «quando se trata de furto, não se pode reconhecer a qualificadora do repouso noturno (CP, artigo 155, § 1º), quando não previsto o fato na denúncia. O caso dos autos, tal qual o exemplo acima, encerra circunstância que obriga o procedimento do artigo 384 e parágrafo único do CPP, sob pena de nulidade». (Fls. 95/96.)

Por entender que a sentença se apresenta eivada dos vícios acima

apontados, concedo a ordem para anular a sentença a fim de que outra seja prolatada, com observância dos preceitos legais que nela se encontram desatendidos.

O deferimento do pedido, entretanto, não interfere com a prisão dos pacientes, que se origina de auto de prisão em flagrante, não objeto de qualquer censura na presente impetração.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.067 — RO — Registro nº 6.131.948 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Impte.: Ari da Costa Agra. Impdo.: Juízo de Direito da Vara Criminal de Guajará-Mirim. Pactes.: Jhonny Loras Duram e José Lino da Silveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu a ordem para anular a sentença, mantendo a prisão dos pacientes que se origina do auto de prisão em flagrante, não objeto de qualquer censura na presente impetração (Em 23-10-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezzini. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Adhemar Raymundo.

HABEAS CORPUS Nº 6.079 — MG

(Registro nº 6.136.095)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Impetrante: Luzia Gomes Zevallos Del Barco

Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara

Paciente: Joaquim Jacinto dos Santos

EMENTA

Processo penal. Habeas corpus. Fiança.

Certa a vedação de fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Costa Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: A advogada Luzia Gomes Zevallos Del Barco impetrou ordem de **habeas corpus** em favor de Joaquim Jacinto dos Santos, sustentando estar ele sendo constrangido pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara Criminal de Belo Horizonte (fls. 2/3).

Declara a impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia 28 de setembro próximo passado, sob a alegação de estar infringindo o artigo 299 do Código Penal.

Requerida a liberdade provisória, mediante o pagamento de fiança, o magistrado indeferiu o pedido, ao argumento de que a conduta criminosa do acusado é perigosa para a ordem pública (fl. 37), daí a razão do presente **habeas corpus** que, outrossim, contesta a abstrata motivação do **decisum**.

Em suas informações (fls. 7/8) a autoridade apontada como coatora esclarece, **in verbis**:

«No dia 31 de agosto do corrente ano, o impetrante Joaquim Jacinto

dos Santos foi autuado em flagrante, pela Polícia Federal, pela prática do crime previsto no artigo 304 do Código Penal, por usar documentos falsos para levantamento indevido do PIS.

Em 11 de setembro p. passado, o impetrante foi posto em liberdade provisória, na forma do parágrafo único, do artigo 310, do Código de Processo Penal.

O impetrante, novamente, foi autuado em flagrante, pela Polícia Federal, no dia 28 de setembro p. passado, pela prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, por falsificar documentos para levantamento indevido do PIS.

Joaquim Jacinto dos Santos, em 2-10-84, requereu a este Juízo liberdade provisória, mediante fiança, o que foi indeferido sob o fundamento de que a conduta do impetrante colocava em risco a ordem pública, o que exclui a fiança, por força das normas contidas nos artigos 312 e 324, inciso IV, do Código de Processo Penal».

Corroborando seus informes, juntou cópia dos documentos pertinentes (fls. 9/37) ao alegado.

Em parecer de fls. 39/41, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Efetivamente, ao negar o pedido de liberdade provisória, incumbe ao julgador motivar sua decisão.

Observo que o despacho ensejador do presente **habeas corpus** (fl. 37)

contêm fundamentação suficiente, não estando lastreado em meras conjecturas ou proposições abstratas. Resulta, isto sim, de fatos concretos incontestáveis, conforme se pode verificar dos documentos acostados às folhas 9/34.

Em verdade, foi o paciente preso em flagrante por duas vezes, em menos de 30 (trinta) dias.

Por isso, assiste razão à douta Subprocuradoria-Geral da República, que, em seu bem lançado parecer, assevera:

«7. Está dito no despacho que negou a fiança que o paciente perseverando no caminho da ilicitude, veio a praticar nova infração penal, menos de um mês da prática de ato ilícito anterior, que resultou em prisão em flagrante e posterior libertação, com base no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal.

8. Dessa forma, apenas o fato da prática de duas infrações penais, em menos de um mês, apesar da advertência da prisão em flagrante no crime anterior, já é suficiente para autorizar a presunção de que, novamente solto, tornará a delinquir, afetando a ordem pública».

De inteira aplicação, pois, à espécie, o teor do artigo 324, IV, do Estatuto Processual Penal, que estabelece a vedação da fiança, quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, objeto do artigo 312, do mesmo diploma legal.

Tenho, assim, que se impõe para a garantia da ordem pública a permanência do paciente na situação atual, daí porque incensurável o despacho indeferitório do seu pedido de fiança.

Ante o expendido, denego a ordem.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 6.079 — MG — Registro nº 6.136.095 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Impte.: Luzia Gomes Zevallos Del Barco. Impdo.: Juízo Federal da 4ª Vara. Pacte.: Joaquim Jacinto dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de **habeas corpus** (Em 30-10-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 84.936 — PE

(Registro nº 3.162.362)

Relator: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro

Apelante: Banco Brasileiro de Descontos S.A.

Apelada: União Federal

Advogados: Dr. Joaquim Correia de Carvalho Júnior e outros (apelante)

EMENTA

Direito Civil e Administrativo. Laudêmio. Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-46, artigo 102, § 1º Incorporação de sociedade.

I — Não é exigível o laudêmio no caso da incorporação da sociedade titular do domínio útil do imóvel aforado.

II — Apelação provida. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo para reformar a sentença e conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas 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 Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: A sentença denegou a segurança impetrada pelo Banco Brasileiro de Descontos S.A. contra ato do Delegado do Serviço do Patrimônio da União no Estado de Pernambuco. Para assim decidir, argumentou (fls. 44/45):

«O impetrante recusa-se a pagar o laudêmio que lhe é cobrado pelo impetrado, alegando que «a norma do artigo 102, § 1º, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que impõe, ao alienante, os ônus do pagamento do laudêmio nas transmissões onerosas em que não tenha a União Federal exercido o direito de opção, diz respeito, só e apenas, às transmissões a título singular, e não também a título universal, como ocorre nas incorporações de sociedades».

Em abono de seus argumentos, o impetrante junta cópia de um parecer do escritório de advocacia Professor Orlando Gomes.

O impetrado contesta o pedido afirmando que na incorporação de uma sociedade a outra a transferência é onerosa, daí porque é válida a cobrança do laudêmio.

O artigo 102, § 1º, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, estabelece:

«Art. 102. Será nula de pleno direito a transmissão entre vivos de domínio útil de terreno da União, sem prévio assentimento do SPU.

§ 1º Nas transmissões onerosas, a União terá direito de opção e, quando não o exercer, cobrará laudêmio de 5% (cinco por cento) sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias».

O argumento principal do impetrante é o de que a transmissão havida não foi de caráter oneroso, não cabendo, portanto, a opção, e assim, não é devido o laudêmio.

Acontece, porém, que na incorporação de sociedade, os sócios da que é incorporada são pagos com ações da incorporadora. Logo, está implícito que, embora não haja movimentação de dinheiro, há, contudo, um pagamento de modo especial, pagamento este resultante de uma «alienação especialíssima», na expressão de Pontes de Miranda, citada na informação.

Assim, fica bem claro que a exigência do pagamento do laudêmio, referida na inicial, não tem nada de ilegal.

Ante o exposto, denego a segurança».

Apelou a impetrante. Insiste em que lhe seja concedida a segurança. Nesse sentido, argumenta (fls. 46/48):

«2. O entendimento da autoridade coatora, esposado pela sentença recorrida, foi no sentido de que, havendo, por força daquela incorporação, se transferido para o patrimônio do apelante o domínio útil do terreno, acrescido de marinha, beneficiado pelo prédio nº 487, da Rua da Palma, desta cidade do Recife, devido seria o laudêmio, uma vez que aquela transmissão se dera a título oneroso.

3. Essa onerosidade consistiria no recebimento, pelos acionistas do Banco da Bahia S.A., de ações do apelante no equivalente ao valor das ações que possuíam na sociedade incorporada e então extinta.

4. O equívoco dessa orientação é evidente.

5. Com efeito, é de ver, em primeiro lugar, que o imóvel referido não pertencia aos acionistas do Banco da Bahia S.A. e sim a essa instituição financeira, de tal forma que não seria o pagamento feito àqueles acionistas que iria caracterizar a natureza onerosa ou gratuita do ato de transmissão daquele aludido bem do patrimônio do mencionado Banco da Bahia S.A. para o do apelante.

6. A hipótese dos autos, portanto, não representa, a rigor, a aquisição de um bem determinado a título oneroso, mas uma sucessão a título universal, através da qual o apelante, por força da incorporação, sucedeu, em todas as obrigações e direitos, o Banco da Bahia S.A., que então se extinguiu.

7. Como observa eludidamente Orlando Gomes,

«A extinção de uma pessoa jurídica por ter se incorporado em outra, equipara-se, nos efeitos, à morte da pessoa física. A sociedade incorporadora representa a sociedade extinta tal como o herdeiro representa o finado, respondendo por suas obrigações (Navarrini, Societã, pág. 739), passando o domínio e a posse dos bens que lhe pertenciam para a sociedade incorporadora **mortuus facit vivum possessorem** (Brunetti, obr. cit. pág. 788) (fl. 19).

8. E, assim, da mesma maneira que não se pode entender a sucessão hereditária como uma aquisição onerosa, tampouco se poderá

ter como tal a sucessão que decorre da incorporação de uma sociedade por outra, eis que, num como noutro caso, até por uma impossibilidade lógica, nenhuma vantagem patrimonial advém para as pessoas que se extinguem (o de **cujus** e a sociedade incorporada).

9. Ademais, é de ver que o laudêmio, mesmo em se tratando de terreno de marinha, só é devido naqueles casos em que a União Federal, tendo o direito de opção, deixa de o exercer. É o que dispõe, desenganadamente, o artigo 102, § 1º, do Decreto-Lei nº 9.760/46, **verbis**:

«Nas transmissões onerosas, a União terá direito de opção e, quando não o exercer, cobrará laudêmios de 5% (cinco por cento) sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias».

10. Ora, no caso de incorporação em que não se adquiriu um certo e determinado bem, mas sim toda uma universalidade, que é o patrimônio da sociedade incorporada, impossível será o exercício daquele direito de opção. E, não sendo possível esse exercício, incabível se afigura, também por esse motivo, a exigência do laudêmio.

11. E tanto é certo que nas incorporações não se abre à União Federal a faculdade da aludida opção, que não se exige, tampouco, nos atos de incorporação, o prévio assentimento do SPU, a que alude o artigo 102, **caput**, daquele decreto-lei».

Contra-arrazoado o recurso (fls. 51/52), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu desprovimento (fls. 55/58).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (Relator): Consiste a controvérsia em saber, à vista do artigo 102, § 1º, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, transcrito no relatório, se é exigível o laudêmio em alienação decorrente de incorporação da sociedade titular do domínio útil de imóvel aforado.

A propósito do assunto, o insigne civilista, Professor Orlando Gomes, proferiu o seguinte parecer (fls. 13/22):

«I — Natureza do laudêmio.

Em nossa opinião, o laudêmio não é devido na incorporação de uma sociedade, seja a particular, seja a União.

A esse juízo se chega através de criteriosa análise de três noções:

- a) laudêmio;
- b) incorporação;
- c) universalidade.

O direito real de enfiteuse compreende o de opção do senhorio direto, a ser exercido no caso de pretender o foreiro alienar o domínio útil. Consiste esse direito na preferência, assegurada na lei (artigo 683 do Código Civil, de adquiri-lo, nas alienações onerosas, pelo mesmo preço e nas mesmas condições oferecidas por terceiro.

Renunciando a esse direito, expressa ou tacitamente, o senhorio direto tem direito de receber do enfiteuta alienante o laudêmio. Tem, assim, o foreiro a obrigação de pagar ao senhorio direto, por não ter este usado da opção, importância equivalente a dois e meio por cento sobre o preço da alienação (artigo 686 do Código Civil). O mesmo direito é reservado à União nas transmissões onerosas de terreno aforado. Se não exerce o direito de opção, faz jus ao laudê-

mio de cinco por cento sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias (artigo 102, § 1º, do Decreto-Lei nº 9.760, de 5-9-46).

Quer nos aforamentos regidos pelo Código Civil, quer nos que se sujeitam à lei sobre os bens da União, o laudêmio é uma atribuição patrimonial destinada a «compensar ao senhorio a desistência do direito de tomar o domínio útil tanto pelo tanto» (Lafayette, Direito das Coisas, Carniar, Liv. Ed. Rio de Janeiro, 1877, vol. I, pág. 413), ou, como define sua natureza Dídimo da Veiga (in Manual do Código Civil dirigido por Paulo Lacerda, vol. IX, parte 1ª, nº 52), o preço da renúncia.

Pressupõe o laudêmio, nessas condições, a viabilidade da opção, ou, como diz Lafayette, «só é devido das alienações que dependem da opção, e não daquelas que a excluem» (obr. cit., pág. 415).

Ensejam opção:

- a) a venda;
- b) a dação em pagamento;
- c) a renúncia;
- d) a transação.

Somente na realização desses negócios jurídicos cabe pagamento de laudêmio, posto que o Código Civil só se refira às duas primeiras.

Se a transmissão do bem aforado resulta de alienação a título gratuito, de sucessão hereditária ou de qualquer operação jurídica na qual a opção seja despropositada ou incompatível, o laudêmio não pode ser exigido.

A incorporação de sociedade anônima em outra do mesmo gênero é uma operação absorvente de um patrimônio na qual a sucessão do titular extinto de imóveis aforados ocorre sem ser possível o exercício, pelo senhorio direto, do

direito de opção. Como se verá adiante, a transmissão, numa incorporação, não recai em bens individualizados do patrimônio absorvido, faltando, assim, e quando menos, uma condição indispensável à própria natureza da opção ou preferência, que é a da determinação do preço oferecido por terceiro a fim de que possa o senhorio direito ficar, tanto pelo tanto, com a enfiteuse.

Isto posto.

Se só há *laudêmio* como «compensação ao senhorio por não consolidar, na sua pessoa, o direito de propriedade, quando lhe cabe a opção» (Clovis Bevilacqua, Código Civil Comentado, vol. 3º, obs. 1 ao artigo 686), não cabendo, como não cabe na incorporação de uma sociedade em outra opção, ele é, lógica e intuitivamente, *inexigível*. Ainda que o *laudêmio* não fosse retribuição da desistência da opção, mas como sustentaram alguns escritores antigos, preço da aprovação da pessoa do novo enfiteuta, descaberia, no caso, mesmo que essa aprovação subsistisse nos aforamentos públicos por depender a alienação do domínio útil do consentimento do senhorio direto, porque a substituição do enfiteuta se dá por efeito de uma operação jurídica aprovada por órgão do Governo Federal, o Banco Central, e semelhante à sucessão Universal.

Em suma: o *laudêmio* não é exigível da transmissão de um bem resultante da incorporação da sociedade a que pertencia.

Incumbindo ao alienante, de resto, a obrigação de pagá-lo, o senhorio direto não teria de quem exigilo, eis que, pela incorporação, deixa de existir a sociedade incorporada. Dir-se-á que, pelo débito, responde a sociedade incorporadora. Admita-se, mas a quem pertencerá o bem, se é nula, como prescreve

a lei, a alienação, sem alvará de licença, de imóvel aforado pela União? Ao Banco que deixou de existir? Passará a ser bem vago? Essas dificuldades demonstram que tais situações não se acham submetidas à lei que se invoca para exigir inadmissível *laudêmio*.

II — Natureza da incorporação

A incorporação de uma sociedade em outra produz uma sucessão no patrimônio semelhante à das pessoas físicas, como tem assinalado, na Itália, a doutrina mais autorizada (Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, pág. 474; Ascarelli, *Appunti Società*, pág. 181; De Semo, *La fusione tra società*, pág. 211; De Gregório, *Delle società e delle associazioni commerciali*, no IV vol. Do *Códice di commercio commentario*, pág. 670; Graziani, *Manuale di Diritto Commerciale*, pág. 132; Visentini, *La fusione fra società*, pág. 41). Nesse sentido se tem pronunciado, segundo o testemunho de Santagata (*La fusione tra società*, Morano Editore, Napoles, 1964, pág. 21, nota 9; a doutrina alemã, francesa e espanhola, a primeira pacificamente. É certo que alguns escritores italianos (Desemo, Escarelli, Graziani et alii) se inclinam para a tese de uma sucessão *intervivos*, mas, universal, ponderando Ascarelli que se verifica numa universalidade de direito (obr. cit., pág. 181). Como quer que seja, o fato é que a sucessão, no caso de incorporação, não se dá a título particular, de direito, de obrigação por obrigação.

A sucessão a título universal decorre de um dos efeitos da incorporação: a extinção da sociedade incorporada. Efetivamente, ao se dar a incorporação, produz-se, como observa Brunetti (*Tratado del*

Derecho de las Sociedades, trad. de Solá Canizares, Uteha Argentina, Suenos Siras, 1968, vol. II, pág. 784) a compenetração dos organismos sociais, o traspasso do patrimônio da sociedade incorporada na incorporadora, assumindo esta, a partir desse momento, os direitos e obrigações daquela. Verifica-se, em síntese, a sucessão **in universum jus**, no patrimônio da sociedade incorporada — que se extingue por absorção, perdendo a personalidade.

A extinção de uma pessoa jurídica por ter se incorporado em outra, equipara-se, nos efeitos, à morte da pessoa física. A sociedade incorporadora representa a sociedade extinta tal como o herdeiro representa o finado, respondendo por suas obrigações (Navarrini, *Società*, pág. 739), passando o domínio e a posse dos bens que lhe pertenciam para a sociedade incorporadora **mortuus facit vivum possessorem** (Brunetti, ob. cit., pág. 788).

Divergem, sem dúvida, os tratadistas na qualificação da sucessão das pessoas jurídicas, recusando alguns a analogia com a sucessão hereditária a que recorre a maioria dos privatistas, esclarecendo que, embora não possam morrer fisicamente, morrem juridicamente (Cons. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. I, pág. 297), mas, embora se reconheça que não possui caráter hereditário, se admite seu cunho universal por vontade da lei. Ora, o que importa na solução do problema que este parecer enfrenta é assentar, com apoio na melhor doutrina, que, assumindo a sociedade incorporadora, por prescrição legal, os direitos e obrigações da sociedade incorporada, verifica-se a sucessão **in activis** e **in passivis**, portanto, num patrimônio, ocupando esta a posição de um sucessor a título universal.

III — Natureza da coisa incorporada

Sendo o patrimônio uma coisa universal, ou universalidade (Código Civil, artigo 57), os bens singulares que o compõem, ou dizendo melhor, as relações jurídicas que o constituem, se consideram, não de **per si**, mas agregadas em um todo. A transferência de um patrimônio — ainda que o fosse a incorporação — opera-se em globo, não de cada elemento componente, de sorte que produz a transmissão de todos os direitos e obrigações que compreende, sem necessidade de processá-la juridicamente através dos negócios translativos próprios de cada qual. Não é necessária, desse modo, a estipulação do contrato de cessão de cada crédito e de suas garantias, nem o consentimento dos terceiros para que continuem obrigados nos contratos estipulados com a sociedade incorporada. Entendamos que até a substituição do nome da sociedade incorporada pelo da sociedade incorporadora no registro imobiliário não demanda transcrição do negócio jurídico da incorporação, senão, à sua vista, simples anotação, e, no caso de se julgar necessária aquela, que se proceda como se o título da incorporação fosse formal de partilha.

Em síntese: a absorção, pela sociedade incorporadora, do ativo da sociedade incorporada implica a entrega de um patrimônio como **universitas jus** mediante atribuição de ações da sociedade absorvente aos acionistas da sociedade absorvida (Cons. Houpin e Bosvieux, *Traité des sociétés*, 7ª edição, t. II, nº 945) não havendo singularização dos elementos constitutivos do ativo do patrimônio, pois, se houvesse, a operação se qualificaria, como acentua L. Retail (*Fusions et Scissions de Socie-*

tés, 4ª edição, pág. 17), como venda, e não constituiria fusão, ou incorporação.

A luz desses ensinamentos, pode-se afirmar que o Bradesco não comprou bens do extinto Banco da Bahia. Incorporando-o, absorveu-lhe o patrimônio em cujo ativo se inscrevia o domínio útil de terrenos da União, onde levantara, o Banco incorporado, construções. Recebeu-os numa universalidade, como se fora patrimônio hereditário, condições não havendo, em face da causa de transmissão (um evento extintivo de personalidade), para o exercício, por terceiro (no caso a União), do direito de opção assegurado em lei aos senhores diretos, por todas as razões, inclusive a de perturbar as incorporações de sociedades que sejam enfiteutas, condicionando-as à permissão do Serviço do Patrimônio da União.

IV — Conclusão

Pelas razões articuladas nos três capítulos antecedentes estamos convencidos de haver demonstrado que não é devido laudêmio na incorporação de uma sociedade em outra.

Caso a Delegacia de Pernambuco insista em sua cobrança, deve o Bradesco intentar na Justiça Federal, contra a União, a competente

ação para que seja declarada a inexigibilidade de laudêmio. Se houver interesse em alienar o bem imediatamente, proceda como o Banco da Bahia, que efetuou, sob protesto, o pagamento e propôs ação para reaver a quantia recolhida aos cofres da União».

Convenci-me do acerto do transcrito parecer, que aborda tema muito controvertido, com excepcional clareza e objetividade. Adotando, como razão de decidir, os fundamentos nele consubstanciados, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e conceder a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 84.936 — PE — Registro nº 3.162.362 — Rel.: O Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Apelante: Banco Brasileiro de Descontos S.A. Apelada: União Federal. Advogados: Dr. Joaquim Correia de Carvalho Júnior e outros (apelante).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo para reformar a sentença e conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 24-10-84 — 4ª Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 86.139 — PR (Registro nº 3.157.423)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara — PR

Partes: Nagibe Chede Abrahão e União Federal

Advogados: Drs. Augusto Prolik e Marcos Jorge Caldas Pereira

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Tributação por reflexo. Distribuição disfarçada de lucros. Sujeitos da relação processual. CPC, artigos 12, inciso V, e 991, inciso I.

I — O cônjuge supérstite não é responsável pelo débito comum do casal, inclusive antes da partilha dos bens. O espólio é quem detém representação e responsabilidade distinta da dos herdeiros, legatários ou meeiro (artigos 12, inciso V, e 991, inciso I, do CPC).

II — Desprovemento da remessa oficial. Confirmação da sentença.

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

Custas como de lei.

Brasília, 22 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Moaçir Catunda**, Presidente — Ministro **Pedro Acioli**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Pedro Acioli**: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Nagibe Chede Abrahão contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal, em Curitiba-PR; a r. sentença concedeu a ordem em parte, para o fim de que a autoridade coatora sustasse definitivamente a cobrança dos débitos mencionados na inicial. Sem apelação da União, subiram os autos a esta Corte, por força do duplo grau obrigatório de jurisdição.

Eis o relato da sentença:

«Em ação fiscal o Fisco Federal questionou a tributação pelo Imposto de Renda, por reflexo, a diversas parcelas de lucro tributadas junto à Sociedade Rádio Emissora Paranaense Ltda. e consideradas distribuídas à esposa do impetrante, Sylmira Chede Abrahão, então sócia da empresa.

Administrativamente o impetrante pretendeu deslocar a tributação de sua declaração para a de sua esposa, a quem pertenciam os rendimentos apurados.

Face o regime de comunhão de bens do casamento e à natureza do rendimento — de capital e não do trabalho — não logrou êxito sendo confirmado o lançamento sobre sua pessoa, como cabeça do casal, o que gerou a intimação pelo impetrado para pagamento das quantias de Cr\$ 8.975,40, Cr\$ 82.712,60, Cr\$ 1.109.259,20 e Cr\$ 1.306.266,30 de imposto de renda, multa de 50% e correção monetária sobre os exercícios de 1964, 1965, 1966 e 1967, respectivamente.

No curso da fase administrativa, entretanto, faleceu a esposa do impetrante — 28-8-71 — fato que, desfazendo a sociedade conjugal, fez surgir novo responsável legal pela dívida na figura do espólio, o qual tem personalidade fiscal própria, absorvendo por isso a representação do casal enquanto não homologada a partilha. Pediu, então, o impetrante, fosse expedida notificação ao novo responsável legal — o espólio de Sylmira Chede Abrahão.

O requerimento foi indeferido pelo impetrado ao entendimento equivoco de que o impetrante pretendia fosse somente a falecida sócia da empresa.

Não pretende o requerente rediscutir a validade da forma inicial de tributação dos rendimentos na sua declaração como cabeça do ca-

sal. Ao contrário visa apenas encaminhar a cobrança ao responsável legal de hoje, que não é mais o impetrante mas o espólio.

O lançamento inicial de nenhum modo pode perpetuar a responsabilidade, pessoal e exclusiva do cônjuge supérstite. Pelo falecimento de um deles transfere-se à herança a responsabilidade pelas dívidas preexistentes e ao espólio a representatividade perante o IR (artigo 131, III, CTN). Daí, os débitos tributários até 28-8-71 passam à exclusiva responsabilidade do espólio.

No caso, o inventário não está concluído, sem portanto, partilha ou adjudicação.

Aliás, o espólio vem apresentando declarações anuais regularmente.

O indeferimento mencionado infringe a lei e viola direito líquido e certo do impetrante, não tendo o Acórdão do E. Conselho de Contribuintes dado sustentação ao ato impugnado, pois limitou-se por maioria a manter a multa de 50% contra a redação do artigo 113, CTN, que só menciona tributos, alcançando pois os juros de mora e não multas penais.

Merece a multa ser, então, reduzida.

A intimação é, portanto, nula e ilegal o despacho atacado que determinou providências para inscrição em dívida ativa, sendo relevante a necessidade de liminar e final concessão do «writ» para que o Fisco enderece a cobrança ao espólio de Sylmira Chede Abrahão.

Valor da causa — Cr\$ 200.000,00.

Instrui a inicial a documentação de fls. 10/51.

Concedi a liminar (fl. 53), vindo as informações no prazo alegando em síntese que o impetrante, ao atacar o ato coator, pretende indi-

retamente reabrir o exame do mérito.

Não restam dúvidas, prossegue, quanto à legitimidade e constituição do crédito tributário, sendo contribuinte o cabeça do casal. O falecimento da esposa, que não declarava em separado, não altera em nada a situação do contribuinte, pois já estava definido o fato gerador e a obrigação tributária.

Além disso, o espólio responde pelas dívidas do *de cujus* contribuinte (artigo 5º do RIR-66) não se aplicando o artigo 131, CTN, ao caso.

Daí, a multa de 50% é também cabível.

Por fim, o próprio impetrante foi sócio cotista da empresa, e, embora em 22-6-67 fossem canceladas as alterações contratuais, o impetrante continuou de fato como Diretor-Presidente da Sociedade Rádio Paranaense Ltda. Como as infrações se referem ao período em que o impetrante era sócio cotista, também por esta razão não há ilegalidade ou ilegitimidade.

Junta documentos às fls. 63/76.

Oficiando no feito, o órgão do MPF endossa as informações do impetrado opinando pela denegação. Se assim não for, entretanto, alega ilegitimidade de parte.» (Fls. 80/82).

E dispôs, então, o Dr. Juiz: «Em face do exposto, concedo em parte a segurança para determinar à autoridade coatora que suste definitivamente a cobrança dos débitos mencionados na inicial contra o impetrante». (Fl. 84).

Nesta segunda Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da remessa necessária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): A matéria em discussão obteve solução adequada na r. sentença, da qual destaco:

«Pretende o impetrante por esta via transferir a cobrança de imposto de renda tributado por reflexo de parcelas de lucro da SREP Ltda., consideradas distribuídas, que lhe faz o Fisco Federal, o qual tributo sustenta, é devido pelo espólio de sua esposa D. Sylmira Chede Abrahão (artigo 131, III, CTN), então quotista da empresa, com quem era casado em comunhão de bens. Pleiteia, ademais, a redução da multa de 50%.

Opõe o impetrado que, além da falecida e antes do óbito, o impetrante também foi quotista da sociedade, justamente no período em que se apurou as infrações fiscais. Nesta perspectiva o contribuinte e devedor é o impetrante, não se aplicando, dessarte, o disposto no artigo 131, III, CTN, face às determinações dos artigos 3º e 5º do RIR (Decreto nº 58.400/66). Com relação à multa, pelas razões acima, não pode ser reduzida.

Como dado de raciocínio, que o impetrante e o requerido admitem indiscutível, é preciso sublinhar não existir questão relativa ao «mérito da cobrança ou a sua base» (fl. 3).

Cinge-se o debate sobre quem deve pagar o tributo e conseqüentemente recolher ou não, conforme seja responsável impetrante ou espólio, a multa respectiva.

De acordo com a prova dos autos (fls. 28/31) e afirmação do impetrado (fl. 61) os tributos são referentes aos exercícios de 1964 a 1967, correspondentes aos anos-base de 1963 a 1966. Concluo, então, que os dispositivos mencionados do Decreto nº 58.400/66 não são com-

pletamente aplicáveis à espécie, pois a lei do fato gerador (artigo 144, CTN) é anterior ao mencionado texto, e não como afirmou a autoridade coatora (fl. 37), no ato impetrado.

Outrossim, a meu ver, a discussão deve ser posta em termos.

De acordo com o entendimento da autoridade fiscal, por argumento que desenvolve nas informações, o contribuinte é o impetrante e a regra do artigo 131, III, CTN, por esta razão não lhe aproveitaria.

Além disso, ao tempo da infração o impetrante era quotista da empresa, o que ainda mais afasta a hipótese do texto indicado.

Mas o regime de bens do casamento do impetrante e sua esposa era o da comunhão universal, e, consoante o disposto no artigo 262 do Código Civil, as dívidas passivas não contraídas antes do casamento comunicam-se na constância dele.

De tal modo, seja ou não o impetrante o «contribuinte» como quer o impetrado, certo é que pela comunhão universal é devedor em igual condição que a esposa falecida, independentemente de ser ele ou ela quotista da empresa na época.

Tratando-se de tributação por reflexo de distribuição disfarçada de lucros, o acréscimo patrimonial da esposa ou marido quotista reverte legalmente em favor do casal. Conseqüentemente os ônus, encargos e responsabilidades fiscais relativos a tais acréscimos são também do casal, ainda que o impetrante como cabeça dele declarasse em seu nome os rendimentos da esposa.

Assim é porque se se examina o artigo 3º, RIRD 58.400/66, mencionado nas informações, dali se extrai claramente semelhante conclusão.

A expressão «na constância da sociedade conjugal» está a indicar que cessada esta diversa é a solução.

Tal deve ser, por conseguinte, a inteligência da regra do artigo 131, III, CTN, vez que a *de cuius*, por obra da comunhão universal de bens, era tão igualmente devedora do tributo quanto o marido sobrevivente. É irrelevante que o «contribuinte» seja marido ou mulher. Enquanto não partilhados os bens não há como distinguir entre bens e dívidas do cônjuge meeiro ou da sucessão.

Também é preciso não confundir, como parece o equívoco em que incorre o impetrado, declarante com contribuinte.

O marido, declarante, (artigo 3º, c/c seu § 2º, Decreto nº 58.400/66) em nome do casal, evidentemente na constância da sociedade conjugal é também contribuinte em nome do casal.

Mas, pelo falecimento do cônjuge não declarante, mesmo já contraída a dívida por qualquer deles, não pode ser imputada ao declarante a responsabilidade da mesma pelo só fato da declaração.

No caso o marido declarou, foi notificado e discutiu o débito exigido sempre como «cabeça do casal» — expressão que o próprio regulamento utiliza.

Por isso «contribuinte» é o casal e o cabeça do casal, seja por ficção, comodidade ou princípio, é quem responde por ele na constância do casamento.

Extinto este, prevalece a regra de direito civil e os direitos, ações e bens do casal, tal como suas dívidas são responsabilidade do espólio até a partilha.

Quanto à multa que pretende reduzir, carece o impetrante de legitimidade para tanto. É providência que cabe ao espólio.

Concluo, então, que pretender, com apoio em regra no caso inaplicável (artigo 5º, Decreto nº 58.400/66) ou mesmo no indigitado artigo 131, II, CTN — o qual não tem o conteúdo imaginado pela autoridade coatora, que o impetrante seja pessoalmente responsável pelo débito comum do casal, após o decesso de um cônjuge, e antes da partilha dos bens, é impor uma exigência ilegal e contrária às regras de direito civil, eis que o espólio detém representação e responsabilidade distintas da dos herdeiros, legatários ou meeiro (artigo 12, V, CPC, e 991, I, CPC)..» (Fls. 82/83).

Em consonância com a r. decisão monocrática, pelo menos na sua conclusão, encontra-se o ilustrado parecer da Subprocuradoria-Geral da República. Confirmando a sentença, nego provimento à remessa de ofício.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 86.139 — PR — Registro nº 3.157.423 — Rel.: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Remte.: Juiz Federal da 3ª Vara-PR. Partes: Nagibe Chede Abrahão e União Federal. Advs.: Drs. Augusto Prolik e Marcos Jorge Caldas Pereira.

Decisão: Por unanimidade, nego provimento à remessa de ofício (Em 22-8-84 — 5ª Turma). Sustentou oralmente pelo embargante Nagibe Chede Abrahão, o Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira.

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.179 — ES
(Registro nº 3.225.763)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Remetente: Juízo Federal no Espírito Santo

Apelante: Conselho Regional de Farmácia — CRF

Apelada: Casa de Saúde Santa Luzia Ltda.

Advogados: Dr. José Alcides de Souza (Apte.) e Dr. Antônio Augusto Genelhu Júnior (Apda.).

EMENTA

Mandado de segurança. Auto de infração. Suspensão dos atos de execução. Segurança concedida. Apelação.

A lei exclui dispensário de medicamentos da obrigação de manter a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia.

É que somente as farmácias e drogarias é que estão obrigadas a manter um assistente técnico responsável, inscrito no referido Conselho, nos termos da Lei nº 5.991/73, artigo 15, bem como do artigo 27, do Decreto nº 74.170/74.

Sentença que se confirma. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 6 de abril de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Casa de Saúde Santa Luzia Ltda., qualificada na inicial, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, perante o MM. Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Espírito San-

to, contra ato do Presidente do Conselho Regional de Farmácia do Espírito Santo, pelo qual foi lavrado o auto de infração contra o impetrante, com a intimação de que fosse apresentado o contrato bilateral firmado com farmacêutico-técnico responsável junto ao CRF — 18.

Sustentou o impetrante ter produzido defesa administrativa no triduo-concedido (fl. 14), desacolhida pelo conselho-impetrado, em reunião de 12-3-80, mantendo o auto de infração transformado em auto de multa (fl. 15), com notificação expedida em 22-4-80, para recolhimento da multa, no valor de Cr\$ 5.016,60 (cinco mil, dezesseis cruzeiros e sessenta centavos), no prazo de dez dias, sob as cominações da legislação em vigor.

Alegou, pois, em resumo:

«Que pela natureza de seu comércio e por interpretação fidedigna à Lei nº 5.991/73 e ao Decreto nº

74.170/74, regulamentador, está dispensada da exigência de «... manter farmacêutico responsável...», conforme Portaria nº 316, de 26-8-77, que define o que seja «pequena unidade hospitalar» para excluí-la da supradita exigência».

O MM. Magistrado concedeu a medida liminar, nestes termos:

«Tenho por relevantes os motivos alegados e fundamentados em provas, para conceder a liminar, com base no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, e determino a suspensão dos atos de execução decorrentes do Auto de Infração nº 0113 (fl. 13) aplicado à impetrante, até ulterior decisão e pelo prazo de lei.

Evidente a ineficácia do mandado se efetivados pelo órgão coator as medidas de natureza puníveis decorrentes do aludido auto.

Comunique-se, por ofício, notificando-se ao mesmo tempo, a autoridade nomeada a prestar as informações devidas, no prazo legal».

A autoridade impetrada prestou informações, sustentando a legalidade de seu ato.

O Dr. Procurador da República, com vista dos autos, opinou pela concessão da segurança.

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

«Isto posto, por entender não encontrar apoio na lei a exigência do impetrado, que importa em constrangimento ilegal e malferimento ao direito líquido e certo do impetrante, mantenho a liminar e concedo a segurança para os fins invocados.

Custas como de lei».

O Conselho Regional de Farmácia do Estado do Espírito Santo, todavia, não se conformando com a r.

sentença, dela apelou para este Egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

A apelada ofereceu contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo voluntário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): A r. sentença de 1º grau, a meu ver, bem apreciou e decidiu a espécie dos autos.

Como consta destes autos, a impetrante mantém, em seu estabelecimento hospitalar, 14 leitos e o respectivo dispensário de medicamentos, destinado a fornecer, exclusivamente, medicamentos industrializados e tão-somente aos pacientes ali internados.

O impetrado, entretanto, entende que a impetrante está obrigada a contratar e manter um farmacêutico, como responsável pelo seu dispensário médico, motivo por que lavrou auto de infração contra a impetrante.

Mas, o Decreto nº 74.170, de 10-6-74, que regulamentou a Lei nº 5.991/73, em seu artigo 27, dispõe:

«A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei».

Como se vê, a lei exclui dispensário de medicamentos da obrigação de manter assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia.

De outra parte, o Decreto nº 74.170/74, em seu artigo 2º, inciso XIV, preceitua:

«Art. 2º Para efeito do controle sanitário serão observadas as seguintes definições:

.....

XIV — Dispensário de medicamentos — setor de fornecimento de medicamentos industrializados privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente».

E a Portaria nº 316, de 26-8-77, do Sr. Ministro de Estado da Saúde, diz que se entende por dispensário:

«Pequena unidade hospitalar ou equivalente, para os efeitos do artigo 4º da Lei nº 5.991/73 e do item XIV, do artigo 2º, do Decreto nº 74.170/74.

«Aquela que possua até duzentos leitos».

Esclarece, mais, a invocada portaria, que o dispensário de medicamentos da pequena unidade hospitalar não está sujeita a assistência e responsabilidade técnica profissional, nos termos do capítulo V do Decreto nº 74.170/74».

Como se vê, somente as farmácias e drogarias é que estão obrigadas a manter um assistente-técnico responsável, inscrito no Conselho Regio-

nal de Farmácia, nos termos da Lei nº 5.991/73, artigo 15, bem como do artigo 27, do Decreto nº 74.170/74. Estão, pois, excluídas dessa exigência os dispensários de medicamentos.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença apelada, por seus próprios fundamentos.

E o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.179 — ES — Registro nº 3.225.763 — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Remetente: Juízo Federal no Espírito Santo. Apelante: Conselho Regional de Farmácia — CRF. Apelada: Casa de Saúde Santa Luzia Ltda. Advogados: Dr. José Alcides de Souza (Apte.). Dr. Antônio Augusto Genelhu Júnior (Apda.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 6-4-82 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Costa Lima votaram com o Relator. Não compareceu por motivo justificado o Sr. Ministro Pereira de Paiva. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.514 — RJ

(Registro nº 2.612.437)

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Apelante: Mário Conde Pecorella

Apelada: Universidade Federal do Rio de Janeiro — UFRJ

Advogados: Dr. Alexandre Marcelino (Apte.) e Dr. Luiz M. Costa Carvalho Duque (Apda.).

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Prova de acesso. Igualdade de pontos. Desempate.

O impetrante, realmente obteve a nota máxima na prova de ascensão a que se submeteu, para preenchimento de vaga na classe inicial da série de Classe de Mestre-A 1801.13.A

Todavia, o outro concorrente, que foi igualmente aprovado com a nota máxima, tinha cerca de dois anos mais do que ele, na série de Classes de Mecânico de Máquinas, A-1306.

Assim, foi correto o critério adotado pela administração, de desempatar em favor do candidato mais antigo na função, como, aliás, prevê o artigo 29, do Decreto nº 54.488/64.

Apelação desprovida. 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, 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, 16 de fevereiro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Mário Conde Pecorella, qualificado na inicial, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 8ª Vara, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, contra ato do Reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro — UFRJ, pelo qual negou ao impetrante o acesso ao cargo de Mestre, sob a alegação de que excedera o número de concorrentes.

Alegou, pois, o impetrante, em resumo:

«Que foi admitido no Escritório Técnico da Universidade em 1-11-57, após equiparado a funcionário pela Lei nº 3.967/61, enquadrado como Ferramenteiro, código A-1711, nível 8.A, no sistema de classificação de cargos instituído pela Lei nº 3.780/60.

Promovido ao nível 10.B, com efeito a partir de 31-12-67, nível esse correspondente à classe final de Ferramenteiro, requereu fosse admitido a concorrer, por acesso, à Classe de Mestre, A-1801, nível 13.A, em face de vaga ocorrida nessa categoria em 1972. Realizada a prova, obteve o impetrante a nota máxima, tendo, porém, a Área de Pessoal lhe denegado o acesso, sob a alegação de que excede o número de concorrentes, permanecendo o processo retido com o Superintendente-Geral de Pessoal até a presente data.

Assim, fazendo jus à ascensão de seu cargo para Mestre, pela Lei nº 3.780/60, desde 1972, e a subsequente inclusão nessa Categoria, no Novo Plano de Classificação de Cargos criado pela Lei nº 5.645/70, a partir de 1974 — data de sua implantação na UFRJ — ajuíza o presente mandado de segurança, a fim de que lhe seja assegurado o referido benefício, independentemente da existência de claro na lotação do órgão».

O MM. Magistrado indeferiu a medida liminar e solicitou informações. Prestou-as a autoridade impetrada, argüindo, as preliminares, de inépcia da inicial e de coisa julgada. No mérito, juntou o parecer prestado pelo Superintendente-Geral da referida universidade.

O Dr. Procurador da República opinou pela denegação da segurança.

O MM. Dr. Juiz, finalmente, decidindo a espécie, denegou a segurança, conforme sentença, que tem a seguinte conclusão:

«Quanto à preliminar de coisa julgada, não pode ser acolhida, porquanto não havendo sido apreciado pelo mérito o pedido anterior, nada impede que o impetrante volte às portas da Justiça com o mesmo pedido.

Quanto ao mérito, todavia, as razões apresentadas pela autoridade impetrada, consubstanciadas no parecer de fls. 21/24, acima transcritas, convencem este Juízo.

De fato, embora tenha o impetrante obtido nota máxima na prova de acesso a que se submeteu, não poderia obter a única vaga existente na classe inicial da série de Classes de Mestre-A 1801.13.A, quando outro concorrente, também aprovado com a nota máxima, tinha cerca de dois anos mais do que ele, na série de Classes de Mecânico de Máquinas A-1306.

À vista da igualdade de pontos, obtidos na prova de acesso, o desempate teria que ser feito em função da maior antiguidade, na forma do artigo 29 do Decreto nº 54.488/64, acima transcrito.

Assim, havendo apenas uma vaga na classe inicial da carreira de Mestre, e sendo esta ocupada pelo concorrente Mário Martins, por direito de conquista, é evidente que a pretensão do impetrante, de ser enquadrado no mesmo cargo, independentemente da existência de claro na lotação do órgão não encontra agasalho legal.

Pelo que, denego a segurança, condenando nas custas o impetrante».

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

A apelada ofereceu contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo não provimento do recurso.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): A r. sentença apelada, a meu ver, bem apreciou e decidiu a espécie *sub judice*.

Com efeito, o impetrante, realmente, obteve a nota máxima na prova de ascensão a que se submeteu, para preenchimento de vaga na classe inicial da série de Classes de Mestre-A 1801.13.A.

Todavia, o outro concorrente, que foi igualmente aprovado com a nota máxima, ocupava há mais tempo — cerca de dois anos — da série de Classes de Mecânico de Máquinas, A — 1306.

Destarte, tendo os dois candidatos obtido o mesmo número de pontos na prova de acesso, foi correto o critério adotado pela administração de desempatar em favor do candidato mais antigo na função, como, aliás, prevê o artigo 29, do Decreto nº 54.488/64.

Ademais, não encontra amparo legal a pretensão do ora apelante, no sentido de obter ascensão para o Cargo de Mestre, independentemente da existência de claro na lotação do Órgão.

O mandado de segurança, como se sabe, é uma garantia constitucional, que visa a proteger direito líquido e certo, insuscetível, pois de qualquer dúvida.

In casu, porém, não vislumbro direito do ora apelante, que tenha sido violado, muito menos com tais características, e, assim, merecedor de amparo, via **mandamus**.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença apelada, por seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 91.514 — RJ — Registro nº 2.612.437 — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Apelante: Mário Conde Pecorella. Apelada: Universidade Federal do Rio de Janeiro — UFRJ.

Advogados: Dr. Alexandre Marcelino (Apte.). Dr. Luiz M. Costa Carvalho Duque (Apda.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 16-2-82 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram com o Relator. Não compareceu por motivo justificado o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

REMESSA EX OFFICIO Nº 94.308 — RJ

(Registro nº 2.692.856)

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini
Partes: Renor Rodrigues Jarcem e CREA
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara
Advogados: Drs. Sérgio Eduardo Ficher e outros

EMENTA

Administrativo. Registro de diploma. Licença provisória.

— A teor da Lei nº 5.194/66, em seu artigo 57, só faz jus ao registro nos respectivos Conselhos Regionais, àqueles diplomados em estabelecimentos de ensino oficial ou reconhecidos, sendo permitido o exercício da profissão, mediante licença provisória, enquanto se processa o registro de seu diploma nas repartições competentes.

Sentença mantida. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, confirmar a sentença remetida, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Erasília, 13 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: O relatório da sentença (fls. 31/32) da lavra do Dr. Carlos Thibau, está nos termos em que leio e adoto.

A seguir, entendendo que o artigo 57 da Lei nº 5.194/66, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro Agrônomo, dispõe que, *verbis*, «os diplomados por escolas ou faculdades de engenharia, arquitetura ou agronomia, oficiais ou reconhecidas, cujos diplomas não tenham sido registra-

dos, mas estejam em processamento na repartição federal competente, poderão exercer as respectivas profissões mediante registro provisório no Conselho Regional», e que este é o caso do impetrante, concedeu a segurança, confirmando a medida liminar.

Decorreu o prazo recursal sem manifestação das partes.

Subiram os autos e, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento da remessa de ofício.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, verifico dos autos que o impetrante era Engenheiro de Operações, formado pela Faculdade de Engenharia da Universidade Santa Úrsula.

Ao ser criado o Curso de Engenharia Civil na mesma Universidade, o impetrante matriculou-se no curso complementar para Engenheiro Pleno, acabando por colar grau em 31 de outubro de 1978.

Verifico também que a negativa do registro provisório, por parte do CREA-RJ, está em que o curso em questão — Engenharia Plena, dependeria, ainda, de reconhecimento perante o Ministério da Educação e Cultura, providência que já estaria

sendo tomada pela Universidade Santa Úrsula.

Por outro, a douta Subprocuradoria-Geral da República que pede o provimento da remessa oficial, nos informa em seu parecer de fls., que nas AMs n.ºs 96.223, e 96.636 está a comprovação do reconhecimento do curso de Engenharia na área de habilitação civil, nos termos da Portaria n.º 551, de 2 de outubro de 1981.

Desta forma, atendidos os pressupostos exigidos para que o impetrante lograsse êxito em sua pretensão, não mais pode o CREA-RJ, obstaculizar a inscrição do postulante, pelo que, conheço da remessa e confirmo a r. sentença de Primeiro Grau, concessiva da segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO n.º 94.308 — RJ — Registro n.º 2.692.856 — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Partes: Renor Rodrigues Jarcem e CREA. Remte.: Juízo Federal da 6.ª Vara. Advs.: Drs. Sergio Eduardo Fisher e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida. (Em 13-3-84 — 3.ª 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 N.º 96.294 — RJ (Registro n.º 1.568.884)

Relator: O Sr. Ministro Costa Leite

Apelantes: César Vianna Garrett e Universidade Federal do Rio de Janeiro

Apelados: Os mesmos

Remetente: Juiz Federal da 5.ª Vara — RJ

Advogados: Drs. Edegar Bernardes e outro (1.º Apte.), Dr. José Maria Basílio da Motta e Dr. Spencer Dlatro de Miranda Filho (2.º Apte.)

EMENTA

Administrativo. Ato disciplinar. Mandado de segurança.

I — Cabe mandado de segurança para o exame dos aspectos extrínsecos do ato administrativo, bem como da sua legalidade intrínseca, quando se deve apurar se a penalidade aplicada a servidor é legítima, conhecendo-se dos motivos da punição. Compatibilidade da Lei nº 1.533/51 (artigo 5º, III) com a Constituição (artigo 53, § 21).

II — Sentença concessiva mantida.

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 remessa de ofício e a ambos os apelos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1984 (Data do julgamento) — **Ministro Washington Bolívar**, Presidente — **Ministro Costa Leite**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Leite: Trata-se de mandado de segurança impetrado por César Vianna Garret contra ato do Reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro que o demitiu, com base no artigo 207, IV, da Lei nº 1.711/52, por insubordinação grave em serviço, resultante do fato do funcionário haver se recusado a desocupar imóvel que a Universidade diz integrado ao seu patrimônio. Há, no Inquérito Administrativo, despacho claro do Reitor nesse sentido, verbis:

«Antes da minha decisão final, baixo o processo em diligência, para que, pela última vez, seja notifi-

cado o funcionário a desocupar o imóvel da Universidade, sob pena de insubordinação, passível de demissão».

Sustenta o impetrante às fls. 2/3:

«O impetrante é funcionário da Universidade Federal do Rio de Janeiro, lotado no ETU, no Largo de São Francisco de Paula, área de Filosofia, na função de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos.

Reside o impetrante na Ladeira Antônio Pedro, nº 40, há mais de 20 anos, cujo imóvel não se conhece o titular do direito de propriedade. O referido imóvel é contíguo ao Observatório do Valongo e querendo a autoridade coatora imitar na posse do imóvel, tentou executar em despejo violento contra o impetrante.

Não conseguindo a autoridade coatora finalizar o seu plano diabólico, então passou a perseguir o impetrante, tendo em vista ser funcionário subalterno e em 7 de dezembro de 1978 o impetrante recebeu um ofício da autoridade coatora, com o seguinte teor: «Pela presente fica Vossa Senhoria notificado a desocupar, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, contados desta data, o imóvel desta Universidade à Ladeira Pedro Antônio, deixando-o livre à disposição da Diretoria do Observatório do Valongo, sob as penas da lei». Ora aqui é evidente o arbítrio da auto-

ridade coatora, pois não tem poder de jurisdição para tanto, nem tampouco é admissível a figura do «coroné» aqui no asfalto, embora se tenha conhecimento da «grilagem», mas isto não é elegante para a autoridade coatora, ao nível de sua estirpe.

Não bastassem as ameaças da autoridade coatora, mesmo estando o impetrante em gozo de licença médica, em virtude de mancha no pulmão, o Boletim da UFRJ, datado de 8 de junho de 1979, publicou a Portaria nº 305, cujo teor é o seguinte:

«O Reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, usando da competência que lhe foi delegada pela alínea a do artigo 9º do Decreto nº 59.676 de 6 de dezembro de 1958.

Resolve demitir por insubordinação grave em serviço, com base no artigo 207, item IV, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, tendo em vista o que consta do Processo nº 16.301/78, César Vianna Garrett, matrícula nº 2.094.967, do cargo de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos 1.006-B, do Quadro Permanente desta Universidade-Processo nº 13.601/78-UFRJ»

Nas informações de fls. 12/15 alega a autoridade coatora que não cabe mandado de segurança contra ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente.

No mérito, diz a autoridade impetrante, fl. 14, verbis:

«Tem a doutrina, de par com a jurisprudência, entendido de modo manso e pacífico, que o mandado de segurança, é meio inidôneo para correção de eventual injustiça, irrazoabilidade ou inconveniência de medida corretiva.

Trata-se, aqui, do chamado mérito administrativo, insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

De resto, a sanção aplicada ao impetrante, como se infere da documentação acostada, foi absolutamente justa, razoável e conveniente, tendo em vista que o impetrante não soube, sequer, aproveitar a oportunidade que lhe deu o impetrado (v. anexo) e persistiu na desobediência às ordens superiores.

«Last but not least», o impetrante age com improbidade processual, ao alegar — sem o abono de qualquer documento — que ocupa regularmente o imóvel referido na inicial».

Declara a sentença concessiva da segurança à fl. 85:

«Isto posto, julgo procedente a ação e concedo a segurança para declarar a nulidade do ato de demissão e determinar a reintegração do impetrante no cargo, com todos os direitos e vantagens a contar do ajuizamento da inicial».

Além do recurso oficial, apelaram as duas partes. A primeira, do impetrante, às fls. 92/94, e a segunda, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, às fls. 105/107.

A primeira apelação é interposta contra a última parte da decisão que concedeu direitos e vantagens ao impetrante a contar do ajuizamento da inicial.

Sustenta o apelante que isso implicaria em reconhecer por válido juridicamente, durante certo tempo, em ato nulo e, em conseqüência, estaria transformando a reintegração em readmissão, o que não é o caso dos presentes autos.

Na segunda apelação pede-se a reforma total da sentença.

As contra-razões estão às fls. 115/116 e 106/107, respectivamente.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou às fls. 123/124, pelo provimento da apelação do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Leite (Relator): Pela leitura dos autos, verifica-se que o impetrante foi demitido do cargo de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, 1006-B, do Quadro Permanente da Universidade do Rio de Janeiro, mediante a Portaria nº 305, de 8 de junho de 1979, do Reitor daquela autarquia federal de ensino, por insubordinação grave em serviço (artigo 207, IV, da Lei nº 1.711/52). Nas informações prestadas, alega a autoridade apontada como coatora que «a pena disciplinar proveniente do ato administrativo, aplicada ao caso concreto, não pode ser examinada sob o seu aspecto de mérito.»

Improsperável, contudo, a alegação. No particular, não merece censura a decisão apelada, vazada nos seguintes termos:

«Como salienta Hely Lopes Meirelles, em relação ao ato discricionário, deve o Judiciário examinar se a discricção não desbordou para o arbítrio», «os próprios limites do discricionarismo constituem matéria de legalidade tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento de ato vinculado». «O ato arbitrário é sempre ilícito e inválido.»

Portanto, examinar se o funcionário foi punido por falta funcional ou se foi objeto de represálias por contrariar interesses (embora legítimos) da administração, não implica em adentrar-se no mérito administrativo, e sim no exame da legalidade do ato».

No respeitante à matéria, vale transcrever trecho do voto prolatado pelo eminente Ministro Washington Bolívar, no julgamento do MS nº 88.911-DF, verbis:

«Quanto a preliminar de não cabimento do mandado de segurança em punição disciplinar, S. Exa. se reportou a precedentes desta casa;

figuro entre aqueles que entendiam — e ficou sendo maioria — caber o mandado de segurança ainda que se trate de punição disciplinar.

O § 20 do artigo 153, em sua segunda parte, diz que nas transgressões disciplinares não cabe o **habeas corpus**.

Se o legislador quisesse fazer a mesma restrição, quanto ao mandado de segurança, tê-la-ia repetido no § 21 do artigo 153 da Constituição.

Não o havendo feito, evidentemente, permitiu que, em mandado de segurança, se examinasse o próprio mérito do ato administrativo, não só na sua parte extrínseca ou formal, como também no seu merecimento mesmo, como muito bem disse o eminente Relator».

Cumprе sinalar que o impetrante foi «demitido por insubordinação grave ao serviço», com base no artigo 207, item IV, da Lei nº 1.711/52:

«Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

.....

IV — insubordinação grave em serviço;»

Não divisei, contudo, nos autos, qualquer informação a respeito do comportamento funcional do impetrante, razão pela qual entendo não haver relação de causalidade entre o fato de não querer desocupar o imóvel e o desempenho da função por ele exercida.

Por isso, irretocável a sentença concessiva do **mandamus**, ao dizer:

«A improbidade processual», alegada ainda não se configurou, pois não consta tenha sido o processo de reintegração de posse objeto de sentença. E assim mesmo, tal aspecto, seria discutível, conforme as circunstâncias. Assim sendo, verifico que, tendo o impetrante sido demitido por «insubordinação

grave em serviço», não tem arrimo legal a referida punição, pois, segundo a descrição dos fatos constantes das informações, documentos a ela anexos e do inquérito administrativo, está equivocada a classificação legal dos fatos, os quais não são puníveis.

De fato, não constitui insubordinação a recusa de aceitar ordem de superior hierárquico, em relação a matéria desvinculada do serviço, ainda mais quando tal ordem se prende a direitos em litígio perante o Judiciário.

Ilegal a punição, nulo é o ato punitivo».

Corroborando com essa argumentação final do douto Juiz sentenciante o fato da própria Universidade confessar em seu recurso, fl. 110, que «o imóvel ocupado pelo funcionário é objeto de ação de integração de posse...»

Já não que diz com o apelo do impetrante, em cujo bojo aflora a sua ir-resignação com o fato de ter sido determinada a sua reintegração com todos os seus direitos e vantagens a contar do ajuizamento da inicial e não do ato eivado de nulidade, as razões em que se embasa esbarram em disposições da Lei nº 5.021, de 9 de julho de 1966.

Com efeito, determina o artigo 1º do mencionado diploma legal que o

pagamento de vantagens pecuniárias somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

A Súmula nº 271 do Excelso Pretório já consagrara, à sua vez, este entendimento.

Ante o expendido, conheço dos recursos voluntários e da remessa oficial, para, no mérito, negar-lhes provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.294 — RJ — Registro nº 1.568.884 — Rel.: O Sr. Ministro Costa Leite. Aptes.: César Vianna Garrett e Universidade Federal do Rio de Janeiro. Apdos.: Os mesmos. Remte.: Juiz Federal da 5ª Vara-RJ. Advs.: Drs. Edegar Bernardes e outro (1º Apte.). Dr. José Maria Basílio da Motta e Dr. Spencer Daltro de Miranda Filho (2º Apte.).

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à remessa de ofício e a ambos os apelos. (Em 6-11-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.017 — AM

(Registro nº 3.402.177)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Remetente: Juízo Federal do Amazonas

Apelante: Banco Central do Brasil

Apelada: CCE da Amazônia S.A.

Advogados: Drs. Jorge Amaury Maia Nunes, outros e Klinger Costa

EMENTA

Tributário. IOF/Câmbio. Zona Franca de Manaus. Incidência do IOF/Câmbio nas importações

para a Zona Franca de Manaus. Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-1980; Decreto-Lei nº 1.844 de 30-12-1980; Decreto-Lei nº 288, de 28-2-1967; Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-1976.

I — O IOF incide nos contratos de câmbio para efetivação de importação destinada à Zona Franca de Manaus. Inocorrência de isenção.

II — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a sentença e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Carlos Velloso**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: A sentença recorrida, lavrada pelo Juiz Federal Ubiray Luiz da Costa Terra deferiu o «writ» para o fim de assegurar à impetrante o fechamento do câmbio das importações com a alíquota zero, no tocante ao IOF/câmbio, ao argumento básico de que, segundo a Resolução nº 672, de 31-12-80, do Banco Central, o IOF/câmbio incide apenas sobre as importações de mercadorias cuja saída da Zona Franca for vedada. Não incide, portanto, no câmbio de importação de matéria-prima para a industrialização na Zona Franca de Manaus.

Apelou o Banco Central do Brasil (lê).

Com a resposta, subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República

ofereceu parecer favorável à autarquia-apelante, o Banco Central do Brasil.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso** (Relator): Quando do julgamento da AMS nº 93.684-AM, de que fui Relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Tributário. IOF/câmbio. Zona Franca de Manaus. Incidência do IOF/câmbio nas importações para a Zona Franca de Manaus. Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80; Decreto-Lei nº 1.844, de 30-12-80; Decreto-Lei nº 288, de 28-2-67; Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76.

I — O IOF incide nos contratos de câmbio para efetivação de importação destinada à Zona Franca de Manaus. Inocorrência de isenção.

II — Recurso provido».

Disse eu, então, ao votar:

«Quando do julgamento da AMS nº 97.198-AM, de que fui Relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Tributário. IOF. Câmbio. Zona Franca de Manaus. Alíquota. Alteração. GATT. Primado do Direito Internacional. Regra de Igualdade: aplicação. Similar nacional. Incidência do IOF/câmbio nas importações para a Zona Franca de Manaus.

I — A faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (Emen-

da Constitucional nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 22, § 2º), foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida, pela EC nº 1, de 1969, essa faculdade, revogado ficou o artigo 65, CTN, bem assim o artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66. É que só a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 29), não tendo a Emenda Constitucional nº 1/69 excepcionado o IOF, tal como o fazia a Emenda nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

II — Possibilidade do tributo ser instituído ou majorado através de decreto-lei (CF, artigo 55, II).

III — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, tem-se o primado do direito internacional sobre o direito interno.

IV — A aplicação da regra de igualdade do artigo III, do GATT, exige a prova de existência do similar nacional. É que não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional.

V — O IOF incide nos contratos de câmbio para efetivação de importação destinada à Zona Franca de Manaus. Inocorrência de isenção.

VI — Recurso provido».

No ponto em que interessa ao deslinde desta causa disse eu, então, ao votar:

«A sentença sustenta a tese no sentido de que «as importações de mercadorias para industrialização na Zona Franca de Ma-

naus, nos moldes do disposto no artigo 7º e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 288/67, não sofrem influência do IOF, porquanto a saída para outros pontos do território nacional não é vedada».

Isto porque, segundo a sentença, «nos termos da Resolução nº 681 do Banco Central do Brasil, o IOF se aplica às importações de mercadorias realizadas através da Zona Franca de Manaus, amparadas pelos benefícios previstos no Decreto-Lei nº 288/67 e cuja saída para outros pontos do território nacional é vedada, nos termos do Decreto-Lei nº 1.455/76».

E acrescenta:

«Ora, o artigo 37 do citado Decreto-Lei nº 1.455/76 esclarece que, dentre outras hipóteses, está excluída da vedação a aplicação do disposto pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 288/67, com a redação do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.435/75».

Abrindo o debate convém esclarecer, por primeiro, que a entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus não está sujeita a uma isenção total de tributos: ao contrário, a isenção tributária que beneficia a entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus está circunscrita aos impostos de importação e sobre produtos industrializados, conforme estabelecido no artigo 3º do Decreto-Lei nº 288, de 28-2-67;

«Art. 3º. A entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca, destinada a seu consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza e a estocagem para reexportação, será isenta dos

impostos de importação e sobre produtos industrializados».

O IOF/câmbio, pois, não está abrangido na isenção em apreço.

Todavia, com base na Resolução nº 681, do Banco Central do Brasil, que estabeleceu alíquotas do IOF para as importações de mercadorias realizadas através da Zona Franca de Manaus, entendeu a sentença que, no caso, as mercadorias estariam isentas do IOF.

O argumento, entretanto, não tem procedência.

A uma, porque, conforme já deixamos claro, supra, a disposição inscrita no artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66, que está na linha do artigo 65, CTN, seguiu a sorte deste, vale dizer, foi revogada, por isso que só a lei, não custa repetir, pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 2º), não tendo a EC nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a EC nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

Destarte, as Resoluções nºs 672, de 31-12-80, e 681, de 22-1-81, do Banco Central do Brasil, não criam ou extinguem direito, no particular, vale dizer, no ponto em que fazem variar as alíquotas do IOF ou que concederiam isenção do tributo, mesmo porque a isenção depende de lei (CTN, artigo 176).

A duas, mesmo que se admitisse fosse possível ao Banco Central fazer variar as alíquotas do IOF, através de resoluções o que se diz para argumentar mesmo assim a segurança não prosperaria.

É o que procuraremos demonstrar.

É verdade que, diante do preceituado no artigo 37, parágrafo único b, do Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76, as mercadorias importadas para industrialização na Zona Franca de Manaus podem ser transferidas para o restante do território nacional na forma do artigo 7º, do Decreto-Lei nº 288, de 28-2-67, com a redação do artigo 1º, do Decreto-Lei nº 1.435, de 16-12-75.

Todavia, essa saída, ou a saída dos produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, está sujeita ao pagamento do imposto de importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem importados e neles empregados (Decreto-Lei nº 288/67, artigo 7º).

Ora, se esta saída exige o pagamento de imposto abrangido pela isenção (Decreto-Lei nº 288/67, artigo 3º), não teria lógica deixasse de ser pago um imposto, o IOF, que a legislação específica da Zona Franca, o Decreto-Lei nº 288/67, artigo 3º, não isentou.

Nada seria preciso acrescentar aos argumentos postos no voto suso transcrito.»

Diante do exposto, dou provimento ao apelo e casso a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.017 — AM — Registro nº 3.402.177 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso — Remte.: Juízo Fe-

deral no Amazonas — Apte.: Banco Central do Brasil — Apda.: CCE da Amazônia S.A. Advs.: Drs. Jorge Amaury Maia Nunes, outros e Klingger Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para

reformular a sentença e cassar a segurança. (Em 9-3-83 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.413 — AM

(Registro nº 3.412.407)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Apelante: Casas do Óleo Ltda.

Apelado: Banco Central do Brasil

Advogados: Drs. Manoel Otávio Rodrigues de Souza, outro e Jorge Amaury Maia Nunes

EMENTA

Tributário. IOF/Câmbio. Zona Franca de Manaus. Alíquotas. Alteração. GATT. Primado do Direito Internacional. Regra de igualdade: aplicação. Similar nacional. Incidência do IOF/Câmbio nas importações para a Zona Franca de Manaus.

I — A faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (Emenda Constitucional nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 22, § 2º), foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, essa faculdade, revogado ficou o artigo 65, CTN, bem assim o artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-1966. É que só a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 2º), não tendo a Emenda Constitucional nº 1/69 excepcionado o IOF, tal como o fazia a Emenda nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

II — Possibilidade do tributo ser instituído ou majorado através de decreto-lei (CF, artigo 55, II).

III — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, tem-se o primado do direito internacional sobre o direito interno.

IV — A aplicação da regra de igualdade do artigo III, do GATT, exige a prova de existência de similar nacional. É que, não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional.

V — O IOF incide nos contratos de câmbio para efetivação de importação destinada à Zona Franca de Manaus. Inocorrência de isenção.

VI — Recurso desprovido.

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, 9 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Carlos Velloso**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Carlos Velloso**: A sentença recorrida, lavrada pelo Juiz Federal Eustáquio Nunes Silveira, denegou a segurança, aos argumentos: a) que o IOF/câmbio não viola o tratado do GATT, porque não incide sobre mercadorias, mas sobre operações de câmbio; b) que o tributo pode ser instituído através de decreto-lei (CF, artigo 55, II); c) finalmente, não há isenção do IOF/câmbio nas importações destinadas à Zona Franca de Manaus.

Apelou a impetrante, vencida (lê).

Com a resposta, subiram os autos e, nesta Egrêgia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer favorável à autarquia-apelada, o Banco Central do Brasil.

É o relatório.

VOTO

O Sr. **Ministro Carlos Velloso** (Relator): Quando do julgamento da AMS nº 97.198-AM, de que fui Relator, decidiu esta Egrêgia 4ª Turma:

«Tributário. IOF. Câmbio. Zona Franca de Manaus. Alíquotas. Alteração. GATT. Primado do Direito Internacional. Regra de igualdade: aplicação. Similar nacional. Incidência do IOF/Câmbio nas importações para a Zona Franca de Manaus.

I — A faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (Emenda Constitucional nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 22, § 2º), foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Suprimida, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, essa faculdade, revogado ficou o artigo 65, CTN, bem assim o artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66. É que só a lei pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 2º), não tendo a Emenda Constitucional nº 1/69 excepcionado o IOF, tal como o fazia a Emenda nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

II — Possibilidade do tributo ser instituído ou majorado através de decreto-lei (CF, artigo 55, II).

III — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, tem-se o primado do direito internacional sobre o direito interno.

IV — A aplicação da regra de igualdade do artigo III, do GATT, exige a prova de existência do similar nacional. É que, não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional.

V — O IOF, incide nos contratos de câmbio para efetivação de importação destinada à Zona Franca de Manaus. Inocorrência de isenção.

VI — Recurso provido».

Disse eu, então, no meu voto:

«A majoração das alíquotas do IOF através de decreto-lei.

Em verdade, a faculdade concedida ao Poder Executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF (EC nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º; Constituição de 1967, sem a EC nº 1/69, artigo 22, § 2º), foi suprimida pela EC nº 1, de 1969. Suprimida, pela EC nº 1/69, a faculdade do executivo para, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do IOF, revogado ficou o artigo 65, CTN.

Quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade havida na AMS nº 91.322-SP, sustentei a tese de que a Constituição nova revoga a legislação preexistente com ela incompatível.

Disse eu, então, no meu voto:

«Perfilho a tese no sentido de que, sobrevindo Constituição nova, quaisquer normas anteriores, que com esta sejam incompatíveis, ficam revogadas. Se a lei posterior revoga a anterior com esta incompatível (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, § 1º), o que dizer-se quando a incompatibilidade dá-se com a Constituição, que sobreveio quan-

do já existente a lei, certo que a Constituição, que não é lei em sentido formal, porque oriunda de órgão distinto daquele que elabora a lei, é, entretanto, lei em sentido material.

Já João Barbalho, advertia, nos seus «Comentários», que «toda a legislação avessa aos princípios e preceitos da Constituição — que é a lei das leis — pelo simples fato da promulgação desta» ficaria revogada (Ap. Parecer do Consultor-Geral da República, Dr. Romeo de Almeida Ramos, RDP, 15/109). Celso Ribeiro Bastos não destoa desse entendimento («Curso de Direito Constitucional», Saraiva, 1980, 3ª ed., pág. 28). A doutrina da recepção, que Kelsen explica com perfeição — a recepção, pela Constituição nova, do direito anterior (H. Kelsen, «Teoria General Del Derecho Y Del Estado» Textos Universitários, México, 1969, 3ª ed., págs. 137/138) — só ocorre com o direito anterior compatível com a nova Constituição. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: «... a recepção do direito anterior só é possível nos claros da Constituição. Porque, logicamente, onde a nova Constituição dispõe, explícita ou implicitamente, de modo diverso, é impossível essa mesma recepção. Em consequência, o direito anterior incompatível com a nova Constituição perde a sua validade com a perda de eficácia da Constituição anterior, e não recobra validade com a eficácia da nova Constituição». («Direito Constitucional Comparado», I — «Poder Constituinte», São Paulo, 1974, pág. 119). E revogada, pela Constituição, a legislação com esta incompatível, se sobrevém nova Constituição, nem por ficar com esta compatível, só por só não recobriria essa legislação

eficácia, «a menos que a nova Constituição que faça cessar a eficácia dessa Constituição revogadora, venha expressamente revigorá-la», porque a «repristinção há de ser, sempre expressa» (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., pág. 121). Celso Barbi também cuidou do tema e escreveu: «c) O problema das leis ordinárias anteriores à Constituição vem sendo resolvido no sentido de considerar a matéria à luz do direito intertemporal e não do controle. Dessa forma, aquelas leis são consideradas revogadas, quando contrárias à Constituição que se lhes seguiu». («Evolução do Controle da Constitucionalidade das leis no Brasil», Belo Horizonte, 1969). Lúcio Bittencourt sustenta que, em caso assim, não se tem revogação pura e simples, entendendo que a lei em vigor por ocasião do advento da Constituição que com esta é incompatível fica revogada por inconstitucionalidade. («O Controle Jurisdicional da Const. das Leis», Forense, 2ª ed., 1968, págs. 131/132). José Afonso da Silva concorda com a tese de Lúcio Bittencourt, «Segundo a qual se dá uma revogação por inconstitucionalidade, numa por assim dizer revogação por invalidação ...» («Aplicabilidade das Normas Constitucionais», RT, São Paulo, 1968, pág. 205). Victor Nunes Leal, a seu turno, sustenta que a lei anterior à Constituição, e com esta incompatível, é por ela revogada (RDA, 7/379). Geraldo Ataliba, que não concorda com esse entendimento, esclarece, todavia, «que o pensamento comum, de maneira geral, acolheu a opinião» de Victor Nunes Leal («Lei Complementar na Constituição», RT, 1971, pág. 54).

A tese ora enunciada, de que a Constituição nova revoga a legis-

lação preexistente com ela incompatível, já foi debatida na Corte Suprema, que a acolheu. No RE nº 81.122-SP, Relator para o Acórdão o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, o Supremo Tribunal decidiu, em Sessão Plenária:

«Imposto sobre serviços. Na fixação de sua alíquota, não está o município sujeito às limitações do artigo 9º do Ato Complementar nº 34, de 30-1-67, revogado desde quando entrou em vigor a Constituição de 1967 e não repristinado pela norma do artigo 24, § 4º da redação que deu a esta a Emenda nº 1, de 1969. Recurso Extraordinário conhecido pela letra c, mas não provido». (RTJ nº 80/122).

No voto que então proferiu, disse o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmin:

«Propõe o eminente Ministro Leitão de Abreu, porém, tese outra, qual a de que as normas jurídicas somente revogam normas de igual natureza. Quanto a normas inferiores, elas se limitam a paralisar-lhes a eficácia. Assim, paralisada a eficácia do Ato Complementar nº 34 pela Constituição de 1967, a eficácia foi restabelecida pela Emenda Constitucional nº 1/1969. Peço vênia para ponderar que o critério de escolha, embora duto, não deve ser decisivo. Tem-se considerado que ainda que de hierarquia superior, a norma legal posterior revoga a que lhe seja contrária — critério que, menos técnico possivelmente, encerra a incontestável vantagem de dispensar, quando da revogação de qualquer norma, a pesquisa afanosa de normas de menor hierarquia, de eficácia acaso restaurada. Tenho, assim, que

o critério da Lei de Introdução ao Código Civil encerra princípios gerais, aplicáveis também quando norma posterior de maior hierarquia dispõe diferentemente de norma anterior, excluindo, salvo cláusula expressa, a repristinação.

E a revogação da lei anterior pela ulterior, ainda que esta seja de maior hierarquia, não é simples construção jurídica, mas se apóia em texto de direito positivo, que não restringe, a revogação, a leis de igual natureza.

Concluo, pois, que a outorga feita pela Emenda Constitucional nº 1/69 de competência, à União, para limitar a alíquota do imposto sobre serviços, por meio de lei complementar, não restaura o mandamento constante do Ato Complementar nº 34, que a Constituição Federal de 1967 eliminou» (RTJ nº 80/138).

Desnecessário dizer que a disposição inscrita no artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66, que está na linha do artigo 65, CTN, seguiu a sorte deste, vale dizer, foi também, revogado. É que, só a lei, não custa repetir, pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 29), não tendo a EC nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a EC nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1/69, artigo 22, § 2º.

Até aí, concordo com a sentença.

Acontece, todavia, que foram os Decretos-Leis nºs 1.783, de 18-4-80, e 1.844, de 30-12-80, que estabeleceram e alteraram alíquotas do IOF. E este Egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo seu Plenário, decidiu que o tributo pode ser instituído ou majorado através de

decreto-lei (CF, artigo 55, II). O que o Plenário declarou inconstitucional foi a cobrança do IOF no mesmo exercício de sua instituição, ou no mesmo exercício em que a alíquota foi majorada (Argüição de Inconst. nas AMSS. nºs 91.322-SP e 91.148-RJ). Há que distinguir, pois, o decreto regulamentar do decreto-lei, pois este último tem força de lei.

A sentença, destarte, sob tal aspecto, ou quando entende, em tema de IOF, não ser possível a instituição de alíquota ou a majoração desta através de decreto-lei, não pode prevalecer. A sentença, aliás no particular, parece-me contraditória, **data venia**. É que ela é expressa no afirmar que, «hoje, melhor examinando o artigo 55 da Constituição, aceito que foi concedida ao Presidente da República autorização para expedir decreto-lei sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias, o que significa permissão para criar e modificar tributos, por decreto-lei». Ora, se o decreto-lei pode instituir tributo, tendo em vista o disposto no artigo 55, II, da Constituição, é evidente que poderia fazer o menos, isto é, alterar as suas alíquotas e bases de cálculo.

II

A ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO GATT, ARTIGO III.

Sustenta a impetrante que o IOF/câmbio não pode incidir em importações oriundas de países membros do GATT, porque se tal incidência fosse possível, resultaria ela numa forma de discriminar os produtos importados, que passariam a ter tratamento menos favorável em relação ao similar brasileiro.

Na AMS nº 94.523-SP, de que fui Relator, decidiu esta Egrégia Turma:

«Tributário. IOF/câmbio. GATT. Primado do Direito Internacional. CTN, artigo 98. Decreto-Lei nº 1.783, de 1980. Decreto-Lei nº 1.844, de 1980. Tratado do GATT. Lei nº 313, de 30-6-48; Decretos nºs 31.307, de 1952, e 32.600, de 1953. Lei nº 3.244, de 14-8-57. Decreto Legislativo nº 14, de 25-8-60. Decreto nº 48.911, de 31-8-60. Lei nº 4.138, de 17-9-62.

I — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, lei complementar, no ponto (Constituição, artigo 18, § 1º), vigora o princípio do primado do direito internacional sobre o direito interno.

II — A aplicação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto similar brasileiro, impeditiva do protecionismo ao produto nacional, que coloca, assim, no mesmo pé de igualdade, o produto interno e o produto importado (GATT, artigo III), exige prova da existência do produto similar nacional.

III — Inaplicabilidade, tratando-se de IOF, da regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige tão-só a emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados e não a impostos.

IV — Recurso provido. Segurança cassada».

Disse eu, então, ao votar:

«Primeiro que tudo, cumpre examinar se, em matéria tributária, seria possível sustentar, na ordem jurídica brasileira o primado do direito internacional sobre o direito interno.

É que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 80.004-SE, Relator para o Acórdão o Sr. Ministro Cunha Peixoto, decidiu que a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme so-

bre letras de câmbio, e notas promissórias, embora tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País (RTJ 83/809).

Acontece, todavia, que essa decisão não foi tomada em matéria tributária. Nessa, há norma específica, o artigo 98, CTN, lei complementar, no particular, que estabelece que «os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha».

Dir-se-á, entretanto, que, contendo a norma da lei complementar tributária uma restrição ao exercício do Poder Legislativo, não valeria, porque inexistente dita restrição na Lei Fundamental.

Cumpre observar, porém, que a Corte Suprema tem emprestado validade à norma do artigo 98, CTN. No RE nº 90.824-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, o Plenário decidiu:

«Preço de referência. Importações originárias de países pertencentes à ALALC. Em face do artigo 48 do Tratado de Montevideu à vista do qual se deve interpretar o § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.111/70, não se aplica o regime do preço de referência às importações originárias de países membros da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). RE conhecido e provido» (RTJ 95/350).

Destarte, pelo menos no que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, lei complementar, no particular diante do comando constitucional inscrito no artigo 18, § 1º, da Constituição, é possível sustentar, no Brasil, o primado do di-

reito internacional sobre o direito interno.

II

O «Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio», conhecido pela sigla GATT («General Agreement on Tariffs and Trade»), do qual o Brasil é signatário, foi versado de forma proficiente por Hely Lopes Meirelles, («Estudo sobre o GATT», RDP, 1/64), que esclareceu que «o GATT, nas suas cláusulas normativas, estabeleceu vantagens de duas ordens para as Nações Pactuantes: a primeira, relativa à importação, restrita às mercadorias especificadas nas listas individuais de cada Nação; a segunda, concernente ao comércio, extensiva, indiscriminadamente, a todos os produtos importados dos países integrantes do Acordo». Depois de assinalar a distinção entre as vantagens de importação das vantagens de comércio, escreveu:

«Para a importação o GATT só assegura favores aduaneiros aos produtos constantes das listas individuais de cada Nação Pactuante; para o comércio é assegurado a toda e qualquer mercadoria importada de País signatário do Acordo, o mesmo tratamento fiscal dado ao produto nacional similar».

III

No caso, a questão foi posta em termos de vantagens de comércio, vale dizer, pretende-se, na hipótese, o mesmo tratamento fiscal dado ao produto nacional similar, por isso que invoca-se a parte II, artigo III, do Tratado, bem assim o artigo VIII.

Este artigo III, do GATT, contém, em verdade, cláusula de

igualdade com o tratamento dado ao produto similar nacional. Como lembrou o eminente Ministro Cordeiro Guerra, no voto que proferiu por ocasião do julgamento do RE nº 83.428-SP (RTJ, 77/981), «Constitui um prolongamento da cláusula de nação mais favorecida».

Impede essa cláusula, deixou claro Thiébaud Flory («GATT, Droit International et Commerce Mondial», Lib. Gén. de Droit et de Jurisp.), 1968, pp. 20/21, apud voto do Ministro Cordeiro Guerra, RE nº 83.428-SP, RTJ 77/985), o protecionismo ao produto nacional, colocando no mesmo pé de igualdade o produto interno e o produto importado.

IV

Então, o que é necessário ficar provado, como pressuposto de aplicação da regra de igualdade, é a existência de similar nacional. Porque, não existindo este, não há invocar o Tratado, para o fim de evitar o pagamento de imposto que incide, direta ou indiretamente sobre o produto importado. É que, não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional; noutras palavras: em caso assim, o pagamento do imposto não representa tratamento menos favorável ao produto importado, por isso que inexistente produto nacional paradigma.

Cumprido examinar, portanto, se, no caso, foi feita a comprovação da existência do similar nacional, ou que a imposição do IOF importa em tratamento mais oneroso ao produto importado.

Não vejo, nos autos, essa prova.

V

Argumenta-se, outrossim, que, no caso, seria aplicável a norma inscrita no artigo VIII, do GATT.

Na redação aprovada pela Lei nº 4.138, de 17-9-62, está assim redigido o artigo VIII:

«O art. VIII será ementado como se segue:

i) o título do artigo será o seguinte:

«Emolumentos e formalidades referentes à importação e à exportação».

ii) Os parágrafos 1º e 2º terão o seguinte teor:

«1. a) Todos os emolumentos e encargos de qualquer natureza que sejam exceto os direitos de importação e de exportação e as taxas mencionadas no artigo III, percebidas pelas partes contratantes, na importação ou na exportação ou por ocasião da importação ou da exportação serão limitadas ao custo aproximado dos serviços prestados e não deverão constituir uma proteção indireta dos produtos nacionais ou das taxas de caráter fiscal sobre a importação ou sobre a exportação».

«b) As partes contratantes reconhecem a necessidade de restringir o número e a diversidade dos emolumentos e encargos a que se refere a alínea a ».

«c) As partes contratantes, reconhecem igualmente a necessidade de reduzir a um mínimo os efeitos e a complexidade das formalidades de importação e de exportação e de reduzir e simplificar as exigências em matéria de documentos requeridos para a importação e a exportação».

«2. Uma parte contratante a pedido de uma outra parte contratante ou das partes contratantes, examinará a aplicação de suas leis e regulamentos, tendo em vista as disposições do presente artigo».

É fácil verificar que a norma inscrita no artigo VIII, do GATT, não teria aplicação, no caso.

É que a citada norma diz respeito, conforme está no título do artigo, aos emolumentos e formalidades referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados, que serão «limitados ao custo aproximado dos serviços prestados e não deverão constituir uma proteção indireta dos produtos nacionais...». Impostos, todos sabemos, não têm a sua hipótese de incidência vinculada a uma atuação estatal específica (CTN, artigo 16). Não pode estar se referindo a impostos o artigo VIII, quando expressa: «Todos os emolumentos e encargos de qualquer natureza ... percebidos pelas partes contratantes, na importação ou na exportação ou por ocasião da importação ou da exportação serão limitados ao custo aproximado dos serviços prestados...».

VI

Em suma, a segurança não poderia prosperar: a uma, porque a invocação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto nacional (GATT, artigo III) exige prova da existência de similar nacional, o que não se fez, no caso; a outra, porque não tem aplicação, na hipótese, a regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige apenas e tão-só a emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados e não a impostos».

No caso, a segurança não poderia prosperar, sob o ponto de vista do Tratado do GATT, exatamente como aconteceu na AMS nº 94.523-SP, acima mencionada. É que a invocação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto nacional (GATT, artigo III) exige prova da existência de similar brasileiro, prova essa que não foi feita, aqui.

III

IMPORTAÇÃO NA ZONA FRANCA DE MANAUS

A sentença sustenta a tese no sentido de que «as importações de mercadorias para industrialização na Zona Franca de Manaus, nos moldes do disposto no artigo 7º e seus parágrafos, do Decreto-Lei nº 288/67, não sofrem influência do IOF, porquanto a saída para outros pontos do território nacional não é vedada».

Isto porque, segundo a sentença, «nos termos da Resolução nº 681 do Banco Central do Brasil, o IOF se aplica às importações de mercadorias realizadas através da Zona Franca de Manaus, amparadas pelos benefícios previstos no Decreto-Lei nº 288/67, e cuja saída para outros pontos do território nacional é vedada, nos termos do Decreto-Lei nº 1.455/76».

E acrescenta:

«Ora, o artigo 37 do citado Decreto-Lei nº 1.455/76 esclarece que, dentre outras hipóteses, está excluída da vedação a aplicação do disposto pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº 288/67, com a redação do artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.435/75».

Abrindo o debate, convém esclarecer, por primeiro, que a entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus não está sujeita a uma isenção total de tri-

butos; ao contrário, a isenção tributária que beneficia a entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus está circunscrita aos impostos de importação e sobre produtos industrializados, conforme estabelecido no artigo 3º do Decreto-Lei nº 288, de 28-2-67;

«Art. 3º. A entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca, destinada a seu consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza e a estocagem para reexportação, será isenta dos impostos de importação e sobre produtos industrializados».

O IOF/câmbio, pois, não está abrangido na isenção em apreço.

Todavia, com base na Resolução nº 681, do Banco Central do Brasil, que estabeleceu alíquotas do IOF para as importações de mercadorias realizadas através da Zona Franca de Manaus, entendeu a sentença que, no caso, as mercadorias estariam isentas do IOF.

O argumento, entretanto, não tem procedência.

A uma, porque, conforme já deixamos claro, supra, a disposição inscrita no artigo 10, da Lei nº 5.143, de 20-10-66, que está na linha do artigo 65, CTN, seguiu a sorte deste, vale dizer, foi revogada, por isso que só a lei, não custa repetir, pode instituir ou aumentar tributo (CF, artigo 19, I; artigo 153, § 2º), não tendo a EC nº 1, de 1969, excepcionado o IOF, tal como o faziam a EC nº 18, de 1965, artigo 14, § 1º, e a Constituição de 1967, sem a EC nº 1, de 1969, artigo 22, § 2º.

Destarte, as Resoluções nºs 672, de 31-12-80, e 681, de 22-1-81, do Banco Central do Brasil, não criam ou extinguem direito no particular, vale dizer, no ponto em

que fazem variar as alíquotas do IOF ou que concederiam isenção do tributo, mesmo porque a isenção depende de lei (CTN, artigo 176).

A duas, mesmo que se admitisse fosse possível ao Banco Central fazer variar as alíquotas do IOF, através de resoluções, o que se diz para argumentar, mesmo assim a segurança não prosperaria.

É o que procuraremos demonstrar.

É verdade que diante do preceituado no artigo 37, parágrafo único, b, do Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76, as mercadorias importadas para industrialização na Zona Franca de Manaus podem ser transferidas para o restante do território nacional, na forma do artigo 7º, do Decreto-Lei nº 288, de 28-2-67, com a redação do artigo 1º, do Decreto-Lei nº 1.435, de 16-12-75.

Todavia, essa saída, ou a saída dos produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, está sujeita ao pagamento do imposto de importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem importa-

dos e neles empregados (Decreto-Lei nº 288/67, artigo 7º).

Ora, se essa saída exige o pagamento de imposto abrangido pela isenção (Decreto-Lei nº 288/67, artigo 3º), não teria lógica deixasse de ser pago um imposto, o IOF, que a legislação específica da Zona Franca, o Decreto-Lei nº 288/67, artigo 3º, não isentou.

Nada seria preciso acrescentar.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.413 — AM — Registro nº 3.412.407 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Apte.: Casas do Óleo Ltda. Apdo.: Banco Central do Brasil. Advs.: Drs. Manuel Otávio Rodrigues de Souza, outro e Jorge Amaury Maia Nunes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 9-3-83 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.588 — DF

(Registro nº 3.417.719)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — DF

Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do DF

Apelado: Flávio de Pilla

Advogados: Drs. José de Almeida Coelho, Luiz C. Bettiol e outros

EMENTA

Mandado de segurança. Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Magistrado aposentado.

Inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei nº 4.215/63 que estabeleceu requisito de tempo para o exercício pleno da profissão, por parte de ex-

titulares de funções ou cargos públicos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (Representação nº 1.054-DF). 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 à apelação, para confirmar a sentença; prejudicada a remessa de ofício, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Flávio de Pilla, magistrado aposentado, impetrou mandado de segurança contra ato da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Distrito Federal, que lhe indeferiu pedido de inscrição, por não haver decorrido o interstício de dois anos de sua inativação, previsto no artigo 86 da Lei nº 4.215/63.

Em resumo, alegou não poder subsistir o ato impugnado, vez que tal dispositivo configura lesão ao direito, bem como, frontal ofensa às garantias constitucionais. Embasa seu pedido no artigo 153, § 23, da Constituição Federal.

A autoridade impetrada prestou as informações de fls. 22/28, esclarecendo que, de fato, a inscrição do impetrante foi indeferida com base no artigo 86 da Lei nº 4.215/63, porquanto foi ele aposentado voluntariamente. Prossegue, afirmando que o ato da OAB não configura lesão porque o Conselho Seccional da entidade tem poder de deliberar sobre a in-

compatibilidade e não ofende a liberdade de profissão, aplicando tão-somente normas relativas ao seu exercício. Junta documento às fls. 29/115.

A medida liminar foi concedida à fl. 117.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara-I, Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, sentenciando às fls. 121/125, concedeu a segurança, submetendo sua decisão ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, apelou a OAB-Seção do Distrito Federal, com as razões de fls. 130/133, renovando os argumentos das informações.

Contra-razões às fls. 139/142.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 149/150, opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A matéria não oferece mais controvérsia. Foi julgada, recentemente, perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, a Representação nº 1.054-6-DF, dando pela inconstitucionalidade do artigo 86, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, assim ementada:

«Ementa: Arguição de inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.

O mencionado dispositivo legal viola o disposto no artigo 153, §§ 1º e 23, da Constituição Federal.

Representação que se julga procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963». (Julgado em 4-4-84, DJ 29-6-84, pág. 10.739).

Advirta-se por oportuno, que a pretensão do autor, ajuizada em novembro de 1981, hoje nenhum efeito produziria, em razão do decurso do tempo.

Isto posto, nego provimento à apelação para confirmar a sentença. Prejudicada a remessa.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.588 — DF — Registro nº 3.417.719 — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Remte.: Juízo Federal da

1ª Vara-DF. Apte.: Ordem dos Advogados do Brasil—Seção do DF. Apdo.: Flávio de Pilla. Advs.: Drs. José de Almeida Coelho, Luiz C. Bettiol e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, para confirmar a sentença; prejudicada a remessa de ofício. (Em 28-9-84 — 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 EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.990 — SP (Registro nº 4.463.633)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara

Apelante: Banco Central do Brasil

Apelado: Dynapc Equipamentos Indl. Ltda.

Advogados: Drs. Geraldo José Guimarães da Silva e Êlcio Rodrigues Filho

EMENTA

Tributário. IOF/Câmbio. GATT. Primado do Direito Internacional. CTN, artigo 98. Decreto-Lei nº 1.783, de 1980. Decreto-Lei nº 1.844, de 1980. Tratado do GATT. Lei nº 313, de 30 de junho de 1948; Decretos nºs 31.307, de 1952 e 32.600, de 1953. Lei nº 3.244, de 14-8-57. Decreto Legislativo nº 14, de 25-8-60. Decreto nº 48.911, de 31-8-60. Lei nº 4.138, de 17 de setembro de 1962.

I — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, lei complementar, no ponto (Constituição, artigo 18, § 1º), vigora o princípio do primado do direito internacional sobre o direito interno.

II — A aplicação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto similar brasileiro, impeditiva do protecionismo ao produto nacional, que coloca, assim, no mesmo pé de igualdade, o produto interno e o produto importado (GATT, artigo III), exige prova da existência do produto similar nacional.

III — Inaplicabilidade, tratando-se de IOF, da regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige tão-só a

emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a produtos vinculados e não a impostos.

IV — Recurso provido. Segurança cassada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao apelo e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de fevereiro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ao argumento de que as importações de mercadorias de países membros do GATT, estão livres do IOF/câmbio, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783/80, com a redação do Decreto-Lei nº 1.844/80, por força das restrições determinadas pelos artigos III e VIII, parte II, do referido Tratado, a sentença, que é da lavra do Juiz Sebastião de Oliveira Lima, deferiu a segurança.

Apelou o Banco Central do Brasil, pleiteando a reforma da sentença.

Subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se favoravelmente à autarquia-ape-lante, o Banco Central do Brasil.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Na AMS nº 94.523-SP, de que fui Relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Tributário — IOF/câmbio — GATT — Primado do Direito Internacional. CTN, artigo 98. Decreto-Lei nº 1.783, de 1980. Decreto-Lei nº 1.844, de 1980. Tratado do GATT. Lei nº 313, de 30-6-48. Decretos nºs 31.307, de 1952, e 32.600, de 1953. Lei nº 3.244, de 14-8-57. Decreto Legislativo nº 14, de 25-8-60. Decreto nº 48.911, de 31-8-60. Lei nº 4.138, de 17-9-62.

I — No que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, lei complementar, no ponto (Constituição, artigo 18, § 1º), vigora o princípio do primado do direito internacional sobre o direito interno.

II — A aplicação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto similar brasileiro, impeditiva do protecionismo ao produto nacional, que coloca, assim, no mesmo pé de igualdade, o produto interno e o produto importado (GATT, artigo III), exige prova da existência do produto similar nacional.

III — Inaplicabilidade, tratando-se de IOF, da regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige tão-só a emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados e não a impostos.

IV — Recurso provido. Segurança cassada».

Faço anexar cópia do voto que proferi na citada AMS nº 94.523-SP, para boa compreensão do meu pensamento.

II

No caso, a segurança, não poderia prosperar, exatamente como aconteceu na AMS nº 94.523-SP, acima

mencionada. A uma, porque a invocação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto nacional (GATT, artigo III) exige prova da existência de similar nacional, prova essa que não foi feita, no caso; a outra, porque não tem aplicação, na hipótese, a regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige apenas e tão-só a emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados e não a impostos.

III

Diante do exposto, dou provimento ao apelo e casso a segurança.

ANEXO

AMS 94.523-SP

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso, (Relator): Primeiro que tudo, cumpre examinar se, em matéria tributária, seria possível sustentar, na ordem jurídica brasileira, o primado do direito internacional sobre o direito interno.

É que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 80.004-SE, Relator para Acórdão o Sr. Ministro Cunha Peixoto, decidiu que a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, embora tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País. (RTJ nº 83/809).

Acontece, todavia, que essa decisão não foi tomada em matéria tributária. Nessa, há norma específica, o artigo 98, CTN, lei complementar, no particular, que estabelece que «os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.»

Dir-se-á, entretanto, que, contendo a norma da lei complementar tributária uma restrição ao exercício do

Poder Legislativo, não valeria, porque inexistente dita restrição na Lei Fundamental.

Cumpra observar, porém, que a Corte Suprema tem emprestado validade à norma do artigo 98, CTN. No RE nº 90.824-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, o Plenário decidiu:

«Preço de referência. Importações originárias de países pertencentes à ALALC. Em face do artigo 48 do Tratado de Montevidéu à vista do qual se deve interpretar o § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.111/70, não se aplica o regime do preço de referência às importações originárias de países membros da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). RE conhecido e provido.» (RTJ, 95/350).

Destarte, pelo menos no que se refere à legislação tributária, face ao disposto no artigo 98, CTN, lei complementar, no particular, diante do comando constitucional inscrito no artigo 18, § 1º, da Constituição, é possível sustentar, no Brasil, o primado do direito internacional sobre o direito interno.

II

O «Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio», conhecido pela sigla GATT («General Agreement on Tariffs and Trade»), do qual o Brasil é signatário, foi versado de forma proficiente por Heli Lopes Meirelles («Estudo sobre o GATT», RDP I/64), que esclareceu que «o GATT, nas suas cláusulas normativas, estabeleceu vantagens de duas ordens para as Nações Pactuantes: a primeira, relativa à importação, restrita às mercadorias especificadas nas listas individuais de cada nação; a segunda, concernente ao comércio extensiva, indis-

criminosamente, a todos os produtos importados dos países integrantes do Acordo». Depois de assinalar a distinção entre as vantagens de importação das vantagens de comércio, escreveu:

«Para a importação o GATT só assegura favores aduaneiros aos produtos constantes das listas individuais de cada nação pactuante; para o comércio é assegurado a toda e qualquer mercadoria importada de país signatário do Acordo, o mesmo tratamento fiscal dado ao produto nacional similar».

III

No caso, a questão foi posta em termos de vantagens de comércio, vale dizer, pretende-se, na hipótese, o mesmo tratamento fiscal dado ao produto nacional similar, por isso que invoca-se a parte II, artigo III, do Tratado, bem assim o artigo VIII.

Esse artigo III, do GATT, contém, em verdade, cláusula de igualdade com o tratamento dado ao produto similar nacional. Como lembrou o eminente Ministro Cordeiro Guerra, no voto que proferiu por ocasião do julgamento do RE nº 83.428-SP (RTJ, 77/981), «constitui um prolongamento da cláusula de nação mais favorecida.»

Impede essa cláusula, deixou claro Thiébaud Flory («GATT, Droit International et Commerce Mondial», «Lib. Gén. de Droit et de Jurisp.», 1968, págs. 20/21, apud voto do Ministro Cordeiro Guerra, RE nº 83.428-SP, RTJ, 77/985), o protecionismo ao produto nacional, colocando no mesmo pé de igualdade o produto interno e o produto importado.

IV

Então, o que é necessário ficar provado, como pressuposto de apli-

cação da regra de igualdade, é a existência de similar nacional. Porque, não existindo este, não há invocar o Tratado, para o fim de evitar o pagamento de imposto que incide, direta ou indiretamente, sobre o produto importado. É que, não existindo similar nacional, não ocorre aquilo que é o escopo do Tratado: evitar o tratamento protecionista ao produto nacional; noutras palavras: em caso assim, o pagamento do imposto não representa tratamento menos favorável ao produto importado, por isso que inexistente produto nacional paradigma.

Cumprido examinar, portanto, se, no caso, foi feita a comprovação da existência do similar nacional, ou que a imposição do IOF importa em tratamento mais oneroso ao produto importado.

Não vejo, nos autos, essa prova.

V

Argumenta-se, outrossim, que, no caso, seria aplicável a norma inscrita no artigo VIII, do GATT.

Na redação aprovada pela Lei nº 4.138, de 17-9-62, está assim redigido o artigo VIII:

«O artigo VIII será ementado como se segue:

I) o título do artigo será o seguinte:

«Emolumentos e formalidades referentes à importação e à exportação».

II) Os §§ 1º e 2º terão o seguinte teor:

«1.a) Todos os emolumentos e encargos de qualquer natureza que sejam exceto dos direitos de importação e de exportação e as taxas mencionadas no artigo III, percebidas pelas partes contratantes, na importação ou na exportação ou

por ocasião da importação ou da exportação serão limitadas ao custo aproximado dos serviços prestados e não deverão constituir uma proteção indireta dos produtos nacionais ou das taxas de caráter fiscal sobre a importação ou sobre a exportação».

«b) As partes contratantes reconhecem a necessidade de restringir o número e a diversidade dos emolumentos e encargos a que se refere a alínea a.»

«c) As partes contratantes reconhecem igualmente a necessidade de reduzir a um mínimo os efeitos e a complexidade das formalidades de importação e de exportação e de reduzir e simplificar as exigências em matéria de documentos requeridos para a importação e a exportação.»

«2. Uma parte contratante a pedido de uma outra parte contratante ou das partes contratantes, examinará a aplicação de suas leis e regulamentos, tendo em vista as disposições do presente artigo.»

É fácil verificar que a norma inscrita no artigo VIII, do GATT, não teria aplicação, no caso.

É que a citada norma diz respeito, conforme está no título do artigo, aos emolumentos e formalidades referentes à importação e à exportação ou a tributos vinculados, que serão «limitados ao custo aproximado dos serviços prestados e não deverão constituir uma proteção indireta dos produtos nacionais...». «Impostos, todos sabemos, não têm a sua hipótese de incidência vinculada a uma atuação estatal específica (CTN, artigo 16). Não pode estar se referindo a impostos o artigo VIII, quando expressa: «Todos os emolu-

mentos e encargos de qualquer natureza... percebidos pelas partes contratantes, na importação ou na exportação ou por ocasião da importação ou da exportação serão limitadas ao custo aproximado dos serviços prestados...»

VI

Em suma, a segurança não poderia prosperar: a uma, porque a invocação da cláusula de igualdade de tratamento com o produto nacional (GATT, artigo III) exige prova da existência de similar nacional, o que não se fez, no caso; a outra, por que não tem aplicação, na hipótese, a regra do artigo VIII, do GATT, que se dirige apenas e tão-só a emolumentos referentes à importação e à exportação, ou a tributos vinculados e não a impostos.

VII

Diante do exposto, dou provimento ao apelo e casso a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.990 — SP — Registro nº 4.463.633 — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Velloso. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara. Apte.: Banco Central do Brasil. Apda: Dynapac Equipamentos Indl. Ltda. Advs.: Drs. Geraldo José Guimarães da Silva e Elcio Rodrigues Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo e casou a segurança. (Em 28-2-83 — 4ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.842 — RJ
(Registro nº 4.854.489)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Darrow Laboratórios S.A.

Apelada: União Federal

Advogado: Dr. Jorge Raimundo Filho

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Legitimidade passiva. FINSOCIAL. Decreto-Lei nº 1.940/82.

1. Reconhecida a legitimidade passiva da autordade impetrada, Superintendente da Receita Federal — 7ª Região, determina-se a remessa dos autos ao Juiz a quo, para julgamento do mérito do pedido.

2. Apelação provida, quanto ao item acima.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, afastar a preliminar de ilegitimidade passiva, e, dar provimento ao recurso, para que o MM. Juiz venha julgar o pedido, de **meritis**, como lhe parecer acertado, 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 de julgamento) — Ministro **Moacir Catunda**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Mandado de Segurança impetrado por firma comercial contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal, quanto à exigência do recolhimento da contribuição social instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82.

Alegou a impetrante, em síntese, que dita contribuição fere o princípio da anualidade, sendo, além do mais, inconstitucional.

Informações às fls.

A sentença denegou a segurança, tendo a impetrante como carecedora da ação (fls. 87/92).

Apelou a impetrante, embasada em suas razões iniciais (fls. 96/99).

Contra-razões à fl. 102.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Quando do julgamento do MS nº 97.775, citado no adendo do relatório, concedi a segurança, considerando a contribuição em causa como imposto genuíno, sujeito à garantia constitucional da anterioridade, voto que mereceu a honrosa acolhida do Plenário, instrumentada no Acórdão publicado no DJ de 8-3-84.

Por estes motivos, dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença e determinar o julgamento do pedido de **meritis**, como ao do Juiz parecer acertado.

ANEXO

Mandado de Segurança
nº 97-775 — DF
(Registro nº 3.396.525)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Relator para o Acórdão: Sr. Ministro Moacir Catunda.

Requerentes: COBESCA Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A. e outras.

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Advogados: Drs. Marcos Jorge Caldas Pereira e Outros.

EMENTA

Constitucional, Tributário e Processual.

1º) Mandado de segurança. Lei em tese. Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82 (FINSOCIAL). Portaria Ministerial nº 119, de 22-6-82, que o regulamentou. Ato individualizador da norma. Autoridade coatora.

A Portaria Ministerial, ao estabelecer, sob pena de sanções e sem possibilidade de recuperação do que for recolhido, «o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo deste e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição».

2º) Tributo — Instituição por decreto-lei. Constituição, art. 55, II.

Tranquilo, em jurisprudência, o entendimento de que, cumprido o requisito do artigo 55, II, da Constituição Federal, o tributo pode ser criado ou majorado por decreto-lei.

Antecedentes do STF e do TFR.

3º) Imposto. Contribuição. Distinção legal e doutrinária das duas figuras.

A exação instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, artigo 1º e §§, formalmente denominada contribuição, em realidade não reúne os requisitos necessários para ser considerada como contribuição destinada ao custeio da intervenção do domínio econômico; ou o interesse de categorias profissionais, ou, ainda, com as que colimam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da Previdência Social — Constituição — artigos 21, § 2º e 43, incisos I a X.

4º) Investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor a cujo custeio a contribuição em causa se destina, pela natureza mesma deles, se situam, obviamente, no campo de atuação da União, seguindo-se porque devem ser atendidos com os recursos provenientes dos impostos previstos em competência ordinária.

5º) Sob a qualificação de contribuição, surpreendem-se, no Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, dois impostos genuínos, o primeiro, inominado, mas que se compreende na competência residual da União — (Constituição — artigos 18, § 5º e 21, § 1º), e o segundo, que configura hipótese típica de adicional do imposto de renda, cujo recolhimento não se permite no mesmo exercício em que tenha sido instituído. — Constituição — artigo 153, § 29.

Segurança deferida, em parte, em homenagem em princípio constitu-

cional de anuidade dos tributos, para livrar os contribuintes impe- trantes do recolhimento da exação no exercício de 1982.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, conceder em parte o mandado de segurança para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Velloso, Bueno de Souza e Jarbas Nobre que julgavam inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, vencidos, integralmente, os Srs. Ministros Washington Bolívar, Miguel Ferrante, Costa Lima e Leitão Krieger que indeferiram 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, 9 de junho de 1983 (Data do julgamento) — O presente Acórdão deixa de ser assinado por motivo de Licença do Sr. Ministro, Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Moacir Catunda, Relator p/o Acórdão.

VOTO VISTA

O Senhor Ministro Moacir Catunda: Vencida a preliminar de conhecimento do pedido, pelas razões da inicial, acatadas pelo parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República — (itens 6, 7, 8 e 9), bem como pelo voto do eminente Relator, que demonstram a índole concreta e individualizadora da Portaria nº 119, de 2 de junho deste ano, que regulamenta o recolhimento da contribuição social instituída pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, passou o Tribunal ao julgamento do mé-

rito do pedido, com o voto do Relator, deferindo-o, ocasião em que pedi vista dos autos, para conscientizarme de particularidades e hoje os apresento em mesa, para prosseguimento do seu julgamento.

O diploma legal apodado de inválido, ao argumento de agredir vários preceitos da Carta Magna, é do teor seguinte:

«Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82.

Institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e dá outras providências.

Art. 1º É instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5% (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

§ 3º A contribuição não incidirá sobre a venda de mercadorias ou serviços destinados ao exterior, nas condições estabelecidas em Portaria do Ministro da Fazenda.

Art. 2º A arrecadação da contribuição será feita pelo Banco do Brasil S.A., e pela Caixa Econômica Federal e seus agentes, na forma disciplinada em Portaria do Ministro da Fazenda.

Art. 3º É criado o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL),

destinado a dar apoio financeiro a programas e projetos de caráter assistencial relacionados com alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Art. 4º Constituem recursos do FINSOCIAL:

I — o produto da arrecadação da contribuição instituída pelo artigo 1º deste decreto-lei;

II — recursos de dotações orçamentárias da União;

III — retornos de suas aplicações;

IV — outros recursos de origem interna ou externa, compreendendo repasses e financiamentos.

Art. 5º O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) passa a denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

§ 1º Sem prejuízo de sua subordinação técnica à autoridade monetária, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social fica vinculado administrativamente à Secretaria de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN).

§ 2º O Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e o Ministro da Indústria e do Comércio adotarão as providências necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo, no prazo de 30 (trinta) dias.

Art. 6º O Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) será administrado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que aplicará os recursos disponíveis em programas e projetos elaborados segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República.

Parágrafo único. A execução desses programas e projetos dependerá de aprovação do Presidente da República.

Art. 7º Este decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 1982.

Por oportuno, esclareço que algumas impetrantes, que são estabelecidas nos ramos de produtos farmacêuticos, outras, com indústria de papelão, e a última, com comércio de automóveis, após longa exposição, concluem no sentido de que o FINSOCIAL, é imposto disfarçado sob a denominação de «contribuição», instituído com ofensa às garantias constitucionais de legalidade e anualidade.

Como ressei do preâmbulo, o decreto-lei questionado foi baixado de acordo com a atribuição do inciso II, do artigo 55 e tendo em vista o § 2º, do artigo 21 da Constituição, a dizer:

«Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I — (omissis);

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias;

«Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

I — importação de produtos estrangeiros, facultado ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar-lhe as alíquotas ou as bases de cálculo;

.....
§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste

artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente a parte da União no custeio dos encargos da previdência social».

Como sabido e ressabido, o sistema tributário nacional se constitui das espécies, a saber: impostos, taxas e contribuições de melhoria, — Constituição, — artigo 18 — I e II, e § 5º, e artigos 21 e 22, e CTN — artigo 5º, — ao qual o Decreto-Lei nº 24, de 7-1-65, baixado com base no Ato Institucional nº 2 e portanto, com força de lei, — acrescentou as contribuições que relaciona, — de natureza social.

A alegação de inconstitucionalidade formal da contribuição, por ter sido instituída por decreto-lei, e não por lei ordinária, não procede, face à menção a finanças públicas e normas tributárias, isto é, tributo em si, que é criação de norma tributária, constante do artigo 55, II, da Constituição, expressões que, por sua natureza abrangente, alcançam qualquer providência legislativa visando aumentar a receita pública. E as receitas do FINSOCIAL, por sua natureza pública, integram o conceito de finanças públicas.

Doutrinadores do porte de Fábio Fanunch — Curso de Direito Tributário — 1ª edição — vol. I — págs. 134/135; Alberto Xavier, — «Os Princípios da Legalidade...» — RT — 1978 pág. 25; — Sebastião de Oliveira Lima, — «O Fato Gerador do Imposto de Importação na Legislação Brasileira» — pág. 32; — Hamiltom Dias de Souza, — «Estrutura do Imposto de Importação no Código Tributário Nacional» — IBDT — pág. 55 e segs.; e também Pontes de Miranda, para quem decreto-lei traduz uma espécie de lei sob condição resolutive, — admitem a legitimidade da instituição de tributo por decreto-lei, em casos de urgência e interesse público relevante.

Sobre a orientação do Tribunal Federal de Recursos, lê-se no citado parecer, verbis:

«Também o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar a AMS nº 91.322-SP, em composição de Pleno, decidiu que é constitucional a criação ou majoração de tributos mediante decreto-lei.

Desse julgamento, vale destacar passagens dos votos proferidos pelos eminentes Ministros Moacir Catunda, José Dantas e Carlos Velloso: Ministro Moacir Catunda: «Ora, sendo a criação de tributo matéria compreendida, indubitavelmente, na locução normas tributárias, incerteza fundada não pode existir sobre a competência do Executivo, para instituí-lo por decreto-lei, tanto mais que, consoante o § 1º, do artigo 55, publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado».

Ministro José Dantas: «... na sistemática constitucional de 67, o «decreto-lei» se distingue da «lei» apenas pela excepcionalidade legiferante autorizada ao Presidente da República, segundo conveniência e oportunidade sublinhadas pela urgência e relevância do interesse público, e pela ativação a trato da segurança nacional, finanças jurídicas, normas tributárias e cargos públicos (artigo ...). Desse enfoque, infere-se que a dita excepcionalidade formal não basta para negar ao decreto-lei os efeitos do princípio da legalidade, relativos ao conceito *stricto sensu* de lei, como não o nega o rito especial da sua elaboração, cumprido a termos formais da chancela posterior do

legislativo, e por conta dos quais o saudoso Pontes de Miranda, na sua conhecida intransigência para com os princípios, rotulou o decreto-lei de «lei sob condição resolutiva».

Logo, a reclamar-se do preceito constitucional a regulamentação por lei, materialmente atendido restará o preceito se regulamentado por decreto-lei, estando em causa as hipóteses do artigo 55 da Constituição. MS nº 90.245-DF, Tribunal Pleno em 11-12-80».

Ministro Carlos Velloso: «Reconheço que a doutrina, praticamente unânime, é no sentido de que o tributo deve ser instituído por lei em sentido formal, não podendo o decreto-lei criar ou instituir tributos: Todavia, a jurisprudência não acompanhou a doutrina, no passo. Tanto este Tribunal quanto a Corte Suprema já decidiram que o decreto-lei pode, tanto quanto a lei ordinária, criar ou instituir tributos».

Face ao magistério concordante da doutrina e da jurisprudência, a meu sentir não é possível duvidar que decreto-lei é instrumento constitucional apto a instituir tributo, nos casos de urgência e interesse público relevantes, a juízo do Executivo, como exposto acima.

A legislação fornece os conceitos dos tributos denominados impostos; taxas; e contribuições de melhoria, — CTN, artigo 16; Constituição — artigo 18, II; — CTN — artigos 77 e 81, — sendo silente a respeito do conceito de contribuição, no sentido genérico. — A doutrina, no entanto, fixou o entendimento de que para a exigência se caracterizar como contribuição há que haver referibilidade pelo menos indireta, no ato instituidor, entre a atuação estatal, e o contribuinte, como leciona Geraldo Ataliba, in «Hipótese de Incidência Tributária» — 2ª edição, — pág. 163, e seguintes. Em «Direito Tributário

Atual» — pág. 97, escreve o culto advogado — Luiz Mêlega, verbis:

«A. V Embora as contribuições especiais não tenham merecido uma definição na Carta Política e bem assim no Código Tributário Nacional, doutrinariamente são elas consideradas um tributo, porque o seu fato gerador reclama uma atividade específica do poder tributante, que pode ser diretamente relativa a pessoa diversa do contribuinte e apenas indiretamente relativa a este. Difere do imposto, porque o fato gerador deste independe de qualquer atividade específica do governo tributante. Afasta-se da taxa, por ser a vinculação do fato gerador desta específica a uma atividade estatal (exercício do poder de polícia ou prestação efetiva ou potencial de um serviço) diretamente relativa ao próprio contribuinte. Esta é a posição do inesquecível Rubens Gomes de Sousa, que repudia a idéia de um tributo, que possa ser parte imposto e parte taxa, ou ora imposto e ora taxa, circunstância que negaria o próprio conceito de contribuição como um *tertium genus* tributário (Monografia citada, págs. 56 e 107/108)».

No mesmo sentido — «Rubens Gomes de Sousa, in Natureza Tributária da Contribuição do FGTS, — RDA nº 112/28, bem como Hamilton Dias de Souza, conhecido tributarista paulista, que assinala no estudo sobre — «FINSOCIAL»: Dois impostos.

— um do campo residual, outro adicional do imposto de renda. Violação ao princípio da anterioridade» in *Direito Tributário Atual* pág. 94 verbis:

«... o que caracteriza a contribuição é a vantagem diferencial em que se coloca o contribuinte face a uma determinada atividade administrativa, a qual, todavia, tem por escopo beneficiar

um grupo de pessoas ou toda coletividade. Alguns autores, como Micheli (16), dão como elemento da hipótese de incidência apenas a vantagem auferida pelo particular em decorrência de uma atividade administrativa. Outros, como A. D. Giannini, salientam que a contribuição ou «tributo speciale», pressupõe ou a vantagem já referida, ou uma maior despesa do ente público em razão de sua atividade.

Pensamos como Giannini, que não só a vantagem diferencial, mas também a maior despesa causada pelo particular são pressupostos da contribuição».

Consoante o artigo 1º, do Decreto-Lei nº 1.940/82, a contribuição social instituída por ele é destinada a custear investimentos de caráter assistencial, em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

Pergunto, eu, no caso: — qual a referibilidade da exigência, às imetrantes, — que atuam no comércio farmacêutico, a qualquer um dos objetivos do FINSOCIAL. E respondo: nenhuma, pois não é possível conectar necessidade de pequeno agricultor, e minorá-la, com renda obtida e calculada com base na receita bruta de qualquer uma das imetrantes.

Contribuição social típica, das relacionadas no artigo 43, item X, da Constituição, também não o é a instituída pelo FINSOCIAL, tanto assim que o diploma instituidor não menciona nenhuma delas.

Relativamente às contribuições mencionadas no § 2º, do artigo 21, sou porque a concernente a: 1º) interesse de categorias profissionais, — não tem pertinência, visto que pequeno agricultor, juridicamente, não é categoria profissional; 2º) atendimento diretamente da parte da União no custeio da Previdência Social, — também não se adequa ao

caso, como é óbvio; — restando a 3ª, tocante à intervenção no domínio econômico, facultada pelo artigo 163 da Constituição, *verbis*: «São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais».

A regra transcrita concerne à intervenção em indústria ou atividade de natureza privada, — do que sejam exemplos, no Brasil, — o decreto-lei que regula o AFRMM; — destinada ao desenvolvimento da indústria naval; — as legislações do IBC; — do Instituto do Açúcar e do Alcool; — da SUNAB, tabelamento de preços, etc.; de sorte que o citado artigo 163 da Constituição, — não tem conexão com os objetivos do FINSOCIAL, os quais, porque ficam situados no campo de atuação da União, em realidade, devem ser atendidos com recursos provenientes dos impostos previstos em competência ordinária.

O § 2º, do artigo 1º, ao fixar a contribuição em 5%, calculada sobre o valor do imposto de renda, configura uma hipótese típica de adicional do imposto de renda, cujo recolhimento, não é permitido pela Constituição, no exercício de 1982. O fato gerador no caso, é o mesmo do imposto de renda.

No atinente às hipóteses não absorvidas pelas das empresas que tem impostos de renda a pagar, previstas no § 1º, entendo constituir tributo novo, que encontra amparo na competência residual da União — CF, artigo 18 § 5º.

Relativamente ao recolhimento do produto da arrecadação ao Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL, —

que o administrará — artigos 3º e 6º), — sou porque o próprio decreto-lei instituidor está a indicar sua incompatibilidade frontal com o artigo 62, § 2º, da Constituição, que, «res-salvados os impostos mencionados nos itens VIII e IX, do artigo 21, e as disposições desta, e de leis complementares, veda a vinculação da arrecadação do produto de arrecadação de qualquer tributo a determinação órgão, fundo ou despesa».

Por estes motivos, e enquadrando a contribuição em causa como imposto genuíno sujeito à garantia constitucional de anterioridade, concedo a segurança, para anular sua cobrança durante o exercício de 1982, somente.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 99.842 — RJ — Registro nº 4.854.489 — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Apelante: Darrow Laboratórios S.A. Apelada: União Federal. Advogado: Dr. Jorge Raimundo Filho.

Decisão: a Turma, por unanimidade, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva, e, deu provimento ao recurso, para que o MM. Juiz venha julgar o pedido, de **meritis**, como lhe parecer acertado (Em, 24-9-84 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator, os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento O Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.085 — RJ (Registro nº 4.921.585)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara

Apelante: IAPAS

Apelado: José Bezerra Fernandes

Advogados: Drs. Jacimar Damasceno Torres e Maria Rita Soares de Andrade

EMENTA

Processual Civil. Sentença. Requisitos formais.

Vicia-se de nulidade a sentença em que omitido é pelo seu prolator o exame de questão relevante suscitada por uma das partes, pois tanto desatende ao que disposto no inciso II do artigo 458 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, anular a sentença e devolver os autos ao Juízo de origem, a fim de que outra seja proferida, com a apreciação da questão preliminar suscitada,

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

Custas como de lei.

Brasília, 2 de outubro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O MM. Juiz da 7ª Vara Federal, Seção do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Henry Bianor Chalu Barbosa, assim expõe a hipótese controvertida nos autos:

«Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por José Bezerra Fernandes contra ato da Diretora do Departamento de Pessoal do IAPAS, visando compelir a autoridade impetrada a reconhecer a aprovação do impetrante pela Banca Examinadora do Concurso e julgar nula, sem efeito, a revisão de julgamento da prova feita pela Comissão Examinadora, sem qualquer observância das normas do Concurso.

O impetrante participou das provas para ascensão funcional à Categoria de Procurador Autárquico, em vista de preencher as condições exigidas pelo Edital nº 14/81. A Comissão Examinadora foi composta por quatro membros: três procuradores da autarquia e um funcionário administrativo. Foram as provas divididas em duas etapas: uma específica, de Direito e Conhecimentos Gerais, e outra de Português (redação), subdividida em avaliação de aspectos técnicos e avaliação de aspectos gramaticais. Ficou expresso que só teriam a prova de redação corrigida, os candidatos que obtivessem o mínimo de 40 pontos na primeira etapa. Inabilitado na primeira prova, conseguiu o impetrante em recurso dirigido à Comissão Examinadora, em consequência da má formulação de diversas questões (das quarenta foram anuladas quatro), provimento de seu recurso, sendo considerado habilitado com o total de 41 pontos, vindo a ser o impetrante incluído na relação com o resultado final de 63,4 (sendo 41 pontos na 1ª etapa e 22,4 na prova de reda-

ção). Posteriormente, foi publicado novo resultado final do concurso, do qual foi excluído única e exclusivamente o nome do impetrante, que recebeu como explicação de que «rasuras encontradas na prova» ou «revisão nela procedida», ocasionaram a sua exclusão. Voltando a recorrer, desta vez à Diretora do Departamento de Pessoal do IAPAS, esta indeferiu o seu pedido de ver seu nome incluído na relação de aprovados sob a alegação de que fora inabilitado por haver alcançado apenas 9,6 pontos na prova de redação, sendo 6,00 na avaliação de aspectos técnicos e 3,6 na avaliação de aspectos gramaticais. Ou seja, a Banca Examinadora na 2ª etapa resolvera alterar a nota do candidato para 9,6 pontos, quando seriam necessários 10 pontos para sua habilitação. Essa revisão não foi a pedido do impetrante, nem levada a efeito pelos integrantes da Comissão Examinadora formados em Direito, responsáveis pela correção da parte específica da prova e pela avaliação dos aspectos técnicos da redação (uma petição inicial a ser corrigida de acordo com as normas estabelecidas), conforme informação verbal prestada ao impetrante. Assim, tal revisão só poderia ter sido procedida pelo quarto membro da Comissão Examinadora, que não tinha competência para se sobrepor à Banca Examinadora, rever seu julgamento, reduzir e fazer reprovar candidato antes aprovado. Foi negada ao impetrante «vista da prova», alegando a Diretora do Departamento de Pessoal do IAPAS proibição constante do Edital do Concurso, muito embora tenha admitido, a interposição do recurso. Resta saber como o impetrante fará para recorrer de «revisão» que desconhece por completo, sequer sabendo o que foi revisado em sua prova e que reduziu 12,80 pontos na mesma, ou seja, cerca de

50% da nota conferida pelos técnicos. O Edital não admitiu revisão de prova, nem a pedido, nem de ofício. Logo, publicado o resultado, não poderia um só dos membros da Banca, à revelia dos demais, promover revisão apenas da prova do impetrante. Revisão se houvesse seria geral e promovida pela Banca Examinadora.

Requer a concessão da segurança nos termos do pedido.

Juntou os documentos de fls. 7/62.

Encontram-se as informações às fls. 67/75. Levanta a autoridade impetrada a preliminar de decadência de ação, visto ter sido o ato contra o qual se insurge o impetrante, sua exclusão do processo seletivo, praticado em 30-4-82 ou 5-5-82, e o ajuizamento da ação ter ocorrido em 26-10-82, um lapso de tempo superior aos cento e vinte dias estabelecidos na Lei nº 1.533/51. Requer a extinção do processo.

No mérito, os Editais MPAS/IAPAS nº 14 e 26/82 estabeleceram que o processo seletivo de Ascensão Funcional à Categoria de Procurador Autárquico do IAPAS seria desenvolvida através de uma prova constituída de duas partes. A primeira parte dividia-se em Prática de Serviço, com 30 questões objetivas versando sobre conhecimento de Direito, valendo 2 pontos cada, perfazendo 60 pontos; Conhecimentos Gerais, com 10 questões objetivas sendo que cinco versando sobre Administração Pública Federal e cinco sobre Estrutura e Funcionamento do IAPAS, cada uma valendo um ponto, totalizando dez pontos. A segunda parte era uma redação valendo 30 pontos, onde seriam observados os aspectos técnicos (CPC), com valoração de 20 pontos e os aspectos gramaticais, com valoração de 10 pon-

tos. Para a habilitação o candidato teria que obter os seguintes pontos mínimos: 40 pontos na parte I e na parte II, 10 pontos na redação, com 5 na avaliação dos aspectos técnicos e 5 na avaliação gramatical. Inicialmente, o impetrante não logrou habilitação pois conseguiu somente 36 pontos na parte I (28 pontos em Prática de Serviço e 8 pontos em Conhecimentos Gerais), vindo o impetrante a apresentar recurso. Posteriormente, com a anulação pelas Bancas Revisoras das questões 07, 20 e 22 (Banca de Direito) e da questão 35 (Banca de Conhecimentos Gerais), o impetrante logrou habilitação na Parte I, obtendo 41 pontos (32 pontos em Prática de Serviço e 9 pontos em Conhecimentos Gerais). Esclarece ainda que o impetrante não logrou aprovação nos aspectos gramaticais da prova de redação, pois a Banca Examinadora de Português (constituída por um professor de português) descontou dos 10 pontos, 6,4 pontos relativos a 24 erros léxicos no valor de 0,2 pontos por erro e 4 erros sintáticos no valor de 0,4 pontos por erro, restando portanto 3,6 pontos, insuficientes para que fosse alcançado o mínimo necessário de 5 pontos. A reavaliação dos aspectos técnicos da redação do impetrante feita pela Banca Examinadora de Prática de Serviço (constituída de três procuradores do IAPAS) não reprovou o candidato, mas, apenas, alterou sua nota para 6 pontos, mantendo a nota do mínimo exigido de 5 pontos.

Na realidade, foram constituídas três Bancas Examinadoras: uma de Prática de Serviço, constituída por três procuradores indicados pelo Procurador-Geral do IAPAS, uma de Português, composta de dois professores de Português e uma de Conhecimentos Gerais, formada por dois professores de Administração Federal/Estrutura e Funcionamento do IAPAS.

As provas de redação foram reavaliadas pela Banca Examinadora de Serviço, e não por servidor administrativo, como diz o impetrante, sem que fossem identificadas, tornando-se impossível informar a nota a qualquer dos concorrentes. A divulgação dos resultados do processo seletivo é de competência da Diretora do Departamento de Pessoal que o faz de forma a atender a todos os interessados, em total igualdade de condições.

Quanto à listagem junta aos autos pelo impetrante, trata-se apenas de rascunho, feito antes de concluída a reavaliação, que serviria de base para a elaboração da definitiva, após retirada dos reprovados na avaliação dos aspectos gramaticais e de candidatos que não houvessem assinado termo de opção para aproveitamento do IAPAS. Desta listagem foram retirados a candidata Iara Aparecida Rucco, servidora do INPS que prestaria as provas por força de liminar concedida em mandado de segurança e o impetrante por estar reprovado nos aspectos gramaticais da redação e incluídos os nomes dos servidores Adilson Ferreira da Silva e Luiz Teixeira Ferro, o primeiro aprovado na reavaliação e o segundo por que por lapso deixou de constar da listagem.

Ao modificar os critérios de correção e estabelecer o mínimo de pontos para a aprovação, a autoridade administrativa nada mais fez do que usar do seu poder discricionário.

Cita Hely Lopes Meirelles e jurisprudência.

Pede a extinção do processo pela preliminar argüida, ou a improcedência da ação, com a denegação da segurança.

Memorial do impetrante às fls. 111/112. (fls. 114/118).

Concedeu S. Exa. a segurança, nos termos do pedido, fazendo submeter a sentença ao duplo grau de jurisdição (fl. 118).

Apelou a autarquia, nas razões com que manifestou sua irresignação insistindo na preliminar de decadência para que julgado extinto o processo, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, por haver sido a ação mandamental ajuizada após o decurso do prazo de cento e vinte dias, contados da publicação do ato atribuído à autoridade impetrada e contra o qual fora pedido a segurança. No mérito, sustenta que a pretensão do impetrante se apresenta despida de amparo legal, pois, o critério de correção de provas e atribuição de notas estabelecido pela Banca Examinadora não é suscetível de impugnação perante o Judiciário, salvo irregularidade manifesta, o que não seria o caso dos autos, daí esperar o provimento da apelação (fls. 123/129).

As razões do apelo estão instruídas com os documentos de fls. 130 a 139.

Contra-razões do apelado constam de fls. 157/160.

As fls. 141/142, petição da ilustre advogada do apelado no sentido de que a autoridade impetrada cumprisse de imediato a decisão concessiva do «writ», no que atendida, tal como noticiado pelo ofício constante de fl. 162, com a restrição constante do documento de fl. 168.

No mesmo sentido o ofício de fls. 170/171 e documentos de fls. 172/173.

Pela confirmação da sentença manifestou-se nesta Instância a douta Subprocuradoria em parecer do ilustre Procurador da República, Dr. Nelson Parucker, aprovado pelo não menos ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. (fls. 177/178).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Sustentou o IAPAS, nas informações prestadas ao MM. Juiz Federal, que caracterizada estava a decadência do ora apelado ao direito de ajuizar ação mandamental, porque os atos contra os quais se insurgia na impetração, tais sejam o pertinente à sua exclusão do processo seletivo e o da publicação do Edital IAPAS nº 12/82, haviam sido publicados, respectivamente, no **Diário Oficial** de 30 de abril de 1982 e no **Boletim de Serviço IAPAS**, de 5 de maio daquele mesmo ano (fl. 68), tendo fluído da data da publicação de tais atos à do ajuizamento da segurança a 26 de outubro de 1982 mais dos cento e vinte dias para aquele fim previsto na Lei nº 1.533/51 (cfr. fl. 68).

Essa argüição foi focalizada pelo MM. Juiz Federal, no relatório, verbis:

«Levanta a autoridade impetrada a preliminar de decadência da ação, visto ter sido o ato contra o qual se insurge o impetrante, sua exclusão do processo seletivo, praticado em 30-4-82 ou 5-5-82, e o ajuizamento da ação ter ocorrido em 26-10-82, um lapso de tempo superior aos cento e vinte dias estabelecidos na Lei nº 1.533/51. Requer a extinção do processo» (fl. 116).

Trata-se de questão cuja relevância se apresenta indiscutível, pois, procedente que seja a preliminar e ao impetrante obstado estará a via mandamental para a preservação do direito que na inicial aponta como vulnerado por ato ilegítimo da autoridade impetrada.

Ao MM. Juiz Federal de 1º grau cumpria portanto examinar aquela preliminar acolhendo-a, se procedente, ou repelindo-a, se fosse o caso.

Não poderia, porém, omitir-se de fazê-lo, sob pena de viciar de nulida-

de a sentença que tem como requisitos essenciais à sua validade, além do relatório:

«I —

II — os fundamentos em que o Juiz analisará as questões de fato e de direito».

Para só depois passar ao dispositivo, em que resolverá as questões que as partes lhe submeteram (artigo 458, inciso II, do CPC).

Na fundamentação cumpre ao julgador examinar, como adverte Moacyr Amaral Santos:

«as questões preliminares ou prejudiciais, como tais consideradas aquelas a serem resolvidas antes do mérito, sejam de ordem processual, sejam de ordem substancial.

Assim resolver-se-á sobre pressupostos processuais, v.g. incompetência *ratione materiae*, tardiamente alegada; incapacidade processual, superveniente à formação da relação processual; representação de incapazes ou sua assistência pelo Ministério Público, etc.; nulidades insuperáveis, porventura argüidas nos debates orais; condições da ação, deixadas para decisão na sentença final».

(In «Comentários ao Código de Processo Civil», vol. IV, pág. 435).

Ao anular sentença que se omitira sobre ponto relevante, ressaltou o insigne Ministro Adhemar Raymundo, em decisão que tem a seguinte ementa:

«Processual Civil.

Sentença. Requisitos formais. Nula é a sentença quando omissa a respeito de ponto relevante da postulação. O simples registro, pelo Juiz, de que a explicação dada pelo réu é suficiente, não é fundamentação. Cumpre ao julgador analisar as questões de fato e de direito, a teor do disposto no inciso 2º do ar-

tigo 458 do Código de Processo Civil». (AC nº 81.313-MG — Decisão unânime — DJ de 26-6-83, pág. 9352).

In casu, a preliminar de decadência suscitada nas informações e reproduzidas nas razões de apelo, reveste-se de indiscutível relevância pelo que não podia o ilustre julgador monocrático deixar de examiná-la.

Poder-se-ia argumentar que, deixando de fazê-lo, deu implicitamente pela sua improcedência, mas no caso, em face dos fundamentos com que apontada a ocorrência de decadência ao direito do apelado valer-se da via mandamental, o exame dessa questão preliminar se me afigura indispensável e ao Juiz de 1º grau cumpria expressamente fazê-lo, até porque entendendo descabido seria no julgamento do apelo apreciar questão não ventilada na sentença, o que importaria em supressão de uma instância.

Assim, por desatendida na respeitável sentença apelada, exigência contida no inciso II do artigo 458 do Código de Processo Civil, dou pela

sua nulidade, determinando o retorno dos autos ao Juiz de origem para que nova decisão seja prolatada atenciosa ao que disposto no preceito acima citado da lei processual.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 102.085 — RJ — Registro nº 4.921.585 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro — Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara — Apte.: IAPAS — Apdo.: José Bezerra Fernandes — Advs.: Drs. Jacimar Damasceno Torres e Maria Rita Soares de Andrade.

Decisão: A Turma, por unanimidade, anulou a sentença e devolveu os autos ao Juízo de origem, a fim de que outra seja proferida, com a apreciação da questão preliminar suscitada (Em 2-10-84 — 3ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Carlos Madeira e Adhemar Raymundo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.158 — DF (Registro nº 4.432.436)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis
Requerentes: Omar Gauzo Carloto e outro
Requerido: Ministro de Estado do Exército
Advogado: Dr. Fausto Alves de Souza

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso de admissão e de matrícula em Curso de Formação de Oficiais Médicos, Farmacêuticos e Dentista da Escola de Saúde do Exército. Decadência.

Quanto a Omar Gauzo Carloto, não há falar-se em decadência do direito à impetração, tomada a publicação do último indeferimento como dies a quo, seja porque, in casu se cuida de recurso e, não pedido de reconsideração, seja porque, como entendeu este Plenário no MS nº 100.869, na legislação militar

todos os recursos, inclusive pedido de reconsideração, são obrigatórios para o ingresso do militar em Juízo, não havendo cogitar-se de aplicação da Súmula n° 430, do STF.

Quanto a Walmir Rodrigues da Silva, segundo figura nas informações, não houve, de sua parte, impugnação administrativa aos resultados publicados em janeiro de 1983, e o ajuizamento em agosto importa em caducidade do direito à via mandamental.

É verdade que a primeira prova — a intelectual — se processou no dia da entrada em vigor da Lei n° 7.020/83 — (3/9) e as posteriores — exame de saúde e aptidão física, já sob vigência, mas não é menos verdade que competência discricionária invocada nas informações só foi exercida, através da Portaria n° 203, em 17-2-83, quando já organizada a relação dos candidatos habilitados à matrícula (cronograma de fl. 33) e consta da peça de fls. 26, entre os habilitados à matrícula, o impetrante Omar Gauzo Carloto.

À luz do quadro fático-jurídico esboçado, neste contexto intertemporal concluiu-se, ao ser exercitada a competência discricionária de que falam as informações, o bloco das cláusulas essenciais que presidiam à competição, entre essas, a do número de vagas, já se estruturara, a cadeia de elos que compunham o procedimento administrativo competente já se fechara, a situação subjetiva pertinente já encerrara o seu ciclo de formação, tudo em ordem a sustentar o direito líquido e certo invocado pelo primeiro suplicante.

Concedeu-se a segurança, quanto a Omar Gauzo Carloto e não se conheceu da impetração, no relativo a Walmir Rodrigues da Silva.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sessão Plenária do Tribunal Federal de Recursos por unanimidade, preliminarmente, rejeitar a prejudicial de decadência argüida, em relação ao pedido do primeiro impetrante e a acolher em relação ao pedido do segundo impetrante; no mérito, deferir o pedido ao primeiro impetrante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Sebastião Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sebastião Reis: Omar Gauzo Carloto e Walmir Rodrigues da Silva, militares, impetram o presente mandado de segurança contra ato do Exm° Sr. Ministro de Estado do Exército, consubstanciado no indeferimento de matrícula no Curso de Formação de Oficiais Den-

tistas da Escola de Saúde respectiva.

Consoante o historiado e deduzido na inicial, os impetrantes, sargentos do Exército, após obterem, com penosos sacrifícios, a diplomação no curso superior de Cirurgião-Dentista, baseados na Portaria nº 3/DEP, de 12-2-82, satisfeitos os requisitos legais, inscreveram-se no concurso de admissão ao curso referido, tendo logrado aprovação e classificação nas provas correspondentes, observado o número de vagas fixadas para o ano letivo de 1983, não podendo, assim, subsistirem validamente os atos de indeferimento ora atacados, impondo-se a concessão do pedido, em ordem a assegurar-lhes a matrícula pertinente, para o ano de adaptação de 1984, já que fluída a maior parte do ano letivo de 1983.

As informações ministeriais, após argüirem a decadência do direito de impetração e a inépcia da inicial, sustentam os atos impugnados, opondo que, sem embargo da aprovação com os graus, respectivamente, 8,41 e 8,10, os impetrantes não obtiveram classificação, em função das vagas previstas para a categoria, salientando que a classificação dos aprovados obedeceu a critério ministerial, conforme faculta a legislação apropriada, de vez que o Decreto-Lei nº 958/69, sob cuja influência foi baixada a portaria de que fala a peça exordial, foi revogado pela Lei nº 7.020, de 1-9-82, e os aprovados e classificados de acordo ao novo critério de vagas existentes obtiveram nota global superior à dos impetrantes, segundo relação que oferece; ou, mais especificamente, a Portaria nº 3/DEP, de 1982, no concernente ao seu nº 2, letra B ficou sem efeito ao entrar em vigor a Lei nº 7.020/82, revocatória do Decreto-Lei nº 958/69, como se infere do seu artigo 2º, e, à luz dessas considerações, com fulcro no artigo 50, parágrafo único, letra C nºs 1 a 6 do Decreto nº 77.919, de

23-6-76, alterado pelo de nº 82.724, de 23-11-78, que regulamentou a Lei nº 6.825/75, coube ao impetrado a faculdade discricionária de fixar o número de vagas, para cada categoria, independentemente do limite de 50% anteriormente previsto, o que veio a efetivar-se através da Portaria Ministerial nº 203, de 17-2-83, não havendo, assim, cuidar-se de direito líquido e certo dos impetrantes.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em douto parecer do culto Subprocurador-Geral da República Geraldo Fonteles, oficiou pelo acolhimento das preliminares, e, no mérito, pela denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): No concernente à alegada decadência do direito à impetração, vê-se dos autos que a relação dos aprovados e classificados nos exames de admissão em causa foi publicada no BI nº 3 de 5-1-83 (fls. 10/20).

O primeiro impetrante requereu ao Sr. Chefe do Departamento de Ensino e Pesquisa matrícula no referido curso, em 28-1-83, tendo sido seu requerimento indeferido, por não haver conseguido classificação, de acordo com as vagas reservadas para a categoria, o que provocou recurso endereçado à autoridade impetrada, objeto de indeferimento, publicado no BE nº 17, de 29-4-83.

Datando o ajuizamento do pedido de 12-8-83, quanto ao primeiro suplicante, não há falar-se em decadência do direito à impetração, tomada a publicação do último indeferimento como **dies a quo**, seja porque, **in casu**, se cuida de recurso e, não pedido de reconsideração, seja porque, como entendeu este Plenário no MS nº 100.869 na legislação militar todos os recursos, inclusive pedido de reconsideração, são obrigatórios, para

o ingresso do militar em Juízo, não havendo cogitar-se de aplicação da Súmula nº 430, do STF.

Quanto ao segundo impetrante, segundo figura nas informações, não houve, de sua parte, impugnação administrativa aos resultados publicados em janeiro de 1983, e o ajuizamento em agosto importa em caducidade do direito à via mandamental.

Detendo-me agora somente no pedido do primeiro impetrante, desacolo a restrição oposta de inépcia da inicial, pois, como se induz do relatório, reúne ela os dados próprios à identificação do pedido e dos seus pressupostos de direito e de fato.

No mérito da Portaria nº 3/DEP, de 12-2-82, invocada pelos impetrantes, ao regular a execução do concurso de admissão e da matrícula nos Cursos de Formação de Oficiais Médicos, Farmacêuticos e Dentistas da Escola de Saúde do Exército, embora não faça referência expressa ao critério de vagas, acusa, no entanto, entre suas fontes referenciais o Decreto-Lei nº 958/69, (fl. 5), o qual, de seu turno dispunha:

«Art. 1º Os integrantes dos Quadros de Oficiais Auxiliares, de Oficiais de Administração e de Oficiais Especialistas, aos Subtenentes, Suboficiais e Sargentos das Forças Armadas, diplomados em Medicina, Odontologia, Farmácia ou Veterinária, por escolas ou faculdades oficialmente reconhecidas são assegurados 50% (cincoenta por cento) das vagas destinadas à matrícula em Cursos de Formação Especial ou de Adaptação de Oficiais de Saúde ou Veterinária, nas respectivas forças».

Paralelamente, veio a dispor a Lei nº 7.020, de 1-9-82 (DO 2):

«Art. 1º As condições para matrícula, prestação de exames, avaliação de aproveitamento e conclusão em Curso de Formação ou de

Adaptação de Oficiais Médicos, Dentistas ou Farmacêuticos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são estabelecidas em legislação específica de cada Força Armada;

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação;

Art. 3º São revogados o Decreto-Lei nº 958, de 13 de outubro de 1969 e as demais disposições em contrário (fl. 9);

Art. 4º As vagas serão preenchidas por especialidade, de acordo com a ordem de classificação no concurso».

Inicialmente, assinalo que o artigo 1º da Lei nº 7.020/82 só se refere às condições para matrícula, prestação de exame, avaliação de aproveitamento e conclusão nos cursos de Formação ou de Adaptação, não se referindo à cláusula atinente a vagas.

De outro lado, mesmo que se admita a ampliação sustentada nas informações, à luz da prova dos autos, apura-se que o primeiro impetrante, a 3-9-82 prestou concurso para admissão à matrícula no Curso de Formação para Oficiais Dentistas da Escola de Saúde do Exército, obtendo aprovação com o grau 8,41, e, de acordo com o Decreto-Lei nº 958/69, a-par-de aprovado, teria obtido classificação nos 50% das vagas existentes, enquanto na conformidade do novo critério estabelecido pela autoridade impetrada, com fulcro na revogação daquele diploma pela Lei nº 7.020/82, não se incluiu ele entre os classificados, em face da reformulação do critério de vagas reservadas à categoria.

No caso concreto, o cronograma de fl. 32 revela que a Lei nº 7.020 foi publicada no DO de 2-9-82, enquanto a prova intelectual se realizou no dia seguinte, e as de inspeção de saúde e aptidão física, em novembro do mesmo ano, sendo certo que os atos pre-

paratórios (fixação anterior do número de vagas, inscrição, etc.) se processaram sob o regime anterior.

É verdade que a primeira prova — a intelectual — se processou no dia da entrada em vigor da Lei nº 7.020/82 (3/9) e as posteriores — exame de saúde e aptidão física, já sob sua vigência, mas não é menos verdade que competência discricionária invocada nas informações só foi exercida, através da Portaria nº 203, em 17-2-83, quando já organizada a relação dos candidatos habilitados à matrícula (cronograma de fl. 33) e consta da peça de fl. 26, entre os habilitados à matrícula, o impetrante.

À luz desse quadro fático-jurídico, nesse contexto intertemporal concluiu-se que, ao ser exercitada a competência discricionária de que falam as informações, o bloco das cláusulas essenciais que presidiam à competição, entre essas, a do número de vagas, já se estruturava, a cadeia de elos que compunham o procedimento administrativo competente já se fechara, a situação subjetiva pertinente já encerrava o seu ciclo de formação, tudo em ordem a sustentar o direito líquido e certo invocado pelo primeiro suplicante.

Concedo a segurança quanto a Omar Gauzo Carloto, e não conheço da impetração, no relativo a Walmir Rodrigues da Silva.

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Jerônimo Ferrante: Senhor Presidente, entendendo que o eminente Ministro Relator deu à espécie o tratamento adequado, em face das peculiaridades que a cercam.

Daí porque adiro ao seu douto voto.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Cândido: Senhor Presidente, data venia do eminente Ministro Relator, denego a ordem, porque o impetrante fez o exame já na vigência da Lei nº 7.020, sabendo, conseqüentemente, que aquele processo de divisão de vagas já havia sido eliminado por essa lei. De modo que a nota que ele obteve, embora tivesse sido suficiente para a sua classificação, teria lhe dado a vitória no regime da lei anterior e não no regime da lei em que ele fez o concurso.

Portanto, o meu voto é no sentido contrário ao do eminente Ministro Relator.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, com essas explicações prestadas pelo eminente Ministro Relator ao eminente Ministro William Patterson, modifico o meu voto, para acompanhar o eminente Relator.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente, entendo que a Lei nº 7.020 não se aplica à situação do impetrante, que estava definitivamente constituída no momento em que se inscreveu e aderiu ao concurso, na vigência do Decreto-Lei nº 958.

Acompanho o eminente Ministro Relator, concedendo a segurança.

VOTO MÉRITO

O Senhor Ministro Pádua Ribeiro: Senhor Presidente, lembro apenas que, segundo salientado pelo eminente Ministro Relator, foi editada uma Portaria do Ministro do Exército, fixando o mesmo critério para aqueles casos pendentes na vigência da lei.

Acompanho o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.158 — DF — Registro nº 4.432.436 — Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Requerentes: Omar Gauzo Carloto e outro. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército. Adv.: Dr. Fausto Alves de Souza.

Sustentação Oral: Dr. Fausto Alves de Souza e Paulo A. F. Sollberger, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Sessão Plenária do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, rejeitou a prejudicial de decadência arguida, em relação ao pedido do primeiro impetrante e a acolheu em relação ao pedido do segundo impetrante; no

mérito, deferiu o pedido ao primeiro impetrante (Em 15-12-83 — Tribunal Pleno).

Votaram de acordo com o Relator, os Senhores Ministros, Miguel Ferrante, José Cândido, Pádua Ribeiro, Pedro Acioli, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Moacir Catunda, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza e Américo Luz.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha e Armando Rollemberg. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 102.158 — DF

(Registro nº 4.432.436)

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Embargante: Walmir Rodrigues da Silva

Embargada: União Federal (Acórdão de fls. 62/63)

Advogado: Dr. Fausto Alves de Souza

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Decadência. Prova.

O embargante não pretende se aclarar o Acórdão em tela, em razão de dúvida, obscuridade, contradição ou omissão, quanto a ponto essencial suscitado (artigo 464, I e II do CPC) mas que se reforme, no particular, a decisão deste Tribunal, para afastada a decadência decretada, alterar o resultado enunciado, concedendo-lhe a segurança vindicada, louvando-se, para tanto, em documento só agora exibido.

O Juízo, nos embargos de declaração, é emitido inaudita altera parte (artigo 465 caput do CPC), o que afasta a reabertura do contraditório, na sua bilateralidade, tornando limitada a cognição aos dados — constantes dos autos, preexistentes ao julgamento embargado.

No caso concreto, a prova ora oferecida — publicação no órgão oficial, alega o suplicante só tê-la obtido agora, mas na real verdade, cuida-se de documento produzido anteriormente, cuja existência o destinatário não ignorava, tanto assim que contra seu conteúdo ele se levanta na inicial, e do qual podia ter feito uso útil e oportuno, correndo à sua falta de diligência normal a situação criada.

A jurisprudência tem admitido, em casos especiais, o acolhimento de embargos de declaração para fins de modificar o resultado do julgamento anterior (RTJ 86/359 e 88/325), mas, na espécie, a decisão embargada não se omitiu sobre a decadência referida, tendo-se pronunciado sobre ela para reconhecê-la, à luz dos elementos de direito e de fato então existentes nos autos, convicção que não pode ser processualmente modificada, por força de prova oferecida extemporaneamente, quando poderia tê-lo sido oportunamente, sobretudo num Juízo de cognição sumária, independentemente da audiência da parte adversa.

Rejeitaram-se os embargos.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por unanimidade rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Sebastião Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Walmir Rodrigues da Silva, co-impetrante no presente mandado de segurança concedido, apenas, ao primeiro requerente Omar Gauzo Carloto, oferece os presentes embargos de declaração, argüindo que a decadência do direito à impetração, aco-

lhida em seu prejuízo, no aresto embargado, não pode prevalecer, porquanto, conforme comprovação idônea que ora junta e só agora obtida, ao contrário do afirmado nas informações e aceito na decisão censurada, ocorrera recurso administrativo por ele formulado, indeferido pela autoridade ministerial impetrada, segundo publicação no Boletim do Exército de 20-4-83, e ajuizado o pedido de segurança em 12-8-83, no prazo próprio de 120 dias, é de afastar-se a caducidade indevidamente pronunciado por este Plenário, com a concessão de *meritis* em seu favor, da segurança pleiteada, pelos mesmos fundamentos que favoreceram o co-requerente, por encontrar-se na mesma situação de direito e de fato.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): No atinente ao embar-

gante, o voto do Relator, prestigiado por seus pares, acentuou (fl. 51):

«Quanto ao segundo impetrante, segundo figura nas informações, sem prova em contrário, não houve, de sua parte, impugnação administrativa aos resultados publicados em janeiro de 1983, e o ajuizamento em agosto importa em caducidade do direito à via mandamental». circunstância repetida no corpo da ementa do Acórdão (fl. 62), segundo item.

Como se depreende do relatório, o embargante não pretende se aclarar o Acórdão em tela, em razão de dúvida, obscuridade, contradição ou omissão, quanto a ponto essencial suscitado (artigo 464, I e II do CPC) mas que se reforme, no particular, a decisão deste Tribunal, para afastada a decadência decretada, alterar o resultado enunciado, concedendo-lhe a segurança vindicada, louvando-se, para tanto, em documento só agora exibido.

Inicialmente, lembro que o Juízo, nos embargos de declaração, é emitido **inaudita altera parte** (artigo 465 **caput** do CPC), o que afasta a reabertura do contraditório, na sua bilateralidade, tornando limitada a cognição aos dados constantes dos autos, preexistentes ao julgamento embargado.

No caso concreto, a prova ora oferecida — publicação no boletim oficial do indeferimento administrativo em grau de recurso, pela autoridade impetrada, alega o suplicante só tê-la obtido agora, mas, na real verdade, cuida-se de documento produzido anteriormente, cuja existência o destinatário militar familiarizado com a rotina das publicações, em seu ambiente de trabalho — não ignorava, tanto assim que contra seu conteúdo ele se levanta na inicial, e do qual podia ter feito uso útil e oportuno, in-

dependentemente de providência administrativa ulterior, correndo à sua falta de diligência normal a situação criada.

É certo que a jurisprudência tem admitido, em casos especiais o acolhimento de embargos de declaração, para fins de modificar o resultado do julgamento anterior (RTJ nºs. 86/359 e 88/325), mas, na espécie, a decisão embargada não se omitiu sobre a decadência referida, tendo-se pronunciado sobre ela para reconhecê-la à luz dos elementos de direito e de fato então existentes nos autos, convicção que não pode ser processualmente modificada, por força de prova oferecida extemporaneamente, quando poderia tê-lo sido oportunamente, sobretudo num Juízo de cognição sumária, independentemente da audiência da parte adversa.

Rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EDMS nº 102.158 — DF — Registro nº 4.432.436 — Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Embargante: Walmir Rodrigues da Silva. Embargada: União Federal (Acórdão de fls. 62/63). Adv.: Dr. Fausto Alves de Souza.

Decisão: Por unanimidade, rejeitou-se os embargos (Em 15-3-84 — Tribunal Pleno).

Votaram de acordo com o Relator, os Senhores Ministros Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos

Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo e Bueno de Souza.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Armando Rollem-

berg, Lauro Leitão e Leitão Krieger. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.563 — RJ
(Registro nº 1.522.930)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — RJ

Apelante: Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Apelada: Casa Bernardo Ltda.

Advogados: Drs. Lúcia Carmem Teixeira Gonçalves e outros e José Roberto Varani e outros

EMENTA

Propriedade industrial. Registro da marca «Bernardo». Lei nº 5.772/71 — artigo 65, item 12, e artigo 64. Expressão de fantasia.

Se o nome apresenta uma forma distintiva que venha de evitar confusão com outro nome, considerado isoladamente, como ocorre no caso, em que, à palavra Bernardo, agregou-se o nome Mirenex, que é expressão de fantasia, nada impede o registro.

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 voluntário 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 setembro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Trata-se de mandado de segurança

impetrado por Casa Bernardo Ltda., contra ato do INPI que lhe indeferiu pedido de registro da marca «Bernardo Mirenex», para assinalar produtos de atual classe 01, com fundamento no artigo 65, item 12, do Código da Propriedade Industrial.

Informações, fls. 22/34.

Oficiou o MPF, pela denegação da sentença, fl. 35.

O MM. Juiz a quo assim decidiu, fls. 45/46, verbis:

«Data venia, contraditórias afiguram-se-me as informações prestadas pela autoridade impetrada, especificamente, às fls. 33/34. E isto, quando, pretendendo indeferido o pedido, com base no artigo 65, item 12, da Lei nº 5.772/71, diz, que não apresentou a impetrante a «necessária autorização do titular»,

para o uso do nome civil, e, ao mesmo tempo, assevera que «somente estaria ele em condições de dar um consentimento válido, na forma da lei, se a marca reivindicada fosse «Orlando Bernardo», ou seja, se a marca correspondesse totalmente ao seu nome civil». Das duas, uma: ou a marca corresponde ao nome civil e, aí sim, faz-se necessária expressa autorização do respectivo titular, ou não corresponde, despiendo se tornando aquela autorização. O que não se pode admitir é a duplicidade de critérios, mesmo porque, conforme evidenciam as peças de fls. 15/16, o próprio INPI já expediu, à mesma impetrante, certificado referente à marca «Bernardo».

Tenho, pois, que não se cuida da incidência do artigo 65, item 12, da Lei nº 5.772/71, por isso que ilegal se reveste o indeferimento administrativo ensejando, assim, na violação a direito líquido e certo, a concessão da ordem mandamental; ainda porque de conjunto fantástico se trata, o pedido encontra respaldo legal no artigo 64, do CPI.

Isto posto, julgo procedente a ação, para, na forma da fundamentação supra, conceder a segurança, nos termos da impetração; custas, *ex vi legis*, devolvendo à União Federal o quantum recolhido, à fl. 18 (Lei nº 6.032/74, artigo 9º, inciso I); honorários advocatícios, desprocedem *ut* Súmula nº 512, do STF.

Oportunamente, ao duplo grau de jurisdição».

Apelou o INPI, às fls. 48/52, alegando, em resumo, que a impetrante não preencheu os requisitos exigidos para a registrabilidade de sua marca, quais sejam: — consentimento do titular do nome civil e apresentação do pedido de marca sob forma especial que lhe retire a significação de abstração comum aos seus homônimos.

Junta cópia de Acórdão proferido por esta 5ª Turma, em que foi Relator o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioffi e pede o provimento do recurso.

Contra-razões, fls. 65/69.

A Subprocuradoria-Geral da República, através do parecer de fls. 73/74, opina pela confirmação da sentença, por entender que a marca da impetrante satisfaz, em verdade, as condições necessárias ao pretendido registro.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Inobstante a excelência das razões da apelante, persistem os motivos de julgar da sentença transcrita no relatório, visto sua pertinência com os fatos e com a lei regedora da matéria.

O nome — Bernardo —, no caso, revela características distintivas evidentes, comparado aos demais.

Pelas razões da sentença, nego provimento à remessa de ofício e ao apelo voluntário, confirmando a sentença, de acordo com o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, a dizer: (fls. 73/74):

«Casa Bernardo Ltda, impetra a presente segurança contra ato que lhe negou pedido de registro da marca Bernardo Mirenex, destinada a assinalar produtos da classe 01.

2. O pedido foi indeferido com fulcro no artigo 65, item 12, do CPI que diz:

«Art. 65. Não é registrável como marca:

.....

12 — nome civil, ou pseudônimo notório, e efígie de terceiro, salvo com expresso consentimento do titular ou de seus sucessores diretos».

3. Razão, todavia, não assiste à digna autoridade impetrada, **data maxima venia**.

4. Convém observar, antes do mais, que Bernardo é sobrenome de um dos sócios da impetrante (fl. 22), não sendo de se exigir, obviamente, de todos os Bernardos, o consentimento a que se refere o dispositivo transcrito.

5. É certo que o nome ou sobrenome, isoladamente, não pode ser adotado como marca, porque a sua vulgaridade, a existência inevitável de homônimos, negam-lhe o caráter distintivo, que é essencial à qualquer marca. Contudo, como observa Gama Cerqueira, citando Ouro Preto, «a exclusão não é absoluta. Se o nome apresentar uma forma distintiva que possa evitar qualquer confusão, nada obstará, então, a sua adoção para um tal fim». Nesse caso, o que a lei protege não é o nome em si, mas a forma original, distintiva, de que o nome se reveste (Tratado da Propriedade Industrial, vol. I, Parte I, nºs. 154/155, págs. 393/397).

6. Ora, um dos meios de se obter a forma distintiva da marca consiste na aposição do nome a

uma denominação da fantasia (id. Ib.), que foi precisamente o expediente adotado pela impetrante ao acrescentar ao nome Bernardo a denominação de fantasia Mirenex.

7. Assim sendo, opinamos pela confirmação da d. sentença, por entendermos que a marca da impetrante satisfaz, em verdade, as condições necessárias ao pretendido registro.

É o parecer».

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 102.563 — RJ — Registro nº 1.522.930 — Rel.: Sr. Min. Moacir Catunda. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara — RJ. Apte.: INPI. Apda.: Casa Bernardo Ltda. Advs.: Drs. Lúcia Carmem Teixeira Gonçalves e outros e José Roberto Varani e outros.

Decisão: Por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa de ofício (Em 10-9-84 — 5ª Turma).

Acompanharam o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.711 — DF

(Registro nº 5.568.714)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Requerente: Vision Ltda.

Requerido: Ministro de Estado da Fazenda

Advogados: Drs. Orlando Augusto de Figueiredo, Alcino Guedes da Silva e José da Costa e Oliveira

EMENTA

Tributário. Mandado de segurança. Pena de perdimento ilegítima.

Aprensão de mercadorias em estabelecimento comercial ao fundamento de serem de procedência estrangeira irregularmente introduzidas no País. Pena de perdimento de tais mercadorias que, entretan-

to, se apresenta ilegítima, por imposta sobre mercadorias regularmente importadas e montadas, industrializadas ou beneficiadas na Zona Franca de Manaus, como também sobre outras de fabricação nacional.

Mandado de segurança que se concede para tornar isubsistente a apreensão e a conseqüente pena de perdimento, por indevida na espécie objeto da impetração.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Plenário, por unanimidade, 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, 23 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Vision Ltda., firma comercial atacadista de óculos e armações para óculos com endereço na Travessa Marquês de Herval, nº 167, salas 905/06, no Recife, Pernambuco, impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Fazenda, firmando o pedido no artigo 153, §§ 10 e 21, da Emenda Constitucional nº 1, c/c os artigos 1º e 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51.

Diz a impetrante, na inicial, que negocia com óculos e armações para óculos, de produção nacional ou simplesmente montados, industrializados ou beneficiados na Zona Franca de Manaus, sendo empresa de tradição nesse ramo, no Estado de Pernambuco, onde desfruta de elevado conceito, consciente de suas obrigações para com os fiscos estadual e

federal, seus livros comerciais e fiscais sendo mantidos sempre atualizados, o mesmo ocorrendo no tocante aos impostos por ela devidos e que são recolhidos rigorosamente em dia.

Apesar disso, no dia 11 de novembro de 1982, foi visitada por Fiscais de Tributos Federais, sob a orientação de um Fiscal da mesma categoria, Hélio Loyolla de Alencastro, lotado em Brasília, que se fazia acompanhar de um Delegado e Agentes da Polícia Federal, animados pelo presumível intuito de encontrar no estabelecimento da impetrante mercadorias de procedência estrangeira; mas frustrados nesse objetivo, embarcaram, arbitrariamente, em um veículo tipo camburão da Polícia Federal, os sócios da empresa Ramis Calil e sua esposa Suely Calil, conduzindo-os, nessa humilhante situação, até a residência de ambos, na Rua Sá e Souza, nº 1.178, onde, na presença dos filhos menores do casal, assustados e em prantos com os atos de violência que praticavam, procuraram «persuadir» Dona Suely a que desse logo o serviço e mostrasse o lugar em que se encontrava escondida a mercadoria por eles procurada.

Insatisfeitos com o malogro da diligência, e após terem vasculhado, com truculência, peças íntimas da casa, revirando móveis e deles retirando e jogando ao chão tudo quanto encontravam, partiram em busca de outra vítima, desta feita a irmã de D. Suely Calil, a Sra. Eliane Lopes

de Oliveira, que se encontrava pacificamente em seu local de trabalho, à Avenida Conselheiro Aguiar, nº 2.588, no Recife, e aí «sob ameaças várias, causando vexames», à referida senhora, na presença de fregueses que ali se encontravam, coercitivamente tentaram dela arrancar a confissão de que sabia onde o seu cunhado e sócio, Ramis Calil, escondia a «muamba», e que nada ocultasse, pois poderia ser processada.

O escândalo provocado por essa diligência, e a gratuidade da acusação feita à Sra. Eliane deu causa a que fosse ela dispensada do emprego que então ocupava, temerosos os seus patrões com o prejuízo que pudessem sofrer em decorrência do alardeado ao fato.

Quanto aos policiais autores da diligência, insatisfeitos com o insucesso desta, retornaram ao estabelecimento comercial da impetrante, de onde, atrabiliariamente, resolveram apreender toda a mercadoria ali existente, nem mesmo constante do Termo de Apreensão originário, estoque compreendendo 36.651 unidades, com isto originando a paralisação total das atividades comerciais da impetrante.

A apreensão, como feita, se revestiria de flagrante ilegalidade, posto que levada a termo com afronta à lei, é que, na ocasião em que se realizava a diligência exibidas foram pela impetrante, aos apreensores, «todas as notas fiscais de aquisição, bem assim listas de referências e indicações dos vários modelos tanto dos óculos como das armações para óculos, e também catálogos onde se vêem fotografias e suas referências, por ordem, sem qualquer dificuldade, caso se tratasse de pessoal afeito à fiscalização normal, de rotina», o que em tais condições feita a diligência é fácil seria constatar «ser toda a mercadoria de procedência nacional e não estrangeira».

Aduz a impetrante que «nada menos de cinquenta e três notas fiscais de aquisição da mercadoria foram juntas ao Processo Administrativo Fiscal nº 0480-012648/82-10, formalizado pela Inspeção da Receita Federal no Porto de Recife, as quais também instruem a presente ação de mandado de segurança».

A ação fiscal se apresentaria equivocada e ilegal, porque fundamentada em dispositivos dos Decretos-Leis nºs 1.455/76 e 37/66, que cuidam de mercadorias estrangeiras, quando é certo que as apreendidas são de fabricação nacional, e/ou montadas, industrializadas ou adquiridas em filiais sediadas no Rio de Janeiro.

A incerteza dos apreensores quanto à origem das mercadorias por eles apreendidas se apresentaria indistintível, nos Termos de Apreensão e Guarda Fiscal, anexos aos Autos de Infração (documentos 2 a 9), a demonstrar que agiram de modo precipitado, por presunção quanto à origem das mercadorias e não em decorrência de uma identificação concreta quanto à procedência delas.

Mas a presunção, conclui a impetrante, não pode assegurar o direito à ação repressiva, nem autoriza, por isso mesmo, «que se apreenda tão vultosa quantidade de mercadoria comprovadamente de fabricação nacional ou nacionalizada, como no caso das peças montadas, industrializadas ou beneficiadas na Zona Franca de Manaus».

Aduz ainda a impetrante que ilegal, abusiva, assim, foi a pernicioso ação fiscal-policial ao arrebatado coercitivamente, 36.661 peças, entre óculos e armações para óculos, sendo em sua totalidade efetiva e comprovadamente de fabricação nacional, produzidas em Taubaté, Estado de São Paulo (catálogo em anexo, docs. 10 a 24), o que por si só afasta a idéia nefasta, oriunda de mentes doentias, cavilosas e criadoras de vi-

sagens, só compatível quando perdidos viajantes do deserto egípcio e de outras plagas espalhadas pela terra, já exaustos e famintos, começam a enxergar coisas mirabolantes, na pretensão de confundir «alhos com bugalhos». Toda a mercadoria, repita-se — óculos e armações para óculos — estão sobejamente identificadas como nacionais ou nacionalizadas, conforme previsto na legislação da espécie» (fls. 6/7).

Passa a impetrante, então, a especificar a mercadoria apreendida, objetivando demonstrar a sua procedência, para, afirmando a ilegitimidade da apreensão feita, postular, pela concessão da segurança, seja determinado o arquivamento do Auto de Infração nº 0480-012648/82, com a anulação do ato da autoridade impetrada, que decretou o perdimento da mercadoria produzida no País, confundindo-a com as importadas do estrangeiro, desacompanhadas da respectiva documentação.

Encontra-se a inicial instruída com os documentos constantes de fls. 27/262.

Concedi a liminar postulada para que, à vista dos fatos narrados na inicial, se abstivesse a autoridade impetrada de praticar qualquer ato que importasse em disposição da mercadoria apreendida e sobre a qual se decretara a pena de perdimento com base no artigo 23, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, solicitando-lhe, outrossim, que prestasse informações destinadas a instruir o julgamento da ação mandamental (fl. 265).

Prestou-as S. Exa. o Sr. Ministro de Estado da Fazenda, através de parecer proporcionado pela douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que se fez ilustrar pelos documentos de fls. 274/291.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria, em parecer da lavra do ilus-

tre Subprocurador-Geral da República Dr. Geraldo Andrade Fonteles, ressalta que «conquanto volumosa e, até certo ponto, persuasória, a matéria de prova pré-constituída para justificar a liquidez e certeza do direito perseguido», a identificação da mercadoria apreendida com as notas fiscais oriundas da Zona Franca ou da Indústria Vision Ltda., de Taubaté, colacionadas nos autos, não se apresentava suficiente à perfeita cognição desse elemento probatório, pelo que, de absoluta necessidade a realização, no caso, de prova pericial.

Inconvincentes, outrossim, se apresentariam os argumentos constantes das informações, a complexidade nelas alegada não descaracterizando⁴ os pressupostos do remédio heróico, ocorrendo que «os elementos constantes do processo fiscal não são de liquidez satisfatória, até porque, da documentação juntada por linha, consta uma declaração do Delegado da Receita Federal, em Taubaté, que serve de anteparo às alegações da impetrante».

De qualquer sorte, deveria prevalecer o fundamento da inadequabilidade da via eleita, pela insuficiência da prova pré-constituída (fls. 293/295).

Pelo despacho de fl. 297, e atendendo postulação da impetrante, concedi prorrogação da liminar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Aponta a impetrante, na inicial, como ilegítima a apreensão de toda a mercadoria encontrada em seu estabelecimento comercial, pela simples presunção de que alienígena a sua procedência, agindo sem maior cautela na diligência ali realizada por agentes da Polícia Federal, sob a direção de um Delegado que,

inicialmente, teve a orientá-lo um Fiscal de Tributos Federais, especialmente destacado para a missão, levada a termo em virtude de uma carta dirigida ao Sr. Presidente da República, na qual se denunciava a existência de grupos poderosos especializados no descaminho de óculos e seus pertences.

Nas informações proporcionadas pela ilustre autoridade impetrada é afirmado que a notícia do referido fato, tal como feita,

«Ensejou uma série de diligências objetivando comprovar a veracidade da denúncia, ao final das quais, absolutamente convicto da autenticidade do relato, desencana-deou, no dia 8-11-82, uma série de ações conjuntas, não só nas residências das pessoas citadas na denúncia como nas de outras que, embora não referidas na carta em questão, foram identificadas no curso das diligências preliminares.

Referidas diligências concluíram que «não só ficou amplamente confirmada, como até mesmo ampliada a denúncia, no que diz respeito à existência de grupos especializados no descaminho de óculos como restou ratificado o envolvimento com tais práticas, não só da Indústria de Óculos Vision Ltda., como da Indústria Amazonense de Óticas Ltda., (IAOL), sediada em Manaus». (fl. 271)

Da informação fiscal referente ao Processo nº 0480-012648/82-10, em que figura como autuada a impetrante, e que, por xerocópia, instrui as informações acima mencionadas, resulta esclarecido que, do volumoso estoque de óculos e armações para óculos apreendidos na diligência noticiada pela inicial, manifestou-se pela devolução de parte da mercadoria apreendida e insubsistência da sua apreensão, o Coordenador-Adjunto do Grupo de Trabalho Fiscal constituído pela Portaria SRF/ nº 328/80.

Tais mercadorias se encontram relacionadas à fl. 283, consistindo em 569 óculos com lentes de plástico MYA; 67 armações para óculos, modelo 2.638; 266 armações para óculos de zilo, modelos diversos; 530 armações para óculos OPTILIT; 9 armações para óculos IAOL; 1 armação para óculos marca DIANE; 12 armações AGATT de zilo, e 1.496 armações para óculos de zilo, marca IAOL, porque, adianta-se no referido processo.

«Embora tenham sido relacionados com especificação da origem estrangeira, não se pode da mesma forma, que se fez com relação a outras, demonstrar a irregularidade da importação das partes necessárias para a fabricação dos produtos descritos nos subitens 12.2, 12.6 e 12.7.

Os demais subitens, 12.3, 12.4 e 12.8, por não terem os fiscais atuantes especificado a origem estrangeira dos bens, fato que, evidentemente, impossibilita o confronto com a documentação apresentada pela IAOL».

Acrescenta-se ainda, na informação fiscal constante do mencionado Processo nº 0480-012648/82-10, que:

«Diferentemente do que ocorre com a IAOL S.A., a Indústria de Óculos Vision Ltda., sediada em Taubaté-SP, fabrica *stricto sensu*, ou seja, a partir da matéria-prima, arame ou matéria plástica, industrializa praticamente todas as partes necessárias à montagem do produto final, inclusive as próprias embalagens com que são entregues ao consumo.

Todavia, durante o longo tempo em que a referida empresa esteve sob fiscalização, apurou-se o seguinte:

a) Vision Ltda. produz uma enorme quantidade de modelos de óculos e armações;

b) Tais modelos são, muitos deles, absolutamente idênticos aos produzidos no exterior, só podendo em alguns casos se fazer a diferenciação através de gravações facilmente removíveis feitas nas has-tes;

c) A marcação obrigatória pelo RIPI referente a «Indústria Brasileira» é feita (pelo menos o era até o início da fiscalização) por meio de etiquetas autocolantes;

d) Em contradição com a alta tecnologia empregada, os controles de estoque e de produção são precários, sendo impossível saber-se, em um lapso de tempo razoável, que quantidades de modelos teriam sido produzidos em determinado período.

As notas fiscais emitidas pela Vision Ltda. não especificam as mercadorias que acobertam, limitando-se a fazer uma referência numérica que não consta do produto, mas, sim, em um catálogo» (fls. 284/285)

Relativamente às mercadorias, cujo perdimento se aponta na informação fiscal constante do citado Processo nº 0480-012648/82-10 como devendo ser mantido, consistem em 43 óculos «Brigitte Bardot» (unidades da mesma marca, acrescente-se, foram também apreendidas na sede da IAOL — Manaus); 461 óculos «Ted Lapidus» (esclarecendo-se que de igual marca foram apreendidos na sede da IAOL — Rio): 334 armações para óculos «Brev Lester» (igualmente apreendidas em dependências da IAOL S.A. no Rio de Janeiro), e finalmente 18 armações para óculos «Glamour» (que se esclarece tratar-se de produto mais «fabricado» pela IAOL S.A. — Manaus) (cfr. fl. 282).

Como justificativa à apreensão dessa mercadoria e do seu perdimento, refere-se na informação fiscal do referido Processo nº 0480-

012648/82-10, reportando-se a que, prestada em outro Processo, o de nº 0283-000207/83-83, pertinente à apreensão de óculos efetivada na sede da empresa IAOL S.A. em Manaus, haver resultado comprovado nessa última informação que:

«A IAOL S.A. — Manaus, de fato, fabrica óculos e armações para óculos; a parte mais significativa, no entanto, desta produção se efetiva por meio da modalidade denominada «montagem», ou seja, os produtos finais são obtidos através de peças importadas já acabados ou em bruto».

Diz-se ainda naquela informação que:

«Conquanto a regular importação de tais partes e peças tenha sido considerada comprovada pela fiscalização à parte de sua produção, o mesmo não ocorreu relativamente à grande quantidade dos bens ali estocados, vez que, conforme demonstrado após exaustiva análise, não poderiam as partes indispensáveis para a produção de tal mercadoria estar acobertadas pela documentação anexada à defesa, sequer do ponto de vista meramente quantitativo, se levada em consideração as unidades apreendidas na sede da IAOL — Rio» (fl. 282).

Daí relacionar-se a mercadoria acima especificada, como sejam, óculos e armações de óculos encontradas na sede da Vision — Recife, cuja apreensão e perdimento se insiste seja mantida, e que o signatário da informação fiscal constante do Processo nº 0480-012648/82-10 aponta como idênticas às que apreendidas na IAOL S.A. — Manaus, «por estarem desacompanhadas de documentação comprobatória de sua entrada regular no País» (fl. 283).

Evidencia-se, assim, que o entendimento da autoridade fiscal no tocante às mercadorias cuja apreên-

são sustentada deva ser mantida para fim de perdimento, firma-se, não em bases técnicas mas em uma simples e aleatória presunção.

Pasma verificar por exemplo, e isto emerge indiscutível do «Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal», constante por xerocópia de fls. 28/33, que ao relacionar as mercadorias apreendidas na diligência realizada pela Polícia Federal, no estabelecimento da impetrante «Vision Ltda., Comércio Atacadista de Óculos», só oito delas são apontadas como de origem estrangeira sem que se especifique, contudo, as razões de ordem técnica justificadora de tal conclusão.

No mais, indicam-se as mercadorias apreendidas como de origem presumidamente estrangeira, ou como de origem estrangeira não identificada.

Mostra-se na inicial, com apoio na documentação com que instruída, o descabimento dessa presunção, e a ilegitimidade da apreensão com base nela levada a termo.

Assim, no que concerne aos óculos e armações cuja apreensão foi tida por procedente para que sobre eles deva prevalecer a pena de perdimento decretada pela ilustre autoridade impetrada, na decisão constante por xerocópia à fl. 36 consistem, como já acima referido, em 228 óculos Porsch, 40 óculos Brigitte Bardot, 525 óculos Ted Lapidus, 3.501 armações Fiorucci, 22.802 armações Vision Hero Optik, 836 armações Ray Ban, 9 armações Sophia Loren, 205 armações Optil, 159 armações Gaim Pex, 306 armações Brev Lester, 226 armações Exclusive, 201 armações Pilares e 584 armações Diplomata, num total de 30.022 peças.

Da prova produzida com a inicial resulta, contudo, esclarecido que:

«1. Os óculos Porsch são fabricados pela Indústria de Óculos Vision Ltda., situada em Taubaté, sendo

identificados no catálogo constante de fl. 35 sob as referências 4.006, 4.006-D, 4.008 e 4.009 (cfr. docs. n.ºs 10vº e 22vº), sua aquisição comprovando-se pela Nota Fiscal n.º 9.638, de 23 de março de 1982, que se relaciona a 200 peças, que no catálogo acima mencionado tem a referência 4.006 e 100 peças referenciadas sob o n.º 4.006-D (cfr. doc. n.º 55, à fl. 65).

2. Quanto aos óculos Brigitte Bardot, as 40 peças apreendidas, esclarece a inicial, constituem o saldo de 277 unidades adquiridas pela impetrante à firma IAOL — Indústria Amazonense de Ótica S.A., com filial no Rio de Janeiro, onde aparecem com o nome abreviado de «Babete», apelido de Brigitte Bardot, nome que se mostra impresso nas hastes dos referidos óculos.

Disso dá notícia a nota fiscal constante de fl. 91, tratando-se de mercadoria produzida, montada ou industrializada no Brasil, pelo que despropositada a sua apreensão ao fundamento de que se apresentava desacompanhada de documentação comprovante da sua regular entrada no País.

3. Mostra ainda a inicial que as 525 peças de óculos marca «Ted Lapidus» constituem a parte restante de 1.029 unidades que, adquiridas à firma IAOL — Indústria Amazonense de Ótica S.A., com filial no Rio de Janeiro, são montadas, industrializadas ou beneficiadas na Zona Franca de Manaus, com a isenção do IPI, sua aquisição estando comprovada pela Nota Fiscal n.º 020922, lançada no livro de «Registro de Entradas» da impetrante, no dia 29 de maio de 1981 (docs. n.ºs 79 e 147, respectivamente, às fls. 92/161).

Tais armações, após feita a sua montagem, passam a ser consideradas como nacionais, mantendo-

se a gravação impressa na França para atender exigência da legislação dispondo a Lei nº 4.502/64, em seu artigo 140, inciso II, ser proibido:

«Importar produto estrangeiro com rótulo escrito, no todo ou em parte, na língua portuguesa, sem indicação do país de origem».

E, em tais condições, como realçado na inicial, se as armações ou óculos são importados desmontados, para serem montados, isto é, industrializados em Manaus, é evidente que nas hastes ou na outra parte que vai receber as lentes, deve constar a indicação do «país de origem», que permanecerá juntamente com o rótulo (etiqueta) brasileiro após realizada a montagem pelo industrial brasileiro..»

Por fim, inadmissível se apresenta a prevalência da apreensão das armações para óculos das marcas Fiorucci, Vision Hero Optik e Ray Ban e a subsistência da pena de perdimento sobre elas imposta quando do próprio Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal constante de fls. 29/34, limitam-se os seus subscritores a apontá-los como de origem presumidamente estrangeira ou de origem estrangeira não identificada.

Ora, uma apreensão em tais termos firmada, a toda evidência desveste-se de legitimidade. Apreende-se o que é comprovadamente estrangeiro, com origem certa e determinada, pois a apreensão não se faz por leigos nem pode resultar de um ato de arbítrio, de um mero capricho, ou de uma simples suspeita da autoridade fiscal, pois isso fosse possível e expostos estariam tantos quantos se dedicam a atividade industrial ou comercial à mais absoluta insegurança no normal e regular desempenho das suas atividades.

Na hipótese focalizada pela impetração, dúvidas tivessem os autores da diligência sobre a procedência das mercadorias por eles apreendidas e, imperativamente, lhes cumpriria anteceder a apreensão de perícia como de exame nos catálogos e livros da impetrante, o que é exigência inserida em preceito legal (artigo 286 do Decreto nº 83.263, de 9-3-79), e não simplesmente realizar, açodadamente, sem maior cautela, e com abuso de poder, motivados por uma simples denúncia, a apreensão de toda a mercadoria existente no estabelecimento da impetrante.

O Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, determina a perda de mercadoria de origem estrangeira irregularmente introduzida no País e, no caso dos autos, a alegação dessa procedência resultou apenas de mera presunção, o que constitui abuso de poder.

Ademais, conforme certidão constante dos autos, expedida pelo Sr. Delegado da Receita Federal em Taubaté-SP, a Indústria de Óculos Vision Limitada, firma fornecedora de grande parte do material apreendido, «tem alto conceito no mercado de óculos e armações, operando no ramo há mais de vinte anos, sendo seus produtos que vão relacionados na relação anexa, todos fabricados em sua indústria...».

Assim, caracterizado, in casu, abuso de poder a vulnerar direito líquido e certo da impetrante, o que ressalta da inicial e farta documentação que a instrui, concedo a segurança para tornar insubsistente a apreensão das mercadorias pertinentes à impetrante, determinando o arquivamento do Auto de Infração nº 0480-012648/82, anulando, em consequência, a decisão da ilustre autoridade coatora pela qual foi determinado o perdimento da mercadoria, objeto do referido Auto de Infração.

É como voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Relator na concessão da segurança, mas acresceria, determinando que sejam extraídas as peças necessárias e remetidas à Procuradoria da República, a fim de se apurar se houve ou não abuso de autoridade ou violência arbitrária.

Assim procedo em razão dos fatos descritos no minucioso relatório do Sr. Ministro Relator que merecem ser apurados.

Com essas considerações, voto no sentido de conceder a segurança e determinar que se extraiam as peças necessárias para que sejam remetidas à Procuradoria da República, a fim de que sejam apurados os fatos e tomadas as providências cabíveis e necessárias.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.711 — DF — Registro nº 5.568.714 — Rel.: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Reqte.: Vision Ltda. — Reqdo.: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda. Advs.: Drs. Orlando Au-

gusto de Figueiredo, Alcino Guedes da Silva e José da Costa e Oliveira.

Decisão: O TFR, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança (Em 23-8-84 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Carlos Velloso, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Geraldo Sobral.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda e Leitão Krieger.

Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz.

Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

Sustentaram oralmente, pela impetrante, o Dr. Alcino Guedes da Silva, e o Dr. Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.899 — DF
(Registro nº 5.622.433)

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Requerente: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba

Requerido: O Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho

Advogado: Dr. Dorgival Terceiro Neto

EMENTA

Sindical. Competência para propor enquadramento sindical.

Compete à Comissão de Enquadramento Sindical propor ao Ministro do Trabalho, após auscultar o pensamento das bases, as subdivisões do quadro das atividades e profissões para efeito de enquadramen-

to e reenquadramento sindicais, observados os princípios básicos constitucionais e legais (Decreto-Lei nº 1.464/62, artigo 7º, I; CLT, Capítulo II; CF, artigo 166, caput). Incompetência, para tanto, das Delegacias Regionais do Trabalho.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, indeferir o mandado de segurança, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **José Dantas**, Presidente — Ministro **Gueiros Leite**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Gueiros Leite** (Relator): O Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba impetra mandado de segurança contra o Senhor Ministro do Trabalho, para obter o restabelecimento do enquadramento da Companhia Estadual de Habitação (CEHAP), como entidade vinculada à categoria das Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, do Grupo 1º — Estabelecimentos Bancários, do Plano da Confederação Nacional das Empresas de Crédito, enquadrados, igualmente, os seus empregados na categoria profissional de bancários.

Sem liminar, foram requisitadas e prestadas informações pela digna autoridade apontada coatora. Disse o Senhor Ministro do Trabalho, às fls. 40/47, através de parecer de sua douta Consultoria Jurídica, que o impetrante apóia-se, para tanto pedir, no ato da Delegacia Regional do Trabalho, que considerou a Companhia Estadual de Habitação

(CEHAP) enquadrada na categoria econômica a que estão filiadas as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, do 1º grupo da CNEC.

Se praticou, e praticou mesmo, a DRT-PB tal ato, fê-lo ao arrepio da lei, visto que lhe falece competência para considerar ou enquadrar quem quer que seja. Com tal expediente invadiu a esfera da competência privativa da Comissão de Enquadramento Sindical, podendo passar pelo vexame de, como unidade da estrutura do Ministério do Trabalho, tornar-se passível de correção ministerial, prevista no artigo 638, da CLT, visto que a sua decisão foi manifestamente exercida contra a lei e o direito ao tempo em que se destina a corrigir irregularidades na aplicação da lei, por excesso de autoridade.

Impunha-se, assim, a alteração em boa hora levada a efeito pela CES e referendada pelo Ministro de Estado, contra a qual se rebelou o impetrante, quer por imperativo legal, quer pela conveniência da administração, pois a continuar tal estado de coisas, em futuro não muito remoto ter-se-ia que enfrentar problema social idêntico aos dos empregados prestadores de serviços auxiliares aos bancos. Vale dizer, se vertem a contribuição sindical para o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários, são bancários e titulares das mesmas prerrogativas, inclusive a jornada especial de seis horas, sem o ônus do esforço mental despendido por tais empregados.

Ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, manifestou-se em parecer do ilustre Dr. **Geraldo Andrade Fonteles**, pelo indeferimen-

to da segurança impetrada, fulcrando-se, para tanto, no conteúdo das informações da autoridade impetrada (fls. 49/50).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): A Delegacia Regional do Trabalho, em meados de 1981, à vista de informações e parecer contidos no Processo DRT nº 5.720/81, instaurado devido a consulta feita pelo Sindicato impetrante, considerou a Companhia Estadual de Habitação Popular (CEHAP) enquadrada na categoria econômica a que estão filiadas as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, do 1º grupo do plano da CNEC, passando os seus empregados à categoria de bancários. O Sindicato impetrante acha que essa decisão guarda perfeita identificação com as resoluções tomadas pela Comissão de Enquadramento Sindical, que enquadraram, igualmente, as Companhias de Habitação Popular dos Estados do Pará e de Goiás.

Na inicial do «writ» o impetrante ressalta, para análise da Corte, os pressupostos do enquadramento, a saber:

«Após a decisão adotada pelo órgão do Ministério do Trabalho na Paraíba, o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do mesmo Estado passou a dar apoio e assistência aos empregados da CEHAP-PB, nos moldes preconizados pela legislação sindical. Até mesmo que se efetivasse o enquadramento, a Companhia Estadual de Habitação Popular (CEHAP) da Paraíba efetuava o desconto de contribuição sindical dos salários dos seus empregados. Fê-lo no exercício de 1980, quando o montante das contribuições foi de Cr\$ 145.155,72, e no ano seguinte, 1981, quando totalizaram Cr\$

113.365,53. A Companhia Estadual de Habitação recolheu aquelas importâncias ao Banco do Brasil, agência de João Pessoa, erroneamente, em conta denominada «Emprego e Salário», ao invés de utilizar Guia Especial, para o recolhimento e depósito 583 da Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso mesmo a receita não chegou ao Sindicato. Pelo fato de ter sido levada a conta «Emprego e Salário», teve outra destinação. Mas o débito foi levantado pela Delegacia Regional do Ministério do Trabalho que o inscreveu na Dívida Ativa, ensejando cobrança judicial pelo Sindicato, para obter o recebimento das contribuições descontadas dos empregados da CEHAP» (fls. 3/4).

E termina por dizer que o ato da Delegacia Regional não constitui inovação, mas é rotineiro, citando os exemplos das COABs de Goiás e do Pará, submetidas ao mesmo enquadramento em resoluções da CES, constituindo-se (sic) «em jurisprudência concretizada do Colegiado». Surpreendentemente, porém, a Comissão de Enquadramento Sindical que, em decisões anteriores, iterativas, indisplicantes, enquadrava as companhias da espécie na categoria econômica das sociedades de crédito, financiamento e investimento, resolveu desenquadrar (fl. 4) a CEHAP da Paraíba, dando-a como integrante, agora, da categoria econômica Indústria de Construção Civil.

As anêmicas justificativas desse reenquadramento, segundo o Sindicato impetrante, são as seguintes:

«Ter a CEHAP como finalidade a elaboração e execução de estudos, programas e projetos para solução de problemas habitacionais no território paraibano. Ter o Governo do Estado da Paraíba 51% das ações da Companhia, estando ainda autorizado a consignar em

seu orçamento 1,5% da receita tributária para a mesma Sociedade. Ser a CEHAP de utilidade pública» (fls. 4/5).

Dessa decisão da CES, o Sindicato impetrante interpôs recurso para o Senhor Ministro do Trabalho, contando, na superior instância, com a participação da Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito. Mas Sua Excelência negou provimento ao recurso e manteve a decisão recorrida. É contra esse ato, que reputa lesivo aos seus interesses, objetivos e direitos, que o Sindicato impetrou o «writ», para obter o restabelecimento do enquadramento da CEHAP como entidade vinculada sindicalmente à categoria das sociedades referidas (fl. 5, *in fine*, e seguintes até 9).

Não encontrei, porém, na petição inicial do «writ», o argumento competencial, contido nas informações da digna autoridade impetrada e que considero fundamental à decisão do caso. Contudo, constatei a existência de vários precedentes de enquadramentos semelhantes ao da CEHAP, da Paraíba, ou seja, das CEHAPs do Pará, de Goiás, e de Campinas, aos quais não faltou o respaldo da Comissão de Enquadramento Sindical. Esses precedentes não foram comentados nas informações, embora encontrem-se instrumentados às fls. 20/21, pelas Resoluções da CES nºs MTb 308.829/77 e MTb 310.352/80, divulgados através da Circular nº 81/087, da Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito — CONTEC, e que parece não terem sofrido quaisquer reparos por parte do Senhor Ministro do Trabalho.

Por tais razões estive inclinado a converter o julgamento em diligência, a fim de ouvir a Comissão de Enquadramento Sindical. Mas depois reconsiderei a idéia, pelo simples motivo de que fora essa mesma Comissão que recorrera do enqua-

dramento feito, à sua revelia, pelo Delegado Regional do Trabalho, na Paraíba. De fato, a teor do Regimento da Comissão de Enquadramento Sindical, aprovado pelo Decreto nº 1.464/62 *idem* Capítulo II, da CLT, sobre enquadramento sindical, compete à CES (artigo 7º, I), propor ao Ministro do Trabalho as subdivisões do quadro das atividades e profissões para o efeito de enquadramento sindical, observados os princípios estabelecidos no artigo 157, da CF (1946).

É por esta única razão que acolho as ponderações da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho, pois conforme resaltei no Mandado de Segurança nº 102.520-DF, aqui recentemente julgado com o apoio da maioria dos Senhores Ministros, não cabe na via estreita do «writ» o exame da autoridade ministerial, quando decide no «largo campo de atuação, na resolução de dúvidas e controvérsias relativas às aludidas modificações» (fl. 44, item 9º). A extensão de tais poderes vai ao ponto de excluir o exame do mérito dos atos da Comissão de Enquadramento Sindical, salvo, é claro, na ocorrência de ilegalidade, arbítrio ou abuso de poder.

A respeito, a lição de Russomano, *verbis*:

«O quadro de atividades e profissões mencionado no artigo supra é transcrito, integralmente, em anexo, no último volume deste livro. Como diz o artigo 577, é ele o plano básico do enquadramento sindical. As linhas que retraça não têm o rigor das arestas minerais. Ao contrário, são plásticas. Sempre que se torne indispensável, será possível a fundação de sindicatos, de federações ou de confederações em oposição às regras gerais que se baseiam no aludido plano (artigos 570 e seu parágrafo único, 571, 573 e seus parágrafos). Como se vê através do artigo 575, o qua-

dro é submetido à revisão periódica, por iniciativa da Comissão do Enquadramento Sindical. Essa revisão se deve processar de dois em dois anos e tem por finalidade adaptar o mapa do enquadramento sindical à realidade da conjuntura econômica e profissional do País. A Comissão, primeiramente, precisa auscultar o pensamento dos sindicatos e das associações profissionais, recolhendo sugestões. Com base nessas sugestões e nos estudos que realize, a Comissão do Enquadramento Sindical fará sua proposta diretamente ao Ministro do Trabalho, ao qual competirá aprovar ou não, essa proposta » (fls. 44/45).

Seria difícil ao julgador aferir, em tais casos, até onde vai o interesse social, para distingui-lo do interesse particular do Sindicato, Federação ou Confederação. O cotidiano do exame dessa matéria, agora tão assiduamente versada em demandas judiciais, capacita, muitas vezes, situar a existência do inconformismo de certas entidades contras as transformações do enquadramento sindical, como fruto apenas da perda de vantagens materiais; como soe acontecer em relação ao recolhimento das parcelas das contribuições, quando reclamadas sob o pretexto de deixar sem assistência associados pertencentes a certas categorias profissionais alteradas (Parecer, fl. 45, item 12).

Tampouco seria possível, ou mesmo conveniente, imiscuir-se o julgador nessa matéria de enquadramento, como no caso das CEHAPs, onde se examinam as finalidades dessas companhias, na construção de casas populares e na urbanização, atividades que jamais caberiam, segundo as ponderações do Ministério do Trabalho, no 1º Grupo da Confederação Nacional das Empresas de Crédito e Estabelecimentos Bancários, mesmo

sendo as CEHAPs agentes financeiros do Banco Nacional da Habitação. Se constroem casas, assim o fazem mediante empreitadas, para repassá-las através de financiamentos aos mutuários finais (Parecer fl. 46, itens 14/15). Se o agente financeiro opera na área da construção, tal circunstância impediria o enquadramento irregular da DRT-PB, que considerou a atividade da CEHAP, no Estado, como de natureza bancária (Parecer, fl. 46, item 17).

Por esse único motivo — vale repetir — o da incompetência, da Delegacia Regional do Trabalho para considerar a Companhia Estadual de Habitação (CEHAP), da Paraíba, enquadrada na categoria econômica a que estão filiadas as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, do 1º Grupo da CNEC, invadindo, assim, a competência da Comissão do Enquadramento Sindical, é que denego a segurança impetrada.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 103.899 — DF — Registro nº 5.622.433 — Rel.: Sr. Ministro Gueiros Leite. Requerente: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho. Adv.: Dorgival Terceiro Neto.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, indeferiu o mandado de segurança (Em 16-8-84 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Velloso, William Patterson, Miguel Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Fláquer Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Lauro Leitão e Carlos Madei-

ra. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Otto Rocha, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Carlos Thibau. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 104.247 — RJ
(Registro nº 5.898.005)

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg
Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara
Apelante: União Federal
Apelado: Três Poderes S.A. — Supermercados
Advogados: Drs. Marli Moreira Guayanaz e outros

EMENTA

«Importação — Instrução normativa estabelecendo, como requisito para obtenção de desembaraço aduaneiro, a exibição do comprovante do pagamento do ICM. Sua inaplicabilidade, em face do disposto no artigo 1º, II, do Decreto-Lei nº 406/68, de acordo com o qual o fato gerador de tal tributo, em relação à mercadoria importada, é a entrada desta no estabelecimento comercial, industrial ou produtor do importador, o que somente poderá ocorrer depois de proceder-se ao desembaraço respectivo — Concessão de segurança confirmada.»

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Trata-se de apelação interposta de sentença que deferiu mandado de segurança requerido contra

a exigência, feita pelo Inspetor da Receita Federal no Rio de Janeiro, de anexação de comprovante de pagamento do ICM sobre mercadoria importada, para a obtenção do desembaraço aduaneiro respectivo.

A Subprocuradoria opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): De acordo com o disposto no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 406/68, o fato gerador do ICM, em relação à mercadoria importada, é a entrada desta no estabelecimento comercial, industrial ou produtor do importador, o que somente poderá ocorrer depois de proceder-se ao desembaraço aduaneiro.

Sendo assim, não há como ter-se por aplicável instrução normativa estabelecendo como requisito para o desembaraço aduaneiro, a exibição do comprovante do pagamento do ICM.

Nego provimento à apelação e confirmo a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 104.247 — RJ — Registro nº 5.898.005 — Rel.: O Sr. Ministro

Armando Rollemberg. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Três Poderes S.A. — Supermercados. Advs.: Dra. Marli Moreira Guayanaz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença. (Em 13-8-84 — 4ª Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 104.380 — RJ

(Registro nº 6.031.722)

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — RJ

Partes: Mercearias Nacionais S.A. e União Federal

Advogados: Drs. José Oswaldo Correa e outros

EMENTA

Tributário. Importação. ICM.

Decreto-Lei nº 406/68. Artigo 1º, item II. Fato gerador.

Instrução Normativa SRF, nº 54/81.

O fato gerador do ICM sobre mercadorias importadas é a entrada delas no estabelecimento do importador.

Illegal, a exigência do recolhimento do ICM, no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas, com base em instrução normativa, pois sem fato gerador inexistente obrigação tributária.

Recursos desprovidos.

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, 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 **Moacir Catunda**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Trata-se de mandado de segurança preventivo, impetrado por Mercea-

rias Nacionais S.A., com receio de que o Inspetor da Receita Federal no Porto do Rio de Janeiro, dando aplicação à Instrução Normativa nº 54/81, da Secretaria da Receita Federal, venha a exigir da impetrante a comprovação do pagamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM), como condição para a liberação de mercadoria importada ao amparo da Guia de Importação nº 01-84/4269-6.

Alega, em resumo, ser manifestamente ilegal tal exigência, visto que, de acordo com o artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 406/68, o fato gerador do tributo estadual, no caso, é a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento, sendo dito dispositivo repetido no Decreto-Lei nº 5-75-Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro.

Acompanham a inicial, os documentos de fls. 9/50.

Informações, fls. 56/71.

Decidindo o MM. Juiz a quo, às fls. 76/77, concedeu a segurança, submetendo a sentença ao duplo grau de jurisdição.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela confirmação da r. sentença, fls. 83/85.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A aplicação do item 2 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal, nº 54, de 24 de julho de 1981, tem ensejado a interposição de numerosos mandados de segurança, na Seção do Rio de Janeiro, todos concedidos pelos ilustres Juizes com exercício lá, do que seja exemplo a sentença da lavra do culto Dr. Paulo de Freitas Barata, ensejadora da AMS nº 101.578, que deslindou a espécie com estas razões:

«Isto Posto:

A União Federal, pelo Ministério da Fazenda, comprometeu-se, em convênios com os Estados, a exigir, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, comprovante de pagamento do ICM, ou de isenção ou não de não-incidência do imposto.

Tal exigência, **data venia**, é contrária à lei, eis que não se pode exigir o pagamento de imposto antes da ocorrência do fato gerador.

No caso, importadas mercadorias do exterior, a entrada delas no estabelecimento do importador é que se constitui no fato gerador da obrigação tributária (artigo 1º, II, do Decreto-Lei nº 406/68). Antes, não há crédito a ser exigido.

Instrução normativa baixada pelo Secretário da Receita Federal não é lei em sentido material e, muito menos, em sentido formal. Trata-se de simples norma complementar (artigo 100, I, do CTN).

Não pode, a instrução normativa, inovar ou modificar o texto que complementa, invadindo o campo da reserva legal.

Não pode o impetrado exigir comprovação do pagamento do ICM por ocasião do desembaraço aduaneiro, pois a tanto a impetrante não está obrigada por lei.

Por tais fundamentos,

concedo a segurança, para o fim de determinar ao impetrado a liberação, incontinenti, das mercadorias mencionadas, sem a exigência de prévia comprovação do pagamento do ICM».

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ouvida, indica o desprovido da remessa, com esta motivação:

«1. Cuida-se de resp. sentença concessiva de segurança a importador a fim de que possa proceder a despacho aduaneiro de mercado-

ria importada, independentemente, de apresentação do comprovante do pagamento do ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), incidente sobre a mesma mercadoria.

2. 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 nº 54/81, da Secretaria da Receita Federal.

3. Essa Instrução Normativa nº 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, artigo 19, I, c/c o artigo 153, § 29). O fato gerador e o momento de sua ocorrência dependem de previsão legal (CTN, 114 a 116).

4. 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 406/68, artigo 1º, II e S-STF 577).

5. No que concerne à administração tributária federal, a Instrução Normativa nº 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.

6. Dir-se-ia que inexistente razão para o insurgimento contra a exi-

gência 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; ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, artigo 153, § 2º).

7. 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.

8. Opinamos, portanto, pela confirmação da resp. sentença de primeiro grau, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos».

Esta 5ª Turma já teve oportunidade de apreciar a espécie na AMS nº 105.658 — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral, e noutros recursos, vários, nos quais confirmou as doudas sentenças recorridas.

Coerente com a orientação da Turma, em casos idênticos, o meu voto é negando provimento à remessa para confirmar a douda sentença, por seus jurídicos fundamentos, e de acordo com os sólidos argumentos do parecer supratranscrito.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 104.380 — RJ — Registro nº 6.031.722 — Rel.: O Sr. Ministro Moacir Catunda. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara-RJ. Partes: Mercarias Nacionais S.A. e União Fede-

ral. Advs.: Drs. José Oswaldo Correa e outros.

Decisão: Por unanimidade, negou provimento à remessa de ofício. (Em 10-9-84 — 5ª Turma).

Acompanharam o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

PETIÇÃO Nº 47 — AP

(Registro nº 5.573.297)

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Requerente: Maria do Carmo dos Santos Guedes

Requerido: Juízo de Direito da Vara Criminal de Macapá — AP

Advogados: Drs. Délio Lins e Silva e Geraldo Andrade Fonteles

EMENTA

Processual penal. Desaforamento. Júri. Nulidade. Novo julgamento. Apelação. Pedido. Ausência.

Anulado o julgamento do Júri Popular, em apelação provida por esta Corte, o desaforamento do novo julgamento só poderia ser apreciado se constasse de requerimento insito no recurso. Ausente a providência, há de se reconhecer preclusa a medida, descabendo o exame de petição autônoma, formalizada após a decisão do recurso próprio.

Pedido indeferido.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, indeferir o pedido de desaforamento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Adoto como relatório a parte expositiva do parecer da ilustrada

Subprocuradoria-Geral da República, verbis:

«Com respaldo no artigo 424, do Código de Processo Penal, a assistente de acusação, Maria do Carmo dos Santos Guedes, viúva de Agripino Guedes, fiscal de tributos federais assassinado quando integrava comissão de inquérito que investigava fraudes fiscais no Território do Amapá, se dirige a essa Egrégia Corte, requerendo desaforamento do julgamento dos co-réus Judicael dos Santos Pires, José Maria Pires, João Tadeu de Souza Campos e Dejai Monteiro Maciel, que por força de Acórdão da Colenda 2ª Turma desse Tribunal (ACr nº 5.357-AP) serão submetidos a novo julgamento.

Justificando a necessidade da medida a suplicante alinha os seguintes argumentos:

«Primeiro — O Amapá continua desprovido de local adequado para o julgamento de tão rumoroso caso na região;

Segundo — Subsistem os mesmos motivos que levaram esse Egrégio Tribunal a conceder o desaforamento anteriormente e já relacionados e comprovados na Petição nº 17-AP, da qual anexa cópia à presente;

Terceiro — Todos os réus encontram-se em liberdade no Amapá, inclusive os condenados, que aguardam julgamento de recurso, o que sem dúvida representa um perigo a mais para aqueles que atuarão no caso;

Quarto — A partir do momento que a imprensa do Amapá divulgou decisão desse Tribunal Federal de Recursos determinando novo júri para os co-autores, telefonemas anônimos e ameaçadores voltaram a aterrorizar os familiares do advogado que esta subscreve, atuando no caso desde o início da instrução do feito;

Quinto — Durante os acalorados debates em Plenário do Tribunal do Júri em Belém do Pará, a assistência da acusação teceu veementes críticas a decisões anteriores da Justiça do Amapá, o que a torna ainda mais vulnerável no aspecto segurança;

Sexto — Fato novo — Após o anúncio por S. Exa. o Juiz Presidente do Tribunal do Júri de Belém da sentença condenatória dos matadores do fiscal, um popular, certamente amigo ou parente dos criminosos, sacou de uma arma em plena sala da sessão, provocando a imediata intervenção de policiais, fato de conseqüências imprevisíveis se ocorrido no Amapá.

Sétimo — O júri anterior, realizado na Circunscrição Judiciária do Pará por força de decisão desse Tribunal ao julgar o Desaforamen-

to nº 17-AP, deixou patente a inexistência de qualquer dificuldade ou inconveniência processual com prejuízo para a defesa ou acusação, até porque a maioria das testemunhas, réus e advogados, pela proximidade do Território, são domiciliados, também no Estado do Pará.

Oitavo — O titular, hoje, da Secretaria de Segurança Pública do Amapá, a quem cabe a segurança do julgamento naquele Território, uma vez ser reduzidíssimo o contingente da Polícia Federal em Macapá, é o Promotor Público Dr. Edmundo Evelin Coelho, o mesmo que, investido nas nobres funções de Procurador da República e tendo acompanhado a instrução do feito desde o início, nas vésperas do julgamento que absolveu os réus abandonou o Território e não acusou os criminosos perante o Tribunal popular. Então, é de se perguntar que segurança terão no Amapá aqueles que atuarão no júri, especialmente a assistência da acusação? Quem poderá garantir que não se repetirá a ausência do Território, nas vésperas do júri, daquele que hoje é o titular da segurança?».

O MM. Juiz de Direito, Dr. Dôglas Evangelista Ramos, prestou informações às fls. 60/62, onde esclarece que a Comarca de Amapá oferece condições para realização do julgamento».

A propósito da peça citada, merecem ser destacados os seguintes lances (lê fls. 60/62).

O pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República conclui pelo deferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson:
Trata-se de mais uma medida judi-

cial, entre tantas outras, pertinente ao processo-crime instaurado para apurar a morte do Agente Fiscal de Tributos Federais, Agripino Guedes, ocorrida na cidade de Macapá, Território do Amapá.

Devo esclarecer, de início, que, por força dos diversos incidentes e recursos processuais os réus foram julgados pelo Tribunal do Júri, em duas etapas. Na primeira, submeteram-se ao Conselho reunido em Macapá, os réus Judicael dos Santos Pires, José Maria Pires, João Tadeu de Souza Campos e Dejai Monteiro Maciel. Antes desse julgamento, o Promotor Público da Comarca, com fundamento no artigo 424, do Código de Processo Penal, requereu a este Tribunal o desaforamento, alegando falta de isenção de ânimo e possível parcialidade do Júri. Em Sessão de 1-10-81, apreciando a Petição nº 11-AP este Colegiado denegou a medida por entender não comprovados os motivos ensejadores da providência requerida. Manteve-se, destarte, o foro local. Realizado o julgamento, foram todos os réus absolvidos. Da decisão recorreu o Ministério Público Federal, cujo apelo foi provido, à unanimidade, pela Colenda 2ª Turma, em Sessão de 5-10-83 (ACRI nº 5.357-AP), determinando-se, na ocasião, que se procedesse a novo julgamento. O pedido sob exame objetiva deslocá-lo para a cidade de Belém, Estado do Pará, a exemplo do que foi feito para os demais pronunciados.

Na verdade, ao acolher solicitação formalizada quanto ao julgamento dos principais acusados (Carlos Pacheco Barbosa, Fernando Vieira da Silva, Nilton Mauro Oliveira Lemos e Jary Maciel Rodrigues), este Plenário permitiu o desaforamento para a Comarca de Belém, em virtude das lamentáveis ocorrências durante o julgamento em Macapá. Para relembrar o assunto, passo à leitura

do voto que proferi, ao relatar a Petição nº 17-AP (lê fls. 09/10).

A rigor, se os acontecimentos que envolveram o júri realizados em Macapá conduziram a decisão para que os demais réus fossem julgados em Belém, é óbvio que teriam de persistir as razões para igual medida, nesse segundo julgamento.

Deparo-me porém, com dificuldades de natureza jurídica. Não se cuida de pretensão originária, vale dizer, de pedido que antecede à realização do Júri, onde a iniciativa não está jungida a formalidades e momento específico, bastando, para a sua provocação, que surjam os motivos. Na espécie, trata-se de expediente autônomo, oferecido depois de julgada a apelação criminal.

Releva salientar ter havido apreciação da matéria, naquela ocasião, nos termos em que foi colocada, sendo, porém, repelida a medida. A propósito, trago a conhecimento o lance pertinente, do voto que proferi:

«Sobre a sugestão contida no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (in fine) no sentido de o novo julgamento ser realizado na cidade de Belém, Estado do Pará, onde serão julgados os outros acusados, não pode ser acolhida, data venia.

Como se sabe, os recursos manifestados de decisões do Tribunal do Júri, devem ser examinados nos exatos limites da sua articulação. Aliás, esta é a orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal (in RTJ nº 75/243):

«Apelação de decisão do Tribunal do Júri. É ela adstrita aos motivos invocados pelo apelante, quando da interposição ou, ao menos, da apresentação tempestiva das razões. Interpretação do artigo 593, III, do Código de Processo Penal. Recurso não conhecido, por inexistência de violação à lei fede-

ral e de divergência com os acórdãos invocados pelo recorrente».

O Relator da citada decisão, Ministro Moreira Alves, a propósito, esclareceu em seu voto:

«Ao contrário do que pretende o parecer da Procuradoria-Geral da República, a interpretação dada pelo Acórdão recorrido ao artigo 593, III, do Código de Processo Penal não é desarrazoada, mas correta. Nesse sentido, o entendimento de Frederico Marques (O Juri no Direito Brasileiro, pág. 193, São Paulo, 1955), citado pelo recorrido às fls. 152/153:

«O recurso de apelação, no processo penal, tem caráter restrito, quando o juízo a quo é o júri. Se na apelação contra sentença de Juiz singular vigoram os mesmos princípios que na apelação cível, o mesmo não acontece no recurso de igual nome interpostos contra decisão do júri.

.....
Por essa razão, não pode a apelação devolver à superior instância o conhecimento pleno da causa criminal decidida no júri, ficando o recurso exclusivamente adstrito aos motivos invocados pelo vencido, ao interpô-lo».

Aliás, a exigência da motivação da apelação contra decisões do Tribunal do Júri resulta inequívoca da parte final do § 3º desse mesmo artigo 593, o qual reza:

«§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, letra d, deste artigo, e o Tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação».

Admito que a omissão possa ser sanada nas razões, complemento que são do recurso, mas, para isso

— o que não ocorreu no caso — é preciso que estas sejam tempestivas».

Em casu, a peça recursal de fls. 1.219/1.226 é omissa quanto a esse aspecto, porquanto pleiteia, apenas, a reforma do decisório para submeter os acusados a novo julgamento.

Demais disso, releva salientar que houve pedido de desaforamento (Petição nº 11) recusado, anteriormente, pelo Colendo Plenário deste Tribunal.

É verdade que, ao apreciar idêntica pretensão, relativamente aos outros réus (Petição nº 17), tomou-se conhecimento de irregularidades na sessão de julgamento, inclusive com cenas pouco recomendáveis para a austeridade que deve revestir os atos judiciais, a começar pelo ambiente escolhido, conforme se noticiou. Tais equívocos influíram, decerto, na decisão de deslocar o outro julgamento para Belém. Na impossibilidade de atendimento do pleito da Subprocuradoria, resta-nos a recomendação para que todas as cautelas sejam observadas, de sorte a evitarem-se os erros cometidos no primeiro julgamento».

Como visto, a Egrégia 2ª Turma, ao encampar esses argumentos, entendeu que só poderia apreciar novo pedido de desaforamento, se viesse ele integrando a petição de recurso, o que não ocorreu.

A dúvida, portanto, recai sobre a possibilidade de análise da questão fora do âmbito do recurso específico.

Não me parece que isso seja viável. O aspecto teria que ser focalizado no apelo respectivo, porquanto os fatos já eram do conhecimento das partes envolvidas. O recorrente silenciou, no particular, circunstância que conduz à convicção de ter aceito o foro da Comarca de Macapá, pois nenhuma irregularidade apontou e

sequer censura fez ao comportamento do Júri Popular. Se alguma objeção tinha deveria manifestá-la concomitante com a petição de recurso, pois com este é que se instaura, conforme já assinalado no citado pronunciamento, a oportunidade da revisão da sentença do Tribunal, nos limites e condições desejados pela promovente.

A jurisprudência parece trilhar os caminhos de tal orientação, consoante se extrai do Acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal pertinente ao Recurso Extraordinário Criminal nº 80.083-RJ, onde se discutiu a possibilidade de preclusão do direito de requerer o desaforamento. Nesse caso, o eminente Relator, Ministro Djaci Falcão, após admitir a similitude do desaforamento com a exceção de incompetência, e tecer considerações acerca da espécie, e suas conseqüências, considerando que, na hipótese examinada, o júri fora realizado antes da apreciação do pedido, advertiu:

«XV — Não constituindo, portanto, a simples pendência do desaforamento obstáculo à realização do julgamento pelo Júri, restaria ao órgão encarregado da acusação, para forrar a matéria respectiva dos efeitos da preclusão, a faculdade de, se acaso lhe parecesse que os motivos que o levaram a pedir a mudança do foro haviam efetivamente viciado o veredicto popular, renovar a alegação no recurso de apelação (artigo 593, III, a, c/c o artigo 564, I, do CPP), tal como procederia quando, argüida a incompetência do Juízo, houvesse rejeição e prosseguimento do procedimento principal. Nesse sentido a lição de José Frederico Marques:

«Por outro lado, a incompetência pode ser declarada em qualquer fase do processo, anuladas conseqüentemente todas as decisões nele proferidas. A preclusão cobrirá, nesse caso, todas as nulidades

existentes apenas numa hipótese: a de ter havido sentença absolutória que passou em julgado. Isto quer dizer que se um Juiz especial da justiça ordinária absolver um réu em crime que não é da sua competência, a sentença se tornará válida, se no prazo da lei não for interposto regular recurso (Da competência em Matéria Penal, pág. 307, Edição Saraiva, 1953)».

No mesmo sentido, aliás, os ensinamentos de outros eminentes processualistas, como transparece dos seguintes escólios:

«No processo-crime não é possível deduzir a incompetência pelo mesmo modo porque ela é deduzida nos feitos cíveis; teria isso grandes inconvenientes; mas têm sem dúvida as partes o direito de alegá-la por uma petição em que a demonstrem. Se o Juiz não atendê-la, conhecer-se-á dela por ocasião do primeiro recurso». (Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro, pág. 239, ed. da RT 1959).

O Código não concede recurso contra a decisão pela qual o Juiz rejeita a exceção de incompetência. É bem de ver porém, que se o acusado interpuser recurso da sentença final ou interlocutória, poderá, em suas razões renovar a alegação da incompetência do juiz, para obter a anulação do processo (Câmara Leal, Com. ao C. Pr. Pen., vol. I, pág. 339).

Se, porém, o juiz rejeitar a declinatória, a parte, que argüiu de incompetente o Juízo e viu repelida a sua exceção, não tem recurso contra a decisão. É óbvio que, tendo, no prazo próprio, isto é, por ocasião do interrogatório ou nos três dias seguintes, levantado a exceção, poderá, na apelação ou no recurso contra a sentença, com o que o juiz solucionar a causa principal, atacar a decisão por emanar de juiz incompetente, cumprindo en-

tão, ao Tribunal de Recursos apreciar a alegação, e reconhecer a nulidade se for o caso, para invalidar os atos decisórios praticados no juízo incompetente» (Espínola Filho, Código de Processo Penal Anotado, 2º vol. pág. 248, nº 255, 2ª ed., Freitas Bastos).

XVI — Ainda aqueles aos quais se afigura o desaforamento, quando fundado na dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, como uma exceção de suspeição *sui generis*, não discrepam quanto à possibilidade da preclusão da matéria, levando em conta, naturalmente, que ao contrário do que ocorre em relação aos impedimentos (artigo 252 do Código de Processo Penal), os casos de suspeição (artigo 254 do Código de Processo Penal) geram, apenas, nulidade relativa.

No próprio precedente invocado pela douta Procuradoria, ou seja, no parecer da lavra do Dr. Mário de Moura de Albuquerque já se assinalava:

«O Dr. Promotor Público, porém, não deixou este *veredictum* transitar em julgado. Apelou, reabrindo os debates perante o Eg. Tribunal (Apud Leão Vieira Starling, in Teoria e Prática Penal pág. 141, 3ª edição, Saraiva).

De outra maneira parece não ter entendido o Ministro Pedro Chaves, no julgamento do HC nº 41.119, de São Paulo:

«Também assistiu razão ao douto impetrante, quando equiparou o pedido de desaforamento à oposição de uma exceção de suspeição, exceção que teria ficado prejudicada, porque o excipiente aceitou o Juízo: compareceu à sessão, assistiu ao processo, fez a acusação perante o Tribunal do Júri, e não argüiu nenhuma irregularidade, não pediu suspensão da sessão, nem seu adiamento, não pôs nenhuma

dificuldade a que o julgamento se realizasse (RTJ nº 33/371).

XVII — Como pôs em relevo Chiovenda,

«A preclusão é um instituto geral com freqüentes aplicações no processo e consistente na perda duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo». (Inst. de D. Pr. Civ., 1º vol. pág. 615, trad. de J. Guimarães Menegale, Saraiva, 1942), podendo, segundo o mesmo autor, caracterizar-se dentre outras hipóteses,

«Ou porque a sentença foi aceita pelo vencido, visto como a aceitação consumada numa declaração de vontade, ou tacitamente consumada, quer dizer, por atos (*facta concludentia*) univocamente incompatíveis com a vontade de impugnar, importa a perda da possibilidade de impugnar a sentença (ob. cit., pág. 517).

E se assim ocorre no processo civil, outra não é a solução no processo penal, eis que neste também aparece esse mesmo tipo de preclusão, como detalha José Frederico Marques:

«Na segunda hipótese, ocorre o que se denomina de preclusão lógica, por isso que decorre da incompatibilidade entre um ato processual a praticar-se e outro que já se consumou. Um exemplo dessa preclusão encontra-se no artigo 96, do Código de Processo Penal» (Elem. de Dir. Proc. Penal, vol. III, pág. 91)».

É verdade que no precedente referenciado não houve recurso da decisão absolutória. Todavia, à mesma conclusão deve-se chegar quando, havendo apelo, neste não se protesta pela providência, como aconteceu no particular.

O insigne Ministro Evandro Lins e Silva ao proferir voto na oportunidade de julgamento do HC nº 41.119-SP (RTJ nº 33/371), aludiu sobre o tema:

«Tratando-se de medida excepcional, poderia ser ela decretada antes do julgamento. Uma vez este verificado, deu-se uma espécie de prevenção, porque atentará contra a soberania do júri da comarca esse deslocamento de foro, como se houvesse uma censura ao primeiro julgamento, inclusive podendo influir no ânimo dos jurados da outra comarca insinuando-se, indiretamente, que esse julgamento foi faccioso».

Mas explícito, ainda, é o lance contido na primeira decisão, acolhido pelo voto condutor do Acórdão, verbis:

«Dir-se-á, com a Procuradoria, que a falta de recurso de apelação nenhum efeito produzirá sobre o pedido de desaforamento, até porque outro recurso seria impossível por esgotadas as hipóteses de cabimento. O eminente Relator abordou com felicidade o aspecto lembrando que restaria ao órgão do Ministério Público forrar-se dos efeitos da preclusão, caso lhe parecesse que os motivos que o levaram a pedir a mudança do foro haviam efetivamente viciado o veredicto popular, renovando a alegação no recurso de apelação. E o raciocínio se completa com as ponderações de Hélio Tornaghi (fl. 89) lembrando que a apelação, no caso, seria com fulcro na letra a do artigo 593, III, do Código de Processo Penal e não nas letras b, c e d, por falta de formalidade essencial».

Sendo assim, a compreensão lógica é a de que pode ser solicitado o desaforamento em relação ao segundo julgamento, se há motivos que justifiquem a medida. Todavia, a

providência deve ser tomada por ocasião do recurso próprio, sob pena de preclusão do direito, conforme demonstrado.

O Ministério Público ao recorrer, nestes autos, omitiu-se no tocante ao problema, circunstância que impossibilitou a Turma de examinar a questão. Não pode, agora, a Assistente de Acusação, em petição autônoma e depois do julgamento da apelação respectiva, cogitar da medida.

Devo ressaltar, ainda, que a doutrina colacionada pela douta Subprocuradoria-Geral da República, pertine com hipóteses onde se deferiu o desaforamento, e, por conseqüência, o foro substituído tornou-se inderrogável. No particular, ao contrário, o desaforamento requerido em relação ao primeiro julgamento foi negado por esta Corte, o que reforça, até mesmo considerando as lições prestigiadas pelo Órgão, a tese da impossibilidade da medida, na presente fase.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: De acordo com o Ministro Miguel Ferrante, com os suplementos bastante oportunos do eminente Ministro Armando Rollemberg.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Senhor Presidente, em que pese o brilhante voto proferido pelo douto Relator, peço vênias para deferir o pedido, na linha do parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que adoto como razões de decidir.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente, o momento oportuno para o pedido de desaforamento, em

regra, é aquele em que se encontra o processo preparado para ser submetido ao julgamento do Tribunal do Júri.

De outra parte, o Supremo Tribunal Federal já decidiu: (lê).

«Realizado o primeiro julgamento, não é mais possível o desaforamento, a menos que surjam fatos novos (RTJ nº 45, página 461).»

No caso, foi rejeitado o desaforamento, ocorreu o julgamento pelo Tribunal do Júri e, mesmo ao ensejo da apelação, nada foi argüido sobre o problema. Apenas, pelo que me lembro, quando da manifestação da Subprocuradoria-Geral da República, é que foi requerido o desaforamento, sendo esse pedido negado pela 2ª Turma.

Donde, o Tribunal do Júri que funcionou no primeiro julgamento está prevento.

De modo que, de acordo com o Relator, indefiro o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, em face do que já sustentei neste Egrégio Plenário, em precedente de que também foi relator o Senhor Ministro William Patterson, não posso deixar de reiterar minha respeitosa divergência em relação à jurisprudência (amplamente predominante, é certo), eis que perseguido, com a devida vênia, no entendimento de que não existe competência para processo por crime doloso contra a vida, a não ser no âmbito das justiças locais.

Este meu modo de ver se fundamenta no fato de que a Constituição, artigo 153, § 18 confere ao júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O Código de Processo Penal, artigo 78, I é que, ao disciplinar a conexão de causas, entendeu de ampliar

a competência do júri; em seguida, leis de organização judiciária vieram reiterar esta orientação, ensinando, assim, a instauração de júri no âmbito da Justiça da União. Tais disposições, como é óbvio, não devem subsistir: elas invadem espaço já ocupado pela lei maior.

Na verdade, em razão de conexão não se pode ampliar competência estabelecida em sede constitucional; menos ainda, por lei de organização judiciária, eminentemente local, por definição constitucional (e, portanto, sem poder de disciplinar matéria de natureza processual e, entre nós, constitucional).

Consigno este meu entendimento, a fim de que não se suponha tenha a ele renunciado.

E aos que objetam com o fato de que é antigo o preceito, pondero que, enquanto a matéria ficou restrita à organização judiciária vigente à época da promulgação do Código de Processo Penal, a questão não tinha porque emergir, pois, de qualquer modo, a conexão levava ao júri da justiça local processo que ficaria, de outro modo, também perante juízo local. Com a restauração da justiça federal é que a questão se oferece a nossa consideração.

Veja-se, ademais, que a própria lei maior, quando entendeu ser caso disso, previu exceções à regra já transcrita (artigos 119, I, a e b; 122, I, b; 137, VII).

O desaforamento, no caso, retira o julgamento do processo do âmbito da justiça do território (que, conquanto mantida pela União Federal, é justiça local) para remetê-lo à justiça federal, em razão, precisamente, de mera conexão, em aberta contradição ao significado do júri e à sede constitucional da norma sobre sua competência.

Por mais estas razões, fico de acordo com o Senhor Ministro Rela-

tor, ao considerar inoportuno o pretendido desaforamento.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Senhor Presidente, meu voto é de acordo com o do eminente Ministro Miguel Ferrante, deferindo o desaforamento, **data venia** do voto do eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

Petição nº 47 — AP — Registro nº 5.573.297 — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Requerente: Maria do Carmo dos Santos Guedes. Requerido: Juízo de Direito da Vara Criminal de Macapá — AP. Advogados: Drs. Délio Lins e Silva e Geraldo Andrade Fonteles (Subprocurador-Geral da República).

Decisão: O Plenário, por maioria, indeferiu o pedido de desaforamento, vencidos os Srs. Ministros Miguel Ferrante, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz e Carlos Velloso. (Em 9-2-84—Plenário).

Sustentação oral, pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Lauro Leitão, Gueiros Leite e Otto Rocha. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Wilson Gonçalves. Licenciados os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA Nº 52 — SP

(Registro nº 5.612.586)

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Agravante: União Esportiva e Cultural Miracatuense

Agravado: R. Despacho de fl. 16

Advogados: Drs. Joaquim de Almeida Baptista e Ruy Ferreira Brettas

EMENTA

Processual civil. Valor da causa. Ação rescisória.

A rescisória é uma ação que, como tal, há de ter o seu valor, o qual será fixado no momento em que dita ação for proposta.

Improvemento do agravo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas ta-

quigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Otto Rocha**, Presidente — Ministro **Pedro Acioli**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Cuida-se de agravo regimental de decisão de minha lavra que resolveu impugnação de valor da causa, em ação rescisória proposta por União Esportista contra o DNER. Eis os termos da decisão:

«Vistos.

A jurisprudência tem entendido que o valor da ação rescisória, em princípio, é o da ação originária (RTJ nºs 87/378 e 90/899; RT nº 516/95). Tal orientação não conduz à conclusão de que o valor é taxativo e definitivamente o valor exato da ação originária, senão admite variação, pelo menos no que concerne à alteração nominal do valor, em face da atualização da sua expressão monetária, como admite Pontes de Miranda (Tratado da Ação Rescisória, Ed. Forense, 1976, pág. 513) e a exemplo do que adota este Tribunal na AR nº 1.013-GO (DJ de 22-2-84, pág. 2018).

No caso à ação originária foi atribuído o valor de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros), o mesmo inscrito na petição da presente ação rescisória.

Ocorre que a condenação definitiva da ação originária (desapropriação indireta) foi fixada em Cr\$ 8.470,00 (oito mil, quatrocentos e setenta cruzeiros). Pode dizer-se que esse valor representa a expressão do «conteúdo econômico imediato» (CPC art. 258) daquela ação, sendo o valor de Cr\$ 1.000,00 mera estimativa e não um valor definitivo (Lei nº 6.032/74, artigo 10, § 3º).

Anote-se que, no caso, a alteração do valor da causa somente pode influir na apuração do montante do depósito-multa, previsto no artigo 488, II do CPC.

Isto posto, acolho a impugnação, porém para arbitrar em Cr\$

8.470,00 o valor da causa, determinando à sociedade-autora que complemente o depósito, no prazo de 10 (dez) dias.

Intimem-se». (fl. 16).

O regimental está articulado nos seguintes termos:

«União Esportiva e Cultural Miracatuense, nos autos da impugnação ao valor da causa, ofertado pelo réu DNER — Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, inconformada data maxima venia com o r. despacho que acolheu a impugnação vem interpor o presente agravo regimental pelos fatos e fundamentos seguintes:

1. Houve por bem Vossa Excelência acolher a impugnação ao valor da causa ofertada pelo réu, arbitrando o valor da presente rescisória em Cr\$ 8.470,00.

2. Data maxima venia, o r. despacho decorreu de manifesto equívoco. Senão, vejamos:

3. A questão do valor da causa na ação rescisória não está tratada com profundidade na doutrina Luís Eulálio de Bueno Vidigal e J. C. Barbosa Moreira em seus «Comentários ao Código de Processo Civil», dela não tratam, apesar de Bueno Vidigal, ao cogitar do depósito prévio, dever ser «provável que o decurso do tempo acarrete sensível modificação no valor da causa, que dificilmente será o mesmo na rescisória e na ação em que foi proferido o julgamento rescindendo». (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, Revista dos Tribunais, pág. 205).

Ambos sustentam dever ter a inicial da rescisória os mesmos requisitos de qualquer inicial, consequentemente, o valor da causa, nesse caso, regido pelas regras gerais que o presidem. Mas os que cogitaram do valor da causa, como Hélio Tornaghi (vol. II, Revista

dos Tribunais) e E.D. Moniz de Aragão (vol. II, Forense), não tratam especificamente do valor da ação rescisória.

Só Pontes de Miranda o faz, dizendo no § 6º do artigo 44 do Cap. I da Parte IV de seu «Tratado Ação Rescisória», 5ª edição, Rio, 1976, pág. 513, que: «o valor de uma ação rescisória não pode ser considerado maior do que o da sentença rescindenda, mas há correção monetária».

Paulo Dourado de Gusmão, em parecer intitulado «Valor da Causa em Ação Rescisória», que está publicado na Revista de Processo, vol. 5, páginas 240/241 — parecer esse que foi acolhido por maioria no julgamento da impugnação ao valor da causa na rescisória nº 62, pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 28-6-1976 —, não concorda com a posição de Pontes de Miranda, prelecionando: «Tal solução, a nosso ver, data venia, improcede. Primeiro, por poder haver sentença sem valor, como, por exemplo, a constitutiva (a que decreta a anulação de casamento e é ainda exemplo); segundo, por inexistir lei que determine a correção monetária nesse caso, admitida, depois de avanços e recuos, pelo STF, fora dos casos previstos em lei, somente no caso de ato ilícito; terceiro, porque, se admitida, pode modificar a alçada, e, quarto, porque, se nula é a sentença, o que nela estiver contido não tem existência jurídica, ou seja, validade.»

E, prossegue no seu parecer: «pensamos, apesar da admiração que temos pelo eminente tratadista, que, nas ações rescisórias, o valor deve ser o da ação decidida pelo julgado rescindendo. Isto porque a rescisória não é uma nova ação, contendo novo pedido, mas o procedimento destinado a anular

um julgado que decidiu uma ação, à qual fora dado um valor não impugnado. Como, segundo o novo CPC, anulado o julgado rescindendo, pode ser proferido novo julgamento, a rescisória, se provida, restabelece a antiga demanda na fase processual em que se encontrava por ocasião do julgamento anulado. Razão por que, a nosso ver, não deve ser alterado o valor da ação na qual fora proferido o julgado rescindendo, sem correção monetária, por não haver lei que a autorize nesse caso, e porque, se admitida, modificaria a alçada.

Tal solução não cria, assim, o problema de alçada, por dever ser esta a da época em que a ação foi ajuizada em razão de seu valor. Pelo não provimento da impugnação.»

4.ª Embora a doutrina não tenha tratado a matéria com profundidade, o Supremo Tribunal Federal já dissipou as dúvidas que poderiam ocorrer, conforme pode-se observar do julgamento na Ação Rescisória nº 994 (Ag. Reg.)-GO, do Tribunal Pleno, j. em 20-6-1978, em que foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu, cuja ementa é a seguinte:

«Ação rescisória. Valor da causa. De regra, deve ser o da ação cuja sentença se busca desconstituir.

Agravo regimental desprovido » (in «Revista Trimestral de Jurisprudência», vol. 87/378).

Do voto do eminente Ministro Relator, destaca-se:

«Ao julgar improcedente a impugnação ao valor da causa, seguiu estritamente precedentes desta Corte, quer no tocante à competência do Relator para apreciá-lo inicialmente, quer no que diz respeito à orientação adotada para o fim de se determinar o valor da ação rescisória. Entre

estes precedentes, citei o Agravo Regimental na AR nº 1.040, julgado em 6-4-78 — cópia às folhas 38/48. No caso citado, o eminente Ministro Soares Muñoz julgou a impugnação por despacho. Interposto agravo regimental, veio este ao Pleno, que lhe negou provimento, estando o Acórdão com esta ementa: «De regra, o valor da ação rescisória é o da ação cuja sentença aquela visa desconstituir.» Na espécie, o valor dado à ação rescisória atende à orientação deste Tribunal. Para justificar esse valor, a autora apresentou estas razões (lê às fls. 27/30).

Mantendo o despacho, nego provimento ao agravo regimental», (obra citada, págs. 379/380).

No mesmo sentido, é o julgamento no AR nº 1.048-5 (Ag. Rg.) — SP, do Tribunal Pleno do Excelso Pretório, j. em 23-11-78, em que foi Relator o eminente Ministro Soares Muñoz, cuja ementa é a seguinte:

«De regra, o valor da ação rescisória é o da ação cuja sentença aquela visa a desconstituir» (in «Revista dos Tribunais», vol. 531, pág. 271).

Esse Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, por votação unânime, no julgamento da Ação Rescisória nº 235.034, de São Paulo, j. em 25-4-1975, em que foi Relator o eminente Desembargador Carlos A. Ortiz, teve oportunidade de decidir:

«Irrelevante que, na liquidação da sentença, fosse apurado maior montante, se não for a decisão em execução, que se pretenda rescindir, mas a própria sentença exequenda, ou outra que a antecedeu no processo de cognição. O valor da ação executória não é, necessariamente, o da ação de

conhecimento, mas o de seu objeto, daí porque, como, assentado em aresto da Colenda 1ª Câmara Cível, Relator o Desembargador Odyr Porto, «afirmar-se que o valor da ação executória é o mesmo da ação de cognição, será negar a autonomia daquela, aceita na atualidade pela maioria dos autores e, em que pese o entendimento em contrário, por nosso direito positivo». (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça, Ed. Lex, vols. 23/102). Assim, em suma, se a decisão rescindenda diz respeito ao processo de cognição, o valor que se deu à demanda pristina será o que servirá de base para a avaliação da ação rescisória, mesmo que maior ou menor seja o alcance da liquidação da sentença.» (in RJTJSP, vol. 35, pág. 181).

E,

«Na ação rescisória o valor da causa deve corresponder ao da ação, cuja sentença é objeto de rescisão». (Ação Rescisória nº 244.394, da 3ª CC do Egr. TJSP, j. em 16-6-1977, Rel. Desembargador Vieira de Moraes — in «Revista dos Tribunais», vols. 516/107).

E, mais,

«A ação rescisória tem, em princípio, o mesmo valor da ação rescindenda». (Ac na Ação Rescisória nº 169.759, da Colenda 6ª CC do Egrégio TJSP, in «Revista dos Tribunais», vols. 516/95).

O Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo também decidiu que:

«O valor da causa, na ação rescisória, é o da ação cuja sentença se busca desconstituir.» (Rescisória de Acórdão nº 120.730 — Piracicaba — 3º Gr. Cs. — j., 8-4-81 — Rel. Juiz Mariz de Oliveira — (in «Revista dos Tribunais», vols. 551/169).

E, mais,

«O valor da causa, na ação rescisória, conforme entendimento jurisprudencial pacífico, não pode ser outro que não o da lide originária (Ac unânime do 3º Gr. de Câmaras do 2º TA Civ. SP, de 5-2-80, na AR nº 62.924, Rel. Juiz Oliveira Costa; Adcoas, 1981, nº 78.774) xerox inclusa — Anexo nº 1.

Outra não é a solução encontrada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, conforme pode-se observar nos julgados abaixo transcritos:

«O valor da ação rescisória deve corresponder ao da ação cuja sentença é objeto da rescisão ou ao que seria dado à mesma, se nenhum fosse atribuído à ação originária». (Ac na Ação Rescisória nº 290, da Colenda 1ª CC do Egrégio TJSC, j. em 24-3-81, Rel. Des. Eduardo Luz, in «Jurisprudência Catarinense», vols. 32/367) — xerox inclusa — Anexo nº 2.

E, mais,

«O valor da ação rescisória é o valor da ação em que foi proferido o julgado rescindendo» (Ac unânime das Câmaras Reuns. do TJ-SC, de 14-11-79, na AR nº 238, Rel.: Des. Osny Caetano da Silva, Jurisp. Catarinense, vol. 26, pág. 312) — xerox inclusa — Anexo nº 3.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu:

«O valor da ação rescisória é o da ação em que foi proferido o julgado rescindendo, pois a rescisória não é uma nova ação, contendo novo pedido, mas o procedimento destinado a qualquer um julgado que decidiu uma ação, a qual fora dado um valor não impugnado. Como, segundo o novo CPC, anulado o julgamento rescindendo, pode ser proferido no-

vo julgamento, a rescisória, se provida, restabelece a antiga demanda na fase processual em que se encontrava por ocasião do julgamento anulado. Razão por que não deve ser alterado o valor da ação na qual fora proferido o julgado rescindendo, sem correção monetária, por não haver lei que a autorize nesse caso e porque, se admitida, modificará a alçada. Tal solução não cria, assim, o problema da alçada, por dever ser esta a da época em que a ação foi ajuizada em razão de seu valor». (AC das Câms. Reuns. do TJ-RJ, de 28-6-76, na AR nº 62, Rel. Des. Aloysio Maria Teixeira, Adcoas, nº 48.355) — xerox inclusa — Anexo nº 4.

5. Ademais, um dos óbices para o processamento do Recurso Extraordinário nas Ações de Desapropriações Indiretas, é o relativo ao valor declarado na inicial (inciso VII do artigo 325 do Regimento Interno do STF). O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que prevalece o valor inicialmente dado à causa. (RTJ nºs 79/880; 79/339, 83/601, 84/464, 89/543, 89/1011). Pouco importa que se trate de valor atribuído apenas para efeitos fiscais (RTJ nº 87/570), ou menor que o benefício patrimonial objetivado (RTJ nºs 84/464, 87/907, 90/668 e outros mais). Não considera e Supremo Tribunal Federal o valor da condenação na ação de desapropriação indireta, para efeito de alçada, e, sim, o valor atribuído inicialmente à ação.

Não é crível que, de um lado, para o processamento do recurso extraordinário, prevalece o valor atribuído inicialmente à ação de desapropriação e não o valor da condenação; de outro, o valor da ação rescisória é o da condenação e não o atribuído inicialmente à ação de desapropriação, cujo Acórdão se pretende rescindir? A solu-

ção, data venia, só pode ser uma: o valor da ação rescisória é o atribuído inicialmente à ação de desapropriação indireta, cuja Acórdão se pretende rescindir, à semelhança do que ocorre na alçada, para o processamento do recurso extraordinário.

6. No caso dos autos, todavia, incide o inciso V do artigo 259 do CPC, uma vez que a ação é um negócio jurídico e, segundo essa norma, o valor é o do negócio jurídico que se pretende rescindir. O valor atribuído à ação principal é de Cr\$ 1.000,00, razão pela qual esse é o valor que prevalece para a presente ação rescisória.

7. Ante o exposto e o mais que dos autos consta, pede, espera e confia a agravante que V. Exa. haja por bem reconsiderar o venerando despacho agravado na forma regimental, determinando o valor da causa em Cr\$ 1.000,00, como medida de comezinha Justiça!» (fls. 18/26).

Em que pese as razões trazidas pelo zeloso advogado da agravante, mantenho a minha decisão.

Entendo que o valor da causa não tem que ser exatamente o valor nominal da causa originária, podendo o Juízo da rescisória, sobretudo se provocado, rever o valor atribuído à ação de rescisão.

Sem voto, à consideração da Egrégia Seção, nos termos do Regimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente.

Tenho aqui, em nota ao artigo 259 do Código de Processo Civil, o seguinte comentário do Professor Teotônio Negrão: (lê)

«O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência de que o va-

lor da causa, na rescisória, é o da ação cuja sentença se busca desconstituir (RTJ nº 87/378 — Pleno, 90/899). Neste sentido: RT nº 495/172; RJTJESP nº 35/181. Em RT nº 495/89, encontra-se a afirmação de que esse valor pode ser maior que o da causa em que foi proferida a sentença rescindenda, o que parece razoável, ao menos para que seja feita a atualização monetária desse valor».

De maneira que o despacho de S. Exa., o eminente Ministro Relator, parece-me que se dirige no sentido de atualizar, pelo menos, o valor dado à causa na ação cuja sentença se quer desconstituir.

Portanto, nego provimento ao agravo.

VOTO

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, o artigo 488 do Código de Processo Civil estabelece que a petição inicial será elaborada com observância do artigo 282. O artigo 282, no item V, prevê, dentre os requisitos da petição inicial, o valor da causa. No caso, cuida-se de ação rescisória e invoca-se precedente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o valor da causa, na rescisória, é o da ação cuja sentença se pretende desconstituir. O primeiro aspecto a chamar a atenção é que, não há confundir, a meu ver, valor da causa em ação rescisória ajuizada no Supremo Tribunal Federal e valor da causa em ação rescisória ajuizada perante os outros Tribunais.

Ao que tenho, o Supremo Tribunal Federal fixou essa jurisprudência porque, nesse caso, o valor da causa não traz repercussão para fins de alçada, do recurso extraordinário, por exemplo. Mas, nos Tribunais inferiores, o valor da causa traz repercussão porque se for fixado em valor mínimo isso evitará, impedirá a subida da matéria até a Excelsa Su-

prema Corte. Daí que acho indispensável se fazer essa distinção.

E, no mais, segundo os doutrinadores, tudo o que se tem que fazer é aplicar a regra geral. A ação rescisória é uma ação e, como tal, há de ter o seu valor, que deve ser fixado no momento da sua propositura.

É óbvio que se nós nos ativermos ao valor da causa em que foi proferido o julgado rescindendo, o decurso do prazo tornará esse valor inexpressivo, tendo em vista a realidade a que ele, então, se referia.

Diante disso, penso que a orientação adotada pelo eminente Relator, acompanhada pelo eminente Ministro Américo Luz, é a mais correta.

Acompanho S. Exa., negando provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg na Pet. Imp. Vr. Causa nº 52 — SP — Registro nº 5.612.586. Rel.: O Sr. Min. Pedro Acioli — Agravante: União Esportiva Cultural Miracatuense — Agravado: R. Despacho de fl. 16 — Advogados: Drs. Joaquim de Almeida Baptista e Ruy Ferreira Brettas.

Decisão: A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 14-8-84 — Segunda Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos M. Velloso, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Ferrante votaram com o Relator. Ausente por motivo justificado o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

RECURSO CRIMINAL Nº 1.060 — CE

(Registro nº 5.645.441)

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Recorrente: Justiça Pública

Recorridos: Francisco Roberto de Souza, Francisca de Oliveira Ferreira, Maria Helena Costa Soares, Margarida Maria Santos da Silva, Francisco Costa Lima, Claudimilson Ferreira Nojosa e outros

EMENTA

Recurso em sentido estrito. Denúncia rejeitada. Descumprimento às regras do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Nos crimes praticados em concurso de agentes, pela diversidade em que se colocam os vários participantes, impõe-se o dever de que a denúncia seja mais explícita, não escondendo qualquer circunstância que envolve o fato a ser apurado em Juízo. Recurso a que se nega provimento, a fim de que o Ministério Público cumpra o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da Justiça Pública, para confirmar o des-

pacho recorrido, 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 **José Cândido**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Inconformado com o despacho de fls. 162/3, que rejeitou a denúncia exordial, dele recorre, em sentido estrito, o ilustre Procurador da República no Estado do Ceará, Dr. Francisco de Araújo Macedo Filho, pugnando pela sua revisão, a fim de que seja recebida e processada a denúncia que ofereceu contra os acusados.

Em defesa do seu ponto de vista, diz o ilustre recorrente: (lê fls. 173/5).

Os indiciados não se manifestaram.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República pugna pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A dúvida suscitada pelo artigo 41 do Código de Processo Penal está a repetir-se continuamente. Ele estabelece que a denúncia ou a queixa contenha «a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias...», o que exige da parte do denunciante o cuidado de não omitir as informações necessárias a um completo conhecimento da causa a que está respondendo o réu.

Não é o fato de ser sucinta a denúncia. Muitas vezes a sua extensão também acaba por não definir os detalhes que se fazem necessários para

a fixação da responsabilidade criminal.

A douta Subprocuradoria pondera que as imperfeições da denúncia, «como é curial, poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final» (fl. 186). Isso é verdadeiro. Mas nem por isso pode o Ministério Público reservar para a instrução fatos e circunstâncias que de logo devam ser apontadas, a fim de não se surpreender o acusado, no instante em que vai responder aos termos da ação, a começar pelo interrogatório.

No caso dos autos, temos que reconhecer a imprecisão dos termos da denúncia. Se o doutor Juiz tomar, simplesmente, como lhe é permitido, a iniciativa da leitura da denúncia, para cada um dos acusados, dificilmente eles poderão deduzir sobre que forma está o Ministério Público a considerar a sua atuação no crime.

Processos dessa ordem, com mais de uma dezena de acusados, não podem deixar de ser mais explícitos, de modo a tornar reconhecível, por parte de cada um deles, o fato criminoso que lhe está sendo imputado. É que o concurso de agentes põe os réus, algumas vezes, em conflito, sendo lógico exigir-se mais clareza das circunstâncias do delito.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, a fim de que prevaleça o despacho atacado.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 1.060 — CE — Registro nº 5.645.441 — Relator: O Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Justiça Pública. Recdos.: Francisco Roberto de Souza, Francisca de Oliveira Ferreira, Maria Helena Costa Soares, Margarida Maria Santos da Silva, Fran-

cisco Costa Lima, Claudimilson Ferreira Nojosa e outros.

despacho recorrido. (Em 31-8-84 — 2ª Turma).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da Justiça Pública, para confirmar o

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

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.773 — DF
(Registro nº 3.303.179)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Recorrentes: SUDEPE e Antônio Pádua de Andrade

Recorridos: Os mesmos

Advogados: Drs. Rômulo de Souza Pires e Tomaz Zuzarte Adorno Filho

EMENTA

Trabalhista. Vínculo empregatício. Grupo tarefa. Violação do artigo 8º, IV, do Decreto nº 67.561/70 e do artigo 111 do Decreto-Lei nº 200/67.

Implica em descumprimento dos dispositivos acima mencionados a contratação de serviços remunerados mediante pagamento contra recibo, se as circunstâncias de que se reveste esse trabalho (continuidade por quase dois anos, remuneração mensal certa e subordinação hierárquica) revelam natureza empregatícia. Subordinação do pacto ao regime da CLT, com o pagamento das indenizações, exceto no tocante às horas extras e ao levantamento do FGTS. Recursos desprovidos.

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 a ambos os recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Leitão Krieger**, Presidente — Ministro **Carlos Thibau**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Trata-se de recursos ordinários em reclamação trabalhista movida por Antônio Pádua de Andrade contra a Superintendência do Desenvolvimento da Pesca — SUDEPE, objetivando o recebimento de valores decorrentes de sua despedida.

Alegou o impetrante que trabalhou para a impetrada no período de 26-10-77 a setembro de 1979, na função de Auxiliar de Administração, sendo-lhe negada a respectiva indenização, quando de sua dispensa, razão pela qual pleiteia o recebimento de salário, repouso remunerado, horas ex-

tras habituais, férias, 13º salário, FGTS, aviso prévio e horas extras, num total de Cr\$ 153.855,20, acrescidos de juros moratórios, correção monetária e multa (fls. 2/3).

A fl. 38 foi realizada audiência, sem possibilidade de conciliação, no curso da qual a reclamada juntou contestação (fls. 11/37) afirmando que o reclamante nunca prestou-lhe serviços sob a égide da CLT, mas sim como colaborador eventual na forma prevista no Decreto-Lei nº 200/67, artigo 111, sem qualquer vínculo empregatício, conforme os Decretos nº 66.222/70, nº 67.561/70 e nº 66.715/70.

Dando prosseguimento à audiência, às fls. 48/49, e sendo novamente impossível a conciliação, o MM. Juiz Federal, Dr. Ilmar Nascimento Galvão prolatou a sentença de fls. 51/54, em que julgou a ação procedente em parte.

O MM. Juiz considerou existente o vínculo empregatício e condenou a SUDEPE a pagar ao reclamante um período de férias em dobro (2 salários), férias proporcionais (10/12 do salário), aviso prévio (1 salário) e gratificação natalina (22/12 de um salário), devendo ser indevida na remuneração a parcela correspondente ao repouso semanal, não computado pela reclamada.

A quantia total dessas parcelas foi calculada pelo MM. Juiz em Cr\$ 30.498,00, a que S. Exa. fez incidir juros e correção monetária, na forma da lei.

Além disso, obrigou a SUDEPE a recolher as contribuições previdenciárias devidas e a fazer as anotações de lei na carteira profissional do reclamante.

A reclamada recorreu ordinariamente às fls. 56/57, o mesmo fazendo o reclamante às fls. 63/65.

Ambas as partes contra-arrazoaram os respectivos recursos e, nesta Instância, inclinou-se a dou-

ta Subprocuradoria-Geral da República, à fl. 72, pelo provimento do recurso da reclamada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): Merece confirmação a respeitável sentença apelada, que bem examinou a questão, *in verbis* (fls. 52/53):

«A reclamada não contrariou a afirmativa, feita pelo reclamante, de que trabalhou para ela continuamente, sob regime de subordinação hierárquica e mediante salário, de outubro de 1977 a setembro de 1979.

Limitou-se a sustentar que foi ele recrutado como colaborador eventual, circunstância que de modo nenhum elide as conseqüências jurídicas dos fatos que, da forma que ocorreram, configuraram plenamente a relação empregatícia descrita no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Portaria nº 403/77, cuja cópia instruiu a contestação, demonstra que a reclamada organizou um verdadeiro quadro de pessoal, intitulado «grupo tarefa», sob pretensão regime de colaboração, o que não se coaduna, em absoluto, com o espírito do artigo 111 do Decreto-Lei nº 200/67.

Fê-lo, na verdade, em flagrante contraste com a regra do artigo 8º, IV, do Decreto nº 67.561, de 12 de novembro de 1970, por ela invocado, segundo a qual a utilização de serviços retribuídos mediante recibo somente será permitida «por prazo certo, não superior a 11 meses e sem renovação, após autorização do Presidente da República, para tarefas urgentes em programas de alta prioridade ou de emergência de caráter assistencial, organizados em virtude de fenômenos climáticos, meteorológicos ou de natureza semelhante».

No caso, não ocorria qualquer dos pressupostos previstos no aludido dispositivo regulamentar.

A reclamada, ao negar a natureza laboral do vínculo que teve com o reclamante, admitiu implicitamente não lhe haver pago aviso prévio, nem 13º salário. Admitiu, ainda, não lhe ter concedido férias durante o período de trabalho, nem recolhido as contribuições previdenciárias. Trata-se, na verdade, de vantagens próprias do contrato de trabalho, não reconhecido por ela.

Por outro lado, não negou o valor do salário mensal indicado pelo reclamante na inicial.

O reclamante, por sua vez, não comprovou, como lhe incumbia, a prestação de serviço sob regime extraordinário, não tendo direito, portanto, à retribuição que pretende, a esse título. Igualmente, à falta de prova de opção pelo FGTS, falece-lhe direito a levantar parce-

las do Fundo, parcelas essas que, aliás, não foram recolhidas.»

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.773 — Registro nº 3.303.179 — DF. Relator Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrentes: SUDEPE e Antônio Pádua de Andrade. Recorridos: os mesmos. Advogados: Drs. Rômulo de Souza Pires e Tomaz Zuzarte Adorno Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento a ambos os recursos (Em 13-4-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Leitão* Krieger votaram com o Relator. Não compareceu por motivo justificado o Sr. Ministro Washington Bolívar. O Sr. Ministro Jarbas Nobre não compareceu por motivo de licença. Impedido o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Leitão Krieger.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 6.692 — BA

(Registro nº 3.440.540)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Recorrente: Empresa Brasileiro de Correios e Telégrafos — ECT

Recorrida: Anália de Oliveira Santos

Advogados: Drs. Álvaro Conrado da Costa, outros e Fernando Santana e outro

EMENTA

Trabalhista. Inquérito Judicial.

1. Ato de improbidade supostamente praticado por empregada estável da ECT, que configuraria, simultaneamente, crime de peculato.

2. A absolvição da servidora, na instância penal, por simples inexistência da prova material do delito (artigo 386, II, do CPP), não é prejudicial da ação trabalhista (artigo 66 do CPP e 1.525 do CC).

3. Improcedência do inquérito trabalhista que se impõe, contudo, pela falta de comprovação do ato de improbidade.

4. Sentença mantida.

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, 14 de agosto de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Carlos Thibau**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Trata-se de recurso ordinário interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, Dr. José Lázaro Alfredo Guimarães, que julgou improcedente inquérito trabalhista que a recorrente moveu contra a servidora estável Anália de Oliveira Santos, determinando-lhe a readmissão da empregada, com o pagamento dos salários suspensos acrescidos de juros de mora e de correção monetária (fls. 335/337).

A recorrida era gerente e única funcionária da agência da ECT na cidade de Antas, interior da Bahia, e foi lhe imputada a apropriação indébita da quantia total de Cr\$ 58.596,44, relativa às vendas da empresa obtidas nos meses de outubro e novembro de 1977.

A par do procedimento administrativo que, depois, desaguou neste inquérito trabalhista, foi instaurada ação penal contra a recorrida, cujo fim foi uma sentença absolutória, com fundamento no artigo 386, II, do CPP, por inexistência de prova material do delito (fls. 325/326).

Após o trânsito em julgado da decisão penal, o mesmo Juiz que a proferiu exarou a sentença ora recorrida, tendo, em audiência, fixado em Cr\$ 300.000,00 o valor da causa, porque na inicial esse detalhe fora omitido.

Ao dar pela improcedência do inquérito, o MM. Juiz fê-lo ao argumento de que o ato de improbidade por parte da reclamada não fora comprovado pela ECT, eis que o único depoimento incriminador seria o do funcionário da empresa Francisco Helder de Freitas Uchôa, que realizara a inspeção na agência onde trabalhava sozinha a recorrida (fl. 243).

A recorrida repôs a quantia total e a ECT, após a prova testemunhal, pediu a suspensão do feito face à possibilidade de entrar em acordo com a servidora (fl. 299).

Ante o silêncio da empresa, pediu a recorrida o prosseguimento do inquérito, ao mesmo tempo em que juntou cópia da sentença penal (fls. 321/326).

Julgado o inquérito, entrou a ECT com o recurso ordinário de fls. 349/354, tendo a recorrida apresentado suas contra-razões de fls. 360/364, em que argüiu a intempestividade do recurso.

Nesta instância, a douta SGR, opinou pelo provimento do recurso, endossando as razões da ECT.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): O recurso foi protocolado na Justiça Federal em 1º-10-82 (fl. 349).

A sentença data de 13-9-82, e foi publicada em 22-9-82 (fl. 341).

Porém, a notificação da empresa ocorreu em 23-9-82, segundo o recibo que se encontra no verso de um dos

documentos de entrega de correspondência de fl. 342.

O parágrafo único do artigo 774 da CLT estabelece que a notificação dos atos da Justiça do Trabalho será feita pessoalmente, por via postal, de modo que é irrelevante, no caso, a publicação da sentença para efeito de início de prazo para interposição de recurso.

Notificada que foi a ECT em 23-9-82, o prazo do recurso terminaria em 1º-10-82, ou seja, na mesma data em que ele entrou.

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto ao mérito, entendo que o MM. Juiz decidiu a questão corretamente, porque não ficou suficientemente provada a existência do ato de improbidade já examinado sob o ângulo penal, na respectiva instância, sem que, contudo, se possa falar em prejudicial da sentença criminal sobre a trabalhista, como, aliás, o MM. Juiz bem acentuou, *verbis*:

«A questão prejudicial concernente à coisa julgada decorrente da sentença criminal absolutória também desfavorece a requerida.

A interpretação conjugada dos artigos 66 do Código de Processo Penal e 1.525 do Código Civil leva à distinção do decisório que efetivamente reconheceu a inexistência do fato, daquele que concluiu pela não-comprovação da existência material do delito e da autoria.

Dessa última espécie a sentença reproduzida às fls. 325/6, que aliás, faz remissão ao disposto no artigo 386, II, CPP (carência de prova), e não ao seu inciso I (inexistência do fato).

No mérito, porém, inviabiliza-se o acolhimento do pedido, por absoluta falta de prova do fato em que se baseia.

A requerida remetia, em malas postais as quantias que recebia,

como responsável pela Agência de Antas, da ECT.

A única testemunha que a incrimina é o próprio inspetor denunciante, mas reconhecendo que ela jamais confessou o alcance e se refere à adulteração de documentos que em nenhuma oportunidade foram devidamente submetidos à perícia.

Até prova em contrário, presume-se a fidelidade da funcionária com mais de 20 anos de serviço, sem qualquer falta anterior, e que fez normalmente as entregas de malas com numerário.

Em não chegando o dinheiro à agência central e se havia prova de adulteração referida pelo inspetor, que a exibisse a requerente.

Sem se desincumbir a contento desse ônus é que não pode ver prosperar o inquérito.

A requerente, em petição superveniente alegou também a configuração de desídia. Os fatos que autorizariam essa conclusão, entretanto, não estão expostos na inicial, daí a impossibilidade de serem aqui examinados » (fls. 336/337).

Com efeito, o inspetor Francisco Helder de Freitas Uchôa não aceitou a justificativa de que as duas importâncias haviam sido por ela remetidas para a Agência Central de Salvador em dois malotes registrados.

Isso porque as duas quantias não teriam chegado ao destino e a recorrida alegou que haviam se extraviado os comprovantes da remessa.

O inspetor, em seu depoimento, referiu que a recorrida jamais admitiu a culpabilidade e que os valores supostamente remetidos por ela para Salvador teriam sido adulterados nas cópias das listas dos registrados (fl. 243).

Porém, providência alguma tomou para apurar o fato.

Concordo com o MM. Juiz, ainda mais porque a tentativa de acordo, ventilada pela ECT, com uma servidora a quem antes imputou a prática de crime e de ato de improbidade, se não apenas causa estranheza, por partir de uma empresa do Governo, que deve se pautar pelo princípio da moralidade, infirma as denúncias objeto desse e do outro processo.

Nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 6.692 — Registro nº 3.440.540
— BA — Relator: O Sr. Ministro Car-

los Thibau. Recorrente: ECT Recorrida: Anália de Oliveira Santos. Advs.: Drs. Álvaro Conrado da Costa, outros e Fernando Santana e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 14-8-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

REVISÃO CRIMINAL Nº 412 — SP

(Registro nº 3.409.961)

Relator Originário: Ministro Carlos Thibau

Relator para o Acórdão: Ministro Washington Bolívar

Revisor: Ministro Carlos Madeira

Requerente: Diógenes Pereira

Requerida: Justiça Pública

EMENTA

Penal e Processual Penal. Revisão (CPP, artigo 621, I). Extinção da punibilidade pela prescrição da pena concretizada na sentença.

1. Aplicada somente a multa, isoladamente e em substituição à pena de privação de liberdade, com fundamento no § 1º do artigo 171 do Código Penal, de logo incidiu a causa extintiva da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, o que, na mesma sentença, deveria, de logo, ter sido declarado, tendo em vista o disposto no artigo 61, do Código de Processo Penal, com fundamento no artigo 110, caput, do Código Penal (em sua antiga redação), combinado com o artigo 114, do mesmo Código e a inteligência dada pela Súmula nº 146, do Egrégio Supremo Tribunal, pela anterioridade do fato delituoso à Lei nº 6.416/77.

2. Revisão criminal conhecida e parcialmente provida. Votos vencidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do pedido e, por maioria, deferi-lo parcialmente, 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 **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Washington Bolívar**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Carlos Thibau**: Diógenes Pereira, condenado pelo MM. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara de São Paulo à pena de Cr\$ 0,50 (cinquenta centavos) de multa, pela prática do crime previsto no artigo 171, § 1º, do Código Penal, com sentença transitada em julgado, sem que houvesse apelação de qualquer das partes, requer revisão criminal dessa decisão, que seria contrária à evidência dos autos.

O suplicante foi condenado, por sentença datada de 18-2-82 porque, segundo a denúncia, no dia 31 de janeiro de 1976, fingindo-se fiscal da SUNAB, apresentou-se ao estabelecimento comercial de José Aparecido Pereira, na cidade de S. Paulo, e ameaçou multá-lo em três salários mínimos por falta de tabela de preços, insinuando que relevaria a multa em troca de qualquer quantia em dinheiro.

O comerciante, intimidado, entregou ao falso fiscal a quantia de Cr\$ 100,00 (cem cruzeiros), tendo, posteriormente, descoberto que fora vítima de um logro.

Sustenta o suplicante que a sentença condenatória baseou-se em confissão obtida na fase policial, insuficiente, por si só, para servir-lhe de base, tanto mais que não foi por ele assinado o auto de apreensão dos supostos carimbos da SUNAB, que detinha, sendo que a prova testemunhal seria de nenhum valor devido à suspeição dos depoentes.

Além do mais, as declarações da suposta vítima seriam contraditórias, tanto que ainda mais infirmadas pelas de sua mulher.

Salienta ser pessoa honesta e dedicada ao trabalho, apresentando declarações nesse sentido, bem assim certidões quanto aos seus antecedentes.

A inicial foi instruída com grande quantidade de documentos (fls. 19/76).

No HC nº 56.444-5-SP a E. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal declarou nulos todos os atos praticados pela Justiça Estadual de São Paulo, por ser competente a Justiça Federal, para onde foram os autos mandados.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, aprovado pelo então Subprocurador-Geral da República, Dr. Hélio Pinheiro da Silva, hoje eminente Ministro deste Tribunal, manifestou-se pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva nos termos da Súmula nº 146, E. STF, ao tempo em que foi proferida a sentença, datada de 18-2-79, enquanto que a denúncia foi recebida em 17-4-79 (fl. 42).

Seria, assim, de não se conhecer da revisão criminal.

Caso isso não ocorra, deveria ser o pedido indeferido, posto que, no entender da douta Subprocuradoria-Geral da República, a condenação foi lastreada não apenas na confissão obtida na polícia e sim no conjunto de provas amealhadas no processo, inexistindo, de outro lado, condenação contra a evidência dos autos.

Diante da petição do requerente e dos documentos de fls. 85/112, abriu vista à douta Subprocuradoria-Geral da República, que ratificou o

seu pronunciamento anterior (fls. 114/115).

É o relatório.

Ao meu eminente Revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau (Relator): Face à anulação de todos os atos praticados no processo pela Justiça Estadual de São Paulo, nova denúncia foi oferecida, dessa feita, pelo Ministério Público Federal, em 5-4-79 (fl. 99) e recebida em 17-4-79 (fl. 42).

Ocorre que a sentença foi prolatada em 18-2-82, quando já tinha decorrido o prazo prescricional de dois anos, estabelecido no artigo 114 do Código Penal para os casos de imposição de pena de multa, unicamente.

O MM. Juiz Federal, com base na Súmula nº 146 do STF, deveria ter declarado de ofício tal prescrição, tanto mais que ela extinguiu a própria ação penal e não somente a pretensão executória da pena. Isso porque o crime ocorreu em 31-1-76, antes, pois, da vigência da Lei nº 6.416/77, que alterou o artigo 110 do Código Penal.

Entre o fato delituoso e o recebimento da denúncia (17-4-79), ou entre esse despacho e a sentença (18-2-82) decorreram sempre mais de dois anos.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 8-6-84, em sua 1ª Turma, o HC nº 61.903-7-RJ, sendo Relator o eminente Ministro Rafael Mayer, concedeu a ordem, à unanimidade, com base na Súmula nº 146, para decretar a prescrição de *iuspuniendi*, em virtude de haver-se, no processo revisional, optado pela redução da pena anteriormente imposta ao paciente, cujo crime ocorra antes da Lei nº 6.416/77 (in DJ de 10-8-84, págs. 12.445/12.446).

Neste processo a própria pena originária enseja o reconhecimento do prazo extintivo, de ofício.

Declaro, pois, a extinção da punibilidade pela prescrição da ação penal.

Em consequência, julgo prejudicado o pedido de revisão criminal.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Revisor): A revisão é requerida com base no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, esforçando-se o requerente em demonstrar que a sentença foi proferida contra a evidência dos autos.

Para tanto, o requerente junta cópias dos depoimentos das testemunhas da acusação, e tece demorada crítica aos mesmos, visando a infirmá-los.

Tenho que tais críticas não obscurecem o que o Juiz viu claramente, ao proferir a sentença: o arдил com que se houve o requerente para obter a vantagem indevida, de modesto comerciante passando-se por fiscal da SUNAB.

Aliás, o Juiz anotou que o requerente já se vira envolvido em três processos, por fatos idênticos.

A sentença está, assim, coerente com a prova, não se podendo vislumbrar tenha sido proferida contra a evidência dos autos.

Quanto à prescrição da pretensão punitiva, creio acertada a solução apontada pela Subprocuradoria-Geral da República, nesta passagem:

«É de legítimo interesse que carece o peticionário, pois, não há que se falar em prejuízo para o requerente, nada impedindo que o mesmo solicite providências no sentido de não constar, na sua fo-

lha de antecedentes, qualquer referência à condenação.»

Indefiro a revisão, facultando ao requerente a solução aventada.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Gueiros Leite: O Ministro-Relator julgou extinta a punibilidade pela prescrição da pena **in abstracto** e declarou prejudicado o pedido de revisão. O Ministro-Revisor deferiu a revisão para igualmente decretar a extinção da punibilidade pela prescrição.

Acompanho o eminente Relator, que julgou prejudicada a revisão por não haver o que revisar. Ele examinou primeiramente a extinção do **jus puniendi**, esvaziando o pedido revisional, que apenas serviu de veículo à providência indicada, possível também pela via do **habeas corpus**.

Para deferir a revisão, somente poderia fazê-lo ao exame do mérito, nos termos do artigo 621, I, do CPP (sentença contrária à evidência dos autos), com reapreciação da prova. Se a sentença não existe, pois não poderia ser dada após o biênio legal, inócuo seria examinar ou rever o seu suporte probatório.

O parecer cogita do não-conhecimento da revisão (fl. 80). Mas se assim fizermos não teremos oportunidade de examinar, como fizemos, a extinção da punibilidade, senão **ex officio**.

Voto com o eminente Relator.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar: A presente revisão criminal foi requerida com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal. O dispositivo invocado autoriza a revisão quando ocorre uma das hipóteses alternativas ou ambas.

Assim dispõem os preceitos invocados:

«Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I — quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos.»

No caso sob exame, à vista da prova apresentada — a mesma existente nos autos da ação penal — que o requerente analisa, para demonstrar que a condenação se deu contrariando-a, verifica-se que o fundamento da revisão é a referente à contrariedade «à evidência dos autos».

A sentença tem a seguinte fundamentação (fls. 42/45, lê).

A análise da prova, como se vê, é escorreita, incensurável.

A condenação, entretanto, se deu na alternativa de multa, prevista no artigo 171, § 1º, que faz remissão ao artigo 155, § 2º, todos do Código Penal.

A pena de multa prescreve em dois anos (CP, artigo 114).

A ação penal sofreu acidentes, sendo a intentada perante a Justiça Estadual anulada, **ex radice**, pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, por incompetência *ratione materiae*, pois a competência era da Justiça Federal.

Assinala o eminente Relator, o Sr. Ministro Carlos Thibau, que «entre o fato delituoso e o recebimento da denúncia (17-4-79), ou entre esse despacho e a sentença (18-2-82) decorreram sempre mais de dois anos».

Assim, entende que, pela pena concretizada na sentença e tendo em vista a anterioridade do fato ao advento da Lei nº 6.416, de 1977, mais desfavorável, no caso, se deve declarar, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva e julgar-se, em consequência, prejudicado o pedido. Acompanhou-o mediante voto-vista, o eminente Ministro Gueiros Leite.

O eminente Ministro Carlos Madeira, Revisor, simplesmente indefere a revisão, facultando ao requerente a solução aventada pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, isto é, que o peticionário solicite providências para não constar, na sua folha de antecedentes, qualquer referência à condenação.

Entendo, com o eminente Revisor, que a sentença está coerente com a prova, não tendo, assim, sido prolatada contra «a evidência dos autos». Por essa razão, o pedido revisional deveria ser, efetivamente, indeferido, como o fez Sua Excelência.

Conheço, entretanto, do pedido, pela infringência do mesmo inciso I, mas na sua primeira parte — isto é, «quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal».

Com efeito, embora tenha sido, pela pena concretizada na sentença, apenas multa, que se materializou a causa extintiva da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na mesma sentença deveria ter ela ficado, desde logo, declarada, tendo em vista o disposto no artigo 110, *caput*, do Código Penal (em sua antiga redação), combinado com o artigo 114, do mesmo código, tendo em vista a inteligência dada pela Súmula nº 146, do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Assim, longe de se ter como inexistente a sentença, em face da prescrição, só há prescrição pela preexistência da decisão que concretizou em multa a pena imposta, porque a pena cominada ao delito de estelionato, recorde-se, é a de reclusão, de um a cinco anos, e multa, isto é, trata-se de pena cumulativa. A multa somente foi aplicada, isoladamente, e em substituição à pena corpórea, por aplicação do § 1º do artigo 171, do Código Penal. A sentença, pois, no caso, não apenas é existente, como necessária.

Ora, se a prescrição se regula pela pena imposta e se é dever do Juiz declará-la, de ofício, nos termos do artigo 61, do Código de Processo Penal, tão logo o magistrado se capacitou, pela concretização, na sentença, da pena imposta (multa), que ocorrerá a prescrição da própria pretensão punitiva, assim deveria ter arrematado a decisão.

Não posso declarar, agora, mediante conversão em *habeas corpus*, a aludida prescrição, porque não se encontra em perigo a liberdade de locomoção do sentenciado (CF, artigos 153, § 20, e 647, CPP).

Mas posso dizer, como conseqüência deste pedido de revisão, que a sentença contrariou texto expresso de lei, pois, em verdade, assim ocorreu, quando, desde logo, não declarou a prescrição, *ex officio*.

Assim, não está ela prejudicada, mas é causa eficiente para que se faça tal declaração, cujos efeitos se operam *ex tunc*.

Nem poderia o requerente, mediante simples pedido de providências à autoridade administrativa pertinente, obter anotação referente à prescrição, sem declaração formal do Judiciário.

Ante o exposto, e lamentando divergir das conclusões dos eminentes Srs. Ministros Relator e Revisor, conheço do pedido de revisão, com fundamento no artigo 621, I (primeira parte), por ter havido infringência, na sentença, ao disposto no artigo 61, do Código de Processo Penal, e ao artigo 110, *caput* (redação anterior), c/c o artigo 114, do Código Penal. E, conhecendo-o, lhe dou provimento parcial, para declarar que a sentença passará a conter a declaração da prescrição da pretensão punitiva, para que produza todos os seus jurídicos efeitos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RvCr nº 412 — SP — Registro nº 3.409.961 — Relator originário: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Relator p/ Acórdão: O Sr. Ministro Washington Bolívar. Revisor: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Repte.: Diógenes Pereira. Reqda.: Justiça Pública.

Decisão: A Primeira Seção do TFR, por unanimidade prosseguindo-se no julgamento, conheceu do pedido e, por maioria, deferiu-o parcialmente, para declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo

em vista a pena concretizada na sentença (Em 10-10-84).

Os Srs. Ministros William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezini, Costa Lima e Leitão Krieger votaram de acordo com o Sr. Ministro Washington Bolívar. Vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Carlos Thibau e Gueiros Leite e, **in totum**, o Sr. Ministro Carlos Madeira. Impedido o Sr. Ministro Hélio Pinheiro. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **Lauro Leitão**.