

---

**JURISPRUDÊNCIA**

---



**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES NA  
AÇÃO RESCISÓRIA Nº 765 — AM**

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Agravante: União Federal

Agravado: Despacho de fls. 408

**EMENTA**

**Ação rescisória. Embargos infringentes. Julgamento. Proclamação do resultado, (RI — art. 152 § 1º), sem que ninguém suscitasse questão de ordem. Pedido de suspensão do resultado do julgamento, feito em petição protocolizada no dia seguinte, sem fundamento regimental. Seu deferimento. Agravo regimental desprovido.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade dos Srs. Ministros presentes, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1983 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Relembro o caso lendo trecho do relató-

rio do eminente Relator dos embargos, Ministro Carlos Mário Velloso, que diz: (Lê)

«Trata-se de ação rescisória para desconstituir carta de arrematação expedida em execução fiscal movida à autora pela 1ª ré, União Federal, sendo arrematante, o 2º réu, Banco do Estado do Amazonas S.A., ação que, no mérito, foi julgada procedente, por unanimidade, pela Egrégia 2ª Seção, Relator o Sr. Ministro Justino Ribeiro (fls. 319/356). Acontece que, no julgamento da causa, foram suscitadas duas preliminares: a) carência de ação; b) impropriedade da ação. A primeira, de carência, foi rejeitada, unanimemente. A segunda, todavia, de impropriedade da ação, foi também rejeitada, mas por maioria.»

Colocadas em pauta, sucedeu a primeira votação, com o seguinte resultado: (Lê)

«Certifico que a Segunda Seção, iniciando, nesta data, o julgamento desta Ação, proferiu a seguinte decisão: «A Seção, preliminarmente, por unanimidade, rejeitou a argüição de descabimento dos embargos. No mérito, após os votos dos Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves e Miguel Ferrantê, recebendo ambos os embargos, e dos Srs. Ministros Bueno de Souza e Pedro Acioli, rejeitando-os, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz, aguardando os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral e Torreão Braz. Não participou da assentada, por não haver assistido ao relatório, o Sr. Ministro Sebastião Reis. Ausente, por se encontrar licenciado, o Sr. Ministro Armando Rollemberg».

Prosseguindo-se no julgamento, em outra assentada, obteve-se o seguinte resultado, que foi proclamado pela Presidência, nestes termos: (Lê)

«Rejeitaram-se os embargos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Miguel Ferrante e Antônio de Pádua Ribeiro.

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Geraldo Sobral e Sebastião Reis, que se deu por habilitado na forma regimental, votaram com o Sr. Ministro Bueno de Souza, designado para lavrar o Acórdão.

Ausente na assentada de 7-6-83, por motivo justificado, o Sr. Ministro Torreão Braz.

Não participou do julgamento, por se encontrar licenciado, o Sr. Ministro Armando Rollemberg.»

Contra essa proclamação o Banco do Estado do Amazonas, no dia seguinte, apresentou o seguinte requerimento: (Lê)

«V. Exa. ao presidir a sessão da Egrégia 2ª Seção no dia 7 de junho de 1983, ao concluir o julgamento dos Embargos à Ação Rescisória nº 765 verificou o empate na votação (4 a 4). Então, o eminente Ministro Sebastião Reis prontificou-se a votar, desempatando. Ocorre, entretanto, que esse eminente Magistrado não assistira à sustentação oral dos advogados no início do julgamento em sessão anterior. Para o caso, não se aplica, data venia, o disposto no art. 151, § 2º, do RITFR, que exclui de julgamento em caso de adiamento, os Ministros que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo se se derem por esclarecidos, porque houve sustentação oral dos advogados, tanto que o parágrafo seguinte (art. 151, § 3º), no caso de desempate, manda renovar o relatório e a sustentação oral. Na hipótese, para o caso presente, não há necessidade dessa renovação, porquanto falta o voto do Eminente Ministro Torreão Braz, presente à sessão inicial de julgamento. O voto do Eminente Magistrado Ministro Sebastião Reis sem ouvir a sustentação oral ou receber o memorial, importa em cerceamento de defesa e desigualdade entre as partes. Por esses motivos o Banco do Estado do Amazonas, embargante, requer a V. Exa. a suspensão da proclamação do resultado do julgamento para que os autos sejam conclusos ao Sr. Ministro Torreão Braz, ausente na segunda assentada, posto que assistiu aos debates do julgamento na forma regimental, para dirimir a questão do desempate».

Esta postulação, conclusos os autos, foi solucionada pelo despacho do teor seguinte: (Lê)

«O embargante impugna a ata da sessão do dia 7 do corrente, da Segunda Seção, e pede a suspensão da proclamação do resultado do julgamento, ao argumento de cerceamento

mento da defesa, visto que, verificado empate na votação, para dirimi-lo, tomou-se voto de Ministro que não assistira ao relatório e à defesa oral, na sessão anterior, mas, que se declarou esclarecido — RI, art. 151, § 2º, ao em vez de mandar os autos à conclusão do Ministro que assistira ao relatório e aos debates orais, na sessão inicial, mas que, por motivo justificado não se fez presente à sessão em que se prosseguiu o julgamento.

O Ministro, ao se declarar esclarecido sobre o caso, e votar, exerceu prerrogativa dele. Com o seu voto encerrou-se a votação e proclamou-se o resultado — RI, art. 152, § 1º — sem que alguma parte levantasse questão de ordem, de modo que o pedido de suspensão do resultado do julgamento feito em petição protocolizada no dia seguinte — 8 de junho — não tem procedência nem base legal.

Indefiro.

Brasília, 23 de junho de 1983».

Publicado o despacho, interpuseram agravo regimental o Banco do Estado do Amazonas e a União Federal, pleiteando a suspensão da proclamação do resultado e que se lhes propicie novo relatório, e outra asentada de julgamento.

Tendo sustentado o despacho agravado, e porque o eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis, posto que não tivesse assistido ao relatório, declarou-se esclarecido sobre o caso em julgamento e apto a votar, consoante está escrito na ata da sessão do julgamento, tomou-se-lhe o voto.

É este o relatório, feito com as explicitações necessárias à compreensão do caso.

Não tenho voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, ao que

apreendi, no julgamento dos embargos infringentes contra Acórdão que decidiu uma ação rescisória, na Sessão em que o julgamento se encerrou, o Sr. Ministro Sebastião Reis, que não assistira ao relatório, deu-se por esclarecido e votou. Isso tendo ocorrido, e encerrada a votação, o Sr. Ministro-Presidente proclamou, como lhe cabia, a decisão da Corte. No dia seguinte ao julgamento, uma das partes apresenta petição ao Sr. Presidente, na qual pede a suspensão da proclamação da decisão.

Sr. Presidente, a petição apresentada pelo ilustre advogado, na qual pediu a suspensão da proclamação, não tem figura processual e nem regimental.

Esclareça-se, por primeiro, que, na forma do Regimento Interno, art. 151, § 2º, o eminente Ministro Sebastião Reis, dando-se por esclarecido, poderia votar. S. Exa. assim tendo procedido, o fez com base no Regimento. Elogiável atitude do Magistrado, que, esclarecido dos lances do processo, não foge ao cumprimento primordial do seu dever, que é julgar.

A questão, todavia, nem precisaria ser examinada sob este aspecto. É que, procedendo na forma do Regimento o Sr. Ministro Sebastião Reis, cumpria à parte, antes de proclamada a decisão, suscitar questão de ordem, como bem disse V. Exa., Sr. Ministro-Presidente, no seu respeitável despacho. Assim, entretanto, não procedeu.

Estou em que, Sr. Presidente, V. Exa. decidiu com acerto a questão suscitada.

Confirmo o despacho de V. Exa.

Nego provimento ao agravo regimental.

#### VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, inclinar-me-ia por nem mesmo conhecer do recurso.

Entretanto, em consideração à proverbial moderação que norteia as decisões de V. Exa., ao resumir, didaticamente, as razões pelas quais é impossível atender ao recorrente, inclino-me, nesta altura, por desprover o agravo e manter a sábia decisão recorrida.

#### EXTRATO DA MINUTA

AG. Reg. nos EAR nº 765-AM — Rel.: Min. Moacir Catunda. Agravante: União Federal. Agravado: Despacho de fls. 408.

Decisão: «A Seção, por unanimidade dos Srs. Ministros presentes, negou provimento ao agravo regimental». (Em 18-10-83. Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Geraldo Sobral.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

#### AÇÃO RESCISÓRIA Nº 843 — SP

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Autora: Nikkei Distribuidora de Legumes e Frutas Ltda.

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

#### EMENTA

**Processual civil.**

**Ação rescisória com fundamento no art. 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil.**

**A causa da rescindibilidade, prevista no aludido preceito, deve ser interpretada extensivamente, de molde a abranger o reconhecimento do pedido.**

**Reconhecimento do pedido do exequente feito pelo procurador do executado na ação incidental de embargos, sem poderes suficientes para tanto (CPC, art. 38).**

**Sentença que se baseou nesse reconhecimento. Sua desconstituição.**

**Procedência da rescisória.**

#### 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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam

fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Antonio Torreão Braz, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: Niquei Distribuidora de Legumes e Frutas Ltda., qualificada na inicial, quer rescindir a sentença do Juiz da 9ª Vara Federal de São Paulo, que julgou improcedente os embargos por ela opostos à execução fiscal promovida pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

Funda o pedido nos arts. 485, incisos VIII e IX, §§ 1º e 2º, e 352, inciso II, do Código de Processo Civil.

Aduz que o réu intentou contra ela, autora, execução fiscal por dívida oriunda de contribuições para o FUNRURAL, incidente sobre o valor comercial dos produtos rurais, devidas pelo produtor varejista, com base na legislação específica (Lei nº 4.214/63, art. 158, item I, letra a; Lei Complementar nº 11/71, art. 15, item I; Lei nº 6.195/74, art. 5º).

Realizada a penhora, constituiu advogado com os poderes da cláusula ad judícia. Aconteceu que referido procurador, exorbitando dos poderes conferidos, ao embargar a execução confessou o crédito cobrado, ou seja, a obrigação principal e os juros de mora, limitando-se a requerer a exclusão da correção monetária sobre a multa e a redução desta para 10% sobre o principal.

Tal procedimento redundou na sentença rescindenda, que transitou em julgado, condenando a autora ao pagamento de dois milhões e meio de cruzeiros.

A invalidade dessa confissão — argumenta — é manifesta, consoante o disposto nos arts. 1.326 do Código Civil e 38 do Código de Processo Civil, que exigem poderes especiais e expressos para tal fim.

De outra parte, argúi que a cobrança era de todo indevida, porquanto já estava vinculada, como empresa produtora e distribuidora atacadista, ao

sistema geral da previdência social anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 11/71 e do Decreto nº 69.919/72, fato comprovado por Certificado de Regularidade de Situação expedido em 25-7-69 (fls. 16/19). A propósito, colaciona em seu prolatório Acórdãos deste E. Tribunal.

Contestou o IAPAS, ressaltando a carência da ação à vista da norma do art. 349 do CPC. «Portanto — objetou — o fato do advogado ter dito, nos embargos, que «no que tange à contribuição e juros de mora, não se opõe a executada», não configura a confissão prevista na lei processual, pois, para que tal ocorresse, na confissão judicial espontânea, haveria a necessidade da parte requerê-la, lavrando-se o respectivo termo nos autos, com a homologação do Juízo, enquanto que na confissão provocada somente a parte poderia fazê-la, através de depoimento pessoal, o que não aconteceu». Ademais, ainda que positivada estivesse a confissão, não seria admissível a rescisória, nos termos das regras processuais aplicáveis, visto como a sentença não se baseou unicamente nessa confissão. No mérito, referiu a procedência da dívida, cuja liquidez e certeza a autora não logrou elidir.

O Ministro José Dantas, que me antecedeu, saneou o processo e facultou às partes a produção de provas (fl. 45), tendo sido ouvido, por intermédio de carta de ordem, o advogado Francisco Tavares Meirelles (fl. 103).

As partes arazoaram às fls. 108/109 e 112/113.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência do pedido (fl. 115).

Ê o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): No instrumento particular, em que a autora nomeou o Dr. Francisco

Tavares de Meirelles seu procurador, consta a outorga de poderes para, com a cláusula *ad judicium*, embargar a execução fiscal. Só e só.

Na petição de embargos, entretanto, o aludido causídico escreveu (fl. 15):

«No que tange à contribuição e juros de mora, não se opõe a executada. No entanto, o mesmo não ocorre quanto à correção monetária e ao valor exigido a título de multa».

E conclui o seu arrazoado nos seguintes termos (fl. 16):

«Pelo exposto, requer a embargante:

a) exclusão da correção monetária sobre as multas aplicadas;

b) reduzir o valor exigido a título de multas para 10% sobre o principal, não importando o tempo decorrido».

A sentença, ao relatar o feito, assinala que a executada não se opõe à cobrança da contribuição e juros de mora e, na motivação, sequer faz referência a essa matéria, limitando-se a analisar os pontos objeto do requerimento da embargante.

Ao que se colhe dos autos, a executada foi apanhada de surpresa, tanto que, decorridos quase quatro meses do trânsito em julgado da sentença, comunicou ao juiz a revogação do mandado e pediu a nulidade do processo (fls. 21/25).

Agora, cabe a indagação: a hipótese configura, ou não, confissão?

É evidente que ela não ocorreu, tomado o vocábulo no sentido próprio, ou seja, de meio de prova, tal como definida nos arts. 348 e 349 do Código de Processo Civil. Mas, inegavelmente, a declaração do advogado importa em reconhecimento do pedido, figura também incluída na causa de rescindibilidade de que cogita o art. 485, inciso VIII, do citado diploma.

Para encontrar a exata interpretação deste preceito, serviu-se José Carlos Barbosa Moreira do sentido emprestado pela doutrina ao art. 771 do Código português, que lhe serviu de fonte, escrevendo («Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, 1974, págs. 123/124):

«A primeira observação necessária é a de que, ao falar de «confissão», não tinha em vista o Código luso, aí, o meio de prova designado, com propriedade, por esse *nomem juris*, e disciplinado nos arts. 560 e seguintes. O instituto a que aludiam tanto o art. 360 quanto o art. 771, 4º, era na verdade o do reconhecimento do pedido do autor, contemplado nos arts. 292 e seguintes, sob a denominação imprópria de «confissão», como causa de extinção da instância».

Na seqüência da sua explanação, recomenda «que se interprete extensivamente o termo «confissão», no inciso VIII, para fazê-lo abranger também a figura do reconhecimento, como é da lógica do sistema» e conclui (pág. 125):

«À luz das precedentes considerações, o resultado a que até agora se chega, na exegese do inciso VIII, é o de que onde está escrito «confissão», desistência ou transação», deve ler-se «confissão, reconhecimento do pedido, renúncia ou transação». A sentença será rescindível, diz a lei, «quando houver fundamento para invalidar» qualquer desses atos, se num deles se tiver baseado a sentença».

Ora, não resta dúvida que a sentença rescindenda se baseou no reconhecimento do pedido e que o representante da embargante, autora desta ação, não tinha poderes para esse reconhecimento, que devem ser expressos *ex vi* do art. 38 do CPC.

Ao proceder como procedeu, à revelia da autora, conforme declarou em depoimento (fl. 103), o menciona-

do representante impediu que ela exercesse a sua defesa na execução fiscal, inclusive no concernente à alegação de que não estava obrigada a contribuir para o FUNRURAL, porque já vinculada anteriormente ao sistema previdenciário.

A vista do exposto, julgo procedente a ação para, rescindindo a sentença referida na petição inicial, anular o respectivo processo a partir da penhora, exclusive, restituído à autora o prazo para o oferecimento de embargos.

Condono o réu a pagar à autora a verba honorária de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) e determino a restituição do depósito.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** Senhor Presidente, desde o momento em que o Magistrado, em face dos embargos, ao invés de ensejar ao executado-embargante a ratificação do reconhecimento do pedido (que equivale, em seus efeitos, à confissão), ocasião em que, se não o ratificasse, certamente convalidaria a impugnação do crédito, tomou como eficaz o reconhecimento do pedido para desconsiderar os embargos, a marcha subsequente do processo de execução fiscal tresmalhou do rumo que a lei recomendava.

A sentença, em verdade, se baseou em reconhecimento do pedido; como tal, porém, não podia ser recebida a manifestação do executado neste sentido, por falta de poderes.

Ocorre, assim, que não há senão ensejar o retorno do feito ao ponto em que o magistrado deveria proceder tal como recomendado e, não, como fez.

Dadas as características especialíssimas do caso, a sentença desta rescisória não pode ir além, porque é preciso fazer voltar o processo àque-

la fase para que, então, se verifique se há ou não o reconhecimento do pedido, válido e eficaz: ou o que quer que, de outro modo, resulte da conduta processual do executado e se imponha à consideração do Juiz.

Com estas considerações, acompanho o Senhor Ministro-Relator.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Sr. Presidente, este é um caso curioso, porque, a rigor, quem faz reconhecimento do pedido é o réu e não o autor. O embargante é autor da ação de embargos e não réu. Mas, em face da peculiaridade da matéria, tendo em vista os aspectos relativos ao processo de execução, penso que é mesmo de admitir-se uma interpretação ampliativa do inciso VIII do artigo 485 do Código de Processo Civil, ampliação essa, como se vê, maior do que a preconizada pelo próprio eminente Ministro-Relator, pois, no caso, cuida-se de reconhecimento de pedido *sui generis*.

Acompanho Sua Excelência, pelas suas conclusões.

#### EXTRATO DA MINUTA

AR 843-SP — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Autora: Nikkei Distribuidora de Legumes e Frutas Ltda. Réu: IAPAS.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (Em 28-2-84 — Segunda Seção).

Os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg e Moacir Cautunda votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Otto Rocha.

## AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.020 — RS

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Autor: Olímpio Carvalho

Ré: União Federal

### EMENTA

**Militar. Contagem de férias em dobro para fim de inativação.**

As férias vencidas pelo militar e não gozadas, mesmo aquelas cujo período de gozo efetivo se projete para depois da inativação, contam-se em dobro para o fim desta. Não, porém, para efeito de quinquênios e obtenção de proventos do posto imediato.

### ACORDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar a ação improcedente, condenando o autor nas custas e na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e, ainda, determinar a reversão do depósito em favor da União, 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 fevereiro de 1984 (Data do julgamento). — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: O autor, 1º Tenente QOA do Exército, foi transferido compulsoriamente (ex officio) para a Reserva Remunerada em 14-11-77, por haver atingido o limite de idade para permanência na ativa (Portaria Ministerial nº 2-102, fl. 22). Por estar amparado pela Lei nº 1.156/50 (uma das chamadas leis de guerra), foi-lhe reconhecido o direito aos proventos do posto imediato, o de Capitão (fl. 21). Entretanto,

seu desligamento da tropa veio a ocorrer somente em 31-12-77 (fl. 20), quando teria completado 34 anos, 10 meses e 8 dias de serviço.

2. Alegando que em virtude dessa inativação compulsória deixou de gozar um período de 30 dias de férias programado para 1978, o autor ajuizou ação pela qual pretendia o acréscimo em dobro desse período ao seu tempo de serviço, passando a contar mais de 35 anos e, conseqüentemente, a fazer jus aos proventos do posto de Major e a mais um quinquênio.

Para tanto, invocou os seguintes preceitos da Lei nº 5.774, de 23-12-71 (Estatuto dos Militares então vigente):

«Art. 54. São direitos dos militares:

I — .....

II — a percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma quando, ao ser transferido para a inatividade, contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se oficial e mais de 30 (trinta) anos de serviço, se praça;

Seção III — Das férias e de outros afastamentos temporários do serviço.

Art. 68. ....

§§ 1º a 3º.....

§ 4º Somente em casos de interesse da Segurança Nacional, de manutenção da ordem, de extrema necessidade do serviço ou de transferência para a inatividade, os militares terão interrompidas ou deixarão de gozar na época prevista o período de férias a que tiverem direito, registrando-se, então, o fato, em seus assentamentos.

§ 5º Na impossibilidade absoluta do gozo de férias no ano seguinte ou no caso de sua interrupção pelos motivos previstos o período de férias não gozado, será computado dia a dia, pelo dobro, no momento da passagem do militar para a inatividade e somente para esse fim.» (Fls. 4/5).

3. Julgada improcedente a ação por sentença do MM. Juiz da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Sul (fls. 15/16), a qual, segundo a certidão de fl. 17, transitou em julgado em 31-5-82 por publicação do Acórdão pelo qual este Tribunal não conheceu da apelação, vem o autor com a presente rescisória, fundamentada no art. 485, V, do CPC. Alega violação do transcrito § 5º do art. 68 da Lei nº 5.774/71.

Deu à causa o valor de Cr\$ 521.211,00, que não foi impugnado.

4. Contestando, disse a União, preliminarmente, ser incabível a ação rescisória porque a sentença, ao contrário do que alega o autor, teria interpretado corretamente o preceito do Estatuto dos Militares e, segundo o acórdão, que aponta, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,

«O interesse da ação rescisória se restringe a fazer prevalecer a literalidade da disposição da lei e não a interpretação mais acertada, entre as divergentes. O acerto é função de outra ação ou do próprio sistema jurisprudencial. E não será a pretexto de uma violação a literal disposição de lei que se irá rescin-

dir um julgado cuja interpretação não foi de agrado de uma das partes» (Ac. unânime do 3º gr. de Cons. do TJ — RJ, de 10-9-80, na AR nº 243, Rel. Des. Almicar Laurindo, **apud**. O Processo Civil à luz da Jurisprudência, Alexandre de Paula, pág. 333)». (Fl. 31).

No mérito, pede a improcedência da ação, pelos próprios fundamentos da sentença rescindenda.

5. Nenhuma das partes aduziu outras provas e ambas falaram em razões finais, reiterando os mesmos argumentos (fls. 39/43 e 45/46).

E o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): A preliminar suscitada pela União, além de se entrosar com o mérito como o reconhece a própria ré, é apenas um desdobramento ou uma tentativa de maior e, **data venia**, infeliz explicitação da tese da Súmula nº 343, segundo a qual não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei se o texto é de interpretação controvertida nos tribunais. Destarte, sem me estender em considerações que o assunto comportaria se já não estivesse sepultado pela autoridade reconhecida à súmula, rejeito a referida preliminar, visto que se não comprovou a existência de controvérsia.

2. No mérito, eis o teor da sentença rescindenda (lê, fls. 15/16).

3. Imperfeições várias, de ordem técnica, geralmente complicam e tornam quase impraticável uma correta exegese dessas leis, o que é sempre agravado por suas frequentes mutações e renovações. Sabem-no em demasia os que diuturnamente lidam aqui com essas questões.

4. Parece absurdo falar-se em férias não gozadas, quando, como no caso concreto, o efetivo gozo delas se projetaria, por força da própria lei.

para além do período de atividade do militar. É como considerar exigível e não pago um crédito que, pela própria natureza de sua formação, nunca o seria. Com efeito, se as férias se destinam ao descanso do militar (Caput do art. 68), não haveria logicamente como considerar devido esse descanso a quem antes se inativou e, pois, está mais do que em repouso remunerado. Mas esse absurdo está acolhido pelo § 4º, quando diz que um dos motivos pelos quais o militar deixa de gozar férias é a transferência para a inatividade, e pelo § 5º, quando o inclui entre os fatos motivadores da duplicação delas para o fim dessa mesma inatividade. É um *bis in idem*, é um absurdo. Mas está na lei e nem a União o discute.

5. Ora bem. Se essa é a lei, penso não haver como deixar de extrair dela os dois efeitos que resultam do § 5º, a saber:

a) contar o referido tempo para fazer o mínimo indispensável à inativação, no caso, desnecessário (tese da sentença); e

b) decorrente esta doutro fato, computá-lo para atribuição doutras eventuais vantagens inerentes a ela.

6. No caso, porém, a lei está com a sentença rescindenda, porque o preceito do § 5º não pode ser interpretado isoladamente. É preciso combiná-lo com o art. 54, II, que trata da concessão de proventos do posto imediato quando o oficial contar mais de 35 anos de serviço, e com o art. 141, §§ 1º e 2º, que define essa expressão, mas nela só inclui as férias em dobro para inativação, excluindo-as nas hipóteses pretendidas pelo autor. Eis os textos:

«Art. 141. «Anos de serviço» é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se referem o artigo 140 e seus parágrafos, com os seguintes acréscimos:

I — .....

V — Tempo relativo a férias não gozadas, contado em dobro; e

VI — .....

§ 1º Os acréscimos a que se referem os itens I, III, V e VI serão computados somente no momento da passagem do militar à situação de inatividade e para esse fim.

§ 2º Os acréscimos a que se referem os itens II e IV serão computados somente no momento da passagem do militar à situação de inatividade e, nessa situação, para todos os efeitos legais, inclusive quanto à percepção definitiva de gratificação de tempo de serviço e de adicional de inatividade».

7. Como se vê, o § 2º, se refere expressamente aos itens II e IV, alusivos ao tempo de curso acadêmico do oficial do serviço de saúde e ao tempo dobrado de licença especial não gozada, o que equivale à exclusão das férias, mencionadas no § 1º. Vale dizer: para os efeitos pretendidos, o autor não possui os necessários 35 «anos de serviço» da minuciosa conceituação legal. Tal como concluiu a sentença.

8. Isto posto, julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas e em 10% de honorários sobre o valor atribuído à causa, revertendo o depósito em favor da ré.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Senhor Presidente, ao que entendi do relatório, o autor entrou na cota compulsória no dia 14 de novembro.

Segundo o § 1º do art. 68 do Estatuto dos Militares, o militar só tem direito a gozar férias a partir do último mês do ano a que se referem e durante o ano seguinte. Desse modo, não poderia o autor gozar férias em dezembro, pois já se encontrava na compulsória.

Acompanho, assim, o Sr. Ministro-Relator.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: Senhor Presidente, a par da interpretação sistemática que o ilustre Relator fez do dispositivo, há também que se fazer a interpretação do mesmo artigo do Estatuto dos Militares em função do sistema existente, a meu ver, para com os servidores civis regidos pelo Estatuto da Lei nº 1.711.

Desse benefício não gozam os servidores civis, pois o artigo 85 do Estatuto Civil proíbe o acúmulo de mais de dois períodos de férias não gozadas, sob pena de perda do direito às vencidas, sem qualquer compensação.

A interpretação mais benéfica da regra, a meu ver, estabeleceria privilégio que importaria em graciosa amplianda para os militares, com quebra do princípio de igualdade, que deve presidir o tratamento dos servidores em geral.

De maneira que acompanho o eminente Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

AR nº 1.020-RS. Rel.: O Sr. Min. Costa Lima. Autor: Olímpio Carvalho. Ré: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, a Seção julgou a ação improcedente, condenando o autor nas custas e na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e, ainda, determinou a reversão do depósito em favor da União (Em 15-2-84 — Primeira Seção).

Sustentaram, oralmente, o Dr. Henrique Fonseca de Araújo, pelo autor, e o Dr. Paulo A. F. Sollberger (Subprocurador-Geral da República). Os Srs. Ministros Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido e Flaquer Scarcezini votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 41.460 — RJ

Relator: O Sr. Ministro William Patterson  
Agravante: Bolsa de Valores do Rio de Janeiro  
Agravado: Banco Central do Brasil

## EMENTA

Processual civil. Apelação. Descabimento. Decisão que não extingue o processo.

Da decisão que resolve excluir da lide o Banco Central e a União Federal, determinando o prosseguimento do feito na Justiça Comum, o recurso cabível é o agravo de instrumento. A recusa de recebimento da apelação está correta e deve ser mantida, visto como não há lugar, na espécie, para aplicação do princípio da fungibilidade, ante o evidente erro da via escolhida.

Agravo desprovido.

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de março de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **William Patterson**, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro **William Patterson**: A Bolsa de Valores do Rio de Janeiro agrava da decisão do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária daquele Estado que deixou de receber a sua apelação interposta na ação ordinária que lhe movem Francisco Chaves Lameirão e outros.

Alega que o recurso cabível era o de apelação, conforme oferecida, visto como tratava-se de sentença, em forma e conteúdo. Diz, ainda, que apresentou o petitório no prazo de cinco dias, possibilitando, em caso de dúvida, ser o recurso recebido como agravo. Tece comentários acerca do acerto de sua providência, citando doutrina pertinente.

Contraminuta às fls. 52/53.

O despacho agravado foi mantido (fl. 54).

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso, ou seu desprovimento (fls. 58/65).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro **William Patterson**: Francisco Chaves Lameirão e outros

pediram a condenação da Bolsa de Valores para devolver-lhes, com juros e correção monetária, importância equivalente a 700.000 ações da CEPALMA — Cia. Celulose de Papéis do Maranhão S.A., adquiridas mediante «operação a termo», tendo em vista a suspensão das negociações, antes de escoado o prazo previsto. A pretensão foi objeto de medidas na Justiça Comum. Todavia, com o chamamento do Banco Central, deslocou-se a competência para a Justiça Federal, o que ensejou o conflito, decidido por este Egrégio Tribunal.

O Dr. Agostinho Fernandes Dias da Silva, eminente Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, apreciando a questão, sentenciou no sentido de excluir do feito o Banco Central do Brasil e a União Federal, determinando, em consequência, a remessa dos autos à 13ª Vara Cível do Estado, ao fundamento de inexistir interesse dos mesmos na causa.

A Bolsa de Valores, inconformada, interpôs apelação, a qual deixou de ser recebida pelo ilustre Magistrado, com a seguinte justificativa:

«J. Deixo de receber a apelação, por não ser a decisão de fls. 361/6 apelável pela recorrente, com relação à qual não ocorreu a extinção do processo» (despacho de fl. 27).

Tal pronunciamento motivou o presente agravo, onde se pede a reforma do decisório, para o fim de ver prosperar o recurso repellido.

A exclusão do Banco Central e da União, conforme proclamado pelo MM. Juiz a quo, não encerrou a lide. Na verdade, o procedimento deve ser identificado como incidente processual, resolvido por meio de decisão de natureza interlocutória, tanto mais que se ordenou a remessa dos autos à Justiça Estadual, para seu prosseguimento. A Justiça Federal, no caso, apreciou, apenas, o interesse

daquelas entidades na demanda, competência que lhe cabe, consoante vem proclamando a torrencial jurisprudência pretoriana.

Ocorrendo a hipótese do § 2º, do art. 162, do Código de Processo Civil, não se há de falar em recurso de apelação, admissível das sentenças que extinguem o processo, conforme recomendação do art. 513, do CPC. O ato judicial impugnado pelo recurso de apelação não encerrou o pleito, como esclarecem suas próprias conclusões, nem pode ser alinhado entre os casos relacionados nos arts. 267 e 269, da Lei Adjetiva, de sorte a permitir aquele tipo de procedimento.

Ivan de Hugo Silva, em sua obra «Recursos no Novo Código de Processo Civil», pág. 233, adverte, com inegável acerto:

«O agravo de instrumento encaixou-se como o recurso utilizável de todas as decisões proferidas no processo, com a ressalva dos casos de despachos de mero expediente, que nenhum recurso comportam, e sentenças a serem atacadas por via de apelação».

A decisão preenchia os requisitos formais para ser atacada por meio de agravo de instrumento, sem que houvesse qualquer dúvida a respeito, pois não era despacho de mero expediente nem constituía sentença de extinção do processo (arts. 267 e 269).

Assim entendido, descabia aplicar o princípio da fungibilidade recursal, por evidente erro grosseiro na escolha da providência.

Com efeito, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 58/65, suscitado pelo ilustre Procurador Dr. Nelson Parvcker, traz à colação inúmeros julgados deste Colegiado e do Pretório Excelso, sobre não se permitir a providência em casos dessa natureza (AI nº 39.583-RJ, Relator Ministro Carlos Mário Velloso; AI nº 39.751-RJ, Relator Ministro Américo Luz; AI nº 39.030-RS, Relator Ministro Otto Rocha; AC nº 5.384-RJ, Relator Ministro Washington Bolívar de Brito; RE nº 85.336-SP, Relator Ministro Soares Muñoz).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

#### EXTRATO DA MINUTA

AI nº 41.460-RJ — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Agravante: Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. Agravado: Banco Central do Brasil.

Decisão: A 2ª Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 12-3-82 — 2ª Turma).

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

#### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.503 — RS

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito  
Agravante: Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Agravada: Miriam Elisabeth Merg Barbosa

#### EMENTA

Processual civil. Mandado de segurança. Informações. Delegação de poderes. Impossibilidade. Confissão ficta. Inaplicabilidade à ação de segurança.

1. A autoridade inquinada de coatora não pode delegar poderes para que outrem preste as informações em seu nome, pois o mandado de segurança é ação mandamental para prestação in natura.

2. A inexistência de informações ou a ineficácia das que forem prestadas por terceiros não implicam, na ação de segurança, em confissão ficta (CPC, art. 319) e conseqüente concessão do pedido, que tem outros pressupostos — a liquidez e certeza do direito do impetrante, resultante de ato, ou omissão, de qualquer autoridade, por ilegalidade, ou abuso de poder (CF, art. 153, § 21; Lei nº 1.533/51, art. 1º). Precedente do TFR (AMS nº 87.144).

3. Agravo parcialmente provido, para tornar sem efeito a pena de confissão.

### 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 em parte ao agravo, apenas para tornar sem efeito a pena de confissão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de março de 1984 (Data do julgamento — Ministro **Washington Bolívar de Brito**, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Washington Bolívar de Brito**: A Universidade Federal do Rio Grande do Sul agravou de instrumento, inconformada com a decisão (fl. 69) do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária daquele Estado, determinou o desentranhamento das informações prestadas (fls. 20/27) por delegação no mandado de segurança impetrado por **Miriam Elisabeth Merg Barbosa** (fls. 44/47), devolvendo-as ao signatário (fl. 71), e lhe aplicou a pena de confissão, fundamentando seu despacho no art. 7º, I, da Lei nº 1.533/51.

Argumentou ter o informante poderes para tal, consoante a Portaria nº 287, de 14-4-82, do Magnífico Reitor daquela Universidade (fl. 29), que encontra amparo nas disposições do Decreto-Lei nº 200/67, regulamentado pelo Decreto nº 62.460/68, bem assim que o objeto da delegação não está incluído nas exceções ao direito de delegar, em razão da matéria. Aduz o total incabimento da pena imposta, invocando doutrina e jurisprudência a respeito, a demonstrar não ser aplicável no mandado de segurança a regra do art. 319 do CPC, e que, sendo causa onde o interesse da União está presente deve ser observado o contido no art. 351 CPC.

A agravada em sua manifestação (fls. 73/75) pugnou, preliminarmente, pela inadmissibilidade deste recurso, não previsto na Lei nº 1.533/51 e, no mérito, pelo seu improvimento.

Mantida a decisão agravada subiram os autos a esta Corte (fl. 79).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. **Ministro Washington Bolívar de Brito** (Relator): Preliminarmente, conheço do agravo de instrumento, tendo em vista o disposto no art. 522, combinado com o art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil, pois a decisão

atacada é, indiscutivelmente, interlocutória.

Quanto ao mérito, verifica-se que a autoridade inquinada de coatora delegou poderes para que o Procurador-Chefe da Universidade prestasse as informações. Não podia fazê-lo, pois as informações devem ser prestadas pela própria autoridade apontada ao Poder Judiciário como coatora. Essas informações, que constituem a defesa da Administração Pública, também são a oportunidade oferecida ao administrador para que demonstre a lisura de sua conduta, e que seu ato, ou omissão, não resultam de ilegalidade ou de abuso de poder. O mandado de segurança é ação mandamental para prestação in natura. Dai a indelegabilidade, que resulta da própria natureza do remédio constitucional. Não se trata de ato de administração ou de ato administrativo a prestação das informações em mandado de segurança, mas de componente da relação processual perante o Poder Judiciário. Essa indelegabilidade é destacada pela doutrina (Hely Lopes Meirelles, «Mandado de Segurança e Ação Popular», 7ª ed. RT, pág. 50; Ulderico Pires dos Santos, «O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência», 2ª ed. For., pág. 267, entre outros).

Entretanto, se o administrador não presta, ele próprio, as informações, preferindo fazê-lo por intermédio de procurador, elas não têm qualquer eficácia de convencimento ou de reforço da presunção de lisura dos atos administrativos. Correto o proceder do Juiz que determina seu desentranhamento do processo, onde não podem residir.

Todavia, quer as informações ineficazes, como estas, quer as inexistentes, quando não prestadas, não implicam, na ação de segurança, em confissão ficta (CPC, art. 319) e na correspondente concessão do pedido, que tem outros pressupostos — a lisidade e certeza do direito do impe-

trante, resultante de ato, ou omissão, de qualquer autoridade, por ilegalidade, ou abuso de poder (Constituição, art. 153, § 21; Lei nº 1.533/51, art. 1º). A lei do mandado de segurança — lei especial — declara que os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, quer «tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora» (art. 10, in fine). Como a ação de segurança tem outros pressupostos, conforme se deixou acentuado, mesmo sem elas a segurança poderá ser denegada, o que bem demonstra a inaplicabilidade do preceito processual comum referente à confissão ficta.

Embora sem aplaudir a conduta da autoridade inquinada de coatora, quanto à delegação para as informações, que não encontra apoio em lei, também reconheço que a consequência dessa conduta não seria a aplicação da pena de confissão ficta, igualmente sem amparo legal, como já tive oportunidade de acentuar na AMS nº 87.144, de que fui Relator. E por essas considerações, dou provimento, em parte, ao agravo, apenas para tornar sem efeito a pena de confissão.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AG nº 43.503-RS — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolivar de Brito. Agrte.: Universidade Federal do Rio Grande do Sul — Agrda.: Miriam Elisabeth Merg Barbosa.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, por unanimidade, deu provimento em parte ao agravo, apenas para tornar sem efeito a pena de confissão. (Em 13-3-84).

Os Srs. Mins. Carlos Thibau e Miguel Jerônimo Ferrante votaram com o Relator. Compareceu o Sr. Mi-

nistro Miguel Jerônimo Ferrante para compor **quorum**. Não compareceram os Srs. Mins. Jarbas Nobre e

Leitão Krieger por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Washington Bolívar de Brito.

### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.221 — PR

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA

Agravado: Roberto Barroso Filho

#### EMENTA

Administrativo. Desapropriação por interesse social. INCRA. Falta de legitimidade para impugnar o domínio. Moralidade da Administração. Pagamento prévio dos honorários do perito.

I — Não está legitimado o expropriante a impugnar o domínio do bem que indicou como sendo do expropriado. Tal atitude fere o princípio da moralidade da Administração que, além da obrigação de agir dentro da legalidade, deve saber distinguir, na prática de seus atos, onde termina o lícito e principia o ilícito, quais as fronteiras do justo e do injusto e a extensão de seus efeitos sobre o interesse coletivo.

II — Na ação expropriatória não se aplica a parte final do parágrafo 1º do artigo 17 da Lei nº 6.032/74, tendo em vista a essencialidade da perícia na fixação do justo preço. Ademais, em desapropriação, o ônus decorrente do exame pericial deve ser suportado sempre pelo expropriante, posto que o expropriado sairá indene.

III — Agravo desprovido.

#### ACORDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 5 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) interpôs agravo de instrumento da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da Segunda Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná que, nos autos da desapropriação por interesse social promovida contra Roberto Barroso Filho, declarou saneado o processo, nestes termos:

«O INCRA ingressou com esta desapropriação por interesse social, contra inúmeras pessoas, conforme se vê da petição inicial. Evitando o tumulto processual, orde-

nou meu digno antecessor o desmembramento do processo.

Entende o INCRA inexistir direito a indenização porque os títulos de propriedade do expropriado 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 (art. 3º do Decreto-Lei nº 554/69).

Repilo tais argumentos. Não pode o expropriante, que apontou o expropriado como proprietário na inicial, argüir a nulidade do título de domínio. Assim já decidiu o Eg. Tribunal Federal de Recursos, por sua 4ª Turma — Ag 41.644, Rel.: Ministro Armando Rollemberg, aos 24-6-1981.

No que tange à inconstitucionalidade do art. 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 15-2-1980. 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 o Engº 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.

O agravante alega que é lícito ao expropriante impugnar o levantamento do preço em depósito, por entender que o expropriado não é o legítimo proprietário do imóvel afetado. Afirma, ainda, que, na condição de Autarquia, incluída no conceito de Fazenda Pública, não está sujeita ao pagamento prévio dos honorários do perito avaliador (fls. 2/9).

Formado o instrumento do agravo, com as peças indicadas e as obrigações, sobreveio a resposta de fls. 65/71.

O MM. Juiz a quo manteve a decisão recorrida e determinou a subida dos autos a esta Egrégia Corte (fl. 71 v.).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): O recurso do INCRA não tem condições de prosperar.

Afigura-se incensurável a decisão recorrida, baseada em julgado da colenda 4ª Turma deste Tribunal, assim ementada:

«Desapropriação promovida pelo INCRA — Dúvida fundada sobre o domínio (art. 13 do Decreto-Lei nº 554) — Consoante o espírito das normas legais pertinentes, a dúvida sobre a propriedade do bem desapropriado há de resultar de manifestação de terceiros, não sendo admissível que o próprio expropriante, que indicou o réu como proprietário do mesmo bem, negue-lhe depois tal condição, sob a alegação de que a ele, expropriante, ou à União, é que pertence o imóvel expropriado, sob pena de, através desse expediente, conferir-se à Administração a faculdade de resolver sumariamente questões possessórias» (DJ de 3-9-81 — Rel.: Min. Armando Rollemberg).

No voto proferido pelo eminente Ministro Armando Rollemberg, no

Agravo de Instrumento nº 41.644-AC, de que se originou a ementa supracitada, Sua Excelência assinalou importantes observações do Ministro Oswaldo Trigueiro, da Egrégia 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que assim se manifestou sobre o assunto em tela:

«Não me parece que seja lícito, ao Poder Público, utilizar-se do processo expropriatório para, através do privilégio que este lhe confere, resolver questões possessórias, nas quais deve litigar em posição de igualdade. A legitimação desse expediente importaria em autorizar-se a Administração a resolver sumariamente todos os litígios relativos a imóveis: recorrer à desapropriação para obter a posse e, em seguida, se recusaria a pagar a indenização, alegando titularidade do domínio. Mesmo em caso, como o dos autos, em que o imóvel está regularmente transcrito em nome do expropriado (fls. 18/19)».

Concordo, plenamente, com as razões acima expostas, e entendo que a atitude do expropriante, no caso *sub judice*, não se coaduna com o princípio da moralidade da Administração que deve saber distinguir, em todos os seus atos, pautados pela legalidade, onde termina o lícito e principia o ilícito, quais as fronteiras do justo e do injusto e a extensão de seus efeitos sobre o interesse coletivo.

Ressalte-se, por outro lado, que o depósito feito pelo expropriante, à disposição do Juízo da ação, somente será levantado mediante prova da propriedade, da quitação de dívidas que recaiam sobre o bem expropriado, das multas delas decorrentes, e após a publicação dos competentes editais para conhecimento de terceiros, na forma estabelecida pelo art. 13 do Decreto-Lei nº 554, de 25-4-69. Nesse momento processual, então,

se houver qualquer impugnação de terceiro, quanto à titularidade do bem expropriado, gerando na mente do Juiz (não no cérebro das partes ou de qualquer terceiro) objetiva e fundada dúvida sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo, consoante dispõe o parágrafo único do prefalado art. 13 do Decreto-Lei nº 554/69.

No que tange ao pagamento prévio dos honorários do perito, ainda que isento de custas, por se tratar de Autarquia, em desapropriação, a perícia avaliatória impõe-se como termo necessário ao julgamento do processo, devendo o expropriante depositar, no prazo assinalado pelo Juiz, a remuneração fixada para o perito.

Na ação expropriatória não se aplica a parte final do parágrafo 1º do art. 17 da Lei nº 6.032/74, tendo em vista a essencialidade da perícia, na fixação do justo preço. Ademais, em desapropriação, o ônus decorrente do exame pericial deve ser suportado sempre pelo expropriante, posto que o expropriado sairá indene.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

Ag 44.221 — PR — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA. Agrdo.: Roberto Barroso Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 5-9-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.298 — MG

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Agravante: UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S.A.

Agravados: Ítalo Aurélio Gaetani e outros

### EMENTA

Competência da Justiça Federal. Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários. Eleição de foro feita pelo autor, que se considera correta, se os réus, ao integrarem a lide, embora com sede fora da Jurisdição da Seção de Minas Gerais, já encontraram o foro perpetuado.

Tendo integrado a lide o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, autarquias sujeitas à jurisdição federal comum, não se duvida que a competência é da Justiça Federal. Como a ação foi iniciada na Seção de Minas Gerais, fica indiferente a circunstância de que os réus, admitidos à lide, tenham sua sede fora da zona de influência da Seção Judiciária mineira.

### ACORDÃO

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 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, 9 de dezembro de 1983 (Data do julgamento), — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S.A. interpôs agravo de instrumento, nos autos da execução de incompetência, que correu em apenso à ação ordinária movida por Ítalo Aurélio Gaetani.

A espécie está bem retratada no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de fls. 239/246, que passo a ler.

A decisão interlocutória atacada rejeitou a exceção de incompetência.

A minuta do agravo se encontra às fls. 2/6.

Contra-minuta de fls. 232/234.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): A decisão agravada se encontra nos autos deste instrumento, às fls. 87/91, que se transcreve, verbis:

«Conforme se vê do relatório, trata-se de ação proposta contra o UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S.A., o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e a Bolsa de Valores de Minas, Espírito Santo e Brasília, esta sediada em Belo Horizonte.

No atinente à competência *ratione materiae* as partes estão de acordo em que competente é a Justiça Federal, em vista de figurar na relação processual duas entidades autárquicas da União (CVM e BCB — Const., art. 125).

A divergência, contudo, surge quanto à competência *ratione loci*, visto que o UNIBANCO e a Comissão de Valores Mobiliários têm sede no Rio de Janeiro, o Banco Central em Brasília e a Bolsa de Valores de Minas, Espírito Santo e Brasília a tem nesta Capital.

O fato de os primeiros terem sede no Rio não implica que se deva dar pela competência do Juízo Federal daquele Estado, posto que o art. 94 do CPC não pode ser interpretado isoladamente.

Aliás, nem tem aplicação à hipótese trazida a debate, uma vez que não são demandados somente os rr. sediados lá.

Uma vez que entre os requeridos figura a Bolsa de Valores de Minas, Espírito Santo e Brasília, a competência é, desenganadamente, deste Juízo, em face da regra do § 4º do art. 94 do CPC, *verbis*:

«Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor».

Em nada aproveita ao excipiente, *data venia*, o pedido de exclusão da relação processual formulado pela Bolsa.

É verdade que inexistente obrigatoriedade de intimação das Bolsas de Valores nas ações desta natureza, nos moldes impostos para a CVM, pelo art. 31 da Lei nº 6.385/76, introduzido pela Lei nº 6.616/78.

Entretanto, o só fato de ter sido pedida a citação da Bolsa é suficiente para a fixação da competência deste Juízo, principalmente quando se sabe de seu envolvimen-

to no processo de transação, noticiado no documento de fl. 42 dos autos principais, *verbis*:

«... esta Superintendência-Geral resolve manter a suspensão das negociações com as ações do Banco Mineiro S.A.....  
.....

Por tais motivos, somos pela prorrogação da suspensão das negociações com as ações do Banco Mineiro, até firme confirmação ou indeferimento da medida cautelar pelo Juiz competente».

A possível responsabilidade desta requerida é matéria de mérito que não pode ser examinada agora, como impossível se torna avançar-se na declaração de sua ilegitimidade passiva, o que se traduziria em subversão da boa ordem processual.

Nestas condições, não vejo como acolher a exceção oposta, pelo que a rejeito, mantendo a competência deste Juízo» (fls. 89/91).

Sendo réus o Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários, não resta dúvida que a competência é mesmo da Justiça Federal.

Mas, o problema se situa na circunstância de que o Banco Central tem sede em Brasília; a Comissão de Valores Mobiliários no Rio de Janeiro, onde também tem domicílio o excipiente. Com isso, entende que deveria a ação correr no Rio de Janeiro.

O MM. Juiz, prolator da decisão agravada, sustenta que o foro competente é o da Seção Judiciária mineira, como se viu na fundamentação transcrita.

Tem razão o magistrado mineiro. O Banco Central aceitou esse foro. A

ré, inicialmente, era só a Bolsa de Valores de Minas, Espírito Santo e Brasília, com sede em Belo Horizonte (MG), razão do ajuizamento naquela capital.

Ademais, incide na espécie o art. 94 do CPC, que leio.

Em qualquer dos domicílios dos réus, pode ser intentada a ação.

Nego provimento ao agravo.

Mantenho a decisão agravada.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AI nº 44.298-MG — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Agrte.: UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S.A. Agrdos.: Ítalo Aurélio Gaetani e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 9-12-83 — 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 44.790 — DF

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Agravante: Walter do Amaral

Agravados: Banco Nacional da Habitação — BNH. Delfin Rio S.A. — Crédito Imobiliário e outro. José Lopes de Oliveira

#### EMENTA

Constitucional e processual civil. Ação popular. Perícia. Requisição de documento. Citação de litisconsortes passivos necessários.

1. A perícia, embora geralmente colocada entre os meios de prova, em verdade, é uma forma de integração da atividade do Juiz e não do material de conhecimento (Carnelutti). Se o Juiz declara que já existem, no processo, suficientes laudos de avaliação, bem como elementos que lhe permitem aquilatar os critérios utilizados pelos técnicos, a perícia requerida se torna desnecessária (CPC, art. 420, parágrafo único, item II).

2. Verificado o litisconsórcio necessário (Lei nº 4.717/65, art. 6º), deve o Juiz ordenar ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes, no prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo (CPC, art. 47 e seu parágrafo único). Na ação popular, o autor não pode transigir, nem moldar o pedido a seu ponto de vista pessoal, restringindo-o, no que deve ser amplo, nem pedir a citação somente de quem lhe mereça especial desagrado. Se é certo que a Constituição assegura a todo cidadão o direito subjetivo ao governo honesto, não menos certo é que os governantes, cujos atos são atacados, em

nome da moralidade administrativa, também devem ser os mais interessados em demonstrar, onde e quando essa moralidade for posta em dúvida, que a sua atuação foi inspirada no bem comum e tem amparo legal, além de trazer benefícios, e não lesões, à comunidade.

3. Requisição de documento que não chegou a ter existência administrativa.

4. Agravo parcialmente provido.

## ACORDÃO

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 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, 10 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Walter do Amaral ajuizou ação popular contra o Banco Nacional da Habitação — BNH, José Lopes de Oliveira, que o presidia, Delfin Rio S.A. — Crédito Imobiliário e Delfin S.A. — Crédito Imobiliário, Agentes Financeiros do Sistema Financeiro de Habitação, objetivando a declaração de nulidade da operação de dação em pagamento de terrenos de propriedade das empresas do Grupo Delfin, para quitação de sua dívida com o BNH, afirmando existirem irregularidades quanto ao valor dos imóveis, inferior ao débito contratual, bem como das consolidações e novações dos débitos daquele grupo financeiro (fls. 26/58).

Posteriormente, requereu a citação das empresas Atlântica Boavista Imobiliária S.A. e Gus Livonius En-

genharia Ltda. para integrarem a lide, como litisconsortes passivos (fls. 157/158), pois o BNH, em sua contestação, noticiara o repasse a essas empresas, de frações ideais de uma das áreas, objeto da ação popular, depois do seu ajuizamento (fls. 113/156), bem como a do Ministro do Interior.

O MM. Juiz Federal Dr. Ilmar Nascimento Galvão prolatou, então, o seguinte saneador (fl. 160 e verso):

«Vistos, etc.

Processo sem nulidades ou irregularidades.

Indefiro as citações requeridas à fl. 642.

O ato impugnado, em verdade, é de responsabilidade exclusiva da direção do Banco Nacional da Habitação, inserindo-se no âmbito de suas atribuições, sendo irrelevante para descaracterizá-la o assentimento que recebeu de três Ministros de Estado, em conjunto. Anote-se que a citação, se cabível, deveria estender-se às três autoridades e não a somente uma delas, como se pretendeu.

Por outro lado, as empresas que adquiriram frações do terreno, tendo-o feito justamente pelo valor que o a considerou irreal, não podem ser consideradas beneficiárias do ato impugnado, havendo razões óbvias para que sejam mantidos os negócios com ela celebrados.

As partes dirão, em 5 dias, se têm outras provas a produzir.

A perícia é desnecessária, havendo suficientes laudos de avaliação, inclusive oficiais, nos autos, cujas conclusões divergem em razão de critérios utilizados pelos técnicos. Por outro lado, contém os autos elementos suficientes para aquilatação do acerto ou desacerto desses critérios».

O autor popular agravou dessa decisão (fls. 02/19), argumentando, em síntese: a) cerceamento de defesa, por inadmitir a perícia requerida; b) falta de citação da União Federal, litisconsorte necessário; c) falta de citação de autoridade assumidamente responsável pelo ato impugnado, o Sr. Ministro do Interior, litisconsorte necessário, nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717/65; e d) omissão do Juízo pela falta de cumprimento, pelo BNH, de requisição de documentos.

Contraminutaram os agravados BNH (fls. 312/321), as empresas do Grupo Delfin (fls. 326/329) e José Lopes de Oliveira (fls. 331/332).

O BNH argumentou que, sendo livre o convencimento do juiz na apreciação da prova, como preceitua o art. 131 do Código de Processo Civil, era-lhe perfeitamente lícito indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias, velando pela rápida solução do litígio, nos termos dos arts. 125, item II e 130 do mesmo diploma processual.

Quanto ao litisconsórcio passivo necessário, argumentou que a União Federal não teria essa qualidade, quer porque a natureza da relação jurídica não estabelece, na espécie, esse litisconsórcio, quer porque nenhuma lei lhe atribui essa qualidade processual. Tampouco, o simples conhecimento do negócio jurídico, manifestado por três Ministros, em conjunto, não teve a força de conduzir a decisão da Diretoria do BNH, a ponto de incluí-los no rol das autoridades previstas no art. 6º da Lei nº 4.717/65. E com relação às empresas que ad-

quiriram frações do terreno, a pretensão do agravante em vê-las integrar o pólo passivo da demanda é contraditório e absurdo, pois somente se estabeleceria o litisconsórcio se beneficiárias diretas do ato impugnado; ora, tendo elas pago preço igual ao que o autor considerou lesivo ao patrimônio de uma empresa pública, por excessivo e elevado, como seriam beneficiárias da operação?

E quanto à alegada falta de cumprimento, pelo BNH, de requisição de documentos, repeliu a alegação, por improcedente, pois o réu atendeu a todos os referidos na petição inicial, oferecendo ainda outros não mencionados na peça vestibular. O documento que originou o protesto do autor, além de não ter sido objeto da requisição, não poderia ser exibido, conforme exposição feita ao Juízo, pois não tivera existência administrativa.

As empresas do Grupo Delfin, por seu turno, citando o art. 436 do Código de Processo Civil, pelo qual o juiz não fica adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, também prestigiam a decisão agravada, pois ali se reconhecia que nos autos já existiam elementos suficientes para dirimir a controvérsia. Ademais, o fato de terem sido vendidas partes dos imóveis, pelo BNH, pelo mesmo preço da dação, só vem confirmar que aqueles foram adquiridos ao preço de mercado, tudo conforme explicara o Sr. Ministro de Estado do Interior, em depoimento espontâneo prestado à Câmara dos Deputados, razão pela qual não se justifica sejam chamados a integrar a lide nem o Ministro, nem as empresas adquirentes, inalcançados pelo art. 6º da lei da ação popular.

E José Lopes de Oliveira, salientando que o próprio despacho saneador já o excluira, implicitamente, da relação processual, pois o ato não fora praticado por ele, individualmen-

te, mas pela diretoria do Banco, subscreveu, **ad cautelam**, as razões de agravado formuladas pelo BNH.

A r. decisão agravada, no Juízo de retratação, foi mantida, nestes termos (fls. 333/334):

«Vistos, etc.

Mantenho o despacho agravado, por seus próprios fundamentos, acrescentadas tão-somente as seguintes considerações:

1. Contrariamente ao que se afirmou à fl. 9, não houve requerimento de citação da União, mas de simples «ciência», que foi atendido pela vista dos autos que teve a Procuradoria da República;

2. O ato jurídico apontado de lesivo — a escritura de fls. 65/110 — foi celebrado entre o BNH e as empresas do «Grupo Delfin», agindo a entidade administrativa dentro dos limites de suas atribuições, já que teve ele por escopo a solução de pendência bancária.

A «autorização interministerial», alegada pelo agravante, não passou de mero «de acordo» manifestado por três Ministros de Estado, não configurando «autorização» no sentido do art. 6º da Lei nº 4.718/65 (sic), que sugere requisito indispensável à realização do ato impugnado.

Na verdade, não se inclui entre as atribuições inerentes à Supervisão Ministerial a que estão sujeitas as entidades da Administração indireta, a aprovação de seus atos pelo Titular da Pasta a que estão vinculadas. Não é imperiosa, por conseguinte, ao entendimento deste julgador, a integração litisconsorcial pretendida pelo agravante.

3. Os documentos que foram requisitados ao BNH, a requerimento do agravante, foram fornecidos a este Juízo, com o ofício nº 8/83, de 31 de janeiro de 1983, à exceção do mencionado à fl. 15 da inicial do

agravo o qual inexiste, conforme esclarece o expediente cuja cópia se encontra às fls. 828/829.

A secretaria trasladará para os autos o documento ministerial e o expediente acima mencionados, remetendo os autos ao Colendo Tribunal Federal de Recursos».

Os autos contêm os documentos cujos traslados foram solicitados pelas partes ou determinados, **ex officio**.

E o relatório.

## VOTO

**O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator):** Insurge-se o agravante, em primeiro lugar, quanto ao indeferimento da perícia requerida na inicial da ação popular. Aliás, cumpre salientar que não somente o autor requereu esse meio de prova, pois também o fez, expressamente, o Ministério Público (fl. 111).

Nos termos do Código de Processo Civil, «a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação» (art. 420).

Para deslinde da controvérsia estabelecida nos autos da ação popular, a prova pericial consistiria em avaliação.

Ao Juiz incumbe dirigir o processo, assegurando às partes igualdade de tratamento, velando pela rápida solução de litígio e prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça, nos termos do art. 125 e seus incisos do Código de Processo Civil; cabe-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130).

Assinala Pontes de Miranda que «não é do seu puro arbítrio a apreciação da inutilidade do exame pericial. A irrelevância tem de caber num dos casos do art. 420, parágrafo único».

(«Comentários ao Código de Processo Civil», tomo IV, For. 1974, pág. 445.)

E Moacir Amaral Santos, também comentando esse preceito, assinala que o princípio é o da liberdade do juiz no ordenar a prova pericial, a qual, entretanto, precisa ser entendida dentro de certos parâmetros, para que se não converta em puro arbítrio, mencionando o que Mortara denominaria sistema da necessidade ou sistema da utilidade, como o comentarista prefere chamar. («Comentários ao Código de Processo Civil», vol. IV, 2ª ed., For., pág. 339.)

No caso dos autos, como se disse, a perícia consistiria em avaliação.

Ora, o Juiz reputou desnecessária a perícia porque já existem, no processo, «suficientes laudos de avaliação, inclusive oficiais», divergindo suas conclusões «em razão dos critérios utilizados pelos técnicos».

A prova pericial, como as demais, destina-se a formar o convencimento do juiz. Se ele declara que já tem elementos suficientes, nos autos, para esse convencimento, inclusive para aquilatar o acerto ou desacerto dos critérios utilizados pelos técnicos, a perícia se torna, efetivamente, desnecessária, perde sua utilidade, podendo, sem qualquer eiva de arbítrio, ser indeferida, como ocorreu na ação popular, onde são inúmeros os laudos de avaliação, inclusive judicial, em ação cautelar. Ora, o Juiz não está adstrito aos laudos, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, como estabelece o art. 436 do CPC. Por outro lado, se o vulgar necessário, poderá determinar a realização de nova perícia (CPC, art. 437).

Assim, se toda perícia requerida devesse ser deferida, para evitar cerceamento do direito das partes, terminar-se-ia por cercear a atuação do Juiz, na condução do processo e formação da prova, que se destina,

toda ela, ao seu próprio convencimento.

A perícia geralmente é colocada entre os meios de prova, como as testemunhas e os documentos, quando, em verdade, como ensina Carnelutti, ela representa uma forma de integração da atividade do Juiz e não do material de conhecimento («La Prueba Civil», ediciones Arayú, trad. da 2ª ed. italiana por Alcalá-Zamora Y Castillo, pág. 69, nota 114).

Por derradeiro, sobre o tema, cumpre lembrar a lição de Pedro Baptista Martins, referida por Gabriel Rezende Filho, quanto à observação de que o juiz ao negar, em alguns casos, o exame pericial, por desnecessário, à vista das provas dos autos, estaria prejulgando a causa: «o Juiz não estaria, realmente, prejulgando a causa, mas apenas a existência de um fato, cuja demonstração em juízo seria supérflua, já por ter sido objeto de confissão da parte a quem interessaria contestá-lo, já por se achar estabelecida a sua existência de maneira categórica e irrefutável, por outras provas inconcussas». («Curso de Direito Processual Civil», Vol. II, 5ª ed. Saraiva, págs. 296/297.)

Sem razão, portanto, nesta parte, o agravante.

Quanto ao litisconsórcio passivo, cumpre distinguir as três situações invocadas pelo agravante: a da União, a do Sr. Ministro do Interior e a das empresas adquirentes de partes de um dos imóveis dados em pagamento. Caberia, ainda, indagar se o litisconsórcio passivo, se existente, seria necessário.

No Juízo de retratação, ao manter a decisão agravada, assinalou o Juiz que, ao contrário do afirmado pelo agravante, não requirera este a citação da União, mas que se lhe desse «ciência», o que foi atendido, pela vista aberta à douta Procuradoria da República. (Fl. 333.)

Resta apurar se essa simples posição fiscalizadora seria suficiente, como parece entender o Magistrado, com apoio dos agravados.

Entre os sujeitos passivos da ação popular intentada, figura, em primeiro plano, o Banco Nacional da Habitação.

Diz o Código de Processo Civil que «há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o Juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo» (art. 47).

O Banco Nacional da Habitação foi instituído pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, como instrumento de intervenção do Governo Federal no setor habitacional, como um dos componentes do Sistema Financeiro de Habitação de Interesse Social, com personalidade jurídica de Direito Público, isto é, autárquica, a princípio, vinculado ao Ministério da Fazenda (cf. arts. 2º, item II, 8º, inc. I; arts. 16 a 34, do Cap. IV, além de outras referências da mencionada lei).

Posteriormente, com o advento da Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, o BNH foi transformado em empresa pública, quando já estava vinculado ao Ministério do Interior, «na conformidade do art. 189, inciso III, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967», a chamada reforma administrativa, pertencendo seu capital, em sua totalidade, à União Federal (arts. 1º e 3º da Lei nº 5.762). Essa mesma lei autorizou, desde logo, ao Poder Executivo, transformar a empresa pública em sociedade de economia mista, quando julgasse oportuno, estabelecendo os parâmetros dessa transformação, incluindo o preceito de que a União interviria, obrigatoriamente, «em todas as causas em que for parte a sociedade de

economia mista, inclusive nos litígios trabalhistas» (art. 6º, § 3º).

Ora, se tal intervenção foi reputada necessária pelo legislador, mesmo quando o Banco Nacional da Habitação vier a ser transformado em sociedade de economia mista, isto é, quando o capital deixar de ser integralmente da União, como agora, para ser, apenas, e possivelmente, majoritário, não teria sentido algum que essa mesma vigilância mais ativa não se tornasse indispensável quando constituído como empresa pública, com o capital integral da mesma União.

Por outro lado, como se destacou, a finalidade do Banco é a de servir de instrumento do Governo Federal para intervenção no domínio econômico.

A empresa pública em causa, portanto, é órgão do maior relevo para a União Federal, a tal ponto que, mesmo se vier a ser convertido em sociedade de economia mista, sua intervenção, em qualquer causa, será obrigatória.

Se não fosse essa relevância, se fosse um mero banco estatal, não se explicaria que uma operação bancária, como a dação em pagamento, tivesse de ser encaminhada à apreciação e aprovação de três Ministros, para se realizar.

Tenho, pois, como necessária a intervenção da União, na ação popular intentada, no pólo passivo, com as possibilidades que lhe confere o § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Necessária, por disposição de lei, segundo interpretação extensiva correta e admissível no processo civil.

E também necessária, pela natureza da relação jurídica que serve de objeto da ação popular, autorizada pelo próprio Governo Federal, por intermédio de Ministros de Estado.

Ora, dispõe o art. 6º, caput, da Lei nº 4.717/65:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários do mesmo».

Tanto o r. despacho de manutenção da decisão atacada, quanto os agravados, salientam que o ato jurídico de dação em pagamento, para quitação do débito das empresas do Grupo Delfin para com o BNH, celebrado entre este e aquelas, comporta-se nos limites de suas atribuições, objetivando solução de pendência bancária.

Se assim fosse, a autorização interministerial, expressamente solicitada pela Diretoria do BNH, e concedida pelos Srs. Ministros do Interior, da Fazenda e do Planejamento, não teria o menor sentido. Ainda que não fosse autorização — e é — mas simples «de acordo», como se disse nos autos, a hipótese de incidência da lei é a mesma, já que, para esta, tanto faz autorizar como simplesmente aprovar (cf. art. 6º, cit.).

Ora, no caso dos autos, não há dúvida alguma de que houve prévia e expressa autorização ministerial, para que o negócio jurídico se realizasse.

Já na contestação, o BNH deixou claro que a Diretoria praticou o ato lastreado não somente na conveniência da transação, em si mesma, «mas ainda em decisão interministerial» (fl. 186).

E na própria escritura de dação em pagamento, se alguma dúvida pudessem haver, expressamente consta que tudo se fazia «conforme aprovado pelos Senhores Ministros da Fazenda, do Interior e do Senhor Ministro-Chefe da SEPLAN» (cf. Cláusulas 4ª, 6ª, 10ª, 12ª, etc., fls. 67, 68, 76, 77).

Os autos consta o expediente encaminhado pelo então Presidente do BNH, José Lopes de Oliveira, expondo a solução alvitrada em relatório anexo, ao Sr. Ministro do Interior, onde textualmente se lê:

«Por essas razões e pelo fato de que o esquema especial de dação de terrenos em pagamento de dívidas proporciona ao BNH a indiscutível vantagem de substituir saldos contábeis sem lastro de garantia por áreas de valorização real crescente, passíveis de aproveitamento em programas habitacionais do SFH, como demonstrado no processo, sinto-me com fundamento para recomendar a Vossa Excelência e aos Ministros da Fazenda e da Secretaria de Planejamento, signatários dos protocolos interministeriais reguladores do problema, o acolhimento da fórmula consignada no relatório, que tem por base de referência o laudo da EMBRAESP».

E mais adiante, ao finalizar, repete a expressão «aprovação ministerial». (Fls. 830/831 dos autos originais; fls. 336/337 do instrumento do agravo.) No verso desse documento, o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Interior, de seu próprio punho, fez a exposição de encaminhamento do assunto à consideração dos Exmos. Srs. Ministros da Fazenda e do Planejamento, que apuseram um «de acordo» formal e expresso.

Nem poderia ser de outro modo, tal o vulto do negócio e as implicações sociais que poderia acarretar o insucesso, como deixou claro o então Presidente do Banco Nacional da Habitação.

Não pode, portanto, subsistir a menor dúvida, quer pela autorização interministerial, que se tornou indispensável, para a concretização do negócio jurídico, quer porque os Srs. Ministros, é evidente, não agiam em nome próprio, mas no do Governo Federal, que tão relevantemente in-

tegram, que são litisconsortes passivos necessários, nos termos do art. 6º da lei da ação popular.

Se é certo que a Constituição assegura a todo cidadão o direito subjetivo ao governo honesto, não menos certo é que os governantes, cujos atos são atacados, em nome da moralidade administrativa, também devem ser os mais interessados em demonstrar, onde e quando essa moralidade for posta em dúvida, que a sua atuação foi inspirada no bem comum e tem amparo legal, além de trazer benefícios, e não lesões, à comunidade.

A comunhão de interesses entre os sujeitos passivos — pela manutenção do ato que ordenaram ou executaram — «conduz ao litisconsórcio necessário», no dizer sempre autorizado de Seabra Fagundes.

O agravante pediu que fosse citado o Sr. Ministro de Estado do Interior, apenas.

Mas já o ilustre Magistrado, de cuja decisão se recorre, nela fazia inscrever que, se fosse cabível a citação, deveria ela estender-se «às três autoridades e não somente a uma delas, como se pretendeu».

Ora, o autor não pode transigir, nem moldar o pedido a seu ponto de vista pessoal, como, por exemplo, restringindo-o, no que deve ser amplo, nem pedir somente a citação de quem lhe mereça especial desagradamento, como assinalam os tratadistas.

No caso dos autos, já se demonstrou, à exaustão, a indispensabilidade de citação das três autoridades ministeriais, para integração da lide, como litisconsortes passivos necessários.

Assim; ordena a lei que o Juiz, de ofício, determine «ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo» (CPC, art. 47, parágrafo único).

E é o que deve ordenar o MM. Juiz Federal, pois «compete à Justiça Federal processar e julgar a ação popular, ainda na hipótese de figurar na mesma Ministro de Estado, como réu», como se lê na ementa do Acórdão proferido na Apelação Cível nº 50.851-DF (Rev. TFR 65/96).

Quanto às empresas adquirentes de partes de um dos imóveis dados em pagamento, embora, em princípio, não sejam litisconsortes passivos em razão do disposto no § 1º do art. 6º da lei da ação popular, pois, é evidente, não são beneficiárias diretas do ato reputado lesivo, havendo acudido a chamamento-edital, juntamente com inúmeras outras empresas, tornam-se litisconsortes passivos necessários em decorrência da natureza jurídica da mencionada ação, isto é, constitutiva negativa, segundo Pontes de Miranda («Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969», tomo V., ed. RT, 2ª ed., 2ª tiragem, pág. 639).

Ora, se a ação, porventura, vier a ser julgada procedente, o ato jurídico será anulado, acarretando, em consequência, a anulação da compra e venda efetuada por essas empresas e que elas têm interesse em manter, é claro.

A hipótese, assim, é a do art. 47, caput, do Código de Processo Civil, cumprindo seja também ordenada sua citação, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

Finalmente, quanto à requisição do documento, esclareceu o Juiz que não figurou ela no elenco das providências pedidas pelo autor, sendo mera referência na inicial.

O BNH, por seu turno, informou que esse documento sequer chegou a ter existência administrativa eficaz, pois não se concluiu, pela preferência por outras soluções.

Em conclusão e por todas essas considerações, dou parcial provimento ao agravo, para que sejam citados

os Exmos. Srs. Ministros de Estado do Interior, da Fazenda e do Planejamento, pessoalmente, para que integrem a lide, como litisconsortes passivos necessários, bem como as empresas adquirentes de parte dos imóveis questionados — a Cia. Atlântica Boavista Imobiliária e Gus Livonius Engenharia Ltda., na mesma qualidade e posição, no pólo passivo da relação processual. Deve, ainda, ser citada a União Federal, na pessoa de seu representante legal, para que venha compor o quadro processual, como litisconsorte passiva necessária.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 44.790-DF — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar de Brito. Agrte.: Walter do Amaral. Agrdos.: BNH, Delfin Rio S.A. — Crédito Imobiliário e outro, José Lopes de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao agravo, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (Em 10-4-84 — 1ª Turma.)

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Ministro Jarbas Nobre, por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

#### AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 5.581 — ES

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Agravante: Hipermodal S/A Transportes e Navegação

Agravada: União Federal

#### EMENTA

Mandado de segurança.

— Suspensão — Presente a previsão de grave lesão à ordem e à segurança públicas, invocada com fundamento do despacho, mantém-se a suspensão da segurança na via do agravo regimental.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 18-8-83 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas (Presidente): Eis a íntegra do despacho com o qual deferi a suspensão da segurança de que se cuida:

«Defero a suspensão requerida.

Mutatis mutandis, faço-o na forma do despacho que proferi na Suspensão de Segurança nº 5.573, do seguinte teor:

«Deferindo a impetração nos termos da inicial, a sentença concessiva do «writ» assegurou à empresa impetrante — dedicada ao chamado transporte pelo Sistema

Intermodal — o direito de eximir-se ao serviço de estiva, da forma como o vinha exigindo o Sindicato dos Estivadores do Porto de Itajai-SC, a pretexto da exclusividade da prestação desse serviço por estivadores sindicalizados, consoante disposição legal; queixara-se a impetrante da omissão do Presidente do Conselho Regional do Trabalho Marítimo, em não lhe atender a súplica de impedir a malsinada exigência.

Daí que a União Federal, secundando solicitação daquela autoridade impetrada, formalizou o presente pedido de suspensão dos efeitos da referida sentença; alude ao precedente oriundo da Justiça Federal, Seção de São Paulo, pertinente ao porto de Santos, e de pronto frustrada em seus efeitos a cautelar nominada ali deferida, tal como os suspenndera liminarmente o Sr. Ministro Gueiros Leite, como Relator do MS nº 101.146-SP, oportunamente impetrado contra a dita decisão judicial; põe-se a requerente em que a segurança deferida transtorna a tradicional prática portuária da função exclusiva da estiva sindicalizada, a cuja numerosa classe obreira foi subtraído o desempenho de seus serviços especializados, tudo com séria repercussão no campo da ordem e da segurança públicas.

Ao precedente arrolado pela União, acrescento a liminar que deferi, recentemente, na ausência do Relator (Ministro Leitão Krieger, MS nº 101.781-AM), ao fundamento da mesma desestabilização causada pela cautelar no setor do trabalho portuário, ao quebrar-se o vínculo da precípua função dos estivadores na área de carga e descarga do transporte marítimo.

Distintos apenas pela formalística esses precedentes e a hipótese ora examinada (os primeiros, instrumentados por cautelar nominada, e a última por via de sentença concessiva do mandado de segurança), certo, porém, é que guardam similitude substancial, no particular da grave repercussão no campo da normalidade dos trabalhos do setor portuário nacional, afetado, ademais, pelo previsível elasticamento da medida, a repetir-se em todos os portos do País.

Donde se convir na razoabilidade do temor de protestos veementes, quiçá violentos, por parte da classe obreira atingida, da forma como o denunciou a autoridade impetrada em seu telex de fl. 2. Na verdade, tal temor se mostra a olho nu, tanto se sabe da penosa conjuntura econômica nacional, sensível, evidentemente, aos efeitos deletérios de uma desestabilização do caráter da de que se trata, isto é, a quebra de uma rotineira prestação de serviço, tradicionalmente reservada a determinada classe de trabalhadores, quebra ocorrida, justamente, no desenrolar da crise de desemprego conseqüente do temido fantasma da recessão.

A partir dessa ótica dos fatos que interessam examinar à conta da invocada preservação da ordem e da segurança públicas, fico em acolher o pedido de suspensão. No caso, o direito da impetrante — afirmado à sombra da avançada técnica do seu sistema de transporte, a prescindir da intervenção do antigo sistema de estivação, pois que lhe bastaria o trabalho de seus próprios empregados —, por mais que possa justificar a proteção que a sentença concedeu, aconselha-se suspender essa proteção ao postulado direito individual, em face

do conjuntural destaque do interesse público, vislumbrado na gravidade da lesão a que se expõe a ordem e a segurança públicas, no delicado plano das relações de trabalho de que se trata. E nessa utilidade conjuntural, é que se inspira a norma legal em causa — Lei nº 4.348/64, art. 4º —, sobre permitir, a prudente Juízo de conveniência e oportunidade, que o Presidente do Tribunal ad quem impeça a execução imediata do *mandamus*, com a suspensão de seus efeitos até o trânsito em julgado na via do duplo grau de jurisdição a que sujeita a sentença.

Portanto, defiro o pedido de suspensão» — Fls. 23/24.

Daí o presente agravo, iniciado pelas preliminares, tanto de carência de provas de fatos concretos justificativos da medida, como da assertiva de que pelas mesmas ameaças à ordem, que tivessem ocorrido em Santa Catarina, não se poderia justificar uma suspensão relativa a mandado de segurança deferido em Vitória-ES; e mais, a malsinada suspensão é que seria contrária ao interesse público, conforme as excelências da segurança e economia do transporte intermodal, distinto, aliás, do sistema «Roll-on/Roll-off». No mérito, em suma, não seria de confundir-se o interesse público, informador da hipótese de suspensão de segurança, com o interesse da autoridade insatisfeita com os efeitos da sentença; finalmente, a agravante disserta sobre o seu direito líquido e certo a escusar-se à exigência da requisição dos serviços de estivadores do porto, uma vez que, por lei, permissão ela mesma teria para valer-se dos serviços de seus próprios empregados.

Não vislumbro razão na irresignação da agravante. Tanto quanto lhe pareça irrecusável o direito assegurado pela sentença concessiva do

mandado, inerente à própria natureza do sistema de transporte integrado que ela impetrante exerce, isso não pesa às considerações de ordem pragmática que aconselharam a decisão agravada.

Com efeito, no despacho atacado foi posto em destaque o propósito da medida suspensiva, atenta, necessariamente, em acautelar a ordem pública, a risco de perturbações no delicado setor trabalhista, então desestabilizada a tradicional prestação de serviço da estiva, privativamente reservada aos sindicalizados em cada porto; a momentânea rebeldia das empresas de transporte intermodal (ou das que exerçam o «Roll-on/Roll off» — a sibilina distinção técnica não vem ao caso, no pertinente aos interesses contra a estiva organizada), certamente, transtorna aquele setor obreiro, a cujo numerosos profissionais a referida decisão subtraiu o desempenho, sobre dispensá-lo em relação aos embarques marítimos da impetrante.

Em favor dessa cautela da ordem pública, então clamada pelas autoridades portuárias informantes do Sr. Subprocurador-Geral da República, acrescente-se, por fim, a justificativa também arrolada na decisão agravada, tocante à previsível repetição da causa em todos os portos do País, a pedido da impetrante ou de suas congêneres.

Daí que persisto em manter a suspensão de que se trata; pelo que submeto o agravo a julgamento do Tribunal Pleno.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Sr. Presidente, confirmo a decisão de V. Exa. por seus fundamentos, por entender que, da execução da sentença, poderia, como ficou demonstrado no despacho

agravado, resultar grave lesão à ordem, enquadrando-se a hipótese conseqüentemente, no art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964.

Nego provimento ao agravo.

#### VOTO VOGAL

O Sr. **Ministro Gueiros Leite**: Sr. Presidente, tenho despacho concedendo medida liminar em mandado de segurança, conforme segue:

«Só em casos excepcionais, expressamente autorizados em lei, determinará o Juiz medidas cautelares sem a audiência das partes (CPC, art. 797). Entende-se, portanto, que se trata de adiantamento do julgado, o que tanto poderá ocorrer nas inibitórias específicas ou nas atípicas (art. 798). Todavia, tal adiantamento, porque excepcional e sem a audiência do réu, somente será possível quando o Juiz verificar que aquele sendo citado poderá torná-lo ineficaz, caso em que, ad cautelam, poderá determinar seja garantida a instância (art. 804). Diante dessas normas, às quais se podem acrescentar outras, comuns, tais como o fundado receio de uma parte, antes do julgamento da lide, causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, é-nos que me cheguem as informações. Comunique-se por «telex» e também por ofício, com o inteiro teor desta decisão.

Requisitem-se informações à digna autoridade apontada como coatora. Cumpra-se. Brasília, 6 de maio de 1983». (MS nº 101.146-SP)

Assim, coerente com essa orientação, acompanho o eminente Ministro **Armando Rollemberg**.

#### EXTRATO DA MINUTA

AgReg na SS 5.581-ES — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Agrte.: Hipermodal S.A. Transportes e Navegação — Agrda.: União Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. (Em 18-8-83 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Armando Rollemberg os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar de Brito, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger e Geraldo Sobral.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Jarbas Nobre, José Cândido, Hélio Pinheiro e Carlos Thibau.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

#### AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 5.598 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Agravantes: Pasquale Vincenzo Boccia e outros

Agravado: Banco Central do Brasil

#### EMENTA

**Economia pública. Lesão grave. Suspensão de segurança.**

— Centralização da Receita Cambial. Não há dizer-se ilegal a suspensão da segurança, quando a

remessa de moeda para o exterior, deferida liminarmente, contraria as prioridades estabelecidas para o conjuntural controle de caixa das parcas disponibilidades cambiais do país.

### ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, 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, 6 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

Eis a íntegra do despacho que proferi, em suspendendo a medida liminar que fora deferida em primeiro grau para assegurar remessas mensais de dólares para o exterior:

«Pasquale Vincenzo Boccia e outros pediram segurança com vistas a compelir o Banco Central a expedir autorização ao Setor de Câmbio do Banco Real S.A. para efetuar remessa no valor de US\$ 2.300, em partes mensais de US\$ 300 ou no máximo de US\$ 600 cada, conforme contrataram advogado para defendê-los em contenda judicial de seu interesse, instaurada em Nápoles — Itália. Negara-lhes o Banco Central, pois que o pedido administrativo formulado se desajustara ao Comunicado nº 442/82, segundo o qual a assunção de compromissos, de que possam resultar solicitações de transferência cambial para o exterior, deverá ser sempre precedida de manifestação favorável daquele Banco.

Pleno êxito obteve a pretensão, pois que o Juiz Federal da 8ª Vara,

Dr. Pimentel Portugal, a deferiu liminarmente, «para que os impetrantes continuem a fazer as remessas mensais conforme o programado», concessão que foi reforçada com a determinação de que o fiel cumprimento da decisão deveria consistir, no prazo de 24 horas, da «autorização ao Banco de remessa ou a remessa direta pelo impetrante»; é que o impetrado noticiara o cumprimento da liminar na vigência da Resolução CMN nº 851/83 e da Circular BCB nº 804/83, sobre que, na liquidação do câmbio celebrada a partir de 1-8-83, a par da obrigatoriedade do depósito no Banco Central, não será efetuada remessa ao exterior, senão que obedecida a escala de prioridades estabelecidas a contar do atendimento dos compromissos governamentais de relevante interesse social, tudo na conformidade da chamada centralização da receita cambial, então instituída pela referida Resolução.

Daí que esse aprazamento do cumprimento da liminar, ordenado sob a forma da compulsória remessa da moeda para o exterior, ativou o órgão público interessado a requerer a suspensão dos efeitos da liminar, de acordo com a Lei nº 4.348/64, art. 4º, tudo sob invocação da concreta ameaça capaz de vir a inviabilizar todo o esforço pela preservação da estabilidade da economia nacional, tanto mais porque, segundo as palavras dos próprios requerentes da remessa», ... essa liminar conseguida iria ser noticiada o que ocasionaria uma avalanche de mandados de segurança, o que ocasionaria ao governo mais problemas de credibilidade e desprestígio num momento em que ne-

cessita de apoio, credibilidade e prestígio».

Ao que melhor parece, o pedido de suspensão se oferece prosperável, consoante o indubitado suporte da previsão de grave lesão à economia pública, como irrogada à execução imediata da decisão examinada.

Na verdade, a grave situação da economia nacional, descompensada a partir de uma portentosa escassez de divisas, não mais constitui segredo de qualquer dos segmentos da sociedade que lhe suporta o incômodo peso; de todos é conhecida, desde os que laboram por interesses elitistas ligados a transações cambiais, como os ora impetrantes, até os que o fazem por interesses mais plebeus, em torno das mínguas salariais adensadas dia a dia, a exemplo de um contexto social deveras sombrio.

Nesse quadro, conquanto denunciador da impotência do controle então exercido, o Conselho Monetário Nacional houve por bem recorrer à Lei nº 4.595/64, art. 4º, inciso XVIII, que autoriza a outorga ao Banco Central do Brasil do monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou houver razões para prever a iminência de tal situação. Daí a emergência da chamada centralização da receita cambial, exercida a modo daquela escala de prioridade na liberação de divisa para remessa ao exterior.

A partir daí, certamente, a economia nacional passou a respirar pelos canais desse controle, em função de uma vigilância centrada no poder legalmente outorgado ao Banco Central para o monopólio das operações de câmbio, pois que evidentemente ocorrente o pressuposto do grave desequilíbrio no balanço de pagamento ou a iminência de tal situação.

Em tal emergência, quando o desequilíbrio desse balanço afeta as contas mais eminentemente interessadas à normalidade da vida econômica e social do País, na verdade, não há negar que a liberação de moedas a mando de direitos individuais avaliados in limine causa transtorno irreparável às salvaguardas conjunturais de que se lançou mão para preservação da economia pública.

Logo, é o caso do excepcional recurso à suspensão de segurança, instituído como remédio adequado à predominância do interesse público sobre o privado, da marca dos que ora se medem a propósito do dirigismo da política cambial do País; é o caso, pois, de dar-se razão ao órgão requerente, ao clamar reparo para a grave ameaça à economia pública, insita na compulsória liberação de divisas tão avaramente amealhadas e que devem ser gastas na escala de prioridades que se impõem respeitadas como último estágio da espera do socorro ao refinanciamento da dívida externa; é o caso, pois, de dar-se razão ao órgão, por relembrar as palavras dos próprios impetrantes, quando disseram em seu pedido administrativo que o precedente judicial poderia desencadear uma avalanche de mandados de segurança, com vistas ao direito à remessa de moedas estrangeiras; **ad terrorem** que seja o argumento, agora pesa como evidência de uma realidade que a economia pública não poderá tolerar, conforme bem o disse o requerente em seu adendo de fls. 31, **verbis**:

«Ora, Senhor Ministro, se os instrumentos utilizados, com base na lei, pelo Poder Executivo, para tentar superar a mais grave crise cambial — escassez de divisas — já ocorrida na história desse País são passíveis de ser afastados por liminares, **máxima** **per-**

missa venia, não fundamentadas e concedidas sem a mais mínima cautela, nem sequer com a exigência da rotineira caução judicial, é de se ver que a autoridade monetária fica, por completo, destituída de meios que possam ser implementados para evitar a deterioração, a paralisação, o caos da economia nacional.

É evidente que se o País não pode imprimir dólares, os poucos aqui existentes não de servir não à demanda particular, mas, isto sim, à pública: devem ser pagas, em primeiro lugar, as importações de petróleo, as de trigo, as de matérias-primas básicas ao funcionamento da indústria brasileira; por último, atender-se-ia aos interesses de cunho eminentemente individual, tais como o que foi articulado na pretensão deduzida, em mandado de segurança, perante o MM. Juiz Federal da 8ª Vara-I de São Paulo. Esta é a filosofia que permeia as medidas adotadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, que, além de legais, porque amparadas nas expressas disposições contidas nos artigos 4º, 10 e 11 da Lei nº 4.595/64, legitimou-se, por seus próprios fundamentos fáticos, como acima demonstramos.

Inequívoca, pois, a presença, na hipótese vertente, do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Este último elemento aqui mais se destaca se atentarmos para o fato de que uma irregular liberação de divisas reveste-se da natureza da perda irreparável, e isto simplesmente porque uma vez remetida a moeda estrangeira para o exterior inexistiriam meios para fazê-la retornar: qualquer indenização *in casu* cabível converter-se-ia em moeda nacional, tornando-se, pois, impossível uma volta ao *statu quo ante*».

Portanto, na linha de considerações dessa ordem — tantas outras poderiam ser chamadas à colação — tenho por presente o invocado pressuposto do perigo de grave lesão à economia pública, valor em nome do qual a norma de regência autoriza a medida requerida.

Defiro a suspensão da execução da segurança liminarmente concedida. Atendendo as peculiaridades do caso, ressalvo da suspensão a primeira parcela mensal da remessa suplicada, cuja liberação acredito que a autoridade impetrada tenha cumprido no prazo assinado pelo Juiz. — fls. 36/38.

Daí o presente agravo regimental, via do qual os impetrantes põem-se em sustentar o seguinte:

«Entretanto, Senhor Ministro, preliminarmente, deverá ser decretada a perempção do direito do Banco Central do Brasil de requerer a suspensão de segurança, de vez que, consoante o disposto no artigo 3º, da Lei nº 4.348, de 26-6-64, deveria dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, da notificação da medida liminar, encaminhar ao órgão a que está subordinado — Conselho Monetário Nacional — cópia autenticada do mandado — notificadorio, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder. Além disso, a argumentação apresentada pelo Banco Central do Brasil, relativa de que os impetrantes modificaram a figura do *litis contestatio*, com formulação de pedido adicional, carece de verdade, pois, nem sequer tiveram o trabalho de verificar os autos do mandado de segurança, de vez que, a liminar ali concedida o foi para que os impetrantes continuassem a fazer as remessas mensais, conforme o programado, e não como quer demonstrar a

requerente, de que o foi para fechamento de contrato de câmbio;

No tocante à segunda argumentação da requerente, que foi objeto do fundamentado despacho, ora agravado, não pode prevalecer, devendo dito despacho ser reconsiderado eis que, o direito de defesa dos agravantes, nos processos a que respondem junto ao Tribunal de Nápoles-Itália, não pode ser obstado. Com efeito, esse direito é sagrado e constitui princípio adotado pela Constituição Federal, como se observa nos §§ 15 e 16, do artigo 153 da Carta Magna, que protege os brasileiros e estrangeiros residentes no país (*caput*). Esses argumentos o são do Douto Procurador da República em São Paulo, apresentados em sua defesa, que opinou pela concessão da segurança, com fundamento no § 36 c/c § 15, do art. 153, da Constituição Federal.

Ademais, Preclaro Julgador, reconhecem os agravantes a grave crise que atravessa a balança de pagamentos do país, atualmente, mas apesar disso, não podem eles ser obstados de seu direito de defesa, ocasionando enormes prejuízos que, naturalmente, deverão ser ressarcidos». — fls. 48/49.

Ao que se vê, o primeiro fundamento do agravo apresenta-se visceralmente equivoco, porquanto o procedimento a que se refere o invocado art. 3º da Lei nº 4.348/64 — sobre ser de natureza simplesmente administrativa, vinculatória da autoridade impetrada ao dever de comunicar ao órgão a que subordinada a liminar da qual for notificada — não induz a perempção a que aludem os agravantes, relativamente à faculdade de o órgão interessado requerer a suspensão da segurança, e a propósito da qual a lei não estabelece qualquer prazo preclusivo. Dessa singela natureza da medida recomendada à autoridade impetrada cumprir perante o órgão a que estiver subordinada,

bem o diz o Professor Agrícola Barbi, *verbis*:

«Para que o representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada possa requerer essa suspensão, determina o art. 3º da Lei nº 4.348 que a autoridade coatora, no prazo de 48 horas da notificação da liminar, remeta ao Ministério ou órgão a que esteja subordinada e ao representante judicial da entidade, apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e outros elementos necessários àquela providência e para defesa do ato apontado como ilegal.

Esse dispositivo não tem natureza processual, é tipicamente de direito administrativo, pois regula o dever do servidor ou da autoridade pública de tomar providências para propiciar aos órgãos encarregados os elementos para adequada defesa da Administração Pública nos processos de mandado de segurança». — «Do Mandado de Segurança», Forense, 3ª edição, 1980, pág. 216.

Em última instância, seria de ver-se que a notificação que tornou expresso o deferimento da remessa de dólares, e não apenas o direito de fechamento do contrato cambial, deuse a 19 de setembro (fl. 136), e já no dia 21 seguinte foi protocolizado o pedido de suspensão, isto é, nas 48 horas que se reclamam no presente agravo.

Por sua vez, tocante ao segundo argumento dos agravantes, cumpre ver que os pressupostos da suspensão de segurança, como os estabelece a lei de regência não guardam relação alguma com o mérito da decisão suspensiva. Assim, por mais relevante que seja o direito individual objetivado proteger pelo *mandamus*, o Juízo de procedência da suspensão não lhe deve homenagem, pois que a decisão suspensiva distingue-se em evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segu-

rança e à economia públicas, valores estes ponderáveis ao largo da compleição jurídica do direito do impetrante.

No caso, convenha-se que não há duvidar-se da incômoda presença do pressuposto de grave lesão à economia pública, conforme dito na decisão ora reportada, concernentemente ao examinado monopólio estatal das operações de câmbio e à profunda crise econômico-financeira por que passa o Brasil.

Por manter a decisão como a mantenho, submeto o presente agravo ao conhecimento do Egrégio Tribunal Pleno.

Relatei.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Armando Rollemberg:** Nego provimento ao agravo, manifesto que é, como mostrou o despacho recorrido, que da execução da medida liminar objeto da suspensão, resultará grave dano à economia pública, se a final vier a ser indeferido o mandado de segurança.

#### COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

**O Sr. Ministro Gueiros Leite:** Senhor Presidente, acho que todos nós sopesamos não somente a pretensão resistida por parte do impetrante, como também a decisão de V. Exa., mas sabemos que a situação é difícil e não há disponibilidade de divisas para remessas, mesmo as menores. A tramitação dos pedidos de remessa para o exterior eternizam-se exatamente por falta de divisas. Em princípio é de respeitar-se o contrato pelo qual teria o impetrante de responder perante o seu patrono no exterior. Mas exatamente o embaraço e o obstáculo criados com justa causa pelas autoridades cambiais do país servir-lhe-iam de defesa com base no «fato do príncipe». De modo que,

complementando o meu voto, mais uma vez adiro à decisão de V. Exa.

#### VOTO VENCIDO

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** Senhor Presidente, rogo a V. Exa. respeitossíssima vênia (tanto mais quanto a magnífica decisão exarada por V. Exa., como de hábito, se mostra exímia nos seus fundamentos e irrequívoca em sua expressão) para, não obstante tudo isso, entender que o caso se reveste de especialíssima conotação.

Se se tratasse, tão-somente, de exercício do comércio ou de profissão; ou, ainda, de obtenção dos efeitos de livre manifestação de vontade, prazerosamente aderiria aos doutos fundamentos da decisão agravada.

Observo, no entanto (se bem percebi os contornos fáticos da hipótese), que o impetrante contratou, no exterior, prestação de serviços por advogado para defendê-lo em certa causa, fora do Brasil.

Para dar cumprimento a suas obrigações decorrentes desse contrato é que o impetrante necessita remeter a quantia de trezentos dólares por mês.

Não me impressiona tanto a escassa significação do numerário a ser objeto do contrato de câmbio, quanto, isto sim, a regra do art. 153, § 4º, da Constituição, ao lado do fato de o Brasil haver subscrito a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, documento que mantém a obrigatoriedade da salvaguarda, pelos estados, do direito de defesa de cada pessoa, entendido como direito de acesso aos tribunais.

Penso que não há de ser a remessa de tão modesta quantia de divisas que haverá de comprometer as reservas cambiais do País, quando a Nação assumiu o solene compromisso de salvaguardar direito absoluta-

mente fundamental da pessoa humana, qual seja o de deduzir no tribunal os seus direitos.

É por esta razão que, com a mais respeitosa vênia de V. Exa. e dos doutos votos que me antecederam, ousou fazer-me sensível às razões do impetrante; e, ponderando que a suspensão de eficácia da liminar, pelo que se extrai dos autos, determinará o inadimplemento, pelo impetrante, de obrigações contratuais legitimamente assumidas, também reconheço a instante necessidade de manter em sua eficácia o ato liminar do Juiz de primeiro grau.

Por isso é que provejo o recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

AgReg. na SS n.º 5.598-SP — Relator: Sr. Ministro José Dantas. Agrtes.:

Pasquale Vincenzo Boccia e outros. Agrdo.: Banco Central do Brasil.

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, vencido o Sr. Ministro Bueno de Souza. (6-10-83 — T. Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Armando Rollemberg os Srs. Ministros Moacir Catunda, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro e Carlos Thibau. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz, Washington Bolívar de Brito, Adhemar Raymundo, Américo Luz e Flaquer Scartezzi. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 30.127 — SP

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Apelante: Light — Serviços de Eletricidade S/A

Apelada: União Federal

#### EMENTA

**Tributário. Juros. Repetição de indébito. Critério de cálculo.**

O critério de cálculo dos juros previstos no art. 167 do CTN segue o mesmo estabelecido para recolhimento, com atraso, do tributo ou multa a que se refere a restituição.

**Provimento da apelação.**

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, 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, 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 apelação interposta pela São Paulo Light S.A., de sentença homologatória de cálculos de liquidação.

Por Acórdão de dezembro de 1968, o col. STF restabeleceu, em definitivo, sentença de primeira instância, reconhecendo à ora agravante o direito à restituição de quanto pagou à União, nos exercícios de 1949 a 1953, a título de taxa sobre potência hidráulica, prevista no Decreto-Lei nº 2.281/40, cuja exigência se tornara ilegal a partir de 1949.

Nos cálculos de liquidação, os juros de mora foram apurados ao percentual de 6% a.a. sobre o valor simples do principal (fl. 243), o que foi impugnado pela Light, sustentando que os juros deveriam ser calculados sobre o principal corrigido. Desacolhida a impugnação e homologados os cálculos (fl. 254), recorreu a autora. Devidamente processado o recurso, subiram os autos, havendo a Subprocuradoria-Geral da República, nesta instância, opinado pelo improvimento.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): Os juros são concedidos segundo previsão legal. O cálculo de juros sobre o principal corrigido deve apoiar-se em lei.

De qualquer sorte, na apuração do montante a restituir, o critério não será diferente do legalmente previsto

para recolhimento com atraso, do tributo ou multa a que se refere a restituição.

Nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.736/79, os juros de mora sobre débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional são calculados sobre o valor originário e não são passíveis de correção.

No caso, entretanto, os juros são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão, época em que a Lei nº 4.357/64, era vigente e segundo a qual

«As multas e juros de mora previstos na legislação vigente como percentagens do débito fiscal serão calculados sobre o respectivo montante corrigido monetariamente nos termos deste artigo». (artigo 7º, parágrafo 6º).

Assim, enquanto vigente esta regra, contam-se os juros sobre o quantum da restituição monetariamente corrigido.

Dou, pois, provimento à apelação.

É o voto.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 30.127-SP — Rel.: O Sr. Min. Pedro Acioli. Apte.: Light — Serviços de Eletricidade S.A. Apda.: União Federal.

Decisão: «Por unanimidade, deu-se provimento à apelação». (Em 20-2-84 — 5ª Turma).

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 40.682 — MG

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara

Apelantes: Instituto Nacional de Previdência Social e Instituto Educacional «Cândida de Souza»

Apelados: Os mesmos

## EMENTA

Processual civil. Aplicação do art. 515, § 2º, do CPC. Falta de interesse para recorrer. Contribuições previdenciárias. Entidades filantrópicas. Aplicação da Súmula nº 144. Efeito retrooperante do ato de isenção.

I — Em face do art. 515, § 2º, do CPC, falta interesse para apelar ao autor da ação, julgada procedente apenas por um dos fundamentos, que pretende vê-la acolhida, também, por outro.

II — O ato de reconhecimento de isenção de entidade filantrópica tem efeito declaratório e, consequentemente, retrooperante. Aplicação do art. 1º da Lei nº 3.577, de 4-7-59; do art. 2º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935; dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 1.117, de 1º-6-62; e da Súmula nº 144 do TFR.

III — Apelações desprovidas.

## ACORDÃO

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 aos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 127/129):

1. O Instituto Educacional Cândida de Souza, órgão mantenedor do Colégio Alvaro da Silveira e da Escola de Engenharia Governador Magalhães Pinto, ajuizou esta ação anulatória de débito fiscal contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, para o fim de anu-

lar o débito oriundo das NRDV de números 085635/6, de Cr\$ 10.050,12, 247521/3, 248954/5 e 248958, de Cr\$ 16.900,96, ressalvadas verbas a serem apuradas, relativas às contribuições de empregados, se efetivamente devidas, anulando-se, exclusivamente, a quota-parte do empregador e acessórios. Com a procedência da ação, pede a condenação do réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

2. Informa que mantém a Escola Técnica Alvaro da Silveira, hoje Colégio Técnico Alvaro da Silveira, bem assim a Escola de Engenharia Governador Magalhães Pinto. Que o Colégio Técnico Alvaro da Silveira está registrado no Conselho Nacional do Serviço Social, desde 30-7-62 (doc. 2) e foi reconhecido de utilidade pública pelo Governo do Estado de Minas Gerais, pelo Decreto nº 2.826, de 8-2-63. Também o Instituto Educacional Cândida de Souza está registrado no Conselho Nacional do Serviço Social, com certificado de fins filantrópicos, válido até 1-12-72, sempre funcionou regularmente, não remunerava os seus diretores, nem distribui vantagens ou interesses aos seus associados

(doc. 5). Tem isenção do Imposto de Renda e é unicamente educacional.

3. O INPS, vistoriando os livros do Colégio Técnico Álvaro da Silveira, levantou débitos previdenciários, em nome do órgão mantenedor, exigindo-lhe a contribuição do empregador, ao argumento de inexistir a declaração de utilidade pública federal. Argumenta, a seguir, que basta o reconhecimento de utilidade pública estadual, para ser titular da isenção, pois a lei não especifica. Argumenta, também, com a Lei nº 3.577, de 4-7-59, artigo 1º, com o Decreto nº 60.501, de 14-3-67, que regulamentou o art. 35, § 7º, da Lei nº 4.863, de 29-11-65. Diz que a Lei nº 3.577/59 foi regulamentada pelo Decreto nº 1.117, de 1-6-62. Também argumenta com o Decreto nº 91, de 26-8-35, regulamentado pelo Decreto nº 50.517, de 2-5-61, alterado pelo Decreto nº 60.931, de 4-7-67. Diz, outrossim, que lhe socorre a disposição inscrita no art. 19, III, da Constituição, e o art. 9º do CTN, argumentando que, por ser entidade educacional, tem imunidade tributária.

4. A inicial foi instruída com os documentos de fls. 11/76.

5. Feita a citação, apresentou o INPS a contestação que está às fls. 79/82, onde sustenta, em síntese, que a ação não tem procedência, sendo legítimo o débito, porque a entidade autora não possui o decreto federal que a declare de utilidade pública, na forma do artigo 1º do Decreto nº 50.517, de 2-5-61 e Lei nº 3.577, de 4-7-59, arts. 1º e 2º, bem assim Decreto nº 1.117, de 1-6-62, arts. 1º e parágrafo único e art. 3º, parágrafo único. Diz que a tese sustentada pelo INPS foi ratificada pelo Eg. STF no RE nº 58.908, de 5-11-65. Por outro lado, o Certificado de Fins Filantrópicos, provisório, exibido pela autora, certamente que foi concedido com base no velho es-

tatuto da entidade. O novo estatuto, ou o atual estatuto, não permite que a mesma tenha condições de ser reconhecida como de fins filantrópicos, nem de ser declarada como de utilidade pública.

6. Impugnação do autor às fls. 84/86.

7. Com a petição de fl. 91, juntou o autor o doc. de fl. 92.

8. Saneador à fl. 93. Contra o mesmo apresentou o autor o recurso de agravo no auto do processo (fls. 95/97). Isto porque dito despacho rejeitou a preliminar argüida, na impugnação de fl. 84, de não estar o réu devidamente representado nos autos, por inexistir procuração.

9. Fez-se uma pericia, laborando o perito indicado pelo autor às fls. 105/107. As partes tiveram vista (fls. 108 e v.).

10. Com a petição de fl. 113, juntou o autor o doc. de fl. 114, cópia de página do DOU que contém o Decreto nº 73.729, de 4-3-74, do Sr. Presidente da República, e que declara o autor como de utilidade pública. O réu teve vista.

11. Os autos foram redistribuídos, em 4-6-74, a esta Vara. As partes tiveram vista (fls. 117 e v.).

12. Realizou-se, finalmente, a audiência de instrução e julgamento noticiada pela ata de fls. 122 e v., na qual as partes participaram dos debates orais e aduziram razões. O autor juntou o memorial escrito que está às fls. 123/125. A conciliação foi rejeitada».

Apreciando a controvérsia, o Dr. Carlos Mário da Silva Velloso, hoje eminente Ministro desta Corte, após afastar a alegação de existência da imunidade tributária prevista no art. 19, III, c, da Constituição, examinou a questão apenas sob o aspecto da isenção. Ao assim decidir, julgou procedente a ação, deixando expres-

so que o débito anulado refere-se apenas à parte patronal, condenou o vencido na verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, bem como a pagar o salário do perito, e remeteu os autos a esta Corte (fls. 137).

Apelou o autor (fls. 138/144). Pede a elevação para 20% (vinte por cento) do percentual relativo à verba advocatícia e sustenta que, sendo a contribuição parafiscal imposto, relativamente ao empregador, dela se acha imune.

Apelou, também o IAPAS (fls. 145/148). Argumenta que, quando das notificações fiscais, o autor não dispunha do decreto federal, bem como do estadual, declaratório de utilidade pública, que só vieram a ser obtidos posteriormente. Pede, em consequência, a reforma da decisão.

Só o autor ofereceu contra-razões (fls. 150/151).

Subindo os autos, nesta Corte, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso do INPS (fls. 154/158).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Preliminarmente, nego provimento ao agravo no auto do processo, interposto contra o saneador, ao argumento de não estar o réu devidamente representado nos autos, por inexistir procuração (fls. 93/97). Com efeito, o procurador da autarquia, que assinou a contestação, não é credenciado, mas integra os seus quadros funcionais, ocupando, pois, cargo provido através de ato público. Por isso, não é necessário que junte procuração nos autos.

## II

Quanto ao recurso do autor, nego-lhe provimento. No tocante aos honorários, foi fixado em percentual ra-

zoável. Com relação à sua pretensão de ver a ação julgada procedente também em razão do fundamento concernente à imunidade, por falta de requisito sucumbência, pressuposto do recurso.

A propósito do assunto, votei, dentre outros casos, como Relator, nos seguintes:

«Processual Civil. Apelação. Falta de interesse para recorrer. CPC, art. 515, § 2º. Autarquia — prazo em dobro para recorrer. CPC, art. 188. Intervenção no domínio econômico SUNAB. Autuação por infração ao artigo 11, letra K da Lei delegada nº 4, de 26-9-62. Nulidade. Falta de tipicidade da infração. Honorários advocatícios.

I — As autarquias incluem-se na expressão «Fazenda Pública», constante do artigo 188 do CPC, e, por isso, têm direito ao prazo em dobro para recorrer.

II — Em face do art. 515, § 2º, do CPC, falta interesse para apelar ao autor da ação, que julgada procedente por alguns fundamentos, pretende vê-la acolhida, também, por outro.

III — Nulo é o auto de infração lavrado com ofensa ao artigo 13 da Lei Delegada nº 4/62. Tipicidade da infração não configurada.

IV — Remessa oficial não conhecida. Recurso da executada parcialmente provido. Apelação da SUNAB julgada prejudicada». (AC nº 37.754-PR (3001709) — Julgamento 21-3-83 — 4ª Turma. Publicado no DJ de 13-10-83, pág. 15722).

«Processual civil. Apelação. CPC, art. 515, § 2º. Falta de interesse para recorrer. Tributário. Imposto de renda. Aumento patrimonial arbitrariamente calculado. Nulidade do lançamento.

I — Em face do art. 515, § 2º, do CPC, falta interesse para apelar ao autor da ação, que julgada proce-

dente apenas por um dos fundamentos, pretende vê-la acolhida, também, por outro.

II — Se os valores levantados pela repartição fiscal, que seriam caracterizadores de aumento patrimonial injustificável, destoam, a maior, sensivelmente, dos preços de mercado, não podem ser considerados idôneos para os fins de embasamento da hipótese de incidência, diante do princípio da legalidade estrita que preside a configuração da obrigação tributária.

III — Apelação do autor não conhecida. Recurso da União Federal desprovido».

(AC nº 56.658-MG (3089037) — Julgamento 5-9-83 — 4ª Turma. Publicado no DJ de 13-10-83 — pág. 15724).

### III

A apelação da autarquia funda-se no exclusivo argumento de que, só após a notificação das contribuições exigidas, o autor obteve decreto federal declaratório de utilidade pública. Tal alegação foi repelida pela sentença, nestes termos (fls. 135/137):

«23. O INPS, na sua defesa, sustenta que «o débito previdenciário levantado pela fiscalização do órgão contestante contra a entidade, ora autora, é inteiramente legal e procedente em razão de não possuir a mesma o decreto federal que a declare ser de «utilidade pública», conforme prescreve o artigo 1º do Decreto nº 50.517, de 2-5-61 e para os fins da isenção prevista na Lei nº 3.577, de 4 de julho de 1959» (fl. 79).

24. O Instituto, pois, em síntese, sustenta: porque ao autor não foi expedido, pelo Sr. Presidente da República, decreto de utilidade pública, segundo a Lei nº 91, de 28-8-35, regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 2-5-61, modificado pelo Decreto nº 60.931, de 1967, não faz

jus à isenção pleiteada. Noutras palavras o INPS entende que o favor da Lei nº 3.577/59 somente poderia ser concedido se o autor tivesse sido declarado de utilidade pública mediante decreto federal.

25. *Data venia*, penso que o autor tem razão.

26. O entendimento do INPS, acima exposto, teve a chancela do Eg. STF, no RE nº 58.908-SP, 5-11-65, *verbis*:

«A dispensa da contribuição foi estabelecida por lei federal. Também é federal a lei que estipula essa contribuição, como federal é a autarquia a que se destina. Portanto, no silêncio da Lei nº 3.577, se há de entender que a declaração de utilidade pública, para o efeito de dispensar a contribuição previdenciária, há de emanar da autoridade federal. E há lei federal que regula a expedição de tais declarações (Lei nº 91, de 1935). No caso, faltou aquela formalidade, pois o conhecimento da utilidade pública da recorrida emanou da autoridade municipal e estadual.» (Apud contestação do INPS, à fl. 81).

27. Note-se que o órgão mantido, conforme já falamos, o Colégio Técnico Alvaro da Silveira, pela Lei Estadual nº 2.826, de 8-2-63, foi declarado de utilidade pública (fl. 22).

28. *Data venia*, volto a repetir, o autor tem razão.

29. Em primeiro, porque o Egrégio STF, em v. Acórdão proferido no RE nº 58.800, de 19-8-66, posterior, portanto, ao de nº 58.908, que é de 5 de novembro de 1965, decidiu:

«Contribuições assistenciais. Entidade filantrópica. Mesmo reconhecidas de utilidade pública por decreto estadual, as sociedades comprovadamente filantrópicas gozam da isenção de contribuições assistenciais da Lei nº

3.577/59, porque cumprem no plano estadual o mesmo papel que exercem as sociedades que gozam isenção do Governo Federal. Recurso não conhecido». (RE nº 58.800-GB, IAPC x Soc. Beneficente Ferraz de Campos. Relator o Sr. Ministro Hermes Lima, RTJ, v. 39, pág. 215).

30. Em segundo, porque a Lei nº 3.577/59, no seu art. 1º, não exige que a declaração de utilidade pública seja federal. E o Decreto nº 1.117, de 1-6-62, art. 1º, deixa expresso que «compete ao Conselho Nacional de Serviço Social certificar a condição de entidade filantrópica para servir de prova no Instituto de Previdência a que estiver sujeita a Instituição beneficiária da isenção prevista na Lei nº 3.577, de 4 de julho de 1959».

31. Ora, ao autor, já vimos de ver, o CNSS, expediu o certificado de entidade filantrópica. Satisfeita estaria, assim, a exigência do artigo 1º do Decreto nº 1.117/62. No AMS nº 70.898-RJ, Relator o Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins, decidiu o Eg. TFR verbis:

«Sociedade filantrópica assim reconhecida por lei estadual. A isenção de contribuição previdenciária depende de certidão do Conselho Nacional de Previdência Social (Lei nº 3.577-59 e Decreto nº 1.117/62), no caso, inexistente. Recurso unanimemente improvido». (DJ de 19-9-73, pág. 6.878).

32. In casu, o autor tem o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos expedido pelo CNSS. O órgão mantido, vimos de ver, foi reconhecido de utilidade pública por lei estadual. Quer nos parecer, pois, que a sua situação ajusta-se ao entendimento do Eg. TFR, acima transcrito.

33. Acrescente-se, por derradeiro, que o autor, pela Lei nº 6.000, de

2-10-72, do Estado de Minas Gerais (fl. 92), foi declarado de utilidade pública. E, para culminar, também o foi por ato do Sr. Presidente da República, conforme Decreto nº 73.729, de 4-3-74 (fl. 114). É verdade que esse ato o Decreto Federal nº 73.729 é posterior ao levantamento fiscal. O decreto federal, entretanto, é meramente declaratório, como, aliás, nele consta, assim fazendo retroagir os seus efeitos».

Nesta Corte e no Excelso Pretório, prevalece o entendimento no sentido de que, para se obter a isenção pleiteada, é indispensável que a entidade interessada tenha sido declarada de utilidade pública por decreto federal. Nesse sentido, este Tribunal editou a Súmula nº 144, nestes termos:

«Para que faça jus à isenção da quota patronal relativa às contribuições previdenciárias, é indispensável comprove a entidade filantrópica ter sido declarada de utilidade pública por decreto federal».

De outra parte, já decidiram o Pleno desta Corte (EAC nº 42.774-MG, Ementário TFR 37/143, Relator Ministro Moacir Catunda) e a Egrégia Segunda Seção (EAC nº 43.129-MG, Ac DJ de 18-9-80, pág. 7.137, Relator Ministro José Dantas) que tem efeito declarativo e, conseqüentemente, retrooperante, o ato de reconhecimento de isenção de entidade filantrópica.

Nessas condições, é de ver-se que a autora faz jus à isenção pleiteada, porque foi reconhecida como entidade filantrópica pelo Conselho Nacional do Serviço Social; foi declarada de utilidade pública por decreto federal: o ato de reconhecimento produz efeito retrooperante.

Improcede, pois, também, o recurso do INPS.

#### IV

Em conclusão: nego provimento aos recursos.

**EXTRATO DA MINUTA**

AC nº 40.682-MG — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara. Apelantes: Instituto Nacional de Previdência Social e Instituto Educacional «Cândida de Souza». Apelados: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos (em 23-11-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Bueno de Souza. Impedido o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.703 — SP**

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza  
 Apelantes: Mário Aladino Barci e outro  
 Apelada: União Federal

**EMENTA****Processual Civil.**

Embargos de terceiro opostos por diretores de sociedade anônima, contra a penhora de bens de seu patrimônio, em execução fiscal movida pela Fazenda Nacional, por crédito relativo a IPI.

Petição inicial que se restringe apenas à impugnação da penhora, ao argumento de não serem os embargantes responsáveis pelo débito.

Inexistência de qualquer impugnação do próprio crédito fiscal, que seria, aliás, extemporânea.

Dívida e responsabilidade: distinção.

Pretendida necessidade de prévia demanda, para evidenciar a responsabilidade de diretores, por atuação contrária à lei.

Alegação repelida, por se presumir contrária à lei a conduta de diretores da anônima que, retendo o valor do tributo, deixa de efetuar o respectivo recolhimento pelo modo devido.

Impossibilidade jurídica, ademais, de semelhante pedido, destituído da necessária autonomia.

Nulidade da certidão de dívida: alegação nesse sentido, por falta de menção dos nomes dos diretores da devedora.

Improcedência.

Precedentes.

**ACÓRDÃO**

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade,

negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Sentença do MM. Juiz Federal da 6ª Vara (fls. 43/44) julgou improcedentes embargos de terceiro opostos por Mário Aladino Barci e Espólio de Hortêncio Delfino Barci à penhora que, na execução fiscal movida pela Fazenda Nacional contra Fiação e Tecelagem de Juta S.A., recaiu sobre bens pertencentes aos embargantes.

O D. Juiz resumiu nestes termos os fundamentos da decisão (fl. 44):

«A certidão de dívida ativa (fl. 3 dos autos da execução fiscal) esclarece que o débito é originário do não recolhimento, à época certa, do imposto sobre produtos industrializados de novembro e dezembro de 1968. Ora, a legislação desse tributo atribui à empresa o encargo de depositária dos valores por ela recebidos de seus clientes, punindo os responsáveis pelo não recolhimento do imposto, inclusive com prisão administrativa e perdimento de bens. Assim, é infração de lei deixar a empresa de trazer aos cofres públicos os valores de que ela é mera depositária, o que torna os seus diretores pessoalmente responsáveis pela dívida tributária, nos termos do dispositivo legal acima transcrito.

Isto posto, julgo improcedentes os presentes embargos, condenando os embargantes, em consequência, nas custas processuais e em honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% (dez por cento) do valor da causa».

Apelaram os embargantes, insistindo no arrazoado da inicial e aduzindo jurisprudência em abono de seu entendimento de que «o simples não pagamento do imposto não é concei-

tuado como ato contrário à lei»; daí porque, primeiramente, seria indispensável «ação declaratória de responsabilidade pessoal e solidária dos diretores da empresa; e «desta, esclareça-se, o fisco sequer cogitou». De resto, acentuam que os nomes dos diretores (cuja responsabilidade pessoal é afirmada) não constam na certidão da dívida, donde a inobservância do art. 202, I do CTN.

Bem processado o recurso, subiram os autos.

Oficiou o Procurador Leoni Taveira, em parecer aprovado pelo ilustrado Subprocurador-Geral Geraldo Fonteles, pelo desprovemento do recurso.

É o relatório, dispensada a revisão.

### VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, a penhora e respectiva intimação aos embargantes ocorreram em 30 de junho de 1975 (fl. 12).

Estes embargos de terceiro foram opostos em 19 de março de 1976 (fl. 2), quando já ultrapassado o prazo para embargos de executado (CPC, art. 738).

Acresce que os apelantes restringiram expressamente o escopo da inicial, tão-somente à sustentação da suposta ilegalidade da constrição judicial de seus bens particulares, abrangidos na execução como pertencentes a diretores da sociedade anônima executada.

De fato, não se observa na inicial qualquer objeção ao próprio crédito da exequente-embargada.

Por ambas estas razões, não havia mesmo cogitar da apreciação das alegações dos apelantes como se de embargos à execução (ou de embargos da devedora) se tratasse: a inicial não se presta, senão unicamente para instaurar embargos de terceiro, a título de impugnação da penhora.

2. Como se vê, o D. Juiz da execução bem poderia ter indeferido a inicial, mediante sentença terminativa liminar.

De fato, a jurisprudência mais recente vem mantendo o entendimento de que o descumprimento, pelos diretores de empresas, do seu dever legal é bastante para determinar sua responsabilidade pessoal pelo débito dessas empresas em face do fisco, razão pela qual tais diretores são também partes legítimas passivas, em litisconsórcio com a devedora e executada originária, no processo de execução fiscal.

Observe-se que, no caso, o crédito corresponde ao IPI, consoante reconhecem os próprios embargantes, verbis (fl. 32):

«Mesmo tratando-se de IPI, se não procederam ao seu recolhimento foi porque não tinha a sociedade nenhuma possibilidade de fazê-lo. Mas, nem por isso deixou esta de ser uma obrigação da sociedade, não dos diretores».

Vem a propósito, por conseguinte, o que escreveu V. Exa. em 29-9-82, como Relator da AC nº 68.657 — MG (DJU18-11-82):

«A dívida cobrada de Mundoeste Cia. Brasileira de Importação e Exportação, corresponde a contribuições previdenciárias não recolhidas no período compreendido entre maio de 1972 e abril de 1974, durante o qual, como se constata de certidão fornecida pela Junta Comercial que está a fls. 80/80v. dos autos, o embargante João Nascimento Pires exercia o cargo de diretor da sociedade referida, sendo responsável, conseqüentemente, de acordo com o disposto no art. 121, parágrafo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 2.627/40, então em vigor, pelos atos que praticou com violação de lei ou dos estatutos.

Ora, não há dúvida que o não recolhimento de contribuições previ-

denciárias é ato contrário à lei pois, ou o responsável pela direção da empresa não as desconta dos empregados, e descumpri-la com tal atitude obrigação legal; ou desconta e não recolhe ditas contribuições, o que também é contra a lei, caracterizando, inclusive, ilícito penal.

Inaceitável é, assim, a alegação do embargante de que não lhe cabia responsabilidade pelo débito.

De outro lado, é tranqüilo o entendimento de que, ajuizada execução fiscal contra sociedade, não sendo ela localizada ou verificando-se que não possui bens com os quais possa responder pelo débito, a execução poderá prosseguir na pessoa dos responsáveis pelo mesmo débito, no caso de sociedade anônima os diretores, como ocorreu no caso dos autos, em que o embargante foi citado para pagar a dívida e daí ter oferecido embargos.

Nego provimento à apelação».

3. Com efeito, no que toca ao ponto por último abordado, é bem de ver que a ilicitude da conduta do representante legal (na verdade, órgão) da empresa é o que se deve presumir, tanto quanto cabe também presumir a licitude do procedimento administrativo-fiscal, desde que nele o contribuinte tem (em princípio, pelo menos) assegurada sua defesa. Cabe, portanto, ao contribuinte, seja mediante defesa no procedimento administrativo ou através de embargos à execução (que também, em outro sentido, constituem defesa) fazer por afastar a presunção de ilicitude de sua própria conduta na gerência da empresa, quando esta desconta o valor da contribuição ou contabiliza o do tributo e, no entanto, deixa de recolher o devido aos cofres da entidade credora (versante in re ilícita...)

4. Não é mister, ademais, conste o nome do diretor da empresa na própria certidão de dívida. A propósito,

basta ter em vista que o diretor não é devedor, razão pela qual sua atuação não integra o fato gerador: sua responsabilidade é de natureza administrativa-fiscal e emerge ao lado da responsabilidade da devedora, consoante aquilo que se verificar no próprio processo de execução, como o encerramento irregular da atividade da empresa, a inexistência de bens desta que bastem para garantir a execução etc.

5. Enfim, seria juridicamente impossível, ainda mesmo em ação meramente declaratória, o pedido de prévio reconhecimento de fraude ou ilicitude de certa conduta, quando os embargos à execução se acham à disposição do diretor da empresa como meio processual pré-ordenado, precisamente, a demonstrar seja o débito, a seu respeito, inexigível.

Neste sentido são numerosos precedentes (aliás, os mais recentes) desta Corte de Justiça, valendo mencionar, *inter plures*, os julgados nas AACC nºs 43.743 — PR, 4ª Turma, unânime, DJ de 13-10-83 e 81.816 — RJ, julgado em 28-11-83, de que fui Relator; e 58.185 — PR, 6ª Turma, unânime, Relator o Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, DJ de 20-5-82.

De meus mencionados votos farei anexar cópia, para maior esclarecimento.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

(ANEXO)

Apelação Cível nº 81.816-RJ

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 apon-  
tar 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 nº 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 Alves dos Reis, DJ de 26-8-82 e EAC nº 42.728 — BA, Relator o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, Plenário, unânime, DJ de 6-8-80.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

(ANEXO)

Apelação Cível nº 43.743-PR

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, na ementa do v. Acórdão da Egrégia Segunda Seção, nos EAC nº 40.191-SP, o Senhor Ministro Sebastião Reis resumiu, com a habitual proficiência, o pensamento que predomina entre nós, *verbis*:

«Tributário — Responsabilidade Tributária — Diretor de Sociedade Anônima.

A jurisprudência deste Tribunal, no caso particular das sociedades

anônimas, tem admitido a responsabilidade tributária dos diretores, com assento no art. 135 do Código Tributário Nacional, fazendo-o com temperamentos e certo casuismo.

In concreto, os fatos geradores ocorreram na gestão do diretor; o fato de terem sido aprovadas as suas contas pela sociedade não o exonera da responsabilidade perante terceiro; a toda sorte, trata-se de falta de recolhimento de contribuições descontadas dos salários pagos; a sociedade está extinta, sem as formalidades legais, não tendo sido encontrados bens sociais.

Acolhidos os embargos do INPS, para reformar o ven. aresto embargado».

Em seu douto e sucinto voto, S. Exa. refere precedentes.

2. Convém acentuar que, naquela oportunidade, votei vencido, ao lado dos Senhores Ministros José Dantas e Justino Ribeiro. Minha divergência, contudo, não dizia respeito ao entendimento estritamente jurídico norteador da decisão: cingi-me a aspectos concernentes ao embasamento empírico, particularíssimo, aliás, da espécie, ao dizer:

«Senhor Presidente, rejeito os embargos, também, para manter o Acórdão da Colenda Turma, na esteira do voto que acaba de ser brevemente lançado pelo eminente Ministro José Dantas.

A infração tributária preenche todos os contornos de infração penal. Neste caso, a subsunção da espécie ao ordenamento jurídico não pode ser feita pela metade, de modo a patentear verdadeira incoerência dos órgãos do Estado, em determinado momento admitindo uma transação com o contribuinte para, posteriormente, fazer repristinar o caráter ilícito do fato, o qual, se verdadeiramente configura ilícito tributário, é também ilícito penal e não pode deixar de ser levado ao

conhecimento do Ministério Público.

Os temperamentos que vêm sendo propostos para a aferição de semelhante conduta do contribuinte têm inteira procedência. Se o gestor da empresa obteve do fisco o acordo e o parcelamento do débito e o cumpriu enquanto a representou, por um lado teve a ilicitude do fato afastada, resultando inaplicável o art. 135, inciso III, 2ª parte do Código Tributário; por outro lado, esta verdadeira novação não pode ter seus efeitos ilididos de modo a, depois, se pretender ressuscitar responsabilidade que já não é daquele representante legal da empresa, eis que a respectiva gestão passou a outros diretores. Enfim, socorro-me dos demais argumentos que informam esta orientação e com a devida vênia rejeito os embargos para manter o Acórdão atacado».

3. Em inúmeros julgados subseqüentes tem-se consolidado nossa jurisprudência no rumo de que o diretor da anônima, qualquer que seja sua específica função na vida societária, se considera responsável pelo débito tributável contraído pela empresa durante sua gestão, desde que ao interromper ou cessar irregularmente suas atividades, não fiquem bens da empresa (ou não sejam achados) para garantir a execução; e uma vez que a conduta do diretor caracterize qualquer desvio do seu dever legal, não se escusando pelo fato de, em tais circunstâncias, se afastar da respectiva direção, máxime quando sequer esse seu desligamento se deva ter por eficazmente aperfeiçoado e, portanto, eficaz *erga omnes*.

Neste sentido também se tem pronunciado o Supremo Tribunal, ao entender que a execução fiscal movida contra a empresa anônima ou limitada pode também estender-se ao respectivo diretor, alcançando-lhe bens do patrimônio pessoal, estranho ao

social; e, assim também, ao lhe recusar, por essa mesma razão, a posição de terceiro, como se fosse alheio à execução.

4. No caso em exame, há particularidades a considerar.

Assim, primeiramente, vê-se que não consta tenha o embargante (agora, apelado) sido citado para a execução; ou que contra ele tenha sido expedido mandado de penhora, a pedido da exequente.

Por outro lado, a exequente, enquanto embargada, não cuidou de abordar a realidade fática de que poderia emergir a responsabilidade solidária do embargante: nada disse quanto à natureza e origem de seu crédito (que não se sabe qual seja); nem, se procede da época em que o embargante se deva considerar diretor da empresa devedora.

5. Tenho, no entanto, como certo que, ao tomar a iniciativa de apresentar bem próprio para garantir a execução, o embargante, de uma parte, admitiu sua responsabilidade solidária; e, de outra parte, tornou juridicamente impossível a oposição de seus embargos de terceiro.

6. De fato, nada dizendo sobre a natureza e origem do crédito tributário, deixou de porfiar por excluir sua responsabilidade; a qual, em princípio, assumiu, desde que, a não admiti-la, não seria razoável oferecesse bem próprio para ser penhorado, como indubiosamente fez.

7. Enfim, se a penhora se aperfeiçoou, como se vê, graças a sua própria iniciativa, não há falar em ato de constricção judicial, pressuposto lógico necessário à admissão de embargos de terceiro.

Ante o exposto, dou provimento à apelação; e, em conseqüência, julgo improcedente os embargos de terceiro, devendo, assim, prosseguir a exe-

cução, subsistente a penhora e condenado o apelado a custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da execução, por não ter sido atribuído valor aos embargos.

(ANEXO)

### Apelação Cível nº 58.185-PR

#### VOTO

**O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** Duas são as execuções movidas contra Arte Mobiliária S.A., para cobrança de dívidas previdenciárias, a primeira de nº 379/71 e, a segunda, de nº 392/71.

Os apelantes alegam, em suma, de uma parte, a prescrição do direito de ação e, de outra, que nenhuma responsabilidade têm por débitos de uma sociedade anônima, da qual eram apenas diretor industrial e diretor comercial, respectivamente, sem qualquer participação ou interferência em seus assuntos administrativos.

Quanto ao primeiro tópico, constata-se que os créditos foram levantados a 31 de março e 17 de agosto de 1971, concernentes aos períodos de janeiro de 1964 a fevereiro de 1970, e de março de 1970 a abril de 1971, enquanto as ações foram ajuizadas a 26 de abril e 09 de setembro de 1971. No Processo nº 379/71, a executada compareceu, espontaneamente, a 10 de agosto de 1971, suprindo a citação e, no de nº 372/71, foi citada, a 28 de setembro daquele mesmo ano. A penhora dos bens dos apelantes sobreveio no curso do desenvolvimento regular de ambas as execuções, em razão da responsabilidade pessoal pelos créditos, que lhes foi atribuída.

Assim, não há que falar em prescrição, exercido que foi o direito da ação no prazo do art. 174 do Código Tributário Nacional, sequer em prescrição intercorrente que, consoante o melhor entendimento jurispruden-

cial, somente ocorre quando a paralisação do feito resultar de culpa da exequente.

No mérito, esta Corte de Justiça tem admitido a responsabilidade tributária de diretores de sociedades anônimas com respaldo no art. 135 do Código Tributário Nacional. Nesse sentido anoto, entre outros, a AC nº 41.456, Relator Ministro Correa Pina, REO nº 54.603, Relator Ministro Armando Rollemberg, e EAC nº 40.191, Relator Ministro Sebastião Alves dos Reis. Da ementa deste último julgado, destaco: «A jurisprudência deste Tribunal, no caso particular das sociedades anônimas, tem admitido a responsabilidade tributária dos diretores, com assento no art. 135 do Código Tributário Nacional, fazendo-o com temperamento e certo casuismo».

Nessa linha de entendimento, situa-se a sentença de primeiro grau. A falta de oportuno recolhimento das contribuições previdenciárias, constituindo, sem dúvida, aberta infração à lei, está a autorizar a transferência da responsabilidade tributária, na ausência, eventual de bens da empresa, que garantam o seu pagamento em juízo. Os apelantes respondem solidariamente pelas contribuições devidas e não recolhidas, ao tempo em que eram diretores. Neste passo, o decisório ressalta, com propriedade, a irrelevância da alegação dos apelantes de que não tinham ingerência na administração da empresa: «O fato de serem os embargantes diretores industrial e comercial não altera o panorama, porquanto a lei não faz distinção relativa aos cargos exercidos; basta que sejam cargos de direção e o são».

Também, é de se admitir que a responsabilidade dos apelantes cessou a 31 de dezembro de 1967, quando che-

gou a termo o triênio para o qual haviam sido eleitos. Não colhe, no particular, a alegação da embargada de que àquela data não foram os mesmos liberados dos cargos que exerciam. Trata-se de mera presunção, sem qualquer amparo nas provas produzidas. Portanto, sem reparo a conclusão sentencial:

«No entanto, essa responsabilidade cessou com o término da investitura, em 31 de dezembro de 1967 (fl. 37 dos Autos de Execução nº 392/71), abrangendo, pois, tão somente, os débitos da Execução nº 379, até janeiro de 1968, exclusive (discriminativo de fl. 5, desses autos).

Aos demais aí relacionados e aos constantes dos autos 392/71, a responsabilidade dos embargantes não alcança».

Em conseqüência, nego provimento a ambas as apelações, para manter a sentença remetida.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 52.703-SP — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Apelantes: Mário Aladino Barci e outro. Apelada: União Federal.

Decisão: Negou-se provimento à apelação, unanimemente. (Em 8-2-84 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.890 — SC**

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Apelante: João Tissiani & Companhia

Apelado: Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural

**EMENTA**

**Contribuições previdenciárias. Empresas agroindustriais. FUNRURAL. Decadência: configuração, em parte.**

I — A partir da vigência do Decreto-Lei nº 276, de 28-2-67, as empresas agroindustriais ficaram obrigadas ao recolhimento de contribuições ao IAPI referentemente aos trabalhadores da área rural; ao mesmo tempo, estavam obrigadas ao recolhimento para o FUNRURAL da contribuição de 1% sobre o valor da matéria-prima própria utilizada na indústria. Sob a égide do Decreto-Lei nº 704, de 24-7-69 e da Lei Complementar nº 11, de 1971, aquelas empresas ficaram dispensadas da contribuição para o FUNRURAL, que só foi restabelecida na vigência da Lei Complementar nº 16, de 1973.

II — No caso, compreendendo a dívida cobrada o período de 5-67 a 12-73, só seriam devidas as contribuições cujos fatos geradores ocorreram anteriormente à vigência do Decreto-Lei nº 704/69, se os respectivos créditos antes do transcurso do quinquênio decadencial (CTN, art. 150, § 4º, 1ª parte), que não aconteceu.

III — **Apelação parcialmente 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 maioria, dar provimento parcial à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 20 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fl. 64):

«I — A execução movida pelo Fundo de Assistência do Trabalhador Rural (FUNRURAL) e que tem por base certidão de dívida inscrita, no valor de Cr\$ 82.268,92 (oitenta e dois mil, duzentos e sessenta e oito cruzeiros e noventa e dois centavos), a firma João Tissiani & Cia., qualificada nos autos, opôs embargos, alegando, em resumo: a) impropriedade a exigência de parcelas referentes ao período anterior a 1971 porque atingidas pela peremp-

ção (art. 15, § 6º, **caput** da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971; b) ter havido duplicidade de lançamento pois sendo o imposto de vendas rural unifásico, só pode ser cobrado uma vez e a embargante foi debitada pela saída e pelas notas fiscais de entrada; c) não se enquadrar a embargante em nenhuma hipótese legal para contribuinte do FUNRURAL não produz, mas industrializa madeira e dali não saem produtos rurais e sim produtos industrializados, que é contribuinte ao INPS e como não recebe benefícios do FUNRURAL não pôde a este contribuir; d) visto que as contribuições previdenciárias são, modernamente, conceituadas como tributo, incide o Código Tributário Nacional (arts. 173 e 174) a fulminar de prescrição os lançamentos anteriores a junho de 1971. Juntou 10 (dez) documentos.

O embargado apresentou impugnação, dizendo: 1. Não ter ocorrido a perempção porquanto a própria lei (art. 15, § 6º da Lei Complementar nº 11) ressalva o seu direito; 2. improceder a alegativa de que houve lançamento dúplice; 3. em nada aproveitar à embargante o fato de ser contribuinte do INPS e de industrializar madeiras eis que o fato gerador da contribuição em cobrança é precisamente o de ser produtor e de industrializar seus produtos (art. 15, I, b da citada lei complementar); 4. incorrer a prescrição nos termos do art. 144 do Decreto-Lei nº 73.617, de 12 de fevereiro de 1974 que fixa em 20 (vinte) anos o prazo para o embargado receber ou cobrar o que lhe for devido, (fls. 26/32). Trouxe 5 (cinco) documentos.

O respeitável despacho de fl. 26 deu oportunidade à embargante de falar sobre a impugnação o que foi feito às fls. 48/52 onde os argumentos dos embargos são reproduzidos.

As partes, intimadas, abriram mão das provas antes requeridas (fls. 56/62)».

Apreciando a controvérsia, o MM. Juiz a quo julgou improcedentes os embargos e condenou a embargante nas custas e honorários de advogado, que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução. Para assim decidir, argumentou (fls. 65/66):

«Em que pese o esforço do nobre patrono da firma embargante, inabaladas continuam a liquidez e a certeza decorrentes da certidão de dívida inscrita em que se funda a execução (fl. 11).

O argumento de que algumas parcelas anteriores a 1971 — teriam sido atingidas pela perempção, extraído isso da disposição contida na Lei Complementar nº 11, art. 15, § 6º não pode medrar porque é o próprio parágrafo que traz a ressalva:

«...sem prejuízo do recolhimento das contribuições devidas ao FUNRURAL — até o dia imediatamente anterior àquela data, por força do disposto no Decreto-Lei nº 276, de 28 de fevereiro de 1967)».

Ainda, sob tal aspecto, de registrar que a embargante não cumpriu o requisito do art. 17 daquela lei complementar, como lhe era facultado, para adquirir o direito à dispensa da multa, correção monetária e juros.

No que toca ao lançamento, resulta ele incensurável, pois que baseado na produção de toras (fato gerador), inexistindo a alegada duplicidade; por evidente, a circunstância de contribuir para o INPS e recolher contribuição pela industrialização da madeira não pode vir em benefício da embargante: são atividades diversas que geram obrigações diferentes. No caso, a contribuição ao FUNRURAL é devida pelo simples fato de que vem prevista em lei (art. 16, item I,

alínea b: pelo produtor, quando ele próprio industrializar seus produtos ou vendê-los, no varejo, diretamente ao consumidor) e em cuja hipótese, indiscutivelmente, se encaixa a embargante.

Resta, por fim, analisar a tese de que a dívida fiscal foi abrangida pela prescrição (melhor diríamos decadência) frente ao estatuído no Código Tributário Nacional (art. 173 e 174) e na própria Constituição.

Mas, nem aqui cabe razão à embargante.

Ainda que abstraída a disposição do artigo 144 do Decreto-Lei nº 73.617/74 invocada pelo exequente (fl. 31) tem-se que no caso houve notificação fiscal (fls. 13/15 e 35) em 30 de outubro de 1974 e que

«O direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário extingue-se, pela decadência, no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da notificação se houver». (TJSC — Jurisprudência Catarinense, 1975 vol. 10/pág. 337)».

Apelou o embargante (fls. 86/89). Insiste em que sejam acolhidos os seus fundamentos antes deduzidos e repelidos pela sentença.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 105/107), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu desprovimento.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): No voto vista que proferi na AC nº 51.525-SP, disse:

«Do estudo a que procedi, cheguei ao mesmo entendimento que vem prevalecendo nos precedentes desta Egrégia Turma. Tal orientação decorre do voto proferido, pelo

eminente Ministro Armando Rollemberg na AMS nº 75.844-PR, em que fez exame profundo sobre a matéria, cujas conclusões acham-se resumidas, com clareza e objetividade, no voto proferido pelo Sr. Ministro Carlos Mário Velloso na AC nº 79.096-SP, nestes termos:

«a) a partir da vigência do Decreto-Lei nº 276, de 28 de fevereiro de 1967, as empresas agroindustriais ficaram obrigadas ao recolhimento de contribuições ao IAPI referentemente aos trabalhadores da área rural; ao mesmo tempo, estavam obrigadas ao recolhimento para o FUNRURAL da contribuição de 1% sobre o valor da matéria-prima própria utilizada na indústria;

b) vindo a lume o Decreto-Lei nº 704, de 24 de julho de 1969, com vigência a partir de 1-8-69 (artigo 7º), as empresas agroindustriais ficaram dispensadas da contribuição para o FUNRURAL quanto ao seu setor rural;

c) na vigência da Lei Complementar nº 11, de 1971, as empresas agroindustriais anteriormente vinculadas, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao sistema geral da Prev. Social, nele continuariam integradas, ex vi do art. 29 da mencionada Lei Complementar nº 11, de 1971, assim dispensadas do recolhimento de contribuições para o FUNRURAL;

d) essa situação perdurou até que foi editada a Lei Complementar nº 16, de 1973, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1974;

e) na vigência da Lei Complementar nº 16, de 1973, mantiveram-se filiados ao INPS os empregados rurais de empresas agroindustriais e agrocomerciais que vinham descontando para a referida autarquia previdenciária pelo menos a partir da Lei Complementar nº 11/71 (Lei Com-

plementar nº 16/73, art. 4º, parágrafo único). Destarte, a empresa ficou obrigada a contribuir para o INPS referentemente aos empregados do seu setor industrial e relativamente aos trabalhadores rurais que, pelo menos desde a data da Lei Complementar nº 11, descontavam para o INPS; e ficou obrigada a contribuir para o FUNRURAL como produtora rural, ainda que todos os seus trabalhadores rurais estivessem na condição de segurado do INPS, na forma do art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 16/73».

No caso presente, segundo se depreende dos autos da execução em apenso (fls. 12/15), a dívida cobrada compreende o período de 5-67 a 12/73. São, pois, devidas apenas as contribuições cujos fatos geradores ocorreram anteriormente à vigência do Decreto-Lei nº 704, de 24-7-69, ou seja, antes de 1-8-69. Acontece que, tendo a notificação do lançamento sido efetivada apenas em 30-10-74 (fls. 12/15), caracterizada se achava a decadência do direito de constituir os créditos relativos a fatos geradores aflorados em data anterior a 30-10-69 (CTN, art. 150, § 4º, 1ª parte). Nesse sentido, votei, como Relator, dentre outros casos, na AC nº 75.799-PI, cujo Acórdão ficou assim ementado:

«Contribuições previdenciárias. FGTS. Decadência e prescrição. Aplicação dos arts. 173 e 174. do CTN.

I — As contribuições previdenciárias, inclusive as relativas ao FGTS, consubstanciam tributos, aplicando-se-lhes os preceitos do CTN, inclusive os seus arts. 173 e 174, que, em tema de prescrição e decadência, revogaram o art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/60).

II — O prazo de decadência do direito de constituir o crédito previdenciário corre entre a data da

ocorrência do seu fato gerador e a da notificação do respectivo lançamento ao sujeito passivo, e o prazo prescricional da ação para cobrá-lo, a partir da notificação do lançamento até a propositura da execução. Se o lançamento for impugnado, através de reclamação ou recurso na via administrativa, o prazo prescricional só passa a ser contado da data da notificação ao contribuinte da decisão definitiva naquela instância proferida. Com efeito, aquelas providências acarretam a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, artigo 151, III), ficando a Fazenda em consequência, sem ação executiva — remédio processual que a lei elegeu — para cobrá-lo, desde que aquela ação pressupõe título líquido, certo e exigível (CPC, artigo 586, caput). Ora, enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever (*actioe non nata non praescribitur*). Prescrição caracterizada, no caso.

III — Apelação desprovida».

Isto posto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedentes, em parte, os embargos e em consequência, condeno o embargado no reembolso das custas adiantadas pelo embargante e nos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da execução.

## VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, em numerosos casos semelhantes julgados na egrégia 4ª Turma, pronunciei-me de acordo com o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, na conclusão, ressalvando, porém, expressamente, minha respeitosa divergência quanto às razões de decidir.

Na verdade, penso que não há reconhecer decadência do direito de formalizar o crédito por contribuições previdenciárias: de fato, sem embar-

go da Súmula nº 108 de nossa jurisprudência, continuo a entender que a decadência carece de expressa previsão no texto da lei e não se contenta com mera construção sistemática, calculada na relevação do ônus de manter documentos em arquivo, além de certo prazo.

Manifestei-me, pois, na consonância dos votos do Senhor Ministro Velloso, desde que S. Exa. reclama prazo significativamente mais dilargado para a configuração, em concreto da decadência, reconhecida por imposição da citada Súmula nº 108.

Devo esclarecer, contudo, que, a esta altura, depois de novamente refletir sobre o tema, acho-me convencido também das razões do decidir consubstanciadas nos reiterados votos do Senhor Ministro Velloso, sem, com isso, desmerecer o valioso e percuente estudo do tema, da lavra do Senhor Ministro Pádua Ribeiro, em apreciado estudo doutrinário que teve a fineza de me enviar.

De fato, reexaminado o assunto, intirei-me de que não subsiste razão para restringir meu acordo com os reiterados pronunciamentos do Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, apenas às suas conclusões, como vinha fazendo, à consideração de que era aquele entendimento que menos se distancia do meu próprio, em suas conseqüências práticas.

**O Sr. Ministro Armando Rollemberg:** Admiti ser de cinco anos o prazo de decadência do direito de proceder ao lançamento de contribuições previdenciárias, considerando o fato de a própria lei orgânica da previdência social mandar que se guardem os documentos correspondentes aos recolhimentos respectivos durante cinco anos, do que decorre a impossibilidade de verificação a propósito após tal prazo.

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** Veja, porém, Senhor Ministro Rollemberg: esse prazo de cinco anos atingi-

ria, por igual, a prescrição, pois, dispensado o contribuinte de reter documentos além desse prazo, também ficaria impossibilitado de empreender defesa suficiente, fundada que fosse nessa outra causa extintiva.

Na verdade, Senhor Presidente, este é um aspecto apenas paralelo, que somente mencionei porque, durante a ausência de V. Exa., tive ocasião de repensar o assunto e reformular, em parte, minha opinião.

Uma vez que é dever do empregador preparar a documentação referente à atividade ensejadora do débito por contribuições, efetuar a retenção das contribuições correspondentes ao empregado e, a seguir, recolher todo o débito a crédito da autarquia, logo se vê que este procedimento regulado por lei encontra símile no lançamento por homologação ou autolancamento. Nestas condições, onde quer que o devedor não proceda nessa estrita conformidade, razão não há para extrair as conseqüências que a lei coloca na dependência de pressuposto que, na hipótese, não se configura: sem recolhimento, não há autolancamento a ser homologado.

Este modo de ver o tema não envolve a qualificação do crédito por contribuições previdenciárias como tributo: com efeito, é a própria lei orgânica da previdência social que confere ao crédito por contribuições previdenciárias o mesmo tratamento administrativo-fiscal que deva caber ao crédito tributário, ao dispor:

«Art. 84. Quaisquer débitos apurados pelas instituições de previdência, assim como as multas impostas, serão lançados em livro próprio, destinado à inscrição de sua dívida ativa.

Parágrafo único. As certidões do livro de que trata este artigo, contendo todos os dizeres da inscrição, servirão de título para as instituições de previdência social, por seus procuradores ou representan-

tes legais, ingressarem em Juízo, a fim de promoverem a cobrança desses débitos ou multas, pelo mesmo processo e com as mesmas prerrogativas e privilégios da Fazenda Nacional».

Impõe-se reconhecer, portanto, que, do ponto de vista do direito administrativo-fiscal, não há dúvida de que a lei afeiçoou a forma de concretização do crédito da previdência social ao lançamento por homologação ou autolancamento. Assim, cumpre ao contribuinte diligenciar a documentação concernente ao débito, encaminhá-la a quem de direito e recolher as contribuições. Somente por este modo é que a administração previdenciária passa a contar com instrumentos adequados, hábeis, a um só tempo, a verificar se são corretos, se o recolhimento foi efetuado na conformidade deles e se a realidade dos registros existentes em poder do declarante está espelhada em tais documentos; e, bem assim, a ensejar adequada interpelação da autarquia, para que homologue o que foi feito ou reclame os devidos esclarecimentos.

Ora, onde quer que assim não tenha procedido o contribuinte, a autarquia não se acha devidamente interpelada.

Então, tal como o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, também entendo que o prazo de cinco anos (que a Súmula nº 108 manda observar, a propósito de decadência) há de contar-se depois de decorridos os outros cinco anos, dentro dos quais flui o prazo para a iniciativa da administração previdenciária. Aplicando este critério ao caso concreto, fico em respeitosa divergência com o Senhor Ministro-Relator, porque S. Exa. considera haver decadência no tocante a certas prestações; mas, pelo que entendo, aplicado este critério, afasta-se a decadência.

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Se se aplicar a segunda par-

te do parágrafo 4º, do artigo 150, do CTN, ou seja, se se tiver por pressuposto a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** No caso, presumo a fraude, Senhor Ministro Pádua Ribeiro, mesmo porque a fraude é objeto precípua de presunção. Veja-se o adágio *fraus interparentes praesumitur*...

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Quanto a isso, ninguém duvida, mas dos autos, a propósito, nada consta. Nem o INPS alegou a ocorrência de fraude.

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** Sobre este ponto, argumento assim: em primeiro lugar, a nossa lei não dá ação declaratória, senão para obtenção de sentença que negue ou afirme a existência de relação jurídica material ou a falsidade (ou autenticidade) de documento.

Nosso direito não confere, portanto, ação meramente declaratória destinada à obtenção de sentença que afaste, quanto a determinado fato, a conotação de má-fé ou de dolo, com que alguém tenha agido.

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Mas para que V. Exa. está precisando dessa sentença, no caso?

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** Porque, quando V. Exa. nega se possa presumir o dolo, a fraude ou a simulação, sou levado a concluir que V. Exa. comunga do entendimento (sufragado, aliás, por prestigiosa jurisprudência de alguns tribunais estaduais), de que seria indispensável um processo prévio de conhecimento, destinado a estabelecer a fraude em que teria incorrido o gerente de pessoa jurídica para, somente após, poder ele ser demandado como corresponsável pelo débito da empresa, por contribuições ou por tributo.

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Absolutamente. O meu entendimento é bem outro. Fundo-me

na própria lei orgânica da previdência social, na Lei nº 3.807, que, no artigo 81, ao tratar do lançamento por aferição indireta, dá ensejo a que a autoridade administrativa requirite os documentos, os elementos necessários ao esclarecimento dos fatos. Se a autoridade administrativa assim atuou no procedimento fiscal de lançamento e, preste atenção V. Exa., no entanto, há omissão, há recusa do contribuinte em fornecer os dados solicitados, admito que aí possa até se enxergar o indício suficiente caracterizador da fraude. Agora, se não houve nada disso, se não há coisa nenhuma, a respeito nos autos, como concluir pela existência de fraude e simulação? Penso que a distância é quilométrica.

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** Longe de mim o intuito de convencer V. Exa., cujo douto voto tem, sem dúvida, excelentes fundamentos.

Exprimirei, porém, meu pensamento em outras palavras: Se o contribuinte não nega o núcleo dos fatos constitutivos do crédito da autarquia previdenciária; se, demandado em execução fiscal por ter descontado contribuições que, no entanto, deixou de recolher aos cofres da autarquia, não nega, contudo, que assim tenha agido; se se limita apenas a alegar decadência do direito da autarquia (de efetuar o levantamento do seu crédito), sou levado, Senhor Ministro Pádua Ribeiro, também nessa hipótese, a concluir que tal contribuinte agiu em fraude.

Em outras palavras, em casos tais (e é o dos autos), a demonstração e a evidência da fraude já consta do próprio núcleo dos fatos: ao dizer a autarquia que o contribuinte manteve tantos empregados, ao longo de tantos meses; que dos salários deles deduziu contribuições, que, no entanto, deixou de recolher o valor respectivo, a autarquia está a patentear a fraude ou o dolo *in re ipsa*.

O contribuinte, afinal, poderia negar os fatos; contudo, assim não fez.

Quando se limita a alegar exceções, expressamente reconhece as conotações de fraude ou dolo *in re ipsa*, pois quem deduz do salário do empregado tais contribuições e não as recolhe, por ventura, em tese não comete até mesmo ilícito penal? Então, por que negar o dolo civil?

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Porque V. Exa., vê sempre má fé, fraude? Pode ser que se trate de um erro. Quantas vezes é um simples erro aritmético. Se a administração entende existir dolo ou fraude, então que os apure no procedimento administrativo, que antecede ao lançamento.

**O Sr. Ministro Armando Rollemberg:** No caso, aliás, trata-se de FUNRURAL e sempre existiu dúvida sobre os empregados em relação aos quais dever-se-ia recolher contribuições para o mesmo.

**O Sr. Ministro Bueno de Souza:** Sem dúvida, meu ponto de vista não exclui, absolutamente, que o contribuinte possa provar sua lisura. Poderá fazê-lo por embargos. O que estou a dizer é que não cabe ao fisco provar a má-fé, a fraude do contribuinte. Para mim, o dolo do contribuinte está no próprio fato constitutivo. Se, de fato, dele não recolheu o devido, tudo se passa como se o fisco dissesse que reteve o devido (procedendo, portanto, com dolo).

Agora, reconheço, como V. Exa., que, em matéria de FUNRURAL é grande a margem de erro. E, por isto, o contribuinte tem toda a facilidade de provar o erro...

Mas, no caso, o que é que fez? Alegou decadência e nada mais. Ora, quem alega decadência, por isso mesmo não nega tenha deixado de re-

colher o que era devido. E, no ponto em que descontou do empregado e não entregou ao fisco, não é preciso que o fisco alegue ter o contribuinte agido com fraude ou dolo...

Assim também, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, não vejo como possa o fisco provar que não houve decadência, ao contrário, incumbe ao contribuinte demonstrar que não deve, pois também se há de presumir a legitimidade do título de dívida, proveniente que é de procedimento disciplinado em lei, no qual o contribuinte tem assegurada sua defesa.

É como voto, com a devida vênia.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 52.890-SC — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: João Tissiani & Cia. Apellido: Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento parcial à apelação, vencido o Sr. Ministro Bueno de Souza, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 20/06/83 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Armando Rollemberg e Bueno de Souza participaram do julgamento. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 57.113 — PR

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelantes: Nasser & Cia. Ltda. e União Federal

Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

**Execução fiscal — Legitimidade do lançamento do débito cobrado, relativo a imposto de renda, por isso que, na vigência da Lei nº 4.506/64, somente eram dedutíveis do lucro operacional os impostos, taxas e contribuições efetivamente pagos no exercício financeiro a que correspondiam. De outro lado foram constatadas, no caso concreto, irregularidades na contabilidade do contribuinte caracterizadoras da existência de passivo fictício, outro dos fundamentos do lançamento impugnado — Confirmação de sentença que julgou improcedentes, por tais motivos, embargos do devedor.**

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 4 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: A sentença fez exato relato das questões discutidas nos autos pela forma seguinte:

«Nasser & Cia Ltda., empresa comercial sediada nesta cidade, opôs estes embargos contra a execução fiscal (Autos nº 2.589/75, apensos) movida pela União Federal.

Relatou prender-se a cobrança ao auto de infração de fl. 12, onde foram tributadas, a título de imposto sobre a renda, as duas parcelas seguintes correspondentes ao ano-base de 1966:

a) Cr\$ 30.846,05 — despesas de impostos estaduais e municipais e contribuições previdenciárias, objeto de parcelamento concedido pelo INPS, consideradas indedutíveis pelo fisco, por não terem sido pagas nos exercícios a que correspondiam;

b) Cr\$ 72.694,54 — omissão de receita, por passivo não comprovado.

Explicou, quanto ao primeiro ponto da exigência fiscal, haver contabilizado, no fechamento do balanço de 31 de dezembro de 1966, as importâncias pertinentes a impostos estaduais e municipais e a contribuições previdenciárias daquele ano, como obrigações a recolher. Disse tê-las pago no ano seguinte.

Seu comportamento teria por lastro a interpretação do «Departamento do Imposto de Renda», de que o artigo 164 do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR) então vigente, devia ser entendido de forma a se adotar o regime de competência e não o de Caixa, como também afirmou o Parecer Normativo nº 174/74, explicito quanto aos casos de parcelamento (item 8).

Por isso, tendo o próprio «Termo de Verificação Fiscal» (fl. 13) anotado que o débito previdenciário «foi objeto de confissão de Dívida Fiscal (Contrato de Parcelamento), feita pela empresa ao INPS, em data de 24 de abril de 1967», e tendo os atos normativos das autoridades administrativas força de normas complementares da lei (art. 100, I,

CTN.), cabível a dedução das citadas despesas.

Acerca do passivo não comprovado, insurgiu-se contra o critério personalíssimo do fiscal atuante de recusar como prova de pagamento de dívidas, no exercício seguinte ao ano-base, as duplicatas da Sociedade Paulista de Artefatos Metalúrgicos S.A. e da Indústria Brasileira de embalagens S.A., por trazerem a expressão «paga direta» ou «pagas contra recibo» e ainda outras tidas como não quitadas ou quitadas irregularmente (cf. «Termo de Verificação e Esclarecimento», fls. 14/15).

Se nenhuma objeção à lisura da contabilidade da embargante foi oposta pelo Fisco, teria de prevalecer a norma do art. 8º do Decreto-Lei nº 486/68, de que a contabilidade feita com observância das formalidades legais faz prova em favor do comerciante, excluindo a glosa.

A correção monetária da multa foi atacada com lastro em jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal e em decisões deste Juízo.

Argüiu, ainda, a embargante a extinção do direito fazendário, pela decadência ou pela prescrição, conforme se entendesse constituir o auto de infração simples medida preparatória ao lançamento, ou este mesmo. Incidiriam, desse modo, ou o artigo 173, parágrafo único do CTN, ou seu artigo 174. O lapso temporal seria os seis anos que mediarão entre 26 de fevereiro de 1969 (data da lavratura do auto) e 18 de março de 1975 (momento da ciência da decisão final).»

Proferiu o MM. Juiz, depois, decisão afastando as alegações da embargante que, inconformada, apelou, reiterando-as.

Houve apelação e recurso adesivo interpostos pela União não admitidos pelo Juiz porque intempestivos, e,

neste Tribunal, a Subprocuradoria manifestou-se pela confirmação da sentença.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): 1. A argüição de que o lançamento do débito ocorrera quando a Fazenda Nacional já decaira do direito de efetuá-lo, é de todo improcedente, como mostrou a sentença, pois se deu por via de lavratura de auto de infração, datado de 26-2-69 (fl. 12 do Anexo 1), sendo a dívida relativa a imposto de renda dos anos-base de 1966 a 1968.

2. Igualmente sem procedência é a alegação de ocorrência de prescrição da execução, pois, constituído o débito em 1969, foram apresentados reclamação e recursos, sendo o último destes decidido em novembro de 1974, e já em setembro de 1975. era a execução ajuizada (fl. 2 dos autos da execução fiscal).

3. Ainda inaceitável é a afirmação feita pela apelante, de que impostos estaduais e municipais e contribuições previdenciárias pagos em 1967 poderiam ter sido contabilizados, como foram, no ano de 1966, para o efeito de dedução dos respectivos valores como despesas operacionais do ano-base referido.

Discorrendo sobre a questão escreveu Ricardo Mariz de Oliveira:

«A Lei nº 4.506, de 30-11-1964, art. 50, afirma que somente são dedutíveis do lucro operacional os impostos, taxas e contribuições que sejam efetivamente pagos durante o exercício financeiro a que corresponderem, ressalvados os casos de reclamação ou recursos tempestivos, e os casos em que a empresa tenha crédito vencido contra entidade de direito público, inclusive empresas estatais, autarquias e sociedades de economia mista, em

montante não inferior ao do tributo devido.

Esse dispositivo, transposto para o art. 165 do Decreto nº 76.186, de 2-9-1975, aplica-se aos tributos como gênero, compreendendo, portanto, os impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições previdenciárias, recolhimentos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e ao PIS - Programa de Integração Social, e outras espécies tributárias.

O condicionamento legal da dedução ao efetivo recolhimento durante o exercício a que corresponder o tributo deve ser interpretado da seguinte forma:

se o tributo for recolhido fora de prazo, mas dentro do exercício financeiro em que se verifica o vencimento do prazo legal de pagamento é dedutível;

se o tributo for recolhido no exercício financeiro seguinte àquele em que se torna econômica e juridicamente devido, porque o prazo legal de recolhimento vence-se no exercício seguinte, é dedutível no ano-base em que se torna devido; é o caso do imposto sobre serviços prestados durante dezembro (mês final do ano-base), já devido em dezembro mas cujo prazo de recolhimento se estende até janeiro seguinte: é despesa do ano-base terminado em dezembro;

na hipótese do item anterior, a jurisprudência administrativa tem admitido a opção pelo regime de caixa, considerando a despesa dedutível no ano-base em que for efetivamente pago o tributo referente ao exercício anterior».

(Fundamentos do Imposto de Renda - págs. 227/228).

De sua vez, Bulhões Pedreira, dissertando sobre a matéria reconheceu que, na vigência da Lei nº 4.506/64, aplicável à época dos fatos que deram origem ao lançamento impugnado

do, pois somente foi alterada pelo Decreto-Lei nº 1.598/77, apenas se admitia «a dedução dos tributos efetivamente pagos durante o exercício financeiro a que correspondessem» (Imposto sobre a Renda, Pessoas Jurídicas — vol. I — ed. de 1979, pág. 240).

Como se vê, somente se efetivamente pagos em 1966, ou, se, relativos a tal ano, fossem os tributos daqueles cujo recolhimento poderia ser feito até janeiro do ano seguinte, o que não ocorreu, seria possível contabilizá-los como despesas operacionais.

4. Ainda sem procedência é a impugnação da sentença na parte em que teve como caracterizada a existência de passivo fictício, como considerou a fiscalização para proceder ao lançamento do imposto de renda, ao fundamento de que a contabilidade da embargante não preenchia os requisitos técnicos necessários para poder ser considerada, como apurara a fiscalização ao lavrar o Termo de Verificação e Esclarecimento.

Realmente as irregularidades ali apontadas, consistentes principalmente na falta de quitação regular de duplicatas emitidas contra a embarcante, somente poderiam ser afastadas por prova contrária, que não foi feita.

5. Finalmente a aplicação de correção monetária sobre a multa é cabível, como pacificamente assentado pela jurisprudência.

Nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 57.113-PR — Rel.: Min. Armando Rollemberg — Aptes.: Nasser & Cia. Ltda. e União Federal — Apdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 4-4-84 — 4ª Turma).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 58.836 — PR

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelante: Industrial Madeireira do Paraná S/A

Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social.

#### EMENTA

**Tributário. FUNRURAL. Empresas agroindustriais. Contribuições.**

Decretos-Leis nºs 276, de 28-2-67, e 704, de 24-7-1969; Lei Complementar nº 11, de 1971; Lei Complementar nº 16, de 1973.

I — A partir da vigência do Decreto-Lei nº 276, de 28-2-1967, as empresas agroindustriais ficaram obrigadas ao recolhimento de contribuições ao IAPI referentemente aos trabalhadores da área rural; ao mesmo tempo, estavam obrigadas ao recolhimento para o FUNRURAL da contribuição de 1% sobre o valor da matéria-prima. Vindo a lume o Decreto-Lei

nº 704, de 24-7-69, com vigência em 1-8-1969 (artigo 7º), as empresas agroindustriais ficaram dispensadas da contribuição ao FUNRURAL quanto ao seu setor agrário. Na vigência da Lei Complementar nº 11, de 1971, essas empresas, anteriormente vinculadas, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao sistema geral da Previdência Social, nele continuaram integradas (Lei Complementar nº 11, de 1971, art. 29), situação que perdeu até que foi editada a Lei Complementar nº 16, de 30-10-1973, com vigência a partir de 1-1-1974.

## II — Precedentes do Tribunal.

## III — Recurso provido, em parte.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de dezembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Industrial Madeireira do Paraná S.A. ajuizou ação declaratória negativa contra o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — FUNRURAL, alegando, em síntese, o seguinte:

A autora tem como atividade a exploração industrial e comercial de madeiras em geral, para o que possui reserva florestal própria. Sempre recolheu normalmente as contribuições para o INPS referentes a seus empregados, quer os que trabalham no setor industrial, quer os que trabalham no setor agrícola. O réu, no entanto, considerou-a vinculada a ele, com arrimo no art. 15, I, letras a e b, da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, alterada pela Lei Complementar

nº 16, de 30 de outubro de 1973, exigindo-lhe, por isso, dois por cento sobre o valor comercial das madeiras retiradas de suas próprias reservas florestais. Muito embora tenha feito alguns pagamentos ao réu, impetrou mandado de segurança contra o FUNRURAL, juntamente com outras empresas, em 13 de novembro de 1973, por entender-se dispensada das contribuições pretendidas. Concedida a segurança, foi ela, no entanto, cassada, por decisão da 1ª Turma deste Egrégio Tribunal, por entender que o Poder Judiciário não pode impedir a apuração administrativa de débito previdenciário. Sustentou que a partir de 1º de maio de 1969, data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 564/69, as empresas agroindustriais, já vinculadas ao sistema geral da previdência social, como era o caso da autora, ficaram dispensadas da contribuição para o FUNRURAL. Essa situação não se modificou com o advento da Lei Complementar nº 11, de 25-5-71. Entretanto, o Decreto nº 69.919, de 11-1-72, que o regulamentou, repetiu, *ipsis litteris*, em seu artigo 154, o art. 29 daquela Lei Complementar, mas acrescentou-lhe a expressão «sem prejuízo do recolhimento a que se refere o art. 53, item I, alínea b». Como não podia ampliar e nem modificar o texto-padrão donde derivava, ficou destituído de qualquer exigibilidade, conforme entendimento do Tribunal Federal de Recursos. Disse entender, então, ser devida apenas a contribui-

ção de 1% (e não 2% conforme exigia o réu) sobre o período compreendido entre março de 1967, início da vigência do Decreto-Lei nº 276/67, e 1-5-69, data em que inicia a vigência do Decreto-Lei nº 564/69. Mesmo com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 16, de 30-10-73, em 1º de janeiro de 1974, as empresas agroindustriais continuaram dispensadas das contribuições para o FUNRURAL, desde que vinculadas anteriormente à previdência social. Sustentou a inconstitucionalidade do art. 15, inciso I, letras a e b, da Lei Complementar nº 11/71, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 16/73, no qual se apoiou o réu para exigir-lhe as contribuições previdenciárias. Requereu, a final, fosse declarada, por sentença, a inexistência de relação jurídica entre a autora e o réu, pois nada deve a este. Instruiu a inicial com os documentos de fls. 20/66.

O Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — FUNRURAL — contestou a ação (fls. 71/81), alegando, entre outras coisas, que a autora não é uma empresa agroindustrial, mas uma empresa extrativa de madeira e que não provou que todos os seus empregados sempre foram vinculados e, portanto, contribuintes dos ex-Institutos de Aposentadoria e atual INPS. Rebateu a alegação de inconstitucionalidade do art. 15, inciso I, letras a e b, da Lei Complementar nº 11/71 e pediu fosse julgada improcedente a ação. Com a contestação, apresentou os documentos de fls. 82 a 118.

A requerimento da autora, foi realizada perícia, que concluiu serem todos os seus empregados filiados ao IAPI e posteriormente ao INPS e que as contribuições devidas foram recolhidas (laudo de fls. 145/148).

Audiência de Instrução e Julgamento à fl. 155.

O MM. Juiz, ao cabo, julgou improcedente a ação e condenou a autora no pagamento das custas e honorários

advocaticios de 10% sobre o valor dado à causa.

Argumentou:

«A Lei nº 4.214/63, Estatuto do Trabalhador Rural, em seu art. 158, nos termos do Decreto-Lei nº 276/67, criou o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, constituída da contribuição de 1%, devida pelo produtor, sobre o valor comercial dos produtos rurais, a ser recolhida: a) pelo adquirente ou consignatário e b) pelo produtor quando ele próprio industrializar o produto.

O Decreto nº 61.554/67, Regulamento do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalho Rural menciona as empresas vinculadas ao regime da LOPS e FUNRURAL; o Decreto-Lei nº 564, Plano Básico da Previdência Social, teve por objetivo dar assistência aos empregados não abrangidos pela LOPS e dispensou as empresas abrangidas pelo Plano Básico, com relação ao setor rural, das contribuições ao FUNRURAL.

O Decreto-Lei nº 704/69 admitiu, pelo art. 1º, que as empresas abrangidas pelo Plano Básico fossem incluídas no sistema geral da Previdência Social, mediante ato do Ministro do Trabalho, quando então não contribuiriam para o FUNRURAL, esses casos de isenção referem-se a empresas agroindustriais; a Lei Complementar nº 11/71 instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, teve alguns dispositivos modificados pela Lei Complementar nº 16/73; a Lei Complementar nº 11/71 foi regulamentada pelo Decreto nº 69.919/72, que no art. 59 instituiu a contribuição de 2% devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais a ser recolhida: a) pelo adquirente consignatário ou cooperativa ou b) pelo produtor

quando ele próprio industrializar seu produto; esse o caso da autora.

Tudo bem visto e examinado.

No sistema do FUNRURAL não há relação empregado-empregador, daí a irrelevância da perícia realizada (fl. 154): a dispensa de contribuição prevista no Plano Básico — Decretos-Lei nº 564 e nº 704/69, referem-se a empresa agro-industrial, enquanto que a autora é empresa extrativa de madeira.

A Lei Complementar nº 11/71 não concede qualquer dispensa de contribuições previdenciárias, nem a legislação subsequente, essas contribuições não são inconstitucionais porque, embora, baseadas no valor comercial dos produtos rurais, como o ICM, são contribuições previdenciárias do sistema parafiscal a que se refere o § 2º do art. 21 da Constituição Federal». (fl. 163).

Industrial Madeireira do Paraná S.A., inconformada, apelou (fls. 165/182), reafirmando os argumentos da inicial e da petição de fls. 126/130. Requereu o provimento do recurso, para que seja declarado que: a) as contribuições para o FUNRURAL, como impostos que são, se não inconstitucionais no seu todo, foram devidos somente no período que vai de março de 1967 a 1º de maio de 1969, data do início de vigência do Decreto-Lei nº 564/69; b) a partir da data do recurso nenhuma contribuição, sobre o valor comercial das madeiras retiradas das reservas próprias da apelante, é devida, porque delas dispensada pela legislação referida; c) a inconstitucionalidade da citada contribuição.

Resposta da apelada às fls. 184/185, pedindo o improvimento do apelo.

Nesta E. Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer padronizado, reportou-se aos fundamentos da v. sentença e às razões da recorrida,

opinando pela confirmação do v. decisório.

E o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Não há a alegada inconstitucionalidade.

Quando do julgamento da AC nº 61.073-SP, de que fui Relator, decidiu esta Egrégia Turma:

«Tributário. FUNRURAL. Contribuições. Lei Complementar nº 11, de 1971, CF, arts. 18, § 5º, 21, § 1º.

I — A contribuição do FUNRURAL, que não é imposto, mas contribuição especial, ou contribuição parafiscal, assim um *tertium genus* tributário, não obstante submetida ao regime tributário, não está sujeita às regras do artigo 18, § 5º, e art. 21, § 1º, da Constituição Federal.

II — Recurso provido.»

Disse eu ao votar:

«A sentença, que é da lavra de um dos mais eminentes magistrados paulistas, o Dr. Mozar Costa de Oliveira, titular da Comarca de Santos-SP, considera a contribuição do FUNRURAL um imposto; e por ser imposto, está sujeita às regras dos artigos 18, § 5º, e 21, § 1º, da Constituição Federal. E porque a contribuição do FUNRURAL tem a mesma base de cálculo (Lei Complementar nº 11/71, art. 15, I, 2ª parte) do ICM (Decreto-Lei nº 406/68, art. 2º, I), segue-se a sua inconstitucionalidade; noutras palavras, não pode a contribuição pró-FUNRURAL ser imposta com a base de cálculo que está no art. 15, I, 2ª parte, da Lei Complementar nº 11/71, tendo em vista a vedação inscrita no art. 18, § 5º, e art. 21, § 1º, da Constituição Federal.

Lamento dissentir do culto magistrado.

## II

Sustento, na linha do entendimento do saudoso Rubens Gomes de Sousa, que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. E isso em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I, e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos arts. 163, parágrafo único, 165, XVI, e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, nºs 1 a 5.» (Rubens Gomes de Sousa, «Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP, 17/305). Assim as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição.

É certo que, relativamente às contribuições sociais, a contribuição previdenciária, v. g., alguns autores, como Geraldo Ataliba, classificam-na ou como imposto (a contribuição do empregador), ou como taxa (a contribuição do empregado), presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973, pág. 193; «Sistema Constit. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.; Marco Aurélio Greco, «A chamada contribuição previdenciária, caráter tributário,...», RDP 19/385).

Esses autores não estão errados e a sentença sob exame está nessa linha. A conclusão a que chegam está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro, as contribuições, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuição, ou como contribuições especiais ou parafiscais, ob-

servada, todavia, a lição do preclaro Geraldo Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com que se batize, «toda obrigação pecuniária ex lege em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública», é tributo e se submete ao chamado regime tributário ...» «Hipótese de Incid. Trib.», cit., pág. 201).

É que, como escreveu o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, «assim, critério classificatório sem dúvida jurídico, embasado na hipótese de incidência ou fato gerador, conducente à dicotomia-taxa, imposto, pode ser afastado pelas normas legais, que adotem classificação outra, com preponderante influência na aplicação do direito.» (Rodrigues Alckmin, «Os Tributos e sua Classificação», co-edição Instituto Brasileiro de Direito Tributário, edit. Resenha Tributária, São Paulo, 1975). No julgamento do RE nº 75.972, em que uma empresa liberada constitucionalmente do pagamento de impostos queria forrarse ao recolhimento da chamada Taxa de Renovação da Marinha Mercante, a Corte Suprema considerou esse adicional ao frete como uma contribuição decorrente da intervenção da União no domínio econômico e não como imposto, pelo que a empresa teria que pagá-la, porque somente de imposto se achava livre. Esclarece o Ministro Rodrigues Alckmin, a respeito desse julgamento:

«Ponderou um dos votos — o do Ministro Baleeiro — que «à primeira vista, isso esdruxulamente chamado de «adicional ao frete» é imposto federal sobre transportes intermunicipais, previsto no art. 21, VII, da Emenda nº 1/69. Nesse caso, a União pode exigí-lo de todos, exceto dos que gozam de

imunidade, como os editores de jornais e livros, os Estados e Municípios, enfim os beneficiados pelo art. 19, III, da CF. Teria razão a recorrida.

Mas, desde a CF de 1967, ficou expresso que a União pode decretar contribuições especiais ou parafiscais, princípio hoje consagrado pelos arts. 21, § 2º, I, 163, parágrafo único; 165, XVI; e 166, § 1º, da Emenda nº 1/69. É isso que nos coloca em posição absolutamente diversa daquela dos RMS 18.742 e 18.224, RTJ 46/64 e 57/742 quando diferente se apresentava nosso Direito Constitucional na espécie.»

E concluiu por admitir que o tributo reclamado era de classificar-se, constitucionalmente, como contribuição, pelo que fugia, a sua exigência, à vedação constitucional.» (Rodrigues Alckmin, ob. cit., págs. 50/51).

### III

No EAC nº 40.694-SP, de que fui Relator, a Egrégia Segunda Seção não admitiu, em tema de contribuição previdenciária, a distinção entre a contribuição do empregador e do empregado, de forma a fazer prevalecer, quanto a esta última, o art. 144 da LOPS, com base no artigo 168, IV, do Código Civil.

### IV

Destarte, pelo que vimos de expor, não estaria a contribuição do FUNRURAL, que não é imposto, mas contribuição, assim um *tertium genus* tributário, sujeita às regras do art. 18, § 5º, e art. 21, § 1º, da Constituição Federal.

Impõe-se o provimento do apelo, só por só.

### V

Mas há mais.

Este Egrégio Tribunal, na AMS nº 78.306-SP, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, enfrentou a questão e rejeitou a tese defendida na sentença sob exame («Rev. do TFR», 57/133).

Na AMS nº 78.562-PR, Relator o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, esta Egrégia Turma decidiu que «a contribuição para o FUNRURAL está prevista no § 2º do art. 21 da Constituição, não se incluindo, pois, na redação do § 1º daquele preceito, que se refere a impostos.» (4ª Turma, em 2-9-81).

### VI

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, invertidos os ônus da sucumbência, exatamente como postos na sentença.»

.....  
Rejeito, pelo exposto, a alegada inconstitucionalidade do art. 15, I, da Lei Complementar nº 11, de 1971.

### II

Sustenta a autora, ora apelante, que, a partir de 1-5-1969, data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 564, as empresas agroindustriais, já vinculadas ao sistema geral da previdência social, ficaram dispensadas da contribuição para o FUNRURAL. Com o advento da Lei Complementar nº 11, de 25-5-71, a situação não se modificou, tendo em vista o disposto no seu artigo 29. Todavia, diz a autora-apelante, o FUNRURAL «apegando-se ao disposto no art. 154 do Decreto nº 69.919, de 11 de janeiro de 1972, que, regulamentando a Lei Complementar nº 11/71, repetiu, *ipsis litteris*, o seu supratranscrito art. 29, mas, acrescentou-lhe a expressão «sem prejuízo do recolhi-

mento a que se refere o art. 53, item I, alínea b, entendeu que a partir daí, as contribuições seriam novamente devidas.» Isto, entretanto, acrescenta a autora-apelante, não é correto. Mesmo com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 16, de 30-10-1973, «em 1º de janeiro de 1974, as empresas agroindustriais continuaram dispensadas das contribuições para o FUNRURAL, desde que já vinculadas anteriormente à previdência social, seja através do IAPI ou do próprio INPS inobstante tenha revogado, expressamente, os arts. 29 e 31 da Lei Complementar nº 11.» Isso, argumenta a autora-apelante, em razão do disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 16/73.

Segundo a autora-apelante, as contribuições do FUNRURAL «somente foram exigíveis no período que vai de março de 1967 a 1º de maio de 1969, data do início da vigência do Decreto-Lei nº 564/69; a partir de 1º de maio de 1969, data do início da vigência do Decreto-Lei nº 564/69, até hoje, nenhuma contribuição, sobre o valor comercial das madeiras retiradas das reservas próprias da autora, é devida, porque delas dispensadas, expressamente, pelos textos legais antes indicados.»

### III

Na AC nº 54.572-RJ, de que fui Relator, disse eu ao votar:

«A partir da vigência do Decreto-Lei nº 276, de 28-2-1967, as empresas agroindustriais ficaram obrigadas ao recolhimento de contribuições à previdência urbana referentemente aos seus trabalhadores rurais, ao tempo em que deviam recolher para o FUNRURAL a contribuição de 1% sobre o valor da matéria-prima própria utilizada na indústria. Com a vigência do Decreto-Lei nº 704, de 24-7-69, vigência que se deu em 1-8-1969 (art. 7º), essas empresas agroindustriais ficaram dispensa-

das de contribuição para o FUNRURAL, quanto ao seu setor rural. Essa situação perdurou com a Lei Complementar nº 11, de 1971, cujo artigo 29 estabeleceu que «a empresa agroindustrial anteriormente vinculada, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao extinto Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, e, em seguida, ao Instituto Nacional de Previdência Social, continuará vinculada ao Sistema Geral da Previdência Social.»

Na citada AMS nº 75.844-PR, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg, decidiu a Eg. 3ª Turma:

«FUNRURAL — Durante a vigência da Lei Complementar nº 11, de 1971, as empresas agroindustriais anteriormente vinculadas, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao sistema geral da Previdência Social, nele continuaram integradas, ex vi do art. 29 do mesmo diploma legal, ficando dispensadas, em consequência, do recolhimento de contribuições para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, de relação aos próprios produtos por elas industrializados, situação que perdurava desde 1º de agosto de 1969, data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 704, cujo art. 7º já previa tal dispensa. Inoperante, porque exorbitante do texto regulamentado, o art. 154 do Decreto nº 69.919/72.

Reforma parcial de sentença concessiva de segurança, para dos seus efeitos excluir período anterior ao referido decreto-lei.»

.....  
Na AC nº 41.801-RJ, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg, não foi outro o entendimento da 3ª Turma:

«FUNRURAL — Durante a vigência da Lei Complementar nº 11, de 1971, as empresas agroindustriais anteriormente vincula-

das, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao sistema geral da Previdência Social, nele continuaram integradas, ex vi do art. 29 do mesmo diploma legal, ficando dispensadas, em consequência, do recolhimento de contribuições para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, de relação aos próprios produtos por elas industrializados, situação que perdurava desde 1º de agosto de 1969, data em que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 704, cujo art. 7º já previa tal dispensa. Inoperante, porque exorbitante do texto regulamentado, o art. 154 do Decreto nº 69.919/72.

Procedência parcial de execução fiscal para julgar-se devidas contribuições e acessórios relativos a período anterior ao referido decreto-lei.»

Na AC nº 39.870-PR, Relator o Sr. Ministro Sebastião Reis, a 5ª Turma decidiu:

«Previdenciário. FUNRURAL. Contribuições. Empresa agroindústria.

Aplicação à espécie do art. 29 da Lei Complementar nº 11/71; precedentes desta Corte nesse sentido.

Negou-se provimento ao apelo voluntário do FUNRURAL e à remessa oficial». (Julgamento de 10-11-80.)

Na AC nº 50.408-SP, Relator o Sr. Ministro William Patterson, a Eg. 2ª Turma decidiu:

«Previdência Rural. Contribuição. FUNRURAL. Vinculação anterior.

As empresas agroindustriais que estavam vinculadas ao sistema previdenciário anteriormente à instituição do FUNRURAL não estavam obrigadas a contribuir para este último, podendo conti-

nuar no regime em que se achavam.

A exigência conduziria certo à superposição contributiva, o que não é possível.

O sistema legislativo induz a essa convicção (Lei Complementar nº 11, de 1971, art. 29, Lei Complementar nº 16, de 1973 e Decreto nº 73.617, de 1974). Precedentes judiciais. Sentença confirmada».

No mesmo sentido, AC nº 54.408-SP, Relator o Sr. Ministro W. Patterson.

### III

Há divergência entre o decidido na AMS nº 75.844-PR e AC nº 41.801-RJ, relatadas pelo Sr. Ministro Armando Rollemberg e AACC nº 39.870-PR, Relator o Sr. Ministro S. Reis, e 50.408-SP, Relator o Sr. Ministro W. Patterson.

É que, enquanto o Sr. Ministro Rollemberg (AMS nº 75.844-PR) sustenta que a Lei Complementar nº 16, de 30-10-73 mudou o estado de coisas consagrado na Lei Complementar nº 11, de 1971, os Srs. Ministros S. Reis e Patterson (AACC nºs 39.870-PR e 50.408-SP) entendem que o princípio consagrado na Lei Complementar nº 11, de 1971, artigo 29, foi reforçado pelo artigo 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 16, de 1973.

### IV

Disse o Sr. Ministro Rollemberg a respeito, no voto que proferiu na AMS nº 75.844-PR:

«Portanto, enquanto vigente a Lei Complementar nº 11, de 1971, as empresas agroindustriais que antes da mesma lei estavam vinculadas ao Sistema Geral da Previdência Social, continuaram na mesma situação, nenhum recolhimento lhes cabendo para o custeio do

PRORURAL em relação aos produtos por elas próprias industrializados, sendo responsáveis apenas, como sub-rogadas, pela contribuição devida por produtos rurais adquiridos de outrem.

Esse estado de coisas foi modificado pela Lei Complementar nº 16, de 30-10-73, ao dispor nos arts. 4º e 10:

«Art. 4º Os empregados que prestam exclusivamente serviços de natureza rural às empresas agroindustriais e agrocomerciais, são considerados beneficiários do PRORURAL, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. Aos empregados referidos neste artigo que, pelo menos, desde a data da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, vêm sofrendo, em seus salários, o desconto da contribuição devida ao INPS, é garantida a condição de segurados desse Instituto, não podendo ser dispensados senão por justa causa, devidamente comprovada em inquérito administrativo a cargo do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Art. 10. Revogam-se os arts. 29 e 31 da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, e demais disposições em contrário.»

Se o que mantinha as empresas, agroindustriais ou agrocomerciais, vinculadas ao INPS, inclusive quanto ao seu setor agrário, era o art. 29 da Lei Complementar nº 11/71, revogada tal disposição, é imperiosa a conclusão de que, a partir da data em que entrou em vigor a Lei Complementar nº 16, isto é, 1º de janeiro de 1974, as empresas agroindustriais ficaram vinculadas ao INPS quanto à parte industrial e, de relação ao setor agrário, ao FUNRURAL, ao qual estão, desde então, obrigadas ao recolhi-

mento de contribuição sobre os produtos por elas próprias industrializados, ou vendidos ao consumidor, no varejo, e o adquirente domiciliado no exterior (art. 15, letra b, da Lei Complementar nº 11/71, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 16/73).

Procura-se infirmar essa conclusão argumentando que no parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar nº 16 se mantiveram filia- dos ao INPS os empregados rurais de empresas agroindustriais e agrocomerciais que vinham sofrendo, em seus salários, descontos de contribuição para a autarquia aludida pelo menos desde a data da Lei Complementar nº 11/71, mas tal norma apenas se dirige ao empregado, preservando-lhe a vinculação ao Sistema Geral da Previdência Social. Não interfere, entretanto, com a situação da empresa, que ficou obrigada a contribuir para o INPS em relação aos empregados do seu setor industrial e aos trabalhadores rurais que, pelo menos desde a data da Lei Complementar nº 11, vinham sofrendo descontos para a autarquia referida, e, para o FUNRURAL, como produtora rural, mesmo que não mantenha, no momento, trabalhadores rurais que não estejam no âmbito do Sistema Geral da Previdência Social.

Por isso mesmo que o legislador pretendeu alterar de vez o regime até então em vigor entre as empresas agroindustriais e agrocomerciais antes contribuintes do INPS e o PRORURAL, foi que, ao ressaltar a situação dos empregados que vinham descontando para o INPS desde a data da Lei Complementar nº 11, estabeleceu como garantia contra a possibilidade de serem despedidos pela empresa para evitar a contribuição patronal a eles relativa para o Sistema Geral da Previdência Social, norma especial quanto à sua dispensa do emprego

admitindo-a apenas por justa causa comprovada em inquérito administrativo a cargo do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Da análise feita se verifica que das importâncias cobradas à impetrante, são devidas aquelas relativas a 1º de março de 1967 até 1º de agosto de 1969 e as correspondentes a março, abril e maio de 1974, com o que dou provimento em parte, à apelação do FUNRURAL para excluir da segurança o primeiro período referido e nego provimento ao recurso do impetrante.»

#### V

Ao que penso, a razão está, **data venia**, com o Sr. Ministro Rollemberg, cujo voto foi, aliás, acolhido pela Corte Suprema (RE nº 90.564-PR, Relator o Sr. Ministro Moreira Aives, RTJ 98/306).

Em resumo, pois, a situação fica assim:

a) a partir da vigência do Decreto-Lei nº 276, de 28-2-67, as empresas agroindustriais ficaram obrigadas ao recolhimento de contribuições ao IAPI referentemente aos trabalhadores da área rural; ao mesmo tempo, estavam obrigadas ao recolhimento para o FUNRURAL da contribuição de 1% sobre o valor da matéria-prima própria utilizada na indústria;

b) vindo a lume o Decreto-Lei nº 704, de 24-7-69, com vigência em 1-8-1969 (artigo 7º), as empresas agroindustriais ficaram dispensadas da contribuição ao FUNRURAL quanto ao seu setor rural;

c) na vigência da Lei Complementar nº 11, de 1971, as empresas agroindustriais anteriormente vinculadas, inclusive quanto ao seu setor agrário, ao sistema geral da Previdência Social, nele

continuariam integradas, ex vi, art. 29 da mencionada Lei Complementar nº 11, de 1971, assim dispensadas do recolhimento de contribuições para o FUNRURAL;

d) essa situação perdurou até que foi editada a Lei Complementar nº 16, de 1973, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1974.»

#### IV

A presente ação seria procedente, pois, apenas em parte. É que não seriam devidas contribuições para o FUNRURAL a partir da vigência do Decreto-Lei nº 704, de 24-7-1969, 1-8-1969 (artigo 7º), e até quando passou a vigor a Lei Complementar nº 16, de 30-10-73, 1º de janeiro de 1974, Lei Complementar nº 16/73, artigo 9º).

#### V

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso. Custas, meio a meio, observada a isenção da autarquia; honorários advocatícios assim: a autora pagará 10% (dez por cento) do valor da causa, e a autarquia 5% (cinco por cento) do mesmo valor.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 58.836-PR — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Indl. Madeireira do Paraná S.A. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator dando provimento parcial ao recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Bueno de Souza, pediu vista o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. (Em 14-5-82 — 4ª Turma).

## VOTO VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor exame da controvérsia, especialmente tendo em conta as diversas questões de direito intertemporal decorrentes da legislação de regência.

Do estudo a que procedi, cheguei à mesma conclusão de Vossa Excelência, cujo voto está apoiado em precedentes desta Corte, inclusive na AMS nº 75.844-PR, julgado este — de que foi Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg — que mereceu o endosso do Excelso Pretório (RE nº 90.564-PR, RTJ 98/306, Relator o insigne Ministro Moreira Alves).

Acompanho Vossa Excelência.

## EXTRATO DA MINUTA

AC nº 58.836-PR — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Apte.: Industrial Madeireira do Paraná S.A. Apdo.: IAPAS.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso. (Em 13-12-82 — 4ª Turma.)

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.884 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: Syntex do Brasil S/A Indústria e Comércio

Apelada: União Federal

## EMENTA

Tributário. Imposto de renda. «Royalties». Dedução. Lei nº 4.506/64. Domiciliados no exterior.

A Lei nº 506/64 não era lei especial que tivesse em mira a disciplina de capital estrangeiro e de remessas para o exterior, mas de ordem geral sobre o imposto de renda, tal como a Lei nº 3.470/58, e se silenciou sobre os «royalties» pagos a domiciliados no país, foi para admitir dedução da despesa respectiva, independentemente das restrições, posta para os pagamentos a residentes no estrangeiro, isto é, pretendeu distinguir, diferentemente do diploma de 1958; outrossim, cuidava-se de matéria polêmica, no regime da legislação anterior, e daí o silêncio do legislador valer como uma opção no sentido de excluir de suas cogitações o pagamento de «royalties» a beneficiários residentes no território nacional, como ocorre na espécie.

Revogação do art. 74 da Lei nº 3.870/54 pelo art. 71 da Lei 4.506/64.

Deu-se provimento ao recurso voluntário.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento 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, 29 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Sebastião Alves dos Reis**, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Sebastião Reis**: Syntex do Brasil S.A. Indústria e Comércio promoveu contra a Fazenda Nacional a presente ação, sob procedimento ordinário, pretendendo desconstituir crédito tributário a ela referido concernente a imposto de renda, exercícios financeiros de 1968 e 1969, no valor de Cr\$ 85.465,00, à conta de tributo e Cr\$ 42.732,50, a título de multa, e mais acessórios legais, pelos fundamentos de direito e de fato abaixo deduzidos.

Consoante o articulado na inicial a autuação atacada se funda nos pressupostos de haver a autora, nos exercícios mencionados, deduzido do seu lucro operacional, a título de «royalties» pelo uso de marcas e processos de fabricação, importâncias pagas a domiciliados no país, em montante superior ao permitido em lei representado por 5% sobre a receita do produto fabricado ou vendido, nos termos do art. 74 da Lei nº 3.470/58 conforme sustenta a decisão administrativa respectiva, diploma que não distingue entre beneficiários domiciliados no país ou fora dele; tal entendimento não pode subsistir, pois o dispositivo aludido perdeu sua vigência, em face de legislação superveniente, vigorando, hoje, o teto de 5%, apenas, para os rendimentos pa-

gos a domiciliados no exterior, não se estendendo a restrição aos residentes no país, a teor do art. 71 da Lei nº 4.506/64.

Respondeu a ré, sustentando o lançamento impugnado, reportando-se às informações de fls. 50/7 e documentos de fl. 58, opondo, em síntese, a sobrevivência do art. 74 da Lei nº 3.870/58.

Feito o depósito da importância em litígio, saneado o processo, realizada audiência de instrução e julgamento, o então Juiz Federal, hoje ilustrando esta Corte, Miguel Ferrante, às fls. 84/8, julgou improcedente a ação, condenando a suplicante na honorária de 20% sobre o valor dado à causa.

Apela a vencida e com a resposta da vitoriosa, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, à fl. retro, pediu o improviamento do recurso.

E o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro **Sebastião Reis** (Relator): A douta sentença recorrida, ao dar pela improcedência da ação, fê-lo sob essas considerações (fls. 84/7):

«O art. 74 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, (altera a legislação de imposto de renda e dá outras providências) reza, *in verbis*: «Art. 74. Para os fins de determinação do lucro real das pessoas jurídicas como o define a legislação do imposto de renda, somente poderão ser deduzidas do lucro bruto a soma das quantias devidas a título de «royalties», pela exploração de marcas de indústrias e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes até o limite máximo de 5% (cinco por cento) da receita bruta do produto fabricado ou vendido». A controvérsia posta nestes

autos restringe-se à aplicação desse dispositivo legal. Cuida-se de saber se ao limite de 5% nele estipulado está condicionada a dedutibilidade de pagamentos feitos, a título de «royalties», a beneficiários domiciliados no país. Sustenta a autora a revogação do preceito pela legislação posterior — Lei nº 4.131 de 1962, art. 12; e Lei nº 4.506, de 1964, art. 71 no seu entender, estes diplomas legais, ao regular, inteiramente, nos dispositivos referidos, a matéria do art. 74 da Lei nº 3.470, revogaram-no, segundo a regra do art. 2º § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Em face dos mesmos dispositivos, argumenta, as limitações percentuais à dedutibilidade de «royalties» apenas se aplicam quando pagas a beneficiários domiciliados no exterior. Os pagamentos efetuados a esse título, a domiciliado no país não estariam sujeitos a qualquer limitação. A esse enfoque cumpre considerar para o deslinde da questão: a) que a revogação, como uma das causas pela quais as leis perdem sua eficácia, pode ser expressa, quando o legislador põe fim, de modo formal, à sua existência, ou tácita, quando seus dispositivos se tornem incompatíveis com os da legislação subsequente; b) que as leis anteriores nas partes não abolidas, expressa ou tacitamente permanecem vigentes ao lado do direito novo, pelo princípio de continuidade da eficácia das leis: **Sede et posteriores, leges ad prioris pertinent, nisi contrarias sint** (D.1,3,fr.28); c) por último, o princípio, acolhido no § 2º do art. 2º da Lei de introdução ao Código Civil, de que a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. Presentes estes princípios, cabe perquirir: a) se o art. 74 da Lei nº 3.470, em foco, foi revogado, expressamente; b) se o foi tacitamente pelos arts. 12 da Lei nº 4.131 e 71 da Lei nº 4.506,

considerando-se a natureza das regras legais em exame e as consequências do confronto entre elas. Ora, revogação expressa não houve. Também não ocorreu revogação tácita. Com efeito, o art. 12 da Lei nº 4.131, de 1962, dispõe: «Art. 12. As somas das quantias devidas a título de «royalties» pela exploração de patentes de invenção, ou uso de marcas de indústrias e de comércio e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, poderão ser deduzidas, nas declarações de renda, para o efeito do art. 37 do Decreto nº 47.373, de 7 de dezembro de 1959, até o limite máximo de cinco por cento (5%) da receita bruta do produto fabricado ou vendido. § 1º Serão estabelecidos e revistos periodicamente, mediante ato do Ministro da Fazenda, os coeficientes percentuais admitidos para as deduções a que se refere este artigo considerados os tipos de produção ou atividades reunidos em grupos, segundo o grau de essencialidade. § 2º As deduções de que este artigo trata, serão admitidas quando comprovadas as despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, desde que efetivamente prestados tais serviços bem como mediante o contrato de cessão ou licença de usos de marcas e de patentes de invenção, regularmente registrado no País, de acordo com as prescrições do código de Propriedade Industrial. § 3º As despesas de assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes, somente poderão ser deduzidas nos cinco primeiros anos do funcionamento da empresa ou da introdução do processo especial de produção, quando demonstrada sua necessidade, podendo este prazo ser prorrogado até mais de cinco anos, por autorização do Conselho de Superintendência da Moeda e do Crédito». E o art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964, reza, in verbis: «Art. 71. A dedução de despesas em aluguéis

ou «royalties», para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda será admitida: a) quando necessárias para que o contribuinte mantenha a posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento; e, b) se o aluguel não constituir aplicação de capital na aquisição do bem ou direito, nem distribuição disfarçada de lucros de pessoa jurídica». Parágrafo único. Não são dedutíveis: a) os aluguéis pagos pelas pessoas naturais pelo uso de bens que não produzem rendimentos como o prédio de residências; b) os aluguéis pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes, em relação à parcela que exceder do preço ou valor do mercado; c) as importâncias pagas a terceiros para adquirir os direitos de uso de um bem ou direito e os pagamentos para extensão ou modificação do contrato, que, constituirão aplicação de capital amortizável durante o prazo do contrato; d) os «royalties» pagos a sócios ou dirigentes de empresas e a seus parentes ou dependentes; e) os «royalties» pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústrias ou de comércio, quando: 1º) pagos pela filial do Brasil de empresa com sede no exterior, em benefício da sua matriz; 2º) pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto; f) os «royalties» pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior: 1º) que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código de Propriedade Industrial; ou 2º) cujos montantes excedam dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda

para cada grupo de atividades ou produtos segundo o grau de sua essencialidade e em conformidade com o que dispõe a legislação específica sobre remessa de valores para o exterior; e g) os «royalties» pelo uso de marcas de indústrias e comércio pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior; 1º) que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código de Propriedade Industrial; ou 2º) cujos montantes excedam dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividade ou produtos segundo o grau de sua essencialidade, de conformidade com a legislação específica sobre remessa de valores para o exterior». Vê-se que o art. 12 da Lei nº 4.131, de 1962, repete a mesma disposição contida no art. 74 da Lei nº 3.470, de 1958. Além do mais, vêm inseridas em uma legislação especial — Lei de remessas de lucros que explicita ou implicitamente — não faz referência àquele art. 74, para revogá-lo. Assim, tratando-se de disposição especial, não revoga aquela geral contida no citado art. 74 porque com ela não conflita, nem expressamente põe termo à sua validade, consoante o estabelecido no referido § 2º do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. No que tange ao art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964, constata-se que o legislador, no § único, apenas estabeleceu limitações à dedução de despesas, a título de «royalties» pagos ou creditados a beneficiários domiciliados no exterior, sem, em qualquer passo, modificar ou revogar a regra geral que estabelece o teto percentual da dedutibilidade estabelecido no citado art. 74, da Lei nº 3.470, de 1958. Expressamente inclui no elenco das despesas não dedutíveis aluguéis ou «royalties» pagos a beneficiários no exterior, com ressalvas, restringindo nesta parte

o alcance da regra do art. 74 da Lei nº 3.470, mas sem o percentual indicado naquele preceito com as restrições contidas na legislação posterior em comento. Ainda aqui tem aplicação o princípio do art. 2, § 2º, da Lei de introdução ao Código Civil, pois a lei nova regulando de modo especial determinada matéria «royalties» pagos a beneficiários domiciliados no exterior não revogou nem modificou, em substância, a disposição geral compreendida na lei maior.»

A apelante, em suas razões, reafirma suas teses básicas de que o art. 74 da Lei nº 3.470/58 se encontra revogado seja pelo artigo 12 da Lei nº 4.131/62, seja pelo art. 71 da Lei nº 4.506/64, à vista do disposto no art. 2º § 1º da Lei de introdução ao Código Civil, e, assim, os pagamentos por ela efetuados, à conta de «royalties» a domiciliados no país não estavam sujeitos a limite percentual.

Posta a controvérsia nesse contexto de direito intertemporal, tomando posição no debate, à luz dos textos transcritos na sentença e nos autos, assinalamos, de início, que a Lei nº 3.470/58 (art. 74) regulou, pela primeira vez, na legislação do imposto de renda, a dedutibilidade, como custo ou despesa operacional, dos pagamentos, a título de «royalties» pela exploração de patentes de invenção e marcas de indústria e comércio, condicionando-a a requisitos ali estabelecidos quais sejam, o teto de 5% da receita bruta do produto fabricado ou vendido, conforme coeficientes fixados periodicamente pelo Ministro da Fazenda, considerados os tipos de produção ou atividade processando-se a comprovação respectiva mediante o contrato próprio, registrado de acordo com o Código da Propriedade Industrial.

A generalidade do texto legal levou a orientação administrativa ao entendimento de que tais restrições se aplicavam às hipóteses de tratar-se de beneficiário domiciliado no país

ou no exterior, embora a lei se tivesse inspirado precisamente no combate à prática generalizada, à época de sociedades brasileiras contratadas mediante capitais estrangeiros remetiam para os sócios controladores no exterior parte dos lucros, sob a forma de «royalties» (Bulhões Pedreira, Imposto Sobre a Renda — Pessoa jurídica — vol. I pág. 208; voto vencido do Conselheiro Théo Pereira — pág. 29).

Em 1962, sobreveio a Lei nº 4.131, disciplinadora da aplicação do capital estrangeiro no Brasil e das remessas de valores para o exterior, que reproduziu, no seu artigo 12, as normas do art. 74 já referido sobre requisitos e limites de dedutibilidade, quanto à matéria em foco, ao lado de instituir o registro, para seus efeitos, na SUMOC, hoje Banco Central, inclusive, quanto às remessas, a título de pagamento de «royalties» além de fixar outras vedações, nos seus artigos 13 e 14, seguindo-se alterações secundárias pela Lei nº 4.390/64.

Sustenta a autora, no particular a revogação da Lei nº 3.470/58, quanto ao teto de 5% para «royalties» pagos a domiciliados no país, porquanto a Lei nº 4.131/62 só se referiu às remessas a esse título, para o exterior, argumento que, por si só, não pode ser acolhido, pois aquele diploma legal teve por escopo, apenas, a regulação do controle do capital estrangeiro e de remessas para o exterior, não devendo, assim, o seu silêncio, a respeito dos pagamentos a domiciliados no Brasil ter o significado pretendido pela suplicante.

Ainda em 1964, sobreveio a Lei nº 4.506, consolidando disposições da legislação do imposto de renda sobre determinação do lucro operacional das pessoas jurídicas, regulou, novamente, para efeitos fiscais, a dedutibilidade dos «royalties» e, sob esse aspecto, o seu artigo 71 só disciplinou os pagamentos a essa conta, a pessoa com domicílio no exterior, como se

vê das suas letras e, f e g, sendo que, nas letras f e g se refere expressamente à legislação específica sobre remessa de valores para o exterior, tudo conforme ressaí de transcrição constante da sentença atrás reproduzida.

Dir-se-á que essa menção restrita por si só, não invalida o caráter geral da redação do art. 74 da Lei nº 3.870/58; não posso, porém, adotar tal raciocínio, porque a Lei nº 4.506/64 não era lei especial que tivesse em mira a disciplina de capital estrangeiro e de remessas para o exterior, mas de ordem geral sobre o imposto de renda, tal como a Lei nº 3.470/58, e se silenciou sobre os «royalties» pagos a domiciliados no país, foi para admitir dedução da despesa respectiva, independentemente das restrições, postas para os pagamentos a residentes no estrangeiro, isto é, pretendeu distinguir, diferentemente do diploma de 1958; outrossim, cuidava-se de matéria polêmica, no regime da legislação anterior, e daí o silêncio do legislador valer como uma opção no sentido de excluir de suas cogitações o pagamento de «royalties» a beneficiários residentes no território nacional, como ocorre na espécie.

Assinale-se ser esse o entendimento do consagrado especialista em imposto de renda, Bulhões Pedreira, que, em sua obra editada em 1969, já ensinava:

«A Lei nº 4.506 reproduziu, mais uma vez, os princípios da legislação anterior, com uma única alteração; a restrição à dedutibilidade, embora tenha surgido na legislação para eliminar instrumento de evasão de renda de imposto através da transferência de «royalties» para o exterior, fora regulada nas Leis nºs 3.470 e 4.131 em termos genéricos que não distinguem entre beneficiário residente e domiciliado no país ou no exterior. A letra da lei conduzia, portanto, a que as limitações quantitativas de «royalties»

dedutíveis se aplicassem também a pagamentos entre empresas, no país. A Lei nº 4.506 corrigiu essa omissão, declarando expressamente que as condições de dedutibilidade impostas pela lei somente se aplicam, quando o beneficiário do rendimento é pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior. Não há a mesma razão legal para impor restrições quantitativas no pagamento de «royalties» entre empresas domiciliadas no país. (Imposto de Renda 9.50 (14) pág. 9.20).»

Lição idêntica volta Bulhões a repetir no Imposto de Renda - Pessoa Jur. 1/208 ed. 1979.

Aliás, o Conselheiro Théo Pereira, em seu voto vencido fixou com inteira propriedade a teleologia do dispositivo legal:

«Se os «royalties» eram pagos no Brasil, por outra empresa aqui domiciliada, tal pagamento iria constituir-se em receita da empresa beneficiária. Ora, nesse caso, não havia cogitar-se de evasão, porque essa receita, após as deduções das despesas operacionais, também, terminaria, por ser normalmente, tributada. Em outras palavras, quanto maior for o dispêndio da empresa que usa o produto onerado pelos «royalties» maior será a receita da empresa detentora do direito de uso desse mesmo produto, sendo ambos contribuintes do IR; o que uma abater será recebido, na razão direta, como receita, pela outra (fl. 30 dos autos).

Por fim, destaque-se que essa orientação está prestigiada por acórdão unânime da 4ª Turma deste Tribunal, Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, conforme voto proferido na AC nº 68.411 (DJ: 13-5-82) de cuja ementa extraio o seguinte passo:

«I — «Royalties» pagos a pessoas domiciliadas no Brasil; não se justi-

fica a limitação quantitativa, a exemplo que ocorre com os «royalties» pagos a pessoas domiciliadas no estrangeiro, o que a Lei nº 4.506/64 veio corrigir. Assim os limites de dedutibilidade, a partir da Lei nº 4.506/64 não se aplicam aos pagamentos a pessoas residentes ou domiciliadas no Brasil.»

À luz de tudo quanto foi aduzido e deduzido concluo que o art. 74 da Lei nº 3.870/54 foi revogado pelo art. 71 da Lei nº 4.506/64, tendo em vista a regulação geral de uma e outra, no particular, e a incompatibilidade intrínseca entre um e outro regime.

Por tais fundamentos e com a vênua devida ao ilustre prolator da doutra decisão apelada, dou provimento ao recurso voluntário para julgar

procedente a ação, nos termos do pedido, condenada a ré na honorária de 15% sobre o valor dado à causa, como reembolso de custas.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 59.884-SP — Rel.: Ministro Sebastião Reis. Apte.: Syntex do Brasil S.A. Ind. e Comércio. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso voluntário. (Em 29-8-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral, votaram de acordo com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 64.779 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Apelante: Carlos Coelho dos Santos

Apelada: União Federal

#### EMENTA

##### Incompetência de Juiz. Sentença. Nulidade.

Carece de fomento jurídico a r. sentença a quo, pois não é lícito ao Magistrado, depois de afirmar sua incompetência, para officiar no feito, «julgar o autor carecedor da ação e o condenar nas custas e em honorários de 10% sobre o valor da causa».

A decisão em referência é contraditória e, por isso mesmo, nula.

Assim, dá-se provimento à apelação, para anular-se a sentença apelada e, em consequência, determinar-se ao MM. Dr. Juiz Federal que, uma vez declarada sua incompetência para apreciar o feito, remeta os autos ao Juízo que entender competente.

#### 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 anular a sentença e, em consequência, determinar ao Dr. Juiz Federal que, uma vez declarada a sua incompetência para apreciar o feito, remeta os autos ao Juízo que entender com-

petente, 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 junho de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Carlos Coelho dos Santos, qualificado na inicial, propôs ação ordinária perante o MM. Dr. Juiz Federal da 9ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, contra a União Federal, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica entre autor e a União Federal, que permita à suplicada, através dos órgãos mencionados na Lei Orgânica da Magistratura, aplicar-lhe a sanção de perda do cargo, prevista no art. 26, II, a, daquele diploma; e de existência de relação jurídica consistente na obrigação da suplicada de respeitar o direito, que o suplicante adquiriu e do qual é titular, ao exercício de mais de um cargo no magistério privado.

Alegou, pois, o autor, em resumo:

«Quando o suplicante, já magistrado da Justiça do Trabalho, ingressou na Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas Moraes Júnior e na Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá inexistia qualquer óbice de natureza legal a que exercesse as funções de professor em mais de uma instituição de ensino privado. Com efeito, na redação então vigorante, o art. 114 da Constituição Federal dispunha, no seu inciso I, ser vedado ao Juiz, sob pena de perda do cargo judiciário, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério. Conforme a corretíssima e uniforme interpretação dada ao texto constitucional, ele não impedia que

os integrantes do Poder Judiciário exercessem mais de um cargo de professor no magistério privado.

Ao ser o suplicante admitido à posição de professor do Instituto Bennett de Ensino, em 12 de abril de 1978, o Presidente da República, já havia outorgado a Emenda Constitucional nº 7 de 13 de abril de 1977, em função da qual o inciso I do art. 114 da Constituição passou a vedar aos Juizes, ainda que em disponibilidade, o exercício de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular.

Todavia, não tendo vigência imediata o dispositivo apontado, cuja incidência, nos termos do parágrafo único do art. 112 da Constituição, na redação que lhe deu a própria Emenda nº 7, seria fixada pela Lei Orgânica da Magistratura, e também porque titular do direito adquirido ao exercício de mais de um cargo de professor no magistério particular, o suplicante celebrou o mencionado contrato de trabalho com o Instituto Bennett de Ensino sem se despojar dos demais cargos que já ocupava nas duas outras faculdades, tudo isso — acrescente-se com as restrições da modéstia — sem prejuízo — das suas funções de magistrado, que sempre desempenhou com extremo devotamento, sem esmorecer na tutela dos direitos dos jurisdicionados e sem ultrapassar, salvo por motivo justo, os prazos que lhe assina a lei.

A Legislação Cerceadora

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, instituída pela Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, em vigor desde ontem, domingo, 13 de maio, depois de reassegurar, em seu art. 25, as garantias da magistratura, estabelece no art. 26:

Art. 26. O magistrado vitalício somente perderá o cargo:

I — .....

II — em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;

b) .....

c) .....

Como revela a leitura do dispositivo transcrito, sem se referir às situações jurídicas consolidadas antes de sua vigência, a Lei Orgânica da Magistratura, complementando o art. 114 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 7 sancionou com a perda do cargo o magistrado vitalício que exercer mais de um cargo no magistério superior público, ou particular.

Nos termos do § 6º do art. 27 do indigitado diploma, a perda do cargo do magistrado é decidida pelo Tribunal a que estiver hierarquicamente vinculado, ao qual incumbe, consoante o § 8º da mesma norma, comunicar a decisão ao Poder Executivo, que formalizará o ato de missionário.

Por conseguinte, a penalidade prevista no art. 26, II, a da Lei Orgânica se consubstancia em ato administrativo complexo, posto que sua cominação é decidida pelo Tribunal a que estiver vinculado o Juiz, mas sua efetivação depende de ato do Poder Executivo.

A sanção de que agora se cogita é aplicável aos Juizes do Trabalho de primeira instância pela União Federal através de dois de seus órgãos: ao Tribunal Regional do Trabalho a que estiver vinculado o Juiz compete decidir «no sentido da penalização do magistrado» (Lei Orgânica, art. 27, § 6º), ao passo que à Presidência da República incumbe

a formalização do ato (art. 27, § 8º). Trata-se, portanto, de ato da União Federal, que, por isso, há de ser sujeito passivo da ação, agora proposta.»

Invocou, então, o direito adquirido e a manifesta inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 7/77 e da Lei Complementar nº 35/79.

Citada, a ré ofereceu contestação, em que argüiu, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal de 1º grau para apreciar a questão ajuizada. No mérito, pediu a improcedência da ação.

O autor apresentou réplica e juntou documentos.

A ré sobre eles se manifestou.

O MM. Magistrado determinou que as partes especificassem provas.

As partes declararam não terem mais provas a produzir.

O autor requereu o julgamento antecipado da lide.

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

«Entendo que tem inteira procedência a preliminar de incompetência da Justiça Federal de Primeiro Grau para examinar a posição do autor frente à Lei Orgânica da Magistratura, no que tange ao pretendido direito de exercer três empregos, como professor, ao lado do exercício do cargo de Magistrado. É da alçada do Egrégio Tribunal ao qual está o autor vinculado, tomar conhecimento, via administrativa, e dar ao caso a solução que entender.

Diante do exposto, julgo o autor carecedor da ação e o condeno nas custas e em honorários de 10% sobre o valor da causa.»

O autor, 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:

«Há evidente impropriedade de expressão na sentença, pois, se o ilustre magistrado tivesse declarado sua incompetência, não poderia ter julgado o autor carecedor da ação. Entendeu S. Exa. que a questão deve ser decidida, primeiro, na via administrativa, ao teor do art. 27 da Lei Orgânica da Magistratura, sem que se subtraia à apreciação do Judiciário qualquer lesão de direito individual, se configurada.

Assim deve ser compreendida, ao nosso ver, a sentença, que merece confirmação.»

Dispensei a revisão, de acordo com o art. 33, IX, do RI desta Colenda Corte.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. **Ministro Lauro Leitão** (Relator): A r. sentença de 1º grau, data venia, não pode subsistir.

O MM. Dr. Juiz, apreciando a lide, decidiu:

«Entendo que tem inteira procedência a preliminar de incompetência da Justiça Federal de Primeiro Grau para examinar a posição do autor frente à Lei Orgânica da Magistratura, no que tange ao pretendido direito de exercer três empregos, como professor ao lado do exercício do cargo de Magistrado. É da alçada do Egrégio Tribunal ao qual está o autor vinculado, tomar conhecimento, via administrativa, e dar ao caso a solução que entender.

Diante do exposto, julgo o autor carecedor de ação e o condeno nas custas e em honorários de 10% sobre o valor da causa.»

Entretanto, carece de fomento jurídico a r. sentença a quo, pois não é lícito ao Magistrado, depois de afirmar sua incompetência, para julgar o feito, «julgar o autor carecedor da ação e o condenar nas custas e em honorários de 10% sobre o valor da causa.»

O MM. Dr. Juiz a quo, data venia, proferiu uma decisão contraditória e, por isso mesmo, nula.

É que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho seria o competente, segundo Sua Excelência entende, para apreciar, na via administrativa, primeiramente, a pretensão do autor, nos termos do art. 27, da Lei Orgânica da Magistratura, verbis:

«Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão Especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º Em qualquer hipótese, a instauração do processo preceder-se-á da defesa prévia do magistrado, no prazo de quinze dias, contados da entrega da cópia do teor da acusação e das provas existentes, que lhe remeterá o Presidente do Tribunal, mediante ofício nas quarenta e oito horas imediatamente seguintes à apresentação da acusação.

§ 2º Findo o prazo da defesa prévia, haja ou não sido apresentada, o Presidente, no dia útil imediato, convocará o Tribunal ou o seu Órgão Especial para que, em sessão secreta, decida sobre a instauração do processo, e, caso determinada esta, no mesmo dia distribuirá o feito e fará entregá-lo ao Relator.

§ 3º O Tribunal ou o seu Órgão Especial na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final.

§ 4º As provas requeridas e deferidas, bem como as que o Relator determinar de ofício, serão produzidas no prazo de vinte dias, cientes o Ministério Público, o magistrado ou o procurador por ele constituído, a fim de que possam delas participar.

§ 5º Finda a instrução, o Ministério Público e o magistrado ou seu procurador terão, sucessivamente, vista dos autos por dez dias, para razões.

§ 6º O julgamento será realizado em sessão secreta do Tribunal ou de seu Órgão Especial, depois de relatório oral, e a decisão no sentido da penalização do magistrado só será tomada pelo voto de dois terços dos membros do colegiado, em escrutínio secreto.

§ 7º Da decisão publicar-se-á somente a conclusão.

§ 8º Se a decisão concluir pela perda do cargo, será comunicada,

imediatamente, ao Poder Executivo, para a formalização do ato.»

Em face do exposto, dou provimento à apelação, para anular a r. sentença apelada e, em consequência, determinar ao MM. Dr. Juiz Federal que, uma vez declarada sua incompetência para apreciar o feito, remeta os autos ao Juízo que entender competente.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 64.779-RJ — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Apelante: Carlos Coelho dos Santos. Apelada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para anular a sentença e, em consequência, determinar ao Dr. Juiz Federal que, uma vez declarada a sua incompetência para apreciar o feito, remeta os autos ao Juízo que entender competente (Em 29-6-82 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.883 — ES

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante  
Remetente: Juízo Federal no Estado do Espírito Santo  
Apelante: União Federal  
Apelado: Deomar Bittencourt Pereira Júnior

#### EMENTA

Ação anulatória. Imposto de renda. Firma individual. Alíquota reduzida. Art. 248, § 1º letra b do Decreto nº 58.400 de 1966.

— Carece de suporte jurídico a pretensão de firma individual de prestação de serviços de análises clínicas de assemelhar-se à pessoa jurídica para

**beneficiar-se da alíquota reduzida do imposto de renda, com base no art. 248, § 1º, letra b do RIR aprovado pelo Decreto nº 58.400, de 1966.**

— **Apelação provida.**

## ACORDÃO

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 à apelação para reformar a sentença remetida e julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de abril de 1984 (Data do julgamento) — **Ministro Torreão Braz, Presidente** — **Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.**

## RELATÓRIO

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** O MM. Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo, assim resume a espécie na sentença de fls. 50/51:

«Deomar Bittencourt Pereira Júnior, qualificado na inicial, propôs esta ação ordinária contra a União visando anular o auto de infração e notificação fiscal de fl. 13, por infração aos arts. 16, § 9º, 49 e 407, c, do Decreto nº 58.400/66 por não tê-lo considerado beneficiário do disposto no art. 248, § 1º, b, do RIR para gozar de alíquota reduzida no exercício de sua atividade profissional.

Tece longas considerações em sua inicial pretendendo demonstrar que para efeitos tributários, a empresa individual civil é figura criada pelo direito tributário, expressamente mencionada no art. 248 do antigo RIR.

A ação foi contestada pelo Dr. Procurador da República com os argumentos que lhe foram fornecidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 41/44), onde se nega a equiparação da empresa individual à empresa jurídica, razão por que não se pode reconhecer para as atividades profissionais liberais (RIR art. 49) a possibilidade de um só profissional constituir-se em «pessoa jurídica» ou «sociedade civil» para usufruir o benefício da alíquota reduzida do IR.

A seguir, julgou procedente a ação para anular o lançamento e exonerar a autora da exigência tributária, condenando a União ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa e despesas processuais.

Submeteu a decisão ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, apelou a União Federal com as razões de fls. 53/54 (lê:).

Contra-razões, à fl. 59.

Nesta instância a Subprocuradoria-Geral da República opina, às fls. 62/65, pelo provimento do recurso.

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

É o relatório

## VOTO

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** A *questio juris* posta nos autos reside em saber se, nos exercícios de 1972 e 1973, a firma individual do apelado se equiparava à pessoa jurídica, para o fim do disposto na letra b, do § 1º, do artigo 248 do Regulamento do Imposto de Renda

então vigente (Decreto nº 58.400, de 1966), *in verbis*:

«Art. 248 As pessoas jurídicas, inclusive as empresas individuais, seja comercial ou civil o seu objeto, pagarão o imposto de renda sobre os lucros apurados de conformidade com este regulamento, à razão de 28% (vinte e oito por cento) observado o disposto no § 5º (Lei nº 4.506, artigo 37, Lei nº 4.863, artigo 28).

Parágrafo 1º Não se compreendem nas disposições deste artigo:

b) as pessoas jurídicas civis, organizadas exclusivamente para a prestação de serviços profissionais de médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, contador, pintor, escultor, despachante e de outros que se lhes possam assemelhar, com capital até Cr\$ 3.852,00 (três mil, oitocentos e cinquenta e dois cruzeiros), as quais pagarão o imposto de 10% (dez por cento) (Lei nº 4.506, artigo 37, § 1º, e Lei nº 4.863, artigo 28).»

Ora, indubitavelmente, o direito tributário, consoante o escólio de Fábio Fanucchi («Imposto de Renda das Empresas», ed. Resenha Tributária, 1968), «possui suas figuras próprias e exclusivas, seus próprios institutos jurídicos», (pág. 23). O ilustre tratadista acrescenta: «Também, como qualquer outro ramo do Direito, pode adotar institutos próprios de outra divisão das ciências jurídicas, tal qual eles se caracterizam nessa divisão, ou, ainda, pode assemelhar a esses institutos fatos que não contenham a caracterização própria a eles» (ibidem, págs. 23/24).

Assim procede com relação às pessoas jurídicas, para efeitos do imposto de renda, considerando como tal não apenas aquelas entidades definidas no artigo 16 do Código Civil, como as empresas individuais de fato ou de direito.

Inobstante, essa assemelhação, obviamente não é absoluta, porquanto somente se opera nos limites e para os objetivos que a lei e os regulamentos estabelecem.

Deveras, ao dispor sobre a equiparação das empresas individuais às pessoas jurídicas, a legislação em comento definiu o que entendia, para tanto, como empresa individual e, expressamente, retirou do campo de sua conceituação o exercício, pela pessoa física, de determinadas atividades profissionais e profissões, entre as quais a de médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escultor e outras que se lhes possam ser assemelhadas (§ 9º, do artigo 16, c/c o artigo 49, letra a do RIR de 1966).

A luz dessas considerações, carece de suporte jurídico a pretensão da apelada de, na qualidade de firma individual prestadora de serviços de análise clínica, beneficiar-se da alíquota reduzida no pagamento do imposto de renda, a teor do transcrito artigo 248, § 1º, letra b, do RIR de 1966.

Daí, oferecer-se incensurável o procedimento fiscal.

Face ao exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença remetida, em ordem a julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 65.883-ES — Rel.: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Remete.: Juízo Federal no Estado do Espírito Santo. Apte.: União Federal. Apdo.: Deomar Bittencourt Pereira Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para reformar a sentença remetida e julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 2-4-84 — 6ª. Turma).

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.

### EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.828 — SP

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

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

Embargado: Colégio Técnico de Jundiá

#### EMENTA

**Contribuição previdenciária. Prescrição da ação de cobrança.**

A regra do art. 219, § 4º, do CPC só incide quando a demora na citação é imputável ao autor da demanda, circunstância inócurrenente na hipótese em que o oficial de justiça, recebendo o mandado de citação, permanece inerte por longo tempo e não cumpre o seu munus.

Súmula nº 78, do TFR.

Embargos recebidos.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, receber os embargos, vencidos os Srs. Mins. Geraldo Sobral e Miguel Jerônimo Ferrante, que reconsiderou o seu voto, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Torreão Braz, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Torreão Braz: O INPS moveu ação contra o Colégio Técnico de Jundiá, para haver a quantia de Cr\$ 97.397,32, relativa a

contribuições não recolhidas no período de janeiro/65 a novembro/70.

O Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara de Jundiá-SP declarou extinto o processo, com julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição quinquenal (CTN, art. 174 — fls. 127/130).

A Eg. 5ª Turma, por maioria, manteve a sentença, em Acórdão assim ementado (fl. 169):

«Tributário. Contribuições Previdenciárias. Prescrição.

I — Contribuição previdenciária é tributo, conformando-se à definição do art. 3º do CTN, e, como tal, sujeita ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos (CTN, art. 174), até a vigência da Lei nº 6.830/80.

II - Se o processo judicial para a cobrança do crédito previdenciário era regido pelas disposições do Código de Processo Civil, o simples despacho do Juiz, ordenando a citação, não interrompe o prazo de prescrição, se, nos 10 (dez) dias se-

guintes à prolação do aludido despacho, o exequente não promoveu a citação do devedor (CPC, art. 219, §§ 2º e 4º) como devido.

III — Remessa de ofício e apelação desprovidas. Sentença confirmada.»

A esse Acórdão opôs o IAPAS embargos infringentes, pleiteando a prevalência do voto vencido do Ministro Moacir Catunda. S. Exa. dava provimento à remessa oficial e ao apelo da autarquia para determinar o prosseguimento do feito.

Os embargos foram admitidos e impugnados (fls. 173 e 176/179).

Sem revisão (RI, art. 33, IX).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Torreão Braz (Relator): Está dito na sentença de primeiro grau, verbis (fls. 130):

«No caso dos autos, ao que se observa do procedimento administrativo, que está em apenso, o réu foi notificado para recolher o tributo, com acréscimos, em 3 de fevereiro de 1972 (fl. 168 do apenso), após vencidas aquelas operações previstas no art. 142, inclusive com julgamento do recurso administrativo por ele impetrado. Assim, neste instante operou-se a constituição definitiva do crédito tributário, começando a fluência daquele lapso quinquenal de prescrição, que acabou por consumir-se em 2 de fevereiro de 1977.

Desta forma, quando o réu foi citado, em 20 de novembro de 1979 (fl. 106), a ação já estava prescrita de há muito.»

O cerne da controvérsia, portanto, não consiste em saber qual o prazo prescricional a que está sujeita a ação de cobrança de crédito previdenciário, mas na exegese do art. 21, parágrafos 1º a 4º, do Código de Pro-

cesso Civil, conforme consignou expressamente a ementa do v. Acórdão embargado, nos termos seguintes:

«Se o processo judicial, para a cobrança do crédito previdenciário era regido pelas disposições do Código de Processo Civil, o simples despacho do juiz ordenando a citação, não interrompe o prazo de prescrição, se nos 10 (dez) dias seguintes à prolação do aludido despacho, o exequente não promoveu a citação do devedor (CPC, art. 219, §§ 2º e 4º) como devido.»

Ora, não se discute, porque a própria decisão monocrática o reconheceu, que o crédito previdenciário se constituiu definitivamente em 3-2-1972, quando o devedor foi notificado do julgamento final proferido pela Junta de Recursos da Previdência Social, de modo que, propondo a execução no dia 2-8-72, fê-lo o exequente dentro do quinquênio a que alude o art. 174 do CTN.

Esclarecido este ponto, impende verificar se o despacho do Juiz, ordenando a citação e proferido dois dias depois (4-8-1972), implicou interrupção da prescrição.

Creio que sim.

Os autos evidenciam que o meirinho recebeu o mandado de citação em 17-11-72, mas só o cumpriu a 20-11-79 (fl. 106) e assim mesmo depois que o exequente, em petição (fl. 06), verberou o seu descaso e solicitou providências.

Tenho sustentado, em consonância, aliás, com a jurisprudência predominante, que o art. 219, § 4º, da lei processual civil só incide quando a demora na citação é imputável exclusivamente ao autor. Tal regra há de ser aplicada, v.g., na hipótese em que o oficial de justiça encontra dificuldades na localização do réu e o promovente, ciente do fato, não diligencia no sentido de contornar o obstáculo. Todavia, se o funcionário judicial recebe o mandado e, sem invocar ra-

zão alguma, deixa de cumprir o seu munus, configurada está a situação de que trata a Súmula nº 78 deste Colendo Tribunal, assim concebida:

«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».

Foi o que se deu no caso concreto.

À vista do exposto, recebo os embargos, a fim de que prevaleça o voto proferido, na Turma, pelo Ministro Moacir Catunda.

### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, pessoalmente, o meu entendimento é o de que se devia respeitar as regras constantes do artigo 219 do CPC, quanto ao cumprimento dos prazos ali estabelecidos. No entanto, em face da jurisprudência sumulada, que isenta daquela sanção no caso em que a demora é atribuída à própria justiça ou ao foro, acompanho o eminente Relator.

### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Geraldo Sobral:

#### I

### DO PEDIDO DE VISTA

Senhor Presidente, na sessão transtada, do dia 21 do mês corrente, pedi vista dos presentes embargos infringentes opostos pelo IAPAS ao acórdão da colenda 5ª Turma, assim, ementado:

«Tributário. Contribuições Previdenciárias. Prescrição.

I — Contribuição previdenciária é tributo, conformando-se a definição do art. 3º do CTN, e, como tal, sujeita ao prazo prescricional de 5

(cinco) anos (CTN, art. 174), até a vigência da Lei nº 6.830/80.

II — Se o processo judicial para a cobrança do crédito previdenciário era regido pelas disposições do Código de Processo Civil, o simples despacho do Juiz, ordenando a citação, não interrompe o prazo de prescrição, se, nos 10 (dez) dias seguintes à prolação do aludido despacho, o exequente não promover a citação do devedor (CPC, art. 219, §§ 2º e 4º) que devo.

III — Remessa de ofício e apelação desprovidas. Sentença confirmada.» (Fl. 169).

Após o voto do eminente Relator, Ministro Torreão Braz, recebendo os embargos, no que foi seguido pelos ilustres Ministros Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro Acioli e Américo Luz, assumi o compromisso, com a devida vênha dos nobres pares e votantes e dos que já, aqui, votaram, de tecer algumas considerações sobre a questão discutida, nestes embargos, posto que compromissado estou com o destino da causa, desde sua ancoragem, em grau de apelação, de que fui Relator, neste Egrégio Tribunal.

#### II

### EXTENSÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES: LIMITES DO VOTO VENCIDO

A breve escrita dos embargos infringentes em pauta, em obediência ao disposto na parte final do artigo 530 do CPC, não ultrapassa as fronteiras do voto vencido, sob pena de nessa parte em que não houve divergência no julgado não se conhecer dos embargos, pelo comando emergente da preclusão.

Convém ressaltar, contudo, a atinência dos embargos, no particular, ao ditame legal, dada a particularidade do que se recorreu da decisão colegiada.

Para maior esclarecimento do que se pretende esclarecer, rogo a paciência dos que me ouvem, para a transcrição das letras do voto vencido e dos embargos em discussão:

«(Voto Vencido):

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Srs. Ministros, como é do conhecimento da Turma, filio-me à corrente que entende ser a prescrição das dívidas previdenciárias, trintenárias, motivo por que, com a devida **venia**, o meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, bem como a remessa de ofício, para mandar que a execução tenha prosseguimento». (Fl. 167).

.....  
(Inteiro Teor dos Embargos)

«O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, nos autos da apelação em epígrafe, em que contende com Colégio Técnico de Jundiá, inconformado, **data venia**, com o v. acórdão, vem opor embargos infringentes ao mesmo pelas razões seguintes:

O voto vencido ampara este recurso.

A matéria é muito conhecida.

O Instituto sustenta que não se pode aplicar o CTN às contribuições de previdência social porque não identificáveis com os tributos.

De fato, o artigo 21 § 1º da CF fala em contribuições mas não as identifica com os tributos. E depois da vigência da Emenda Constitucional nº 8/78 não se pode duvidar de que as contribuições foram retiradas do âmbito da incidência dos dispositivos tributários, para constituir contribuições de intervenção no domínio econômico.

E mesmo se assim não fosse, no âmbito legal não se pode duvidar de que o CTN não pretendeu abranger as contribuições.

É o que deflui da interpretação sistemática dos arts. 5, 17, 74, § 2º e 77, do CTN, que falam sobre os gêneros tributários que regulamenta.

Tampouco se poderia conciliar o entendimento embargado com o disposto no artigo 165, XVI, da CF, que coloca as contribuições, como dito, no campo da regulamentação das entradas destinadas ao custeio da intervenção no domínio econômico.

Por tais razões, espera o acolhimento dos embargos, para ser provida a apelação.» (Fls. 171/172).

Como se vê, os embargos limitaram-se à divergência contida no voto vencido, acima transcrito, que se resume na discussão existente, nesta Egrégia Corte, sobre a natureza jurídica das contribuições previdenciárias e a extensão do prazo prescricional para sua cobrança.

De ver-se, pois, que o recurso em tela não atacou o acórdão embargado, em sua armação integral, mas, tão-somente, no que ficou cristalizado nos itens I e III da ementa condutora da decisão colegiada, *in verbis*:

«I — Contribuição previdenciária é tributo, conformando-se a definição do art. 3º do CTN, e, como tal, sujeita ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos (CTN, art. 174), até a vigência da Lei nº 6.830/80.

II — ... (questão preclusa)...

III — Remessa de ofício e apelação desprovidas. Sentença confirmada.»

De *lege lata*, ressalvado o respeito que merecem os doutos votos até aqui emitidos, penso que a discussão dos presentes embargos não comporta questões outras não ventiladas no voto vencido, ensejador do desacordo a que se atrelam os ditos embargos.

Com efeito, o art. 530 do CPC, *estabelece, litterim*:

«Cabe embargos infringentes, quando não for unânime o julgado

proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.»

Pelo visto, a parte final do texto de lei, em destaque, aplica-se como luva jurídica à espécie sob julgamento.

Não se pode olvidar que o efeito comum a todos os recursos se acha, também, aqui, presente, na consagração do brocardo jurídico: *tantum devolutum, quantum appellatum*». Nesse sentido, é a lição luminosa de Moacir Amaral Santos, posta nestas letras:

«Produzem os embargos infringentes ambos os efeitos recursais: o devolutivo e o suspensivo.

a) O efeito devolutivo, entretanto, se opera tão-somente em relação à matéria que constitua objeto dos embargos e nos limites da impugnação ou pedido formulado pelo embargante.

Tratando-se de embargos totais, porque entre os juizes que pronunciaram o Acórdão impugnado a divergência foi total, devolve-se ao órgão competente para o julgamento daqueles a apreciação de toda matéria que constituirá objeto do Acórdão recorrido; todavia, se o embargante, podendo impugnar o Acórdão no seu todo, limitar-se a impugná-lo parcialmente, formulando pedido assim entendido, no julgamento dos embargos restringir-se-ão os Juizes a reexaminar a matéria que constitua objeto dos embargos e nos limites da impugnação ou do pedido formulado pelo embargante. Sendo parciais os embargos, por ter sido parcial o desacordo entre os juizes que pronunciaram o Acórdão impugnado, hipótese em que «os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência» (Cód. Proc. Civil, art. 530, segunda parte), a devolução se opera em relação a essa matéria e

nos limites do voto vencido e da impugnação e pedido do embargante;

b) Consiste o efeito suspensivo dos embargos infringentes, na suspensão da eficácia do Acórdão recorrido, naquilo que for objeto dos embargos.

Tudo quanto tiver sido julgado no Acórdão impugnado e não constitua objeto dos embargos permanecerá com a eficácia que lhe for própria e, pois, transitará em julgado essa parte do Acórdão, salvo se, quando for o caso, dele se interpuser recurso extraordinário.» (In « Primeiras Linhas de Direito Processual Civil » — 3º Volume — Saraiva — 1979 — pág. 139).

Nesta linha de pensar, Sr. Presidente, é que admiti estes embargos, conforme despacho exarado à fl. 173, «para regular prosseguimento, na forma legal», razão por que sua discussão deverá ater-se, apenas, à questão *juris* estampada no voto divergente do douto Ministro Moacir Catunda, já citado. Em outras palavras, cabe, somente, discutir, nestes embargos, a natureza jurídica das contribuições previdenciárias e o prazo prescricional para sua cobrança.

### III

#### DA ESTRUTURA SILOGÍSTICA DA EMENTA DO ACÓRDÃO RECORRIDO

Fixado o objeto do recurso, faz-se mister ressaltar, ainda, concessa *venia* do eminente Relator e dos nobres colegas que o seguiram em votação, que a forma silogística da ementa diretiva do Acórdão embargado impõe, por seu turno, o conhecimento exclusivo do que se contém em seu item I, cuja discussão, a nível de premissa maior, em termos de postulado jurídico, se resultar favorável à tese da prescrição trintenária, em contraposição ao que, ali, ficou decidido,

inegavelmente, restarão prejudicadas as conclusões dos itens II e III do texto ementado.

#### IV

#### DO MÉRITO DOS EMBARGOS

Quanto ao mérito dos embargos, com o devido respeito às opiniões contrárias, mantenho a decisão recorrida, por seus jurídicos fundamentos, que refletem o meu entendimento: contribuição previdenciária é tributo e, como tal, sujeita-se à prescrição quinquenal, até a vigência da Lei nº 6.830/80.

No caso em tela, afirma o instituto embargante que «depois da vigência da Emenda Constitucional nº 8/78 não se pode duvidar de que as contribuições foram retiradas do âmbito da incidência dos dispositivos tributários, para constituir contribuições de intervenção no domínio econômico» (fl. 171). Ora, se, na espécie, as contribuições em cobrança referem-se ao período de janeiro/65 a novembro/70, constituindo-se o crédito previdenciário em fevereiro de 1972 e consumada a prescrição da ação de execução fiscal, em fevereiro/77, não aproveita ao recorrente invocar a Emenda Constitucional nº 8/77 (corrija-se) a favor de sua pretensão. Afiguram-se oportunas, nesta passagem, as palavras expendidas pelo nobre Ministro Oscar Correa, perante a 1ª Turma da Suprema Corte, no julgamento do RE nº 100.768-1 -MG, de que foi Relator, ficando o aresto, por unanimidade, assim, ementado:

«Ementa: Contribuições previdenciárias. Prescrição quinquenal da ação para cobrá-las. Decisão recorrida na linha da jurisprudência da Corte.

Recurso Extraordinário não conhecido. (Julgado em 28-11-83 — DJ de 9-12-83).

Naquela oportunidade, disse sua Excelência:

«A matéria é de conhecido desate na Corte, na linha do v. Acórdão recorrido, reafirmado no Pleno e nas Turmas.

Pessoalmente, já expendi opinião, nesse sentido, ainda que em maior alcance do que o reconhecido pela douta maioria, mas sem atingir, no caso, o mérito da pendência.

A dúvida é anterior à EC nº 8/77, não havendo, portanto, dúvida quanto à prescrição, como acolhida pela Corte».

Com estas considerações, tenho como acertados os limites destes embargos, razão por que deles conheço, mas, somente, para rejeitá-los.

É o meu voto.

#### RETIFICAÇÃO DE VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Senhor Presidente, em face dos esclarecimentos que vem de prestar o Ministro Geraldo Sobral, Relator da matéria na Egrégia Turma, peço vênia ao Ministro Torreão Braz para reconsiderar-me.

Também rejeito os embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 67.828-SP — Rel.: Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Embgte.: IAPAS. Embgdo.: Colégio Técnico de Jundiá.

Decisão: A Seção, por maioria, recebeu os embargos, vencidos os Srs. Mins. Geraldo Sobral e Miguel Jerônimo Ferrante, que reconsiderou o seu voto. (Em 28-2-84 — Segunda Seção).

Os Srs. Mins. Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Pedro Acioli e Américo Luz, votaram de acordo com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Carlos Mário Velloso, por ausência justificada na assentada de 21-2-84 e os Srs. Mins. Sebastião Reis e Antônio de

Pádua Ribeiro, por não assistirem ao relatório na mesma assentada. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Otto Rocha.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.515 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda  
 Remetente de Ofício: Juízo Federal da 3ª Vara — RJ  
 Apelantes: Tito Lívio Carnasciali e União Federal  
 Apelados: Os mesmos

#### EMENTA

**Tributário. Anulatória. Processual. Imposto de Renda. Lançamento contra a empresa.**

**Lançamento reflexo contra sócio.**

**Desconstituído o lançamento contra a empresa, por decisão judicial de que não cabe recurso, impõe-se a desconstituição do lançamento contra o sócio.**

**Honorários advocatícios.**

**Devem ser arbitrados em percentual condigno, de sorte a bem remunerar o trabalho do profissional.**

#### 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 ex officio e ao apelo voluntário da União Federal e prover parcialmente ao apelo do autor, para fixar os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado dos lançamentos anulados, 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 dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A matéria dos autos está resumida no

relatório da sentença, verbis (fls. 1642/1644):

«Tito Lívio Carnasciali, brasileiro, casado, industrial, propõe contra a União Federal Ação Ordinária anulatória de lançamentos fiscais constantes do Processo Administrativo nº 18.561/68, do Ministério da Fazenda.

Na versão da inicial:

«a) os lançamentos anulandos, referentes aos exercícios de 1963 a 1965 (base 62/64), descritos à fl. 4 (item 1.6), correspondem a reflexo dos efetivados contra a pessoa jurídica «Companhia Carnasciali Indústria e Comércio», da qual o autor era principal acionista (Processo nº 864/67, MF);

b) a exigência fiscal imputada à pessoa física teve por fundamento a suposta distribuição de lucros, pela pessoa jurídica, não escriturados, reinvestidos na subscrição do aumento de capital da sociedade, daí resultando a tributação pela cédula

F, conforme representação datada de 25 de abril de 1966, sobrestado o julgamento até final solução do Processo nº 864/67-IR-PJ;

c) no âmbito administrativo, o processo relativo à pessoa jurídica foi julgado procedente pelo Secretário da Receita Federal, em Instância Especial, com reforma de decisão do Conselho de Contribuintes, favorável ao contribuinte, reiniciando-se o processo fiscal da pessoa física, cujo desfecho, no que interessa ao objeto deste pedido, resultou na exigência do crédito tributário;

d) garantido o Juízo nos termos do art. 514, do RIR/75, com o depósito do montante integral do crédito tributário, (Guias n.ºs 3.705 a 3.707, de 23 de dezembro de 1976), ingressou o contribuinte em Juízo, no prazo legal;

e) a pessoa jurídica, «Companhia Carnasciali Indústria e Comércio» — atualmente «Cogera Indústria e Comércio S.A.», anteriormente à propositura da presente, propôs ação anulatória perante este mesmo Juízo, sendo a mesma julgada procedente, na parte relativa aos depósitos bancários e subscrição de capital que o fisco considerou lucro desviado da sociedade.

Impugna a incidência da correção monetária sobre a multa aplicada, requer a anulação dos lançamentos, condenada a ré nas custas judiciais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa, mais a restituição dos títulos depositados na Delegacia da Receita Federal com seus acréscimos e rendimentos não percebidos.

Requer especificamente prova pericial técnico-contábil a ser produzida sobre os livros e documentos da Cia. Carnasciali Indústria e Comércio e contas bancárias do autor, bem como requisição dos Processos Administrativos n.ºs 15.561/68 e 864/67 do Ministério da Fazenda.

Instruem a inicial os documentos de fls. 23 **usque** 70, regularizada a representação com a petição, e anexa procuração, de fls. 72/73. Com o despacho citatório (fl. 74), oficiou-se à Administração declarando-se a indisponibilidade dos títulos caucionados.

## II

Citada, respondeu ao pedido a ré com a contestação de fls. 79/84 e seus anexos, parecer emitido pelo procurador da Fazenda Nacional, Dr. Raphael Cohen Neto (fls. 85/90), informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal (fls. 91/98) e documentos (fls. 99/114), sustentando a procedência da exigência tributária, ante os evidentes indícios de sonegação fiscal, a retificação pelo autor, em 13 de dezembro de 1965, de sua declaração de bens, ao abrigo do art. 10, da Lei nº 4.862/65, o comprovado acréscimo patrimonial de origem não justificada, ausência de esclarecimentos satisfatórios, a carga do contribuinte resultando correta a tributação da pessoa física, qualquer que seja o desfecho da ação intentada pela pessoa jurídica.

No parecer (fl. 88), salienta-se a circunstância de ser a estrutura de capital da pessoa jurídica do tipo «fechado».

Réplica às fls. 117/120. Saneador, deferindo prova pericial e requisitando o processo administrativo, à fl. 121. O autor traz aos autos cópia da perícia efetivada sobre a pessoa jurídica, na ação por esta proposta, já referida (fls. 130/567). As fls. 517/1592, xerocópia dos Processos Administrativos n.ºs 18.561/68 e 864/67, sobre os quais (fl. 1593) foram ouvidas as partes, pronunciando-se apenas o autor (fls. 1595/1597), anexando a prova da publicação do Acórdão nº 45.952,

do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, confirmatório da sentença prolatada pelo meu eminente antecessor nesta Vara, Dr. Francisco Dias Trindade.

Traz aos autos, o autor, cópia integral do mencionado julgado (fls. 1605/1635). As partes desistem da prova (fls. 1603/1637, sendo a mesma dispensada conforme despacho de fl. 1639.)»

A sentença teve a ação como procedente, concluindo que a tributação incide sobre o produto do capital, mas não diretamente sobre ele, não admitindo a tributação dos bens do autor com o apoio da lei de sonegação fiscal, feito o lançamento com base no Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 79 — art. 485, a, b e c do RIR de 1975 — decidindo pela impossibilidade do lançamento dos depósitos bancários existentes nos exercícios de 63/65, porque só após o advento da lei de sonegação fiscal se tornou possível arbitrá-los com base na renda presumida, condenando ainda a União Federal no pagamento de honorários advocatícios de Cr\$ 20.000,00 (fls. 1.645/1652).

Apelou o autor, pela majoração dos honorários advocatícios a 20%, e que incidam sobre o valor atualizado dos lançamentos anulandos (fls. 1655/1659).

Apelou também a União Federal, pela reforma da sentença, com arrimo no art. 326 do Decreto-Lei nº 5.844/43 (fls. 1662/1665).

Contra-razões às fls. 1668/1674 e 1675.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento da apelação da União Federal.

E o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Consoante se apura do relatório, os lançamentos formalizados pela Fis-

calização do Imposto de Renda, contra o autor, pessoa física, que se fazem objeto da ação anulatória instrumentada nos autos, constituem simples decorrência ou reflexo dos lançamentos formalizados contra a pessoa jurídica — Companhia Carnaschali Indústria e Comércio, da qual o mesmo autor era o principal acionista.

Os lançamentos contra a pessoa jurídica, feitos ao argumento de desvios de receitas e da sua distribuição ao sócio majoritário, tendo sido mantidos por decisão administrativa singular, foram desconstituídos por Acórdão do Egrégio Conselho de Contribuintes, posteriormente reformado por decisão do Secretário da Receita Federal.

Esta, submetida ao crivo do Judiciário, acabou sendo anulada por sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, na respectiva ação anulatória — confirmada por Acórdão da extinta 4ª Turma do TFR, na AC nº 41.952 — RJ — Relator Min. Gueiros Leite, pelos fundamentos, resumidos na ementa, in verbis:

«Imposto de Renda. Tributação de suprimentos de diretores e membros do Conselho Fiscal, aportados a periódicos aumentos de capital da pessoa jurídica. E, também, dos depósitos nas contas particulares das pessoas físicas. Inexistência de omissão de receita ou de quaisquer indícios do seu desvio. Não é lícito tributar-se a pessoa jurídica por presunção de fraude, tanto mais à vista dos livros examinados pelo Fisco. Precedentes do 1º Conselho de Contribuintes, com orientação oposta ao da fiscalização, na espécie. Princípio da cobrança do tributo mediante atividade plenamente vinculada (art. 3º, in fine, do CTN). Ausência de arbítrio da autoridade fiscal e seu dever de determinar o rendimento (art. 361, do RIR) mediante enqua-

dramento da infração no texto violado (art. 355; do RIR). Recurso da União Federal improvido. Recurso da autora que se provê, em parte, a fim de aumentar-se para 10% os honorários advocatícios.»

No caso vertente, a sentença julgou a ação procedente com a fundamentação seguinte:

«Dois são os sistemas de tributação ex officio previstos pela legislação tributária para a pessoa jurídica: a) o do imposto de renda suplementar, segundo a técnica da revisão de declaração do contribuinte (RIR/75, art. 485, a, b e c, com matriz legal no Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 79) e b) arbitramento com base na renda presumida, nos casos de «sonegação fiscal» (RIR/75, art. 485, § 1º, com matriz na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, art. 9º).

A hipótese descrita em (b), acima consoante a extensão autorizada pelo citado art. 9º, da Lei nº 4.729/65, também pode ser aplicada às situações enunciadas em (a), em substituição ao tradicional procedimento de revisão das declarações da pessoa física.

Os exercícios relativos à imposição do imposto de renda objeto da presente anulatória são os de 1963 a 1965, inclusive, (base 62 a 64), circunstância que circunscreve a atuação típica do Fisco ao padrão legal anterior a este último ano (Constituição Federal, art. 153, § 29, mesmo com a alteração da Emenda nº 8, de abril de 1977, que semi-seccionou o princípio do **numerus clausus**, ou seja, ao limite traçado pelo Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 79, ou RIR/75, art. 485, a, b e c.

Na espécie dos autos, o procedimento fiscal observou a única sistemática possível à época, o da revisão da declaração apresentada pela pessoa física, em virtude da ação

fiscal efetivada contra a pessoa jurídica, Companhia Carnasciali Indústria e Comércio, hoje denominada Cogera Indústria e Comércio S.A.

Nesse sentido, a exigência fiscal está claramente estampada nas notificações de fls. 739/743, dos lançamentos ex officio referentes aos exercícios de 1963 a 1965, todos estribados na peça fática fundamental que lhes deu origem, a representação de fls. 520/521.

Não há como se falar, assim, em tributação por presunção, na técnica do arbitramento legalmente admitida pela lei de sonegação fiscal (Lei nº 4.729/65, art. 9º).

Torna-se necessário, destarte, o exame restrito dos lançamentos efetuados contra o autor, a partir do exame dos elementos fáticos e jurídicos consubstanciados na referida «representação fiscal», a saber: (1) depósitos bancários de origem não justificada (Cr\$ (antigos) 97.659.477,00, 66.785.358,00 e 30.139.579,00) e depósito em conta corrente para subscrição de novas ações em consequência de aumento do capital da pessoa jurídica (Cr\$ antigos) 29.619.700,00, 10.770.800,00 correspondentes os primeiros aos exercícios de 1963, 1964 e 1965 e os últimos aos de 1963 e 1964, respectivamente (fl. 521).

A boa técnica recomenda análise das duas situações separadamente, porquanto seguem regimes diversos de verificação técnico-jurídica.

No tocante aos chamados «depósitos bancários» de origem não justificada, tenho como legalmente inaceitável considerá-los «renda tributável» da pessoa física pela sistemática da revisão da declaração apresentada pelo contribuinte.

Dinheiro em Banco representa «patrimônio» pertencente, em princípio, ao depositante. Não há como confundir «patrimônio» com

«reñda», no conceito legal adotado pelo legislador (CTN, art. 43, I e II).

Na primeira das duas hipóteses típicas eleitas pelo legislador para incidência da tributação — renda — tem-se o «produto» do trabalho, do capital ou da combinação de ambos.

A patrimonialidade se constitui elemento por excelência do capital e, *in casu*, o mais característico, «dinheiro» em depósito, à disposição do depositante.

Como visto, o legislador tolera a incidência do imposto de renda sobre o «produto» do capital («frutos» do capital), mas não diretamente sobre o capital, pois reservou relativamente a esta hipótese incidência diversa, restrita aos impostos sobre a «propriedade».

A tributação *ex officio* dirigida às somas depositadas pelo contribuinte em bancos não encontra previsão legal hoje e, com maior razão, no regime anterior a 14 de julho de 1965, quando adveio a Lei nº 4.729/65.

E de se afastar, por isso, a possibilidade de tributação dos «bens» do autor, com fundamento na lei de sonegação fiscal, até porque os lançamentos, cuja anulação se pretende, não foram elaborados com fundamento na mesma, mas, como já disse — e repito — no Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 79 (RIR/75, art. 485, a, b e c).

Como «proventos» (CTN, art. 43, II), o imposto somente seria exigível mediante demonstração a cargo do fisco, de mutação patrimonial tributável, hipótese estranha ao caso dos autos.

A tal propósito tenho como insustentável a base da exigência fiscal, quanto aos «depósitos bancários». Não há na lei nenhuma previsão que sujeite o contribuinte, pessoa

física, a manter escrita ou demonstrativos de seu movimento bancário. Exigi-lo não pode a administração tributária sem autorização legal, por configurar tal situação «obrigação acessória» (CTN, art. 113, caput e § 2º).

O que o Fisco pode, atualmente, e não o podia antes do advento da lei de sonegação fiscal, é arbitrar, com base na «renda presumida», a título de manifestação de riqueza (Lei nº 4.729/65, art. 9º), movimento de conta corrente bancária incompatível com rendimentos auferidos pelo contribuinte. E, assim mesmo, deve fazê-lo dentro de técnica legal consistente, permitindo ao contribuinte o indispensável contraditório.

Na espécie vertente, cuida-se unicamente de saber se a incidência do imposto suplementar operada sobre a declaração revisada do contribuinte encontra sustentação (tipicidade, legalidade e regularidade) jurídica.

Entendo que não. A exigência fiscal, como se vê do documento de fls. 761/762, decorreu de simples reflexo, direto, do resultado da ação fiscal intentada contra a pessoa jurídica, de modo a «presumir» o Fisco ter o autor omitido as parcelas, ali consignadas, em sua declaração de rendimentos.

Quanto à subscrição do aumento do capital da pessoa jurídica, o raciocínio desenvolvido pelo Fisco é o de que o autor, tendo recebido da sociedade lucro por esta não escriturado, reverteu-o mediante suprimentos à conta «Caixa», sem submeter a parcela correspondente à tributação pela cédula «F» da Declaração de Rendimentos da pessoa física.

Tal critério, segundo a peça de fls. 812/827 (Acórdão nº 60.581, de 7 de outubro de 1967), baseou-se unicamente, na jurisprudência do Con-

selho e na orientação do Departamento do Imposto de Renda (fl. 825), sem a prova da exigência de lucro distribuído, omitido pela pessoa jurídica (fl. 826).

Segundo o Conselho de Contribuintes, «os próprios peritos que afirmam não ter havido omissão de receita e são os diretores que, atendendo a pedido de esclarecimentos, fazem a prova de suas altas possibilidades financeiras, pois exercem, além da direção da Cia. Carnasciali Indústria e Comércio, a direção de diversas outras empresas, entre as quais bancárias» (fl. 826, terceiro período).

Isto quanto ao julgamento da pessoa jurídica.

No julgamento da pessoa física, se o fundamento da decisão singular repousou tão-somente na presunção de recebimento de lucros, pelo autor, firmada em razão da imposição fiscal, em grau de instância especial, sobre a pessoa jurídica, pelo Secretário da Receita, o Acórdão de fls. 828/838 optou, no voto do Relator Harry Conrado Schuler, por justificação ainda mais prosaica:

«Verifica-se, assim, que a pessoa jurídica, regularmente intimada a prestar esclarecimento sobre a origem do numerário creditado a seu diretor-geral, na própria empresa e nas contas bancárias arroladas no Anexo I do Auto de Infração (fls. 283, 285, 286 e 287) preferiu esquivar-se e fazer vaga explicação de situação de riqueza do mesmo, não apresentando nada de concreto. Em face disso, emerge a desnecessidade de intimar por sua vez o mencionado diretor-geral e aqui recorrente a se pronunciar novamente sobre a mesma matéria tributável objeto do auto de infração lavrado sobre a pessoa jurídica. Bem aplicou a autoridade recorrida o art. 408 do RIR/66» (fl. 835).

E, mais adiante:

«Acréscie considerar que os fiscais autuantes dissecaram as declarações de bens do recorrente e compararam seus aumentos patrimoniais com o movimento bancário inexplicado, apontando inclusive o não provado e manifestamente fictício dinheiro declarado como em mãos, de Cr\$ 204.900,00 em 31-12-62, Cr\$ 184.450,00 em 31-12-63 e Cr\$ 181.450,00 em 31-12-64, tudo em valores nominais atuais (fls. 140-v, 168-v, 173-v, 296 e 297). São indícios evidentes da prática de sonegação fiscal, que aliás o recorrente veio a confessar após concluído o exame fiscal e ao abrigo da anistia concedida pelo art. 10 da Lei nº 4.862/65, ao retificar sua declaração de bens para 31-12-65, novamente mencionando sem qualquer elemento de prova, ter a domicílio Cr\$ 18.000,00 em moeda nacional e US\$ 55.000,00 em moeda norte-americana (fls. 237/243). Essa riqueza, e outros bens anteriormente ocultos, bem demonstram que o recorrente vinha sonegando o imposto de renda há numerosos anos» (fl. 837).

Mais uma vez fica caracterizado o equívoco do Fisco: a) pela inobservância do *due process of law* tributando suplementarmente a pessoa física sem levar auto de infração (pela sistemática nova, ainda em vigor) ou exigindo formalmente do contribuinte os necessários esclarecimentos (pelo sistema antigo), sob a inadmissível argumentação de o já ter feito quando da autuação da pessoa jurídica; b) adotar a técnica legal de revisão da declaração da pessoa física, com base nos «indícios evidentes da prática de sonegação fiscal» (RIR/75, art. 485, a, b e c) como sucedâneo do processo previsto no art. 9º, da Lei nº 4.729/65 aliás inaplicável, por posterior aos fatos ensejadores da

hipótese de incidência (exercícios de 1963 a 1965); c) arbitrou com base em presunção de renda omitida, aplicando legislação inadequada, então disponível; d) considerou a retificação promovida pelo contribuinte como facultada pelo art. 10, da Lei nº 4.862/65 como «confissão» dos pretendidos rendimentos não tributados, em franca subversão da lógica, pois o ajuste patrimonial levado a termo considerou todo um conjunto de bens, e não, particularmente, as somas objeto de inclusão na cédula «F», pelo procedimento *ex officio*.

Ademais, também afigura-se absurda, sob o prisma jurídico, o entendimento expressado pelo eminente Conselheiro Relator, quando embora reconhecendo o fato de não estar a pessoa física «obrigada a manter escrituração profissional», sob o argumento de sujeitar-se ela ao ônus de prestar esclarecimentos (RIR/66 e RIR/75, arts. 352 e 412) acaba, na prática, exigindo o que a lei não exige, anotações, detalhadas do estado dos negócios do contribuinte (movimento bancário, receitas, despesas, etc.) pelo período mínimo de cinco anos.

Vê-se, portanto, a deficiência do procedimento fiscal instaurado contra o autor, faltando-lhe legalidade, tipicidade e regularidade, com afronta de forma e de fundo, e a conseqüente insustentabilidade dos lançamentos anulandos.

Aliás, a precariedade do procedimento fiscal que resultou na exigência do imposto suplementar da pessoa física encontra seu foco de projeção no juízo de cassação decorrente do recurso intentado pelo Professor Francisco Oswaldo Neves Dornelles, interposto contra o Acórdão proferido pelo Conselho de Contribuintes, favorável à pessoa jurídica, dirigido ao Secretário da Receita (fls. 1538 a 1548), provido com base no singelo e infundamen-

tado, data *venia*, parecer de fls. 1561/1563 que, no tocante à matéria em exame, reservou nada além de vinte linhas, desprovidas de qualquer conteúdo jurídico ou técnico, limitando-se a reproduzir os argumentos da primitiva «Representação», destacando: (a) a exigência de comprovação, com documentos idôneos e coincidentes (cuidando de «depósitos bancários»), (b) a insuficiência da «alegação pura e simples da capacidade financeira (a propósito da mutação patrimonial) e (c) ao surrado chavão fiscal, consubstanciado no empírico princípio, «não se admite geração espontânea (com s, não com x, como grafado à fl. 1562), «é legítimo o direito do Fisco exigir a indicação da fonte de onde promanaram, e tributá-los como renda omitida em poder da empresa indicada como única fonte de renda dos seus diretores» (fl. 1562, item 4).

O descuidado parecer não considerou, ou não leu, o processo administrativo, pois o autor não tinha «como única fonte» de rendimentos os lucros obtidos da Cia. Carnascioli Indústria e Comércio.

Ademais, na lacônica manifestação, deixou de apreciar a própria legalidade da tributação e a regularidade do procedimento fiscal, acolhendo, sem qualquer exame, os repetidos argumentos transcritos no Recurso do nobre Procurador Representante da Fazenda Nacional, mais uma vez reproduzidos em Juízo, nas informações da Delegacia da Receita Federal, no parecer do ilustre Procurador da Fazenda Nacional e, pela terceira vez, na peça contestatória propriamente dita.

A aceitabilidade da cassação de um julgamento proferido por órgão técnico, especializado, como o é o Conselho de Contribuintes, só encontra justificativa em razões técnicas, de indiscutível valor, a de-

monstrarem o desacerto da Corte, não à base da simples hierarquia funcional.

Como é sabido, o julgamento de cassação, nos países que, diferentemente do Brasil, adotam o sistema do «Contencioso Administrativo», é de admissibilidade excepcional, exigindo-se pressupostos específicos, tais como incompetência, vício de forma, violação de regras gerais de procedimento ou de direito, assim como o controle material da exatidão dos fatos (v. Contentieux Administratif, Charles Debbasch, Dalloz, Deuxieme édition, Paris, 1978, págs. 587/588).

A simples anulação ou reforma vazia, destituída de fundamentação, desprestigia a autoridade da Administração, desgastando a credibilidade e a confiabilidade de seus julgamentos oficiosos, com inestimáveis danos ao Fisco e ao contribuinte, ensejando a revisão judicial.

Isto posto, julgo procedente a ação para declarar nulos os lançamentos descritos na inicial, assegurando ao autor o direito à restituição dos títulos depositados em garantia ao Juízo (documentos de fls. 5, 6 e 7) com seus acréscimos e rendimentos não percebidos, em poder da depositária. Condene ainda a União Federal em custas judiciais e honorários advocatícios de Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros), como facultado pelo § 4º, art. 20, do Código de Processo Civil, atendendo à singeleza da causa e ao tempo exigido para a defesa do autor, no presente processo: não houve necessidade de produção de outras provas, além das oferecidas com a inicial, contestação e juntada de documentos, ou de realização de audiência de instrução e julgamento. A circunstância de ter sido vencida a Fazenda Pública, segundo a mencionada regra processual, impõe ao juiz a apreciação equitativa na fi-

xação dos honorários, fora dos parâmetros adotados pelo § 3º, art. 4º, do CPC, preservando, em última análise, o patrimônio de toda a comunidade, da totalidade dos contribuintes, que suportam como o próprio autor, o resultado da sucumbência.

Decorridos os prazos recursais, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, por estar sujeita esta sentença ao duplo grau necessário de jurisdição (CPC, art. 475, II).

P. R. I.»

Feita a transcrição dos motivos de julgar da sentença, que se acha vazia em aprimorada linguagem técnica, fico de acordo com eles, porque radicam em seguros fundamentos de fato e de direito, os quais não foram, sequer, arranhados pelas razões apelantes. Nem poderiam sê-lo, visto que, desconstituídos os lançamentos contra a empresa, por decisão judicial transitada em julgado, não seria dado à ré, por seu douto patrocínio, viabilizar os lançamentos reflexos, contra o sócio, que se fazem objeto da anulatória dos autos.

Relativamente à apelação do autor, pleiteando melhores honorários advocatícios, entendo assistir-lhe razão, pois a quantia certa Cr\$ 20.000,00 fixada pela sentença, considerada a diuturna desvalorização do cruzeiro, mostra-se insuficiente a retribuir o trabalho do digno profissional, que se houve com diligência, admitida embora a singeleza da causa.

Por estes motivos, dou provimento ao recurso do autor, para fixar no mínimo de 10% (CPC — art. 20 § 4º), sobre o valor do débito anulando corrigido monetariamente para este fim, de acordo com a Lei nº 6.899/81, e seu Regulamento, baixado com o Decreto nº 86.649, de 25-11-81, — art. 3º, — por se tratar de causa pendente.

**EXTRATO DA MINUTA**

AC nº 68.515-RJ — Rel.: Min. Moacir Catunda. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara-RJ. Aptes.: Tito Lívio Carnasciali e União Federal. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: «Por unanimidade, negou provimento à remessa ex officio e ao apelo voluntário da União Federal e

proveu parcialmente ao apelo do autor, para fixar os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado dos lançamentos anulados.» (Em 5-12-83 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator, os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento, o Sr. Min. Moacir Catunda.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 69.754 — PE**

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Apelante: Siderúrgica Açonorte S/A

Apelada: União Federal

**EMENTA**

**Tributário e financeiro. Imposto de renda. ICM. CONDEPE. Restituição.**

O incentivo ICM — CONDEPE é representado por depósito aberto em conta vinculada, em nome do contribuinte, destinando-se a reinvestimento na própria empresa, sendo os recursos respectivos contabilizados no «Passivo não Exigível», sob a rubrica «Fundo para Aumento de Capital», e à luz desse perfil técnico, apresenta-se com assimilável à chamada subvenção para investimento, como transferência de capital, o que afasta sua tributação pelo imposto de renda, por não conter transferência de renda.

As subvenções correntes destinam-se ao pagamento de custos ou despesas operacionais, são transferências de rendas, e, como tais, computadas na determinação do lucro real, enquanto as subvenções para investimento são transferências de capital, creditadas a reservas de capital e não, a contas de resultado.

Inaplicabilidade do art. 44, letra d, da Lei nº 4.506/64.

Deu-se provimento ao recurso voluntário.

**ACÓRDÃO**

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para julgar procedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas, cons-

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

Custas como de lei.

Brasília, 21 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Reis, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Siderúrgica Açonorte S.A., ajuíza a presente ação contra a União Federal, pleiteando a restituição da importância de Cr\$ 3.946.033,00, à conta de imposto de renda indevidamente recolhido, acrescida de juros legais e correção monetária, condenada a ré nas demais cominações de direito.

Consoante o aduzido e deduzido na inicial, a autora, na qualidade de fabricante de produtos siderúrgicos com sede em Pernambuco, foi beneficiada com o incentivo fiscal denominado «Redução para investimento — ICM/CONDEPE», consistente em permitir às empresas responsáveis por novos empreendimentos industriais o recolhimento do ICM, correspondente a cada período fiscal, mediante o depósito no Banco do Estado de Pernambuco S.A. de 50% do valor respectivo, pago o saldo remanescente diretamente aos cofres estaduais, como tributo, nos termos da Lei nº 5.951, de 29-12-66, regulamentada pelos Decretos nºs 2.232/70, 2.620/70 e 2.704/72, consolidados no Decreto nº 5.698, de 13-3-79, benefício outorgado à suplicante, através dos Decretos nºs 2.950 e 2.955, ambos de 14-11-73; o incentivo em causa só pode ser utilizado para reinvestimento no próprio empreendimento a que está vinculado, observadas as exigências do CONDEPE, sendo que os prazos de vigência dos decretos mencionados terminaram em 31-12-77 e 31-10-78, respectivamente (docs. 1 e 2), e a utilização do depósito teve por limite o montante de reinvestimento na forma das liberações do CONDEPE, havendo esse órgão (Res. nº 9, de 26-8-71) determinado a incorporação dos recursos correlatos em conta de Passivo Não Exigível, sob a rubrica Fundo para Aumento de Capital — Incentivos Fiscais — CONDEPE, para posterior capitalização (doc. 3); ocorreu que a ré, numa interpretação errônea

dos dispositivos legais pertinentes da legislação do imposto de renda, considerou os recursos em apreço como subvenção corrente para custeio ou operação, em lugar de tratá-los, segundo efetivamente o são, como subvenção para investimento, enfoque indevido que levou a suplicada a tributar tais valores na receita operacional da demandante sob invocação do art. 44 da Lei nº 4.506/64; exegese que não pode prevalecer, pela sua inaplicabilidade, tanto assim que a própria ré se veio a retificar, através do PN-CST nº 2, de 10-1-78, onde distingue nitidamente os tipos de subvenção e a exclusão da destinada a investimento da regência do art. 44 mencionado; outrossim, a natureza da subvenção como investimento, ressaí certa da legislação pernambucana sobre a matéria (arts. 365, 367, 370, 371, 373, 375 do Decreto nº 2.232, de 22-10-70, lembrando, ainda, o ensinamento de Bulhões Pedreira a respeito das subvenções, bem como as definições perfilhadas pela Lei Federal nº 4.320/64; e invoca o Decreto-Lei nº 1.598/77 (art. 38) cujas condicionantes se encontram na espécie; a a. em 15-5-78, pleiteou perante o órgão competente da suplicada, a restituição do imposto de renda indevidamente recolhido, no quantum já aludido, em face de tributação verificada sobre a parcela de Cr\$ 26.306.894,00, referente ao incentivo em apreço, sem, no entanto, ter logrado êxito.

Respondeu a União às fls. 33/9, opondo, preliminarmente, a ausência de comprovante do recolhimento dado como indevido, e, assim, a inviabilidade do exame do pedido, à luz dos pressupostos da decadência e da prescrição, cogitadas nos artigos 168 e 169 do CTN, enfoques indispensáveis ao equacionamento do debate; no mérito, sustenta a inexistência de pagamento indevido, argüindo que a tributação dos incentivos em apreço encontrava apoio na legislação da épo-

ca, sendo ininvocável o Decreto-Lei nº 1.598/77, seja porque só aplicável a partir do exercício financeiro de 1978, posterior aos exercícios aqui considerados, seja porque a hipótese não apresenta os requisitos exigidos nesse diploma legal; por outro lado, nos anos em que efetuou os depósitos, procedeu a a. à dedução do valor daquelas parcelas, como despesas de exercício, e, assim, teria necessariamente de levar à tributação, como ocorreu, dos valores depositados, quando liberados: inviável, ao mesmo tempo, em que se beneficiava com a dedução de imposto, pretender, igualmente, deixar de incluir as parcelas referentes aos incentivos na posterior receita tributária; nega a interpretação errônea alegada pela a. e reporta-se aos pareceres normativos sobre a matéria, sem força de normas complementares à lei.

Replicou a a. às fls. 61/8; realizou-se perícia contábil e documental, com laudo único à fl. 221, assinado pelo perito e assistentes.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara em Pernambuco, às fls. 265/269, julgou improcedente a ação, condenando a a. na honorária de Cr\$ 20.000,00 e nas custas.

Apela a vencida e com a resposta da União, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação do julgado.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): Pretende a autora a restituição do imposto de renda, no quantum de Cr\$ 3.546.033,00, desdobrado nas parcelas (fl. 294) atinentes aos exercícios de 1975, 1976 e 1977, dado como indevidamente pago sobre o montante de Cr\$ 26.306.894,00, oriundo do incentivo fiscal «ICM — CONDEPE para Reinvestimento» conferido pela legislação do Estado de Pernambuco, oferecido, segundo alega,

por equívoco, à tributação, por ter integrado a receita bruta operacional, nas declarações respectivas.

A tese central da autora-apelante é a de que dito incentivo, representado por um depósito até 60% do ICM devido, feito no banco oficial estadual, qualifica-se como subvenção para investimento, e, assim não se incorpora à receita bruta operacional, para fins de lucro tributado, pois o art. 44, inc. IV, da Lei nº 4.506/64, vigente à época, só se refere às subvenções correntes para custeio ou operação, o que veio a ser confirmado pelo art. 38 do Decreto-Lei nº 1.598/77, invocando, no particular, os PNs-CST 2, de 10-1-78, e 107/75, ao que responde a ré-apelada, reportando-se às razões de indeferimento do pedido, no processo administrativo de restituição, e, opondo, em substância, que o incentivo fiscal não se equipara a subvenção para investimento e que ditos depósitos foram deduzidos pela empresa como despesa nos anos em que se efetivaram, e, assim, deveriam ser oferecidos à tributação, quando liberados, outrossim, o Decreto-Lei nº 1.598/77 só é aplicável, a partir do exercício de 1978, e nos exercícios anteriores, a parcela de ICM, depositada em conta bancária vinculada, a título de incentivo fiscal, sujeita à liberação mediante cumprimento de condições, constitui receita operacional do ano de sua eventual disponibilidade, mesmo quando aplicada em bens do ativo imobilizado (ADN-CST 10/78 e PN-CST 112/78).

A r. sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação, sob o fundamento básico de que a espécie se rege pela Lei nº 4.506/64, orientada no sentido de tributação das parcelas restituendas e que o Decreto-Lei nº 1.598/77, inovador na matéria não pode ser aplicado retroativamente, por não configurar hipótese cogitada no art. 106 do CTN.

Posta a controvérsia nesses termos, inicialmente, descabe discutir-

se a alegação da ré, em contestação, quanto à ocorrência de decadência do pedido de restituição ou prescrição da ação, porque desprezadas no Juízo a quo, sem recurso, e ademais, a juntada do processo administrativo afastada as arguições.

No mérito, vê-se dos autos que a legislação pernambucana indicada no relatório conferiu às empresas responsáveis por novos empreendimentos industriais, nas condições que especifica, o incentivo fiscal, relativo a ICM, representado por depósito no banco oficial do Estado de até 60% do imposto devido, aberto em conta vinculada em nome do respectivo contribuinte, cuja utilização só poderá ser efetivada para reinvestimento no próprio empreendimento a que estiver vinculado, ou em outro empreendimento, no Estado, da mesma empresa ou não, sendo que a liberação respectiva está condicionada à aplicação para melhoria da produtividade ou expansão da capacidade produtiva do parque industrial de Pernambuco, benefício outorgado à a., tudo consoante documentação junta.

Especificamente, a divergência foi colocada em torno da interpretação do art. 155 do RIR aprovado pelo Decreto nº 78.186, de 2-9-75, vigente ao tempo, filiado à Lei nº 4.506/64 (art. 44), *verbis*:

«Integram a receita bruta operacional:

.....

c) as subvenções correntes para custeio ou operação recebidas de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou de pessoas físicas.»

Como se vê do texto transcrito, a integração à receita operacional ali determinada só tem pertinência com as subvenções correntes para custeio ou operação não incluindo as subvenções para investimento.

O PN-CST 142/73, louvando-se no art. 157, letra d atrás reproduzido, entendeu que as subvenções, auxílios

ou outros recursos, públicos ou privados, vinculados ou não a impostos, integram a receita bruta operacional, entendimento repetido no PN-107/75, reforçado pelo ADN 10/78 e PNT 112/78; de outro lado, no PN2/78 foi esclarecido que o art. 44 em apreço não se aplica às subvenções para investimento, embora o Ato Normativo nº 10/78 lhe tenha afastado o alcance, quanto aos incentivos ligados a reduções ou isenções de impostos (fls. 49/59).

Havendo o a. sustentado que in casu, se cuida de subvenção para investimento, fora do âmbito de incidência do art. 44 da Lei nº 4.506/64, em oposição ao entendimento oficial, impõe-se o exame do dissídio.

Nesse particular, o consagrado especialista da legislação do imposto de renda, Bulhões Pedreira, ao comentar dispositivo idêntico do RIR de 1966, lecionou que «... não integram a receita bruta operacional, as subvenções para investimento, porque modalidade de transferência de capital» (Imposto de Renda — 6.33.14 — ed. 1969, *ibidem* 2-12-52; ed. de 1979, págs. 251 e 612).

Em trabalho posterior (Imposto sobre a Renda — Pessoas Jurídicas) ensina que a legislação tributária distingue entre subvenções correntes (para custeio ou operação) e para investimento, as primeiras são transferências de renda que integram a receita bruta operacional, e as segundas são transferências de capital, creditadas à conta de reserva de capital (II/403).

Em outras palavras: as subvenções correntes destinam-se ao pagamento de custos ou despesas operacionais, são transferências de renda, e como tais, computadas na determinação do lucro real, enquanto as subvenções para investimento são transferências de capital, creditadas a reservas de capital e não a contas de resultado.

No caso concreto, o depósito em causa, como já visto, aberto em conta vinculada em nome do contribuinte, destina-se a reinvestimento na própria empresa no Estado, observadas as exigências da CONDEPE, estando a sua liberação condicionada à melhoria da produtividade ou expansão do parque industrial pernambucano; outrossim, conforme Resolução do órgão competente (fl. 15), tais recursos serão contabilizados pela empresa em conta do «Passivo não Exigível» sob a rubrica «Fundo para Aumento de Capital» — Incentivos Fiscais — CONDEPE, exigências atendidas, conforme informa o perito, em audiência (fl. 294).

Ressai do perfil técnico ora traçado que a concessão e a utilização do incentivo em apreço estão condicionadas a efetivo investimento na pessoa jurídica beneficiária e que os recursos dele defluentes obrigatoriamente devem ser incorporados ao capital social respectivo.

Sobremais, estamos diante de um investimento estimulado pelo próprio Estado, sob controle de órgão oficial, inserido na programação do poder público, não objetivando cobrir despesas de custeio ou operação, mas investimento para ativo fixo, identificando-se com o conceito de investimento adotado no § 4º do art. 12 da Lei nº 4.320/64.

Nesse contexto, o incentivo fiscal ICM-CONDEPE se apresenta como assimilável à chamada subvenção para Investimento e como irrecusável transferência de capital, o que afasta a sua tributação pelo IR por não conter transferência de renda.

É certo que o direito positivo brasileiro reserva o termo «subvenção» para as transferências destinadas a custeio (art. 12 § 3º da Lei nº 4.320/64) no plano do direito financeiro, mas não é menos certo que, conforme acentua Bulhões Pedreira, (Imposto de Renda — Pessoas Jurídicas,

cas, II/403), o direito tributário positivo denomina de subvenção as transferências de capital e de renda, como se vê, aliás, dos próprios pareceres trazidos a debate pela re.

É verdade que a demandada procura afastar os incentivos representados por reduções ou isenções fiscais, como ocorre na espécie, do conceito de subvenção para investimento (ADN-CST 10/78, fl. 202), mas mesmo aqui é de acentuar-se que dito incentivo, no quadro que o disciplina, é transferência de capital pelo Estado e não, de renda, e, assim, fora do âmbito de incidência do imposto de renda, por via direta ou oblíqua, ainda que sob o regime da Lei nº 4.506/64.

Ademais, na AMS nº 81.362, de que fui Relator, examinando espécie vizinha da presente, representada pela concessão de créditos-prêmios do ICM, em favor dos exportadores, com apoio de meus eminentes pares, na Turma, tive oportunidade de frisar que a tributação das parcelas atinentes pelo imposto de renda importaria em o poder público dar com uma das mãos e retirar com a outra, distorção que ganharia relevo no caso do ICM, em que o Estado-Membro se priva de receita que lhe compete, inspirada na extrafiscalidade, para que a União, contraditoriamente, esvaziasse o benefício, pelo menos parcialmente, criando um evidente antagonismo entre a fiscalidade e a extrafiscalidade, entre a política fiscal regional e a nacional, sem qualquer interesse público relevante para tanto.

Outrossim, o fato de os depósitos terem sido, originariamente, escriturados como despesas, porque então ainda não aperfeiçoados, para os fins pretendidos, não prejudica o tratamento dos mesmos, ao ensejo da liberação, como investimentos de capital, fora da tributação do imposto de renda.

Em face de tudo quanto foi aduzido e deduzido, conclui-se que o incentivo

ICM-CONDEPE, pela sua estrutura legal e contábil, destina-se a investimento, à capitalização, inassimilável às subvenções para custeio de que fala o art. 44, letra d da Lei nº 4.506/64, e, assim, independentemente do apelo do Decreto-Lei nº 1.598/77, não há cogitar-se de sua incorporação à receita operacional, no ano de sua liberação, para fins de imposto de renda, desinflante, data venia o argumento básico da r. sentença de primeiro grau, quando traz a debate e nega caráter interpretativo à legislação superveniente.

Por fim, saliento que a perícia comprova os recolhimentos restituídos, e o atendimento pela a. dos requisitos impostos pela CONDEPE.

Dou provimento ao recurso voluntário, para julgar procedente a ação de restituição, invertidos os ônus da sucumbência.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 69.754 — PE — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Reis. Apte.: Siderúrgica Açonorte S.A. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (5ª Turma — Julgado em 21-3-83).

Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 72.499 — SP

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara — SP

Apelante: União Federal

Apelado: Américo Lourenço Masset Lacombe

#### EMENTA

«Administrativo. Responsabilidade civil. Magistrado. Aposentadoria com base em Ato Institucional. Perda de empregos. Reparação.

A proporcionalidade dos proventos consignada no decreto da aposentadoria do Magistrado, com base no Ato Institucional nº 5, constitui conseqüência do procedimento, e, como tal, não pode ser apreciada pelo Judiciário, a teor do princípio inserto no art. 181, da Constituição Federal.

Comprovado que o autor perdeu dois empregos, em atividades docentes, por motivo de sua prisão, reconhecida, mais tarde, como ilegal, ocorre a hipótese de reparação devida em decorrência da responsabilidade civil do Estado (art. 107, da CF), observando-se o critério do procedimento trabalhista, para as dispensas sem justa causa.

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 unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da União Federal, para reformar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

## RELATÓRIO

**O Sr. Ministro William Patterson:** A matéria versada nestes autos foi assim exposta pelo Dr. José Pereira Gomes Filho, eminente Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo:

«Américo Lourenço Masset Lambe propõe a presente ação de indenização, de procedimento ordinário, contra a União Federal, postulando a indenização por danos, decorrentes da perda de dois empregos de professor, ocorrida em consequência de prisão ilegítima efetuada pelo Estado e que perdeu um ano, bem como a indenização por danos pela perda parcial de proventos derivada de aposentadoria compulsória, pretensamente fundada em Ato Institucional. A apuração do valor da indenização será feita em execução. O autor requer ainda a condenação da ré nas custas e em honorários de advoga-

Alega o autor quanto aos fatos: que exercia o cargo de Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Estado de São Paulo que, em pleno exercício de seu cargo, durante os

feriados natalinos de 1969, precisamente no dia 22 de dezembro, no Rio de Janeiro, em casa do Dr. Oswaldo Adalberto Guimarães, então seu sogro, à Rua Mário Pederneiras nº 21, Botafogo, foi preso, em circunstâncias narradas em seu depoimento perante a Justiça Militar (doc. de fl. 13); que, após ser trazido para São Paulo, onde permaneceu 15 dias na OBAN e 15 dias no DEOPS, foi levado para o Presídio Tiradentes, onde ficou até o dia 22 de dezembro de 1970, quando foi posto em liberdade, exatamente no dia em que prestou depoimento perante a Justiça Militar; que, durante o ano em que permaneceu recolhido sem nem sequer ter sido decretada sua prisão preventiva, perdeu dois cargos de professor: um na Escola de Administração de Empresas, da Fundação Getúlio Vargas, e outro nas Faculdades Metropolitanas Unidas (docs. de fls. 19 e seguintes); que, no dia em que prestou depoimento, perante a Justiça Militar, foi requerida a sua libertação, tendo o Ministério Público opinado favoravelmente (doc. de fl. 26); que foi posto em liberdade «considerando não haver mandado de prisão preventiva contra o mesmo» (doc. de fl. 27); que, após ser colocado em liberdade, recebeu todos os vencimentos a que fazia jus pelo ano de 1970; que enviou, então ao Conselho da Justiça Federal, Ofício comunicando haver reassumido o cargo e, ao mesmo tempo, solicitando licença, com vencimentos, para melhor defender-se no processo que lhe era movido (doc. fl. 28); que o Conselho concedeu a licença, mas, pouco depois, sobreveio o decreto de aposentadoria (doc. de fl. 30); que o ato da aposentadoria não pode ser discutido, mas não há dúvida que sua motivação foi o processo que respondia perante a Justiça Militar; que, finalmente, em julgamento realizado em 21 de março de 1975, foi absolvido

(doc. de fl. 31), tendo tal decisão sido confirmada pelo Egrégio Superior Tribunal Militar (doc. de fl. 32).

Quanto aos fundamentos jurídicos do pedido, o autor salienta, de início, com amparo no art. 107 do texto constitucional, ser manso e pacífico, na jurisprudência, doutrina e legislação do país o princípio da ampla responsabilidade do Estado, até mesmo por critérios da responsabilidade objetiva.

Argumenta que o dano sofrido com a perda dos dois cargos de professor não adveio de ato praticado com base em ato institucional, pois foi anterior a ele, mas adveio de detenção ilegal que o reteve preso por um ano. Sua apreciação jurisdicional não está, portanto, vedada. Nota que a ilegalidade da detenção já foi três vezes reconhecida pelo próprio Estado: a) pela Justiça Militar, ao determinar sua libertação (docs. de fls. 26 e 27) «considerando não haver prisão preventiva contra o mesmo»; b) novamente pela Justiça Militar ao absolvê-lo das imputações de crime contra a segurança nacional (docs. de fl. 32); c) pelo Conselho da Justiça Federal ao determinar que se lhe pagassem todos os vencimentos atrasados.

No que tange ao dano sofrido com a aposentadoria no cargo de Juiz Federal, revela o autor, de início, que tal dano não é inteiramente inapreciável pelo Poder Judiciário. Com efeito, é vedada a apreciação judicial dos atos institucionais e dos com base nele praticados, sendo impossível questioná-los em seus efeitos próprios. Reconhece, assim, o autor não poder postular sua reintegração no cargo de juiz federal, pois o ato de aposentadoria e seu efeito próprio «desligá-lo do serviço ativo» estariam, em princípio, intensos ao exame jurisdicional. No entanto, o dano resultante da perda de 2/3 de seus pro-

ventos de Juiz não se confunde nem com o ato, nem com o efeito jurídico específico da aposentadoria compulsória. A perda proporcional dos proventos — argumenta o autor — é consequência proveniente da aposentadoria que sofreu, mas não se confunde com os efeitos jurídicos típicos do ato, estes sim, ressalvados de apreciação jurisdicional. O que ficou excluído de controle jurisdicional pelo texto da Emenda nº 1, foi o teor de uma decisão cujo fundamento lógico só pode ser o de imunizar contra revisão jurisdicional providência editada para defender a segurança nacional, e a indenização por danos não se confunde com a segurança nacional.

Argumenta em suma, o autor, que não há confundir a garantia de persistência dos atos praticados com base em ato institucional (e de seus efeitos jurídicos próprios), postos a salvo de exame judicial, tendo em vista a presunção jurídica de que eram defensivos da segurança nacional, com certas consequências estranhas ao problema segurança nacional.

Salienta, finalmente, que a ressalva de apreciação jurisdicional não pode ter pretendido avaliar atos que não tinham real base no AI-5, e a sua aposentadoria não foi praticada em concordância com o fundamento, com o sentido, com a finalidade do Ato Institucional nº 5, conforme demonstra a absolvição na Justiça Militar.

O a. juntou com a inicial os documentos de fls. 12/56.

Regularmente citada, a União apresentou a contestação de fl. 60, instruída com os documentos de fls. 68/373.

Sustenta a União que o pedido de indenização por danos, pela perda parcial dos proventos, não tem qualquer validade Jurídico-legal

pois o decreto de aposentadoria do autor não pode ser discutido e apreciado através da via judicial, uma vez que praticado com fundamento no AI-5. Requer a extinção da ação no tocante ao presente pedido.

Quanto à indenização decorrente da perda de dois cargos de professor, denuncia à lide as entidades empregadoras, que teriam violado a Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que despediram o autor sem que este tivesse qualquer condenação criminal.

A União juntou, em anexo à contestação, informações prestadas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, que, fazendo parte integrante da contestação, alegam que o ato de aposentadoria decorreu da incompatibilidade do autor com as funções judicantes, por envolvimento com elementos subversivos, tendo sido denunciado perante a Justiça Militar.

O autor replicou à fl. 375, alegando em resumo, que não veio pedir a revisão do ato que o aposentou, nem a nulidade daquele ato e, em rigor técnico-jurídico, nem mesmo a alteração dos termos do ato de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, mas reclamar indenização pelos danos patrimoniais que correspondem àquilo que lhe foi subtraído dos proventos.

A União ofereceu tréplica pela cota de fl. 387, arguindo a prescrição da ação.

O autor especificou provas à fl. 392 e manifestou-se sobre a prescrição à fl. 395.

À fl. 399 foi proferido o despacho saneador que rejeitou a preliminar de prescrição, não havendo recurso.

Termo de audiência à fl. 405.

As partes apresentaram memoriais. O autor à fl. 408 e a ré à fl. 417».

Sentenciando, julgou procedente a ação, para condenar a União Federal a indenizar o autor pela perda dos dois cargos de professor, devendo, em execução, ser calculada a indenização considerando-se os salários atualizados, o número de aulas dadas pelo autor, e a expectativa de vida, em São Paulo, de um cidadão de classe média, de sexo masculino. Condenou a ré, ainda, a indenizar o suplicante pela perda parcial de seus proventos, com observância dos parâmetros indicados, ressalvado aquele pertinente ao número de aulas dadas. Custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (fl. 427).

Inconformada, recorreu a União, com as razões de fls. 430/432, em críticas ao v. decisório, insistindo na tese de não haver provas no sentido de que a dispensa dos dois empregos ocorreu por força da prisão do autor. Sustenta, também, que a aposentadoria decretada com base no Ato Institucional está excluída da apreciação judicial.

Contra-razões às fls. 435/439.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 443/446).

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

## VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Trata-se como visto, de ação de indenização por danos, fulcrada no art. 107, da Constituição Federal, segundo o qual:

«As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários nesta qualidade causarem a terceiros».

Como se sabe, o princípio constitucional encerra no campo da responsabilidade civil do Estado, a teoria

da responsabilidade objetiva com fundamento no risco administrativo, onde se busca o grau de culpabilidade do preposto da entidade para se fixar o nível de seu comprometimento, em termos de encargos indenizatórios (cfr. RE nº 68.107, in RTJ nº 55, pág. 50). Outro não é o entendimento desta Colenda Corte, cristalizado em reiterados Acórdãos, dos quais desta-cao os seguintes:

«Responsabilidade Civil. Acidente Rodoviário. Risco Administrativo.

**EMENTA:** A CF, no seu art. 107, adota, no concernente às entidades de direito público, a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo. Não elidida a presunção *juris tantum* da culpa do preposto o Estado é obrigado a indenizar. Sentença confirmada em parte para fins de explicitação e acerto de verbas. (AC nº 63.633 SP. Rel.: Min. Evandro Gueiros Leite. 2ª Turma. Unânime. DJ 19-06-81).

«**EMENTA:** Responsabilidade Civil. Pessoa de direito público. Responsabilidade objetiva. Constituição Federal, art. 107. Exclusão da responsabilidade. Indenização em razão de ferimentos. Código Civil, artigos 1.538 e 1.539.

I — Pessoa pública. Responsabilidade objetiva com base na teoria do risco administrativo, que admite abrandamentos: a culpa do particular influi, ou para mitigar, ou para excluir a responsabilidade civil do Estado.

II — No caso, dado que não há necessidade de ser provada a culpa do agente da entidade pública (CF, art. 107), e tendo esta alegado que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima para fim de exonerar-se da responsabilidade, a ela, pessoa pública, incumbia o ônus da prova (CPC, art. 333, II).

III — No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, a liquidação da obrigação far-se-á na forma do disposto nos artigos 1.538 e 1.539 do Cód. Civil.

IV — Juros da mora a partir da citação para a causa.

V — Recurso desprovido. Sentença modificada, parcialmente. (AC nº 51.448-SC — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. 3ª Turma. Unânime. DJ 12-3-80).

No particular, o autor atribui essa responsabilidade à União, uma vez que preso por ação policial revolucionária esteve custodiado durante cerca de um ano, de modo ilegal e arbitrário, conforme se deduz das provas trazidas aos autos.

Os fatos narrados na vestibular são incontestáveis. O suplicante foi preso no dia 22 de dezembro de 1969, na cidade do Rio de Janeiro, nas circunstâncias relatadas e comprovadas, sendo posteriormente transferido para São Paulo, onde permaneceu até o dia 22 de dezembro de 1970, libertado nesta data, por decisão do Conselho Permanente de Justiça, assim prolatada:

«Em seguida, de Ofício, o Conselho revogou a prisão preventiva do primeiro e da última e determinou a soltura de Américo Lourenço Masset Lacombe, considerando não haver mandado de prisão preventiva contra o mesmo. Foi determinada a juntada de requerimento deste último acusado, o qual já contém parecer do MP. Autos conclusos».

No processo a que respondeu, perante a Justiça Militar, por crime contra a Segurança Nacional, foi absolvido consoante dá notícia o Acórdão do Egrégio Superior Tribunal Militar, juntado às fls. 32/55. Evidentemente o procedimento criminal só terá repercussão no âmbito da responsabilidade civil do Estado, quando comprovados os danos materiais resultantes da medida, ainda que, afixo

nal, venha o indiciado a ser absolvido, como ocorreu, no particular.

Nessa linha de concepção trago a conhecimento os seguintes precedentes deste Colegiado:

«Responsabilidade Civil — Risco Administrativo. Surto revolucionário. Fatos Longínquos. Imprestabilidade da prova.

EMENTA: Não basta que o autor demonstre que o fato de que se queixa na ação é capaz de produzir dano. Impõe-se a comprovação do dano concreto, assim entendida a realidade do gravame que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante (A. Dias, Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 6ª ed., 1979, pág. 94).

Muito embora algumas vezes exista o fato certo histórico da ocorrência de revoluções internas e da atuação de força militar na região geográfica atingida, impõe-se a verificação da culpa e a avaliação de responsabilidade, até mesmo no terreno mais espaçoso da responsabilidade civil do Estado e sob a égide da teoria do risco administrativo.

Embargos Infringentes não recebidos (EAC nº 28.044-RS. Rel.: Min. Evandro Gueiros Leite. 1ª Seção. Maioria DJ 5-2-82)».

«Responsabilidade Civil — Ato ilícito — Funcionário — Prisão administrativa — Absolvição Criminal.

EMENTA: Constitucional e Civil. Responsabilidade Civil. Ato ilícito. Funcionário preso administrativamente. Absolvição no Juízo Criminal. Responsabilidade objetiva. Relação de causalidade.

1) A absolvição criminal, por si só, não implica no dever de reparação plena, pelo Estado, se não comprovada a relação de causa e efeito entre o ato ilícito que teria praticado o servidor e o prejuízo alegado.

A responsabilidade objetiva, consagrada constitucionalmente (CF, art. 107) não prescinde de demonstração dessa relação de causalidade.

2) Apelo improvido. (AC nº 27.314-RJ. Rel.: Min. Washington Bolívar. 1ª Turma. Unânime. DJ 23-4-80)».

Como parece óbvio, diante desses lúcidos ensinamentos, mesmo considerando os aspectos invocados pelo postulante, há necessidade de que fique comprovada a relação causal entre o seu aprisionamento e os prejuízos alegados, cuja reparação deseja, por intermédio da presente ação.

No que tange à indenização pela perda parcial dos proventos, derivada da aposentadoria compulsória, o pleito encontra obstáculo jurídico intransponível, a meu juízo.

A aposentadoria do digno Magistrado foi decretada com base no art. 6º, § 1º, do Ato Institucional nº 5, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, tendo em vista a Representação constante do Processo nº 51.399, de 1971, do Ministério da Justiça (cfr. fl. 30).

Não se questiona a intocabilidade das medidas fundadas nos Atos Revolucionários, pois a Constituição de 1969 (Emenda nº 1), através de seu art. 181, torna-se imunes a qualquer apreciação judicial, inclusive seus efeitos. Diante dessa proibição, pretende o ora apelado fazer crer que a redução de seus proventos (perda de 2/3) «é consequência da aposentação que sofreu, mas não se confunde com os efeitos jurídicos típicos do ato que o art. 181 ressaltou de apreciação jurisdicional».

Inobstante o brilho da argumentação desenvolvida pelo consagrado Mestre, Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, com ela não posso concordar.

Não me parece correto distinguir as consequências de um ato com o

seu fundamento, com o propósito de definir resultados distintos. O fundamento de um ato administrativo é o seu motivo, e este, consoante leciona Hely Lopes Meirelles, «é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo» (in *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 127). Os efeitos ou conseqüências são os resultados da sua aplicação. O desdobramento insinuado, no sentido de que a redução dos proventos não está vinculada ao problema da «Segurança Nacional» e, portanto, seria passível de exame judicial, importaria em se estabelecer duas causas distintas, uma para a expedição do ato e outra para os efeitos, quando, na realidade jurídica isso é inteiramente rejeitado, desde quando não há efeitos sem causa.

Nem mesmo se poderia dizer que se cuida de um efeito «atípico», para distinguir do efeito «típico», formas colhidas da lição do próprio defensor, digno e culto Professor Bandeira de Mello, e sua magnífica obra «Elementos de Direito Administrativo», pág. 39. E da essência do ato impugnado o resultado que se procura colocar alheio aos seus motivos. A redução dos proventos é conseqüência do decreto de aposentadoria que contém cláusula expressa nesse mister.

Advirta-se, por oportuno, que o próprio art. 6º, do Ato Institucional nº 5, suporte do decreto de aposentação, faculta ao Presidente da República fixar a proporcionalidade dos proventos (§ 1º, *in fine*). Na pior das hipóteses, se fosse dado atribuir motivação aos efeitos, estar-se-ia diante do chamado «motivo legal» (cfr. C. A. Bandeira de Mello, *ob. cit.* pág. 44), circunstância que faz a citada cláusula integrar o complexo do procedimento, inspirado, todo ele, na excepcionalidade da legislação revolucionária.

Assim sendo, sou de opinião que a redução dos proventos não pode ser objeto de apreciação judicial, a teor

do postulado insito no art. 181, *caput*, da Emenda Constitucional nº 1.

Resta examinar a outra parte do pedido, qual seja a indenização decorrente dos prejuízos causados pela demissão nos empregos que menciona. Para tanto será necessário analisar as provas colhidas na instrução processual, especialmente quanto às razões que ensejaram o desligamento das funções exercidas.

O autor lecionava nas Faculdades Metropolitanas Unidas e na Fundação Getúlio Vargas, na época em que ocorreu a sua prisão (22-12-69). Não tenho a menor dúvida em reconhecer que os afastamentos foram determinados em razão dessas circunstâncias. As proximidades das datas revelam que outros motivos não serviram de justificativa. Nas Faculdades Metropolitanas a demissão se deu em 30-12-69 (fl. 21), quando nem mesmo havia-se escoado o prazo para caracterizar um possível abandono de emprego, pela ausência continuada ao serviço. Na Fundação Getúlio Vargas a dispensa consumou-se em 28-2-70 (fl. 21), portanto, apenas a pouco mais de dois meses do acontecimento.

Sobre a prova testemunhal colhida em juízo, e que corrobora a convicção de as demissões terem ocorrido por força do ato de prisão, ponho em destaque os seguintes trechos das declarações registradas:

a) Antonio Ignacio Angarita Ferreira da Silva (fl. 405/405-v).

«Que, o autor foi professor na Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, no quadro de professor contratado e não de carreira, este quadro de professores se renovava ou não anualmente; que, o autor foi contratado em fevereiro ou março de 1968, teve renovado o seu contrato em fevereiro ou março de 1969, e não teve renovado o seu contrato em fevereiro ou março de 1970, porque estava preso; que, a

referida escola tem uma Estrutura Departamental e o depoente era então Chefe do Departamento de Ciências Sociais, onde se agrupavam entre outras a disciplina jurídica, nesta qualidade coube ao depoente propor a contratação inicial, propor a renovação do contrato em fevereiro ou março de 1969, e certamente o depoente proporia a sua contratação em 1970; que, o Chefe do Departamento nesse caso, se não for a instância decisória o seu depoimento seria relevante para nova contratação; que, pessoalmente o depoente nada fez até porque não poderia nada fazer, no sentido de tentar libertar o autor, o que fez o depoente foi comunicar-se ainda que por telefone com o Professor Vicente Rao, para ficar a disposição daquele advogado para testemunha a respeito da competência do Magistério do autor na escola já mencionada; que, na Escola da Fundação Getúlio Vargas ao cabo de cada semestre todos os professores são avaliados pelos respectivos alunos, essa avaliação ainda que não seja decisiva para o chefe propor ou não contratações ela é um elemento importante do julgamento, por outros termos o chefe do departamento tem uma razoável discricção para propor ou não contratações mas as avaliações positivas dos alunos o ajudam a tomar uma decisão, as avaliações do autor sempre estiveram entre as melhores; que, nem sempre a ausência de um professor de carreira ou a sua não-contratação importa em novo contrato, porque a Escola tem um quadro de carreira de professor permanente; o próprio depoente tenha assumido os dois cursos de Direito Comercial e Tributário que o autor não pode conduzir; que, o depoente pode afirmar que o autor teve três anos praticamente na qualidade de professor das cadeiras de direito na já mencionada Faculdade; que, o depoente pode afirmar que na au-

sência do autor pela razão já dita em seu depoimento a Faculdade teve que contratar um novo professor».

b) Gustavo de Sá e Silva (fls. 405-v/406).

«Que, o depoente era Diretor da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas de 1964 até 1970; que, o autor era professor contratado por tempo determinado pelo período de um ano, tendo sido já feita uma renovação do seu contrato no início de 1969; que, como Diretor da Escola o depoente só recebe avaliações negativas quanto a professores; o fato de que nenhuma avaliação desse tipo chegou ao seu conhecimento no tocante ao autor significa que a sua avaliação era positiva; quando o contrato do autor chegou ao seu término, em fins de fevereiro a direção da escola recebeu instruções da Fundação Getúlio Vargas para não renovar o seu contrato; que, o depoente informa inicialmente que jamais anteriormente havia ocorrido qualquer caso de determinação no sentido da não-contratação de professor sem que isso tenha sido solicitado pela direção; que, o depoente não pode precisar qual tenha sido exatamente o motivo dessa determinação, mas supõe que a não-contratação tenha decorrido da impossibilidade material, em virtude do autor se encontrar preso, e da repercussão de sua prisão na imprensa; que, o depoente esclarece que se não fora o caso ocorrido o autor fatalmente teria sua contratação renovada».

Restou comprovado, de maneira satisfatória que, a falta de renovação de seu contrato com a Fundação teve como causa determinante a sua prisão, o mesmo ocorrendo com as Faculdades Metropolitanas em virtude da imediata iniciativa, após o ato de prisão. Ora, se esta foi considerada ilegal pela própria Justiça Militar,

por entender despida das formalidades recomendadas (ausência do respectivo mandado), forçoso se torna admitir que a atuação do Poder Público, nesse ponto, ensejou prejuízo patrimonial ao servidor. Reforça tal posição o êxito que o mesmo obteve no julgamento do processo respectivo, ao ser absolvido.

Assim concebida, a hipótese enquadra-se na regra do art. 107, da Constituição Federal, ensejando, destarte, a reparação cabível. Todavia, no concernente ao critério de indenização autorizado pela r. sentença recorrida, com ela não posso concordar. Não encontro razões de ordem fática ou de natureza jurídica para se estabelecer uma verba indenizatória com base na expectativa de vida do autor. O dano decorrente da ação governamental não afetou a incapacidade física ou laboral do autor, nem lhe inibiu do exercício das atividades docentes.

Os prejuízos causados restringiram-se ao campo das relações de trabalho, e nesta área é que devem ser considerados. Portanto, a indenização deve observar as regras do procedimento trabalhista, como se o autor tivesse sido dispensado sem justa causa do emprego que mantinha nas Faculdades Metropolitanas e sido demitido, de forma indireta, por não lograr a renovação do seu contrato de trabalho com a Fundação Getúlio Vargas. Os cálculos, atendidas essas diretrizes, serão elaborados com os elementos a serem oferecidos na execução.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da União Federal, para, reformando a sentença, negar ao autor o direito à complementação dos seus proventos de Juiz Federal e determinar que a indenização resultante dos danos pela perda dos empregos seja feita na forma acima recomendada, prejudicada a remessa necessária.

## VOTO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, não terei muito o que acrescentar ao voto do eminente Ministro William Patterson. S. Exa. foi muito feliz ao examinar os aspectos jurídicos da causa, para concluir pelo provimento parcial do recurso da União Federal.

Na verdade, o feito pode ser dividido em dois tópicos: o primeiro, o da chamada «complementação para efeito de aposentadoria», uma vez que o autor foi alcançado pelo Ato Institucional nº 5, com aposentadoria relativa a 1/3 dos seus proventos. Evidente, que, uma vez resolvido esta situação, não há que se cogitar de complementos que possam justificar a revisão desse Ato. Entendo que o Ato Institucional esgotou toda a matéria ao suposto direito do autor.

Na parte relativa aos dois empregos que ele exercia, não quero comprometer-me com a tese aceita pelo Ministro William Patterson, com referência ao problema da chamada ilegalidade da prisão. Aceito a custódia cautelar, ditada pela Revolução, em defesa dos seus princípios. E não há que discutir sobre esse entendimento.

Se, posteriormente, a Justiça Militar reconheceu que essa prisão era ilegal, que se busque a reparação, na forma da lei. Para mim, a prisão pode ter sido injusta, mas se fez necessária para investigação, sendo discutível a sua pretendida ilicitude.

Na teoria de Kelsen, Direito e Estado são inseparáveis. A época dos fatos, a Revolução, na esfera de sua ordem jurídica, podia promover a prisão. Não há, em razão disso, ato ilícito.

Na presente hipótese, acompanho o voto do eminente Relator. Reservome ao reexame do tema, em outras causas.

Dou também parcial provimento à apelação.

É o meu voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente, a minha divergência é unicamente com relação ao voto do Sr. Ministro José Cândido, pois entendo que a prisão foi ilícita. Da ilegalidade dessa prisão é que decorreu o ato ilícito. No mais, estou de pleno acordo com o brilhante voto do eminente Ministro William Patterson.

Dou parcial provimento à apelação.

### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 72.499-SP — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara-SP. Apte.: União Federal. Apdo.: Américo Lourenço Maset Lacombe.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso da União Federal, para reformar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente o Sr. Celso Antônio Bandeira de Mello, pelo apelado (Em 26-8-83 — 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 73.790 — DF

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: União Federal

Apelados: Renato Sá Bernardo da Cunha e outros

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

### EMENTA

Administrativo. Militar. Quota compulsória. Lei nº 5.774 de 1971.

— A indicação dos oficiais para integrarem a quota compulsória, em obediência aos arts. 103 e 104 da Lei nº 5.774/71, que disciplina a matéria, desenvolverá uma linha de cálculo para a sua fixação, na qual estarão presentes os valores numéricos fornecidos em certidão pela própria Diretoria do Pessoal Militar.

— Confirmação da r. sentença recorrida, eis que o ato administrativo que transferiu os autores para a Reserva Remunerada, ex officio, está em total desacordo com o dispositivo supramencionado.

— 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, 13 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) Ministro Carlos Madeira, Presidente, Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Adoto e leio o relatório da sentença (fls. 118/124), da lavra do Dr. Ilmar Nascimento Galvão, Juiz Federal da 2ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, nestes termos:

Por sentença de fls. 124/128, o Dr. Juiz julgou a ação procedente «para o fim de, reconhecendo a nulidade dos aludidos atos, condenar a União a fazer retornar os aa. ao serviço ativo da Marinha, como se dele nunca estivessem sido afastados, assegurando-lhes todos os direitos decorrentes da posição em que se encontravam na escala hierárquica quando dos atos em referência, inclusive promoções e remunerações a que fariam jus, abatidos desta, os proventos de inatividade que lhes foram pagos», incidindo juros, e mais, pagamento das despesas judiciais feitas pelos autores, honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, incidente em tudo, a correção monetária.

Apelou a União às fls. 130/136, recurso respondido às fls. 138/142.

Subiram os autos e, nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, em razões de apelação, a União Federal repete os mesmos argumentos trazidos aos autos em sua contestação.

Entendo que andou bem o ilustre prolator da sentença de primeiro grau, quando em certo trecho de sua sentença diz:

«Verifica-se, da leitura dos elementos constantes destes autos, que no dia 13 de setembro de 1976, foram fixados em 30 oficiais os efetivos básicos para os quadros de acesso, por antigüidade e por merecimento, do posto de Capitão-de-Fragata (fl. 20).

Para a promoção que se avizinhava, de 25 de dezembro, a Comissão de Promoções de Oficiais, de acordo com a regra do art. 38, II § 1º, do Decreto nº 71.727, de 17 de janeiro de 1973 (fl. 83), deveria elaborar, de 15 de outubro a 15 de novembro os aludidos quadros.

De acordo com a regra do art. 42 do mencionado decreto, (com a alteração feita pelo Decreto nº 78.673, de 5 de novembro de 1976), combinado com a Lei nº 5.520/68 deveriam compor os quadros em referência 60 oficiais, por antigüidade, e 30, por merecimento.

No dia 11 de novembro, portanto, dentro do prazo, a Comissão em tela cumpriu sua tarefa, apresentando ao Ministro da Marinha os quadros em questão, dos quais figuravam 67 oficiais, por antigüidade, e 33 por merecimento, devendo-se os acréscimos à existência, na citada lista, de oficiais agregados, que não ocupam vaga. Entre os primeiros, encontravam-se os aa. respectivamente, nos 28º, 27º e 24º lugares (fls. 87/91).

De acordo com os índices estabelecidos pelo Decreto nº 79.112, de 11 de janeiro de 1977, deveriam ser abertas, para promoção, 58 vagas no posto de Capitão-de-Fragata e 22 no de Capitão-de-Mar-e-Guerra.

Segundo os cálculos dos aa. abatidas das 58 vagas de Capitão-de-Fragata as 22 vagas havidas durante o ano, no posto, e mais 22 va-

gas abertas para o posto imediatamente superior, de Capitão-de-Mar-e-Guerra, restariam 14 vagas para serem alcançadas por meio da quota compulsória, havendo, para tanto, 22 voluntários. Os aa. então não seriam atingidos.

Na conta da r., entretanto, só poderiam ser abatidas do total de vagas obrigatórias 10 vagas do posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra que haviam surgido no aludido posto no ano de 1976, mais uma de Contra-Almirante, e não as 22 vagas abertas em 1977, restando, portanto, para a quota compulsória 25 vagas, razão por que foram alcançados os aa.

O cerne da questão, portanto; reside em saber-se qual o número de vagas do posto de Capitão-de-Mar-e-Guerra que deveria ter sido abatido no número de vagas obrigatórias de Capitão-de-Fragata.

A regra encontra-se no art. 103, § 1º, letra a, da Lei nº 5.774/71. Segundo ela, «o número de vagas para promoção obrigatória em cada ano (ano-base) para determinado posto, observado o disposto no § 3º, será fixado até o dia 15 de janeiro do ano seguinte, e desse número deduzidas, para o cálculo da quota compulsória: a) as vagas fixadas para o posto imediatamente superior, no referido ano-base».

Conclui-se, daí, que a fixação de vagas obrigatórias é feita em janeiro, para o ano anterior, denominado «ano-base». Assim, não resta dúvida de que as vagas a que se refere o item a, do parágrafo 1º, acima transcrito, são realmente as fixadas em janeiro para o ano anterior. No caso sob exame, as vagas fixadas em janeiro de 1977, para o ano-base de 1976.

Essa a única interpretação razoável do dispositivo em exame.

Com efeito, o que se pretende com a quota compulsória, é

estabelecer-se um número mínimo de vagas obrigatórias em cada posto, para efeito de promoção, a fim de assegurar-se a renovação, o equilíbrio e a regularidade de acesso nos diferentes corpos (art. 103 da Lei nº 5.772/71).

Ora, desde que foram fixadas 58 vagas para o posto de Capitão-de-Fragata, é natural que, para cálculo do número de oficiais que deverão forçosamente deixar o serviço ativo, para possibilitarem essas vagas, deverá ser considerado não somente o número de vagas ocorridas normalmente no ano em referência, mas também o número de vagas fixadas para o posto seguinte, de vez que o preenchimento delas, por promoção, determinará o aparecimento de igual número no posto de que se trata.»

Deste entendimento, que eu espoo, verifica-se que não tem razão a ré quando afirma que somente poderiam ser abatidas do total de 58 vagas fixadas para Capitão-de-Fragata, as vagas verificadas de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano-base. Essas vagas, à evidência, não entram no cálculo da quota compulsória para o posto de Capitão-de-Fragata, mas sim para o de Capitão-de-Mar-e-Guerra.

Assim, se a quota compulsória do posto de Capitão-de-Fragata correspondia a 14 vagas, é evidente que os aa. que se encontravam situados em 28º, 27º e 24º lugares, não poderiam ser por ela atingidos, mesmo porque havia mais 22 voluntários requerendo sua transferência para a reserva.

Por outro lado, verifica-se da certidão contida no documento de fl. 28 dos autos, fornecida pela Diretoria do Pessoal Militar da Marinha, a perfeita aplicação do § 3º, letras a e b da Lei nº 5.774/71, quando diz:

«A quota compulsória do Quadro de Capitão-de-Fragata, referente

ao exercício de 1976, seria limitada em 14 (quatorze).»

Claro e evidente, que os autores, na posição em que se encontravam, jamais poderiam ser por ela atingidos, mormente, como diz o Dr. Juiz sentenciante, quando haviam mais 22 oficiais, voluntários para a reserva.

Tais afirmativas postas na sentença de primeiro grau, foram minuciosamente dissecadas pelo bem elaborado parecer da lavra da ilustre Procuradora da República Edylcéa Tavares Nogueira de Paula, aprovado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Hélio Pinheiro da Silva, hoje eminente Ministro desta Corte.

Tal parecer faz uma bem ilustrada conta matemática baseada exclusivamente nos termos do arts. 103 e 104 da Lei nº 5.774/71 e Decreto nº 79.112/77 que fixam, o percentual e as vagas para promoção ao posto de Capitão-de-Fragata, chegando exatamente onde chegou a r. sentença de primeiro grau, acabando por opinar, seja ela mantida.

Com estas considerações, e considerando que a ampliação da quota compulsória é manifestamente ilegal, como demonstrado no decorrer do processo, nego provimento ao apelo da União e mantenho a sentença apelada, por seus jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 73.790-DF — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Apte.: União Federal. Apdos.: Renato Sá Bernardo da Cunha e outros. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 13-12-83). Sustentou oralmente, o Dr. Sérgio Gonzaga Dutra (apdos).

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.901 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Apelante: Dermeval Rodrigues

Apelada: União Federal

#### EMENTA

**Embargos do devedor. Imposto de renda. Pessoa física equiparada à pessoa jurídica. Inocorrência.**

— Ausência de pressupostos fáticos à equiparação da pessoa física à pessoa jurídica, para efeito de imposto de renda.

— Apelação provida.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para reformar a sentença e julgar proceden-

tes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**: O MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim resume a espécie:

«Dermeval Rodrigues, qualificação na inicial, opôs embargos à execução, nos autos da execução fiscal que neste Juízo lhe move a Fazenda Nacional pelos motivos que passa a expor: a) que o ponto focal em torno do qual gravita toda a controvérsia de que aqui se cogita, consiste, originariamente, no suposto fato gerador, decorrente de atividade lucrativa de compra e venda e transporte de matéria-prima destinada à indústria de cimento, que teria sido exercida por conta própria, no ano de 1964; b) que trabalhava por conta da Companhia Nacional de Cimento Portland, como intermediário na compra de matéria-prima, trazida de várias fontes de produção, consistindo a função do embargante em controlar a entrega do produto, e efetuar o pagamento dos fretes respectivos; c) que com base nos rendimentos auferidos naquele ano de 1964, apresentou, para pagamento do imposto de renda, sua declaração de rendimentos, pessoa física, referente ao exercício de 1965; d) que pleiteou a revisão de sua declaração de rendimentos, por achar excessivo o valor do imposto lançado, em relação aos ganhos obtidos; e) em que pese ao maciço acervo de provas

apresentadas, em favor do reclamante, ao ser o todo processado julgado em primeira instância, foi a reclamação admitida, em parte como procedente, declarando-se, porém, devido o imposto, na quantia de Cr\$ 23.021,00. Requer: que ouvida a Fazenda Nacional, seja decretada a nulidade da execução fiscal, ao mesmo tempo julgada insubsistente a penhora e condenada a embargada nas custas e honorários advocatícios. Juntou os documentos de fls. 13/25. Petição da embargada, fl. 27, com os documentos de fls. 28/42, alegando: que os embargos são meramente protelatórios, conforme claramente demonstram as informações anexas, a cujos termos se reporta, esperando que os embargos sejam julgados improcedentes, com as cominações de estilo. Petição de fl. 44, com os documentos de fls. 45/811. Despacho de fl. 815. Termo de compromisso do Perito e Assistentes Técnicos, fl. 830. Termo de exibição do processo administrativo, fl. 887. Traslado das peças, fls. 888/917. Laudo do perito, fls. 925/929. Laudos dos assistentes técnicos das partes, fls. 930/967 e 978/996. Audiência de instrução e julgamento, fl. 1013».

A seguir, julgou procedente a execução, subsistente a penhora, condenando o embargante nas custas e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da dívida.

Irresignado apelou o embargante com as razões de fls. 1003/1033.

Contra-razões, às fls. 1036/1038.

Nesta Instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento do recurso.

Pauta sem revisão.

E o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**: Cuida-se de dívida relativa

a imposto de renda do exercício de 1965, originada de lançamento ex officio, e inscrita a 1º de novembro de 1976.

O apelante — pessoa física — foi equiparado à pessoa jurídica para efeito de pagamento do referenciado imposto, nos termos do artigo 14, § 2º, letra b, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 55.866, de 25 de março de 1965, ao fundamento de exercer atividade econômica de natureza comercial.

A sentença monocrática, articulada em consideranda sobre princípios gerais de direito, conclui, «tout court» pela improcedência dos embargos.

Inobstante, as provas produzidas levam a entendimento diverso.

Realmente, a legislação do imposto de renda prevê a equiparação da empresa individual às pessoas jurídicas. Essa equiparação, porém, não é arbitrária, não pode assentar em simples presunção, mas ao invés, se oferece dependente da verificação de certos pressupostos que em cada caso devem ser pesquisados e valorados. A lei define as empresas individuais como «as pessoas físicas que em nome individual explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços, inclusive» (Lei nº 4.506, art. 29, § 1º e art. 41, § 1º).

Ora, a essa conceituação não se ajusta a situação do apelante.

Deveras, não era ele, à época dos fatos, titular de firma individual nem exercia, em caráter habitual e profissionalmente, atividade com objetivo especulativo de lucro.

Ao contrário, resultou amplamente comprovado que, no ano-base de 1964, trabalhou para a Companhia Nacional de Cimento Portland, cabendo-lhe o encargo de controlar a entrega de matérias-primas trazidas

de vários pontos de produção por carreteiros transportadores, bem como de pagar, com numerário fornecido pela empresa os respectivos fretes. Confira-se, a propósito, a correspondência dirigida pela mencionada Companhia de Cimento Portland à repartição fiscal, acostada à fl. 897:

«Em 31-5-67, atendendo à solicitação TFR 49/67, dessa Delegacia, e em relação ao Processo nº 1.224/67, informamos ter efetuado o pagamento da importância de Cr\$ 321.831,62 ao Sr. Dermeval Rodrigues durante o ano de 1964.

Desejamos ainda esclarecer que, embora tendo pago aquela importância ao Sr. Dermeval Rodrigues, a mesma se destinava a pagamento de fretes a terceiros e por nossa conta, servindo o Sr. Dermeval Rodrigues como intermediário dos referidos pagamentos».

A prova pericial, por seu turno, corroborou, essa assertiva. O laudo do perito do Juiz esclarece:

«1º) Quantos veículos autocaminhões possuía o embargante, em 1964, na condição de motorista profissional, quando iniciou sua atividade na supracitada empresa, como intermediário na compra de matéria-prima, trazida de várias fontes de produção, localizadas na região do leste brasileiro?

Resposta: O embargante só dirigiu veículo de sua propriedade em 1970, sendo que até 1964 dirigia veículos pertencentes a terceiros.

2º) Qual a quantia recebida, naquele ano, pelo mesmo embargante, para pagamento de fretes a terceiros, por conta da mesma empresa?

Resposta: Cr\$ 321.831,62 (trezentos e vinte e um mil, oitocentos e trinta e um cruzeiros e sessenta e dois centavos).

3º) Qual a importância efetivamente paga, naquele período, pelo

embargante a carreiros transportadores de matéria-prima destinada à referida empresa?

Resposta: Cr\$ 293.394,72 (duzentos e noventa e três mil, trezentos e noventa e quatro cruzeiros e setenta e dois centavos).

4º) Se existe alguma declaração expressa, expedida pela Companhia Nacional de Cimento Portland, afirmando que as quantias entregues, em parcelas, ao embargante, destinavam-se ao pagamento de fretes a carreiros, transportadores de matéria-prima adquirida para o consumo industrial da empresa?

Resposta: Sim»

O próprio assistente técnico da apelada que, diga-se de passagem, era seu funcionário e manifestamente empenhado em sustentar a versão oficial dos fatos, não pôde fugir a essa constatação. Consta do laudo que apresentou:

2º) Qual a quantia recebida, naquele ano, pelo mesmo embargante, para pagamento de fretes a terceiros, por conta da mesma empresa?

Resposta: Conforme declaração firmada pela Companhia Nacional de Cimento Portland, constante à fl. 897 dos autos do embargo, a quantia paga ao embargante a título de fretes foi de Cr\$ 321.831,62, (trezentos e vinte e um mil, oitocentos e trinta e um cruzeiros e sessenta e dois centavos).

3º) Qual a importância efetivamente paga, naquele período, pelo embargante a carreiros transportadores de matéria-prima destinada à referida empresa?

Resposta: Entendo que tais pagamentos não foram comprovados, visto que o documento hábil a essa comprovação seria o recibo de frete passado pelos próprios carreiros, o que, segundo o próprio em-

bargante é, hoje, impossível conseguir.

As cópias xerox de extratos bancários, os quais não considero como documento hábil à comprovação em tela, mostram históricos de «pagamentos de fretes» que podem atingir a importância alegada, de Cr\$ 293.394,72 (duzentos e noventa e três mil, trezentos e noventa e quatro cruzeiros e setenta e dois centavos).

Outrossim, se acolhida a resposta que ofereço ao quesito de nº 5, os gastos em foco não irão influir no resultado da questão.

4º) Se existe alguma declaração expressa, expedida pela Companhia Nacional de Cimento Portland, afirmando que as quantias entregues, em parcelas, ao embargante, destinavam-se ao pagamento de fretes a carreiros transportadores de matéria-prima adquirida para o consumo industrial da empresa?

Resposta: Sim». (Fls. 979/980).

Portanto, o conjunto probatório desmerece a condenação sentencial.

Na realidade, a situação do apelante se assemelha à do preposto ou do empregado, ou ainda à do trabalhador avulso prestando serviço eventual. Motorista que é, no período em referência foi encarregado de supervisionar carreiros transportadores de matéria-prima para a Companhia Nacional de Cimento Portland e de pagar os fretes respectivos, em nome e com dinheiro da empresa. Não agiu em nome próprio. Não se detecta o objetivo especulativo de lucro. Não há prova inequívoca de que essa atividade tivesse caráter comercial, nem ainda de que a exercesse o apelante, habitualmente, como profissão. Assim não há suporte fático para a equiparação pretendida pelo fisco.

Vale notar que o apelante declarou e recolheu o imposto devido no

exercício fiscalizado, no montante de Cr\$ 42.238,92 (fl. 24), embora a apelação, posteriormente, tenha sustentado que esse pagamento era concernente à pessoa jurídica.

Face ao exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença de primeiro grau e julgar procedente os embargos, invertidos os ônus da sucumbência.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 73.901-RJ — Rel.: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Ap-

te.: Dermeval Rodrigues. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos, invertidos os ônus da sucumbência. (Em 2-4-84 — 6ª Turma).

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 76.019 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara

Apelantes: Prefeitura Municipal de Niterói e Estado do Rio de Janeiro

Apelado: Planurbs S/A — Planejamento e Urbanização

#### EMENTA

Contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Niterói e Empresa de Planejamento e Urbanização — Propositura de três ações, duas ordinárias e uma de desapropriação, julgadas conjuntamente — A primeira, tendo como autora a Prefeitura concedente, para haver da empresa concessionária indenização por prejuízos que teriam decorrido de inadimplemento contratual; a segunda, proposta pela concessionária ré contra o Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura autora, com a finalidade de obter do primeiro indenização pelo desapossamento de área a ela pertencente, e, da última, a prorrogação de prazo contratual de concessão, indenização pelo desapossamento administrativo de terrenos de sua propriedade e restituição de rendas apuradas na exploração de estacionamento particular de automóveis; a desapropriatória, proposta inicialmente por empresa pública do Estado do Rio de Janeiro, e depois encampada por este — Sentença que julgou improcedente a primeira e procedentes as duas últimas. Circunstâncias que impõem o provimento da apelação para anular o processo na parte relativa à ação de desapropriação e determinar a renovação do proces-

samento desta, autonomamente, com atendimento das normas estabelecidas no Decreto-Lei nº 3.365/41, verificando-se, por via de perícia, qual a área efetivamente desapropriada e o seu valor. Anulação, também, da sentença, na parte relativa à ação proposta pela concessionária, porque correlatos os fatos que informaram uma e outra.

Confirmação do julgamento, pela improcedência da ação que tem a Prefeitura Municipal de Niterói como autora.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por unanimidade, não conhecer do recurso do Estado do Rio de Janeiro; reexaminando a sentença proferida na ação de desapropriação, porque sujeita a duplo grau de jurisdição obrigatório, por unanimidade, anulou-a determinando que outra seja proferida; ainda por unanimidade, a Turma anulou a sentença proferida na ação promovida por Planurbs S/A — Planejamento e Urbanização contra o Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura Municipal de Niterói, determinando que outra seja proferida e, finalmente, também por unanimidade, negar provimento à apelação da Prefeitura Municipal de Niterói, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sustentação oral: Dr. Oscar José Muller, pelo apelado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: 1. Planurbs — Planejamento e Urbanização, ajuizou, em 20-10-69, na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ação ordinária contra o mes-

mo Estado e a Prefeitura Municipal de Niterói.

Alegou que, por contrato assinado em 21-12-40, tornara-se concessionária de Plano de Urbanização e Remodelação da cidade de Niterói, contrato que fora objeto de aditamentos, retificações e ratificações, e, depois de expor fatos ocorridos em relação à execução das obras contratadas, acrescentou:

«Desatenta ao princípio de que a ninguém é lícito transformar a própria falta em um título de direito contra o seu pactuário no contrato, a Prefeitura de Niterói, fazendo preceder sua atitude de uma esdrúxula notificação, invadiu área da concessão pertencente à suplicante, e nela está executando uma nova via, prolongamento da rua Visconde de Rio Branco, pretendendo substituir-se à obrigação da suplicante, esquecida que essa obrigação nasceria no momento em que a Prefeitura cumprisse a sua parte de instalar rede de canalização de água e de esgoto sanitários, para as quais nem sequer projeto existe. E sem água e esgoto a Prefeitura não licencia obras, que já poderiam ter sido executadas por alguns proprietários de lotes se tais utilidades existissem. Basta ver-se o desencanto que se apossou dos idealizadores do monumental «Shopping Center», construído em terrenos da suplicante e que, até hoje, continua desprovido dessas duas utilidades indispensáveis ao seu funcionamento.

Ainda com o objetivo de tumultuar e confundir e, talvez, buscar aliado de boa fé, vem a Prefeitura de consentir a edificação, em terrenos da suplicante, da Feira do Comércio e Indústria do Estado, ocupando extensa área de alguns milhares de metros quadrados, sem prévia e justa indenização, como o determina o mandamento constitucional, fundado nas regras do direito, da moral e dos bons costumes. Nada significa, para a Prefeitura, o trabalho, o sacrifício de bilhões até agora investidos, os milhões pagos pela suplicante por ocasião da última restituição de prazo contratual, o pagamento, pela suplicante, de milhões de cruzeiros para que a Prefeitura se pusesse em dia com o atraso de 11 meses de vencimentos dos seus servidores. Esta não é, evidentemente, uma atitude edificante, que encoraje outros empresários para a colocação de sua técnica e de seus capitais a serviço do Poder Público, colaboração essa que nenhum Governo pode ou deve dispensar ou desprezar.

Ainda, tratando a propriedade da suplicante como se dela fosse, a Prefeitura autorizou a Flumintur a cercar extensa área na qual está sendo cobrado estacionamento para automóveis particulares, produzindo renda diária superior a seiscentos cruzeiros novos.

Entendendo, maliciosamente, que o contrato terminará a 21 de outubro de 1969, procura a Prefeitura uma justificativa para a violência maior que, certamente, pretende praticar. Admitindo-se, tão-só para efeito de argumentação, que o contrato, ainda após a sua prorrogação automática de 24 meses (cláusula 20ª) não fosse cumprido em sua totalidade pela suplicante, isto é, não resultasse, ao seu término, na recuperação da área total de 1.050.000 m2., do qual já existe concluída, a parcela de 430.000 m2, é

óbvio que a indenização que ficaria excluída a suplicante, ao fim do contrato, seria decorrente do direito de auferir vantagens da comercialização das áreas sub acqua que viessem a ser aterradas posteriormente, eis que sobre as áreas recuperadas ela exerce o mais completo domínio e posse, podendo inclusive vendê-las.

O contrário seria admitir-se direito regressivo da Prefeitura contra adquirente de justo título e boa fé. As vendas até agora realizadas e as que se forem realizando até o término do contrato, têm amparo neste e na autoridade da coisa julgada, como tal a interpretação que lhe deu o Judiciário, ao dirimir dúvidas levantadas durante a sua execução. Só quem é o dono de um imóvel pode vendê-lo. Se não o vende como pode perdê-lo?»

E em seguida:

«Face a escritura de acordo para a restituição de prazo, pela qual a Prefeitura reconheceu os motivos de força maior impeditivos do prosseguimento normal das obras, o prazo de sua conclusão terminaria no dia 21 de outubro de 1969, prosseguindo, porém, a suplicante nos seus trabalhos por mais 24 meses, período em que ficaria sujeita à aplicação da multa constante da cláusula 20ª do contrato inicial da concessão, que não sofreu qualquer alteração ou modificação nas escrituras que se lhe seguiram. Todavia, à vista dos entendimentos, já agora da própria Prefeitura como amplamente demonstrado, cumpre seja ela compelida a restituir igual prazo ao ultimamente concedido, isto é, mais quatro anos para ultimização da obra, independentemente dos 24 meses que lhe assegura o contrato. Ainda contra a Prefeitura pede a Suplicante a indenização pela desapropriação indireta das áreas que se apossou, na extensão e valor a serem arbitrados, acompanhada

das cominações que, ao final desta se requer, bem como a devolução das receitas ilicitamente auferidas com a exploração da área de estacionamento.»

E depois:

«Em virtude do desapossamento administrativo praticado pelo Estado, edificando em terrenos da suplicante a Feira Permanente do Estado, com isto impedindo, inclusive, o bom prosseguimento dos trabalhos, quer a Suplicante haver do mesmo a competente indenização pela desapropriação indireta da área ocupada pela Feira, a ser medida e arbitrada pericialmente».

E concluiu:

«Face ao exposto, vem a suplicante requerer a citação da Prefeitura Municipal de Niterói e do Estado do Rio de Janeiro, nas pessoas dos seus representantes legais, para virem responder aos termos da presente ação para, ao final, serem condenados: a) a Prefeitura a restituir, por mais 4 (quatro) anos o prazo contratual da concessão à indenização que será arbitrada, no curso da ação, pelo desapossamento administrativo de terrenos pertencentes à suplicante, bem como a restituição das rendas apuradas na exploração do estacionamento particular de automóveis, com juros compensatórios a partir da data da ocupação, correção monetária de lei, custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da indenização; b) o Estado do Rio de Janeiro a ressarcir os prejuízos a serem arbitrados e decorrentes da ocupação dos terrenos da Suplicante, nos quais está edificada a Feira Permanente do Estado, acrescidos dos juros compensatórios a partir da data da ocupação, correção monetária de lei, custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da indenização.»

Citado, o Estado do Rio de Janeiro apresentou contestação alegando carência de ação da autora por ser a área em que fora construída a Feira Permanente do Estado de propriedade da Caixa Econômica Federal, que a entregara em comodato à Companhia de Turismo do Estado do Rio de Janeiro S.A. Flumintur, requerendo, por tal motivo, absolvição de instância.

Contestou, a ação, igualmente, a Prefeitura Municipal de Niterói, arguindo, em preliminar, a incompetência da Justiça do Estado para processar e julgar a causa, por envolver ela interesses dos Ministérios do Exército e da Marinha.

Afirmou depois que a autora infringira seguidamente o que pactuara com ela ré a propósito da urbanização da área, e acrescentou:

«A concedente deixou de prorrogar a concessão, por ser a prorrogação atentatória do interesse público, de vez que a concessionária outra coisa não tem feito senão descumprir o avençado e buscar nas vendas de terras o seu ilegítimo enriquecimento.

O objeto do contrato é o interesse geral. O planejamento e a urbanização de Niterói são obras diretamente ligadas à administração pública, ao Município, ao Estado e à União.

A luz do direito administrativo, que rege as relações da concessionária com a concedente, é irrecusável o dever desta intervir para que não prossigam as violações contratuais e os desrespeitos sucessivos aos interesses coletivos.

É de todo o ponto inconcebível a restauração do prazo extinto de um contrato, que a concessionária desprezou na totalidade das obrigações que assumira.

E inqualificável absurdeza o pedido de perdas e danos por parte de

quem, no decorrer de vinte e oito anos, não observou uma só das muitas obrigações estabelecidas.

É ousado o intento de restituição de quatro anos de prazo, para garantir, nesse período, abusiva e dolorosa inação quanto às obras, e assegurar por mais tempo o lucro ilícito resultante de venda de terras alheias.

A concessionária é inadimplente. É-lhe vedado pretender algo acerca do contrato, que incessante e reiteradamente infringiu.»

Houve réplica contrariando as alegações dos contestantes, manifestação de interesse da União, e, a seguir, foi proferido despacho pelo Juiz que presidia o feito, reconhecendo a competência da Justiça Federal à qual foram os autos remetidos.

Requeriu a Prefeitura de Niterói depois que fosse proferido despacho saneador reconhecendo que a ação perdera objeto, porque baixado decreto pelo Governo do Estado desapropriando toda a área da concessão, pedido que não foi acolhido pelo MM. Juiz em despacho saneador a seguir proferido.

Veio a autora então aos autos para alegar que a avaliação pela qual protestara na inicial, fora feita em *vistoria ad perpetuam* requerida pela Prefeitura de Niterói, que pediu fosse junta aos autos, procedendo-se, depois, à atualização dos valores ali constantes, finalidade para a qual indicou perito.

A Prefeitura formulou quesitos, foram nomeados peritos, após o que a autora peticionou afirmando a desnecessidade da perícia, em face da *vistoria* efetuada a requerimento da mesma Prefeitura que juntou por cópia.

Apresentado laudo pericial, a Prefeitura de Niterói, lembrando que ajuizara ação contra a autora instruída com a *vistoria ad perpetuam*,

sustentou a competência do Juiz que presidira a medida cautelar para julgar ambas as ações, evidente que era a conexão entre elas, o que foi atendido.

2. Enquanto ocorriam os fatos descritos, tinha curso ação proposta pela Prefeitura Municipal de Niterói contra Planurbs — Planejamento e Urbanização, buscando o ressarcimento de prejuízos que teriam sido causados por esta como concessionária do plano de urbanização da cidade, ressarcimento que, esclarecera a inicial, deveria constituir-se de:

«1) perdas efetivas, compreensivas dos imensos e reais prejuízos causados; 2) danos produzidos, abrangendo o que a administração da cidade deixou de lucrar; 3) valor atual dos lotes objeto de alienação ou de gravame; 4) valor correspondente aos aterros e desmontes que se não efetuaram, dado a enorme diferença entre o custo atual e o custo anterior; 5) valor dos melhoramentos que se não concretizaram pela inexecução do contrato é ocupação das áreas de terras pela concessionária; 6) valores de tributos e de outros ônus não recolhidos, bem como de obras e serviços não cumpridos; 7) juros de mora a contar da citação e sobre o valor da condenação; 8) honorários de advogados da concedente, na base de 20% (vinte por cento), sobre a totalidade da importância da indenização que vier a ser determinada.»

Contestando tal ação, manifestou-se o Estado do Rio de Janeiro, e, então, mandou o MM. Juiz que os autos respectivos fossem apensados aos da ação proposta por Planurbs — Planejamento e Urbanização, anteriormente referida, o que foi feito após apresentação de réplica pela Prefeitura.

3. Uma outra ação, entretanto, foi proposta quando já tinham curso as duas anteriormente referidas e, por

ela, a Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano, empresa pública do Estado do Rio de Janeiro, promovia a desapropriação de terreno situado na área compreendida pelo Morro de Gragoatá, como especificado em decreto datado de 30-8-72.

Deferida a imissão de posse, foi a ação contestada quanto ao preço oferecido, requerendo a contestante, Planurbs — Planejamento e Urbanização, a sua anexação às duas outras ao argumento da existência de conexão.

Ingressou nos autos, também, Esa Edificadora S.A. afirmando-se promissária compradora de lotes situados na área descrita na inicial, e alegando a nulidade do processo por falta de documentos essenciais à propositura da ação, nulidade da citação, porque feita por edital, quando os proprietários dos imóveis alcançados pela desapropriação poderiam ser conhecidos examinando-se o Registro do imóvel, e, no mérito, insuficiência do preço oferecido.

Também veio aos autos Henrique da Rocha Pinto, sustentando a incompetência da Justiça Federal, como aliás também o fizera «Esa Edificadora S.A.» e rejeitadas tais arguições agravaram de instrumento, vindo os recursos a serem apreciados por este Tribunal onde não lograram provimento.

A Prefeitura de Niterói manifestou-se contrariamente à alegação de conexão entre a ação de desapropriação e as duas outras, e, a seguir, peticionou Atlântico — Empreendimentos e Administração S.A., afirmando ser titular de direito real à aquisição de parte do imóvel objeto da desapropriação, e contestando o valor atribuído à área.

Após manifestarem-se a União, a desapropriante e interessados, foi proferida sentença julgando conjuntamente as três ações, a qual, apoiando-se no laudo único apresen-

tado na vistoria ad perpetuam, requerida pela Prefeitura Municipal de Niterói, que instruíra a ação por ela proposta contra Planurbs — Planejamento e Urbanização, julgou improcedente tal ação e julgou procedentes a ação de desapropriação e a ajuizada por Planurbs — Planejamento e Urbanização contra a Prefeitura Municipal de Niterói, estabelecendo:

«Para a desapropriação dos bens e serviços — excluídos os terrenos de marinha, que pertencem à União Federal e que, por lei, não estão sujeitos à expropriação, cabe à autora a quantia de Cr\$ 77.000.000,00 que será devidamente atualizada, com os juros compensatórios, moratórios e a correção monetária como indenização à Planurbs S.A. pelo desapossamento da área concedida, pela quebra do contrato e pelos bens e serviços não remunerados. A importância acima será acrescida das custas e despesas judiciais; dos honorários dos peritos do Juízo (Cr\$ 30.000,00 para cada um) atualizados monetariamente na data do pagamento; e dos honorários advocatícios de 10% sobre a diferença entre a oferta e a indenização, ambas monetariamente corrigidas, no processo expropriatório, tudo a cargo do Estado do Rio de Janeiro, que encampou a iniciativa da municipalidade do antigo Estado do Rio.

A condenação é solidária, pois abrange a Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ — e o Estado do Rio de Janeiro.

A União Federal, em consequência, permanece à distância, com a ressalva que fez dos terrenos de marinha e do laudêmio a que fizer jus, no momento em que as quantias forem levantadas pelos interessados.»

Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização opôs embargos de de-

claração que foram recebidos para fixar honorários de advogado de 10% do valor da causa a serem pagos pelo vencido na Ação Ordinária nº 17.477, isto é, a Prefeitura Municipal de Niterói, à qual foram atribuídas também as custas do processo, e para estabelecer, quanto à ação de desapropriação.

«Na ação expropriatória, os juros e a correção monetária, respeitadas a data da lei que a instituiu, devem ser computados da seguinte maneira:

a) decorrido mais de um ano da avaliação, é devida correção monetária a partir do laudo adotado pela sentença, até o efetivo pagamento;

b) os juros compensatórios, de 12% ao ano, incidem desde a data da imissão de posse até o momento da aplicação da correção monetária, sobre o valor simples da indenização fixada e, a partir de então, sobre tal importância atualizada monetariamente;

c) os juros de mora, de 6% ao ano, incidem desde o trânsito em julgado da decisão até o efetivo pagamento.

Tanto os juros quanto a correção monetária, porém, incidem sobre o montante da diferença entre a oferta e a indenização.»

A Prefeitura Municipal de Niterói apelou alegando:

a) que a sentença, incorrera em erros, pois condenara a Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, quando a tal empresa fora declarada extinta em 1975, sete anos antes, portanto, e admitira a desapropriação proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, com base no Decreto nº 15.453, de 1971, quando dito Estado não fora imitado na posse da área ali declarada de utilidade pública, nem depositara o preço respectivo antes de novembro de 1976, tendo

ocorrido, assim, a decadência do direito de propor a ação.

Alegou ainda que a área ocupada pelo Estado referido fora a referida no Decreto nº 15.751, de 30-8-72, restrita ao Morro de Gragoatá, e pertencente à União, a ela Prefeitura, ao próprio Estado e ao espólio de Henrique da Rocha Pinto, jamais tendo pertencido à Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, Atlântico Empreendimentos e Administração S.A. e Esa Edificadora S.A.;

b) que não poderia haver sido considerado existir conexão entre a ação de desapropriação e as duas outras, que visavam indenização por inadimplemento contratual, tanto mais quanto as glebas não eram as mesmas, pois na ação expropriatória eram partes interessadas a União, o Estado do Rio de Janeiro, ela apelante, Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, Atlântico Empreendimentos e Administração S.A., Esa Edificadora S.A., Espólio de Henrique da Rocha Pinto e Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, enquanto nas ações ordinárias eram partes apenas o Estado do Rio de Janeiro, Planurbs — Planejamento e Urbanização S.A. e ela recorrente;

c) que, deferidas várias provas no despacho saneador prolatado nas ações ordinárias, tais como depoimento pessoal, exame pericial, depoimentos de testemunhas, não haviam sido elas realizadas;

d) que, no mérito, a sentença contrariara os fatos.

Apresentadas contra-razões por Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, Esa Edificadora S.A. opôs embargos de declaração, pedindo fosse esclarecido qual o percentual que caberia, na importância fixada a título de indenização, aos que adquiriram da mesma Planurbs S.A. terrenos localizados na área desapropriada.

da, embargos que foram assim decididos:

«Os embargos, data venia, não merecem acolhida.

É que não é aconselhável, nesta fase de conhecimento já tão complexa e demorada, apurar a proporção da indenização porventura cabível à embargante. Melhor será deixar o assunto para a fase executória.»

Esclarecimentos sobre os terrenos alcançados pela desapropriação foram pedidos, ainda, por Jamile Chai-ban El-Karah.

Também apelou o Estado do Rio de Janeiro alegando o Dr. Procurador somente ter tomado conhecimento da sentença ao compulsar os autos na Secretaria da Vara, porque publicada a intimação respectiva com incorreções quanto aos nomes dos advogados.

Argüiu quanto ao mérito que:

a) Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, na ação que propusera, somente num ponto a dirigira contra ele apelante, isto é, em relação à área onde fora instalada a Feira Permanente do Estado, área que, provara ao contestar dita ação, pertencia à Caixa Econômica Federal, que a entregara, a ele Estado do Rio de Janeiro, em comodato, e já devolvida ao seu legítimo dono;

b) que a sentença considerara existir ação de desapropriação da área descrita em decreto de 1971, apenas declarada de utilidade pública;

c) que a ação expropriatória que propusera, se alicerçava no Decreto nº 15.751/72, e era restrita ao Morro de Gragoatá, não tendo qualquer relação com aquela outra referida pela Planurbs como objeto de desapossamento administrativo, do que decorria a impossibilidade de solução jurídica válida para uma, considerando os elementos da outra;

d) que não fazia sentido a condenação no pagamento de indenização, em ação de desapropriação relativa à área não pertencente à Planurbs, «pela quebra de contrato» por esta celebrado com a Prefeitura Municipal de Niterói, «e pelos bens e serviços não remunerados» previstos em contrato no qual ele apelante não fora parte;

e) que não fora considerado o art. 20, § 4º, do CPC, ao fixar-se honorários de advogado de 20%.

Contra-arrazoando tal recurso Planurbs S.A. afirmou-o intempestivo, e, a seguir, sustentou o acerto da sentença no mérito.

E o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): 1. A intimação da sentença às partes foi feita por publicação no Boletim da Justiça Federal, de 23-6-81, e, somente em 21 de outubro do mesmo ano foi apresentada a apelação do Estado do Rio de Janeiro, sustentando-se ser ela tempestiva porque publicada com erros a intimação aludida, erros que consistiriam no fato de o advogado Ivair Nogueira Itagiba figurar como Procurador da Cia. Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, quando o era da Prefeitura Municipal de Niterói, e de o representante do Estado Helio Paula de Araújo aparecer como advogado do réu.

Compulsando-se os autos verifica-se que o Dr. Ivair Nogueira Itagiba era realmente o advogado da Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, tendo firmado a petição inicial da ação de desapropriação, datada de 18-9-72, e figurado como tal até 6-6-75, quando foi outorgada procuração, pela empresa referida, ao advogado Luiz Carlos Simões Castro (fl. 356).

A indicação constante da intimação a propósito, portanto, não era de molde a fazer incorrer em erro o Estado do Rio de Janeiro, como não o era o fato de o procurador deste haver constado em tal publicação como advogado do réu, pois, anexadas, que haviam sido três ações, se no da desapropriação o Estado figurava como autor, na condição de substituto da Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, que fora dissolvida, na ação proposta por Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, o mesmo Estado figurava como réu, tal qual foi qualificado na publicação relativa à sentença.

Não conheço, assim, do recurso do Estado do Rio de Janeiro.

2. Reexaminou a sentença na parte relativa à ação de desapropriação, porém, porque sujeita a duplo grau de jurisdição obrigatório, pois, tendo sido a oferta de Cr\$ 49.960,00, a indenização veio a ser fixada em Cr\$ 77.000.000,00.

Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, propôs ação ordinária contra o Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura Municipal de Niterói, para obter do primeiro indenização pelo desapossamento de área pertencente a ela autora, ocupada com a Feira Permanente do Estado, e quanto à segunda, para vê-la condenada a prorrogar, por 4 (quatro) anos, o prazo contratual de concessão que lhe fora outorgada, a indenizá-la em quantitativo arbitrado no curso da ação, pelo desapossamento administrativo de terrenos pertencentes a ela suplicante, a restituir-lhe rendas apuradas na exploração de estacionamento particular de automóveis, com juros compensatórios a partir da data da ocupação, correção monetária de lei, e, ainda, custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da indenização.

Tal ação, proposta em 20-10-69, estava em curso, quando, em 25-11-71,

foi baixado, pelo Estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 15.453, que dispôs:

«.....»

Considerando que a Prefeitura Municipal de Niterói autorizada pelo Decreto Federal nº 2.441, de 23 de julho de 1940, e com interveniência do Estado do Rio de Janeiro, concedeu a execução das obras do Plano de Urbanização da capital fluminense à Companhia de Melhoramentos de Niterói, mediante contrato daquele ano, transferido à Companhia União Territorial Fluminense, hoje, Planurbs S.A. Planejamento e Urbanização;

Considerando que o prazo do contrato originário da concessão foi sucessivamente, convalidado, alongando-se inexplicavelmente, suas prorrogações até o mês de outubro de 1969...»

Seguiram-se outros considerandos e, depois:

«Art. 1º Ficam declarados de utilidade pública, de acordo com os arts. 2º e 6º, combinados com a alínea »i» do art. 5º do Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para fins de desapropriação, por conta e a favor do Estado do Rio de Janeiro, mediante composição amigável ou procedimento judicial os imóveis e benfeitorias, se existentes, constantes da planta de loteamento «Jardim Fluminense» do projeto de urbanização dos morros do Ingá, Boa Viagem, Gragoatá e terrenos conquistados ao mar da enseada da Praia Grande e Praia Vermelha, entre a Ponta da Armação e da Praia Grande e Praia Vermelha, entre a Ponta da Armação e a Praia das Flexas, em Niterói, imóveis esses que tenham sido objeto de operações legítimas de compra e venda ou dação em pagamento.

Art. 2º O Estado do Rio de Janeiro promoverá a desapropriação em apreço, correndo as despesas à

conta de verba orçamentária própria.»

Esse decreto não teve execução judicial, e, em 30-8-72, foi baixado outro, de número 15.751, que estabeleceu:

«.....

Art. 1º Para execução parcial do Decreto nº 15.453, de 25 de novembro de 1971, ficam declarados de utilidade pública, de acordo com os arts. 2º e 6º, combinados com a alínea i do art. 5º do Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para fins de desapropriação, por conta e a favor da Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, mediante composição amigável ou procedimento judicial, os imóveis e benfeitorias, se existentes, na área compreendida pelo morro do Gragoatá, em Niterói, de um terreno delimitado por um segmento reto, de 292,00m de extensão, que tem seu início na aba do morro a 68,00m da Rua Presidente Domiciano, à qual é paralelo a uma distância de 60,00m, prosseguindo por um outro segmento reto de 353,00 m em direção à Praia de Gragoatá, de onde continua por mais um segmento reto de 400,00m de extensão, paralelo à Rua Coronel Tamarindo, a qual é paralelo a uma distância de 40,00m segmento este que termina na aba do morro 68,00m de distância da mesma Rua Coronel Tamarindo, fechando-se o terreno em causa por uma linha sinuosa ao longo da aba do morro com 420,00m de extensão, linha essa que une o fim do terceiro segmento ao início do primeiro segmento acima descritos.

Art. 2º A Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ promoverá a desapropriação em apreço, correndo as despesas à conta da verba própria.»

Comparando-se os dois diplomas legais vê-se que, no primeiro, foi declarada de utilidade pública a área alcançada pela concessão feita a Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, que, como ali mencionado, abrangia vários morros, inclusive o de Gragoatá, enquanto no segundo, dita declaração foi restrita a imóveis e benfeitorias existentes na área compreendida pelo Morro de Gragoatá, em terreno cuja delimitação foi indicada.

Mais ainda. Enquanto no primeiro decreto a desapropriação seria feita pelo Estado do Rio de Janeiro diretamente, e as despesas correriam por conta de verba orçamentária própria, no segundo dita desapropriação caberia à Companhia Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, empresa pública do mesmo Estado do Rio de Janeiro, correndo as despesas à conta de verba de tal empresa.

O Estado do Rio de Janeiro não propôs ação de desapropriação, fazendo-o a Cia. Fluminense de Desenvolvimento Urbano — DESURJ, que descreveu como área dela objeto aquela constante do Decreto nº 15.751/72, invocado, aliás, no princípio da inicial e trazido aos autos juntamente com esta.

Essa ação veio a ser encampada pelo Estado do Rio de Janeiro em junho de 1977, por haver sido liquidada a empresa expropriante, mas, como é óbvio, prosseguiu tendo o mesmo objeto, isto é, a área descrita no Decreto nº 15.751/72, muito inferior, já vimos, à mencionada no Decreto nº 15.453/71.

Essa circunstância não foi considerada pela sentença que entendeu ter o Estado, ao declarar de utilidade pública a área de concessão feita a Planurbs S.A. assumido a responsabilidade pela indenização respectiva, bem como por prejuízos que dita sociedade afirmara haver sofrido, esti-

mados ditos valores em Cr\$ 77.000.000,00 em laudo apresentado em vistoria **ad perpetuam** requerida pela Prefeitura Municipal de Niterói.

Bastariam tais circunstâncias para justificar a anulação da sentença na parte relativa à desapropriação.

Há mais, contudo.

Na ação proposta por Planurbs S.A. o Estado do Rio de Janeiro figurou como réu, o fundamento de que ocupara área de terreno pertencente à autora, com a construção da Feira Permanente do Estado.

Na contestação que apresentou o Estado do Rio de Janeiro afirmou, e juntou a propósito escritura, que o terreno referido pertencia à Caixa Econômica Federal, que o adquirira da própria Planurbs, (fl. 62), fato que não foi considerado pela sentença.

O laudo apresentado na vistoria **ad perpetuam**, foi elaborado em abril de 1971 e nele afirmou o perito:

«A concessionária «produziu» terrenos avaliados em 177 milhões de cruzeiros, tendo, para tal fim, vendido terrenos avaliados em 100 milhões de cruzeiros. Do seu trabalho e aplicações resultaram um superávit econômico de 77 milhões de cruzeiros.»

Como se vê, aí foi afirmado que a Planurbs S.A. ficara com terrenos do valor de Cr\$ 77.000.000,00.

Ocorre, porém, que em 12-10-81, antes portanto da propositura da ação de desapropriação, que se deu em 18-12-72, foram dados em pagamento pela sociedade referida à Atlântica — Empreendimentos e Administração S.A. lotes correspondentes a mais de cem mil metros quadrados (fls. 300/300v da Ação de Desapropriação), que, assim, não poderiam ser considerados para o efeito de fixação da indenização a ser paga à mesma Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização.

Poder-se-ia alegar que, fixado o valor da indenização, o pagamento desta se daria aos que comprovassem o domínio dos terrenos na forma do disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

No caso concreto, todavia, o MM. Juiz determinou, na sentença, que dito pagamento fosse feito à Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, pelo desapossamento da área concedida, pela quebra do contrato por parte da Prefeitura de Niterói, e pelos bens e serviços não remunerados pela mesma Prefeitura, sem especificação da parcela relativa ao desapossamento, que, senão no todo, na sua maior parte, já pertencia a terceiros.

Meu voto, assim, quanto à ação de desapropriação, é reformando a sentença para anular o processo **ab-initio** e determinar que se proceda na forma prevista no Decreto-Lei nº 3.365/41, efetuando-se pericia para verificar qual a área efetivamente desapropriada e o seu valor, processo que há de correr autonomamente, por inexistir conexão com as demais ações que justificasse o julgamento conjunto.

3. A anulação da sentença na parte relativa à ação de desapropriação, tem, como consequência, igual providência quanto à ação proposta por Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, contra o Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura Municipal de Niterói, desde que o julgamento respectivo foi feito considerando haverem sido desapropriados os terrenos da autora pelo Estado do Rio de Janeiro atribuindo-se a este os ônus da condenação.

4. Examinado o recurso da Prefeitura Municipal de Niterói, e, fazendo-o, não vejo como provê-lo para julgar procedente a ação por ela proposta.

Dita ação foi ajuizada com apoio em vistoria **ad perpetuam**, prova que, como acentuou o MM. Juiz, não é favorável à mesma Prefeitura.

Afirmou-se na inicial que Planurbs — Planejamento e Urbanização descumprira contrato de concessão celebrado com ela autora, do que decorreria danos a serem indenizados.

A vistoria referida, porém, prova oferecida pela mesma Prefeitura, respondendo a quesitos por ela formulados, afirmou:

«Se a concessionária praticou infrações contratuais, caberia à outra parte não lhe conceder as prorrogações de prazo, objeto de sucessivas alterações do contrato inicial de concessão. Assim, se a concessionária é inadimplente, seu inadimplimento foi inovado pelas alterações que lhe concedeu o poder executivo, autorizado ou referendado pelo poder legislativo Municipal e Estadual. Esta, quanto às prorrogações anteriores e à última, já vencida nesta data e denunciada em tempo hábil, pela Prefeitura Municipal de Niterói, tendo sido a denúncia do prazo contestada pela concessionária.

Todavia, há um ponto de capital importância, qual seja o fato de que as razões que levaram a última prorrogação ainda subsistem. O perito teve condições de verificar que ainda se acham sem solução as questões (veja-se doc. nº 11, parte grifada) que impossibilitaram a concessionária de executar, em sua totalidade, as obras. Tais impedimentos, inclusive, obrigam-na a executar obras de enrocamento não previstas no plano global, e que aumentaram, em muito, o investimento necessário e o bom andamento das obras de aterro.

Por outro lado, é forçoso considerar, também, que o poder concedente, por seu turno, não executou as obras a que se achava obrigado, isto é, não executou as obras de distribuição de água e construção de galeria de esgoto, nas áreas da con-

cessão já aterradas, sendo, por conseguinte, também inadimplente.

Outrossim, deve-se levar em conta que, a cada prorrogação correspondeu sempre uma vantagem de ordem financeira para a Prefeitura Municipal de Niterói, que, a ver do perito mui erroneamente, alienou em favor da concessionária as vantagens que tinha como associada ao empreendimento. Com o pagamento das parcelas referidas na cláusula indicada na cláusula 4ª da escritura de 28-2-62, a Prefeitura vendeu por Cr\$ 259.080,15 (valor atual), uma participação da ordem de Cr\$ 116.041.500,00 (valor atual), evidenciando o raciocínio imediatista dos negociadores, isto é, vendeu por 450 vezes menos do que seu valor a participação a que tinha direito.» (sic).

Ante tal prova, e considerando que outra não foi produzida, impunha-se a conclusão da sentença pela improcedência da ação da Prefeitura Municipal de Niterói.

5. Meu voto, assim, é anulando o processo na parte relativa à ação de desapropriação, para determinar que seja esta processada autonomamente, obedecidos os preceitos do Decreto-Lei nº 3.365/41, anulando a sentença na parte relativa à ação proposta por Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização, e determinando que outra seja proferida, e negando provimento ao recurso da Prefeitura Municipal de Niterói.

#### ESCLARECIMENTO DE MATÉRIA DE FATO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Os esclarecimentos prestados pelo nobre Advogado não me levam a modificar o voto que proferi, porque, como acentuei, foi julgada a ação de desapropriação como se relativa a certa faixa quando, na realidade, se referia a faixa bem menor, destinada à construção de hotel. Vale acentuar que a faixa

maior fora objeto de decreto declarando-a de utilidade pública, não tendo sido proposta, contudo, a ação de desapropriação correspondente.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Revisor): Sr. Presidente, pelas notas que tomei dos autos e pelos estudos que fiz, cheguei à mesma conclusão de V. Exa. Infelizmente, a questão, processualmente, não foi bem conduzida, não foi bem posta, e não nos resta, então, outra alternativa senão esta de anular a expropriatória *ab initio*, para que seja considerada a exata área que deve ser indenizada. No que tange à ação da Planurbs contra o Estado do Rio de Janeiro, melhor sorte não merece; finalmente, V. Exa. conclui também como eu, pelo desprovimento do apelo do Município de Niterói.

Assim, o meu voto é coincidente, às inteiras, com o do eminente Sr. Ministro-Relator.

#### VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, também fico de acordo, máxime quando o lúcido voto de V. Exa. reabre o ensejo para a administração da justiça no conflito, o qual se vê que foi ineptamente tratado.

Estou de acordo com V. Exa.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 76.019-RJ — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Rev.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Remte.: Juízo Federal da 8ª Vara. Aptes.: Prefeitura Municipal de Niterói e Estado do Rio de Janeiro. Apdo.: Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização.

Decisão: A Turma, preliminarmente, por unanimidade, não conheceu do recurso do Estado do Rio de Janeiro; reexaminando a sentença proferida na ação de desapropriação, porque sujeita a duplo grau de jurisdição obrigatório, por unanimidade, anulou-a, determinando que outra seja proferida, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator; ainda por unanimidade, a Turma anulou a sentença proferida na ação promovida por Planurbs S.A. — Planejamento e Urbanização contra o Estado do Rio de Janeiro e a Prefeitura Municipal de Niterói, determinando que outra seja proferida e, finalmente, também por unanimidade, negou provimento à apelação da Prefeitura Municipal de Niterói. Sustentou oralmente o Dr. Oscar José Muller, pelo apelado. (Em 21-9-83 — 4ª Turma.)

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

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 76.619 — AL

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Remetente: Juízo Federal em Alagoas

Apelante: Cyro Casado Rocha

Apelados: Antônio da Purificação e outros, Manoel Haroldo Dionísio Bernardes e cônjuge. Norma Rocha Fortes e cônjuge e Apipucos de Construções Ltda.

#### EMENTA

Ação popular. Extinção nos termos do art. 267-VI, do CPC. Requisito da lesividade (inexistência).

1. Se à ação popular falta o seu pressuposto principal, que é a lesividade do ato impugnado ao patrimônio de qualquer das entidades ou pessoas jurídicas indicadas no art. 1º, da Lei nº 4.717/65, aplica-se-lhe o disposto no art. 267-VI, do CPC. 2. A lesividade deve caracterizar-se pela prática de ato que, direta ou indiretamente, mas real e efetivamente, redunde no injusto detrimento de bens ou direitos da administração, representativo de um prejuízo, de um dano, efetivo ou potencial de valores patrimoniais (Cf. RE número 92.326/S, RTJ 96/1379, Rel. Min. Rafael Mayer; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed. pág. 583 sentença, fl. 429). 3. Além da lesividade impõe-se a configuração, pari passu, da ilegalidade do ato impugnado, na sua forma e no seu objeto, mas desde que seja a prevista no art. 4º, inciso V, letra a, da Lei nº 4.717/65, pois a comum, não lesiva nos termos dos arts. 153, § 31, da Constituição Federal, e 1º da Lei pode ser expungida pela via própria e a quem a lei assegure legitimação (sentença, fl. 433). 4. Extinção do processo e condenação do vencido nas custas.

#### ACORDÃO

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 do autor, prejudicada a remessa necessária, 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, 13 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Cyro Casado Rocha propôs a presente ação popular contra Apipucos de Construções Ltda. e outros, ao fundamento de terem sido vendidos apartamentos vinculados ao sistema nacional de habitação, a pessoas que já eram proprietárias de casas residenciais na mesma localidade e, as-

sim, absolutamente impedidas de tais aquisições.

A empresa demandada construiu um edifício de apartamentos residenciais, mediante financiamento concedido pelo Banco Nacional da Habitação, através do seu agente financeiro denominado Financilar Lume — Cia. de Crédito Imobiliário. Os sócios-gerentes da construtora, agindo como incorporadoras, realizaram as vendas.

No afã do lucro fácil, deixaram eles de observar as normas legais do Sistema Financeiro de Habitação. E a prova da irregularidade se faz com o contrato de compra e venda do apartamento nº 401, Bloco B, onde está dito não ser o comprador proprietário, promissário comprador, cessionário ou promissário cessionário de imóvel residencial na localidade.

No entanto, essa afirmação não se ajusta aos termos da certidão de fl. 19, fornecida pelo Cartório do 1º Registro de Imóveis, em que figura o nome da compradora como sendo proprietária de diversos imóveis resi-

denciais na cidade. Tais fatos eram do pleno conhecimento dos incorporadores, pois um deles é conhecido da adquirente, uma senhora de idade avançada e passado ilibado, mas que foi levada,

«... por inadvertência, a assinar uma escritura de compra e venda fraudulenta, induzida por pessoas que abusaram da sua confiança, não tendo agido, pois, com dolo ou culpa.» (Fl. 9).

O bem jurídico ofendido, sustenta o autor, é o patrimônio da União Federal, encarado sob o ângulo particular dos seus interesses relacionados com o Sistema Financeiro de Habitação, do qual o BNH é a entidade máxima, nos termos da Lei nº 4.380/64 (art. 25). A Financilar Lume — Cia. de Crédito Imobiliário é

«agente financeiro do BNH, devendo os seus atos pautar-se pelas seguintes disposições legais (seguem-se os textos pertinentes).» (Fl. 10).

Nesses casos também a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) exerce a fiscalização permanente e ampla da sociedade de crédito imobiliário, conforme previsto nos arts. 41, c/c os arts. 8º — III, e 9º, § 1º, da lei. Violados ou desrespeitados ou não observados esses textos, pode tal prática dar lugar ao uso da ação popular, prevista na Lei nº 4.717/65, que

«dá atribuições a qualquer cidadão do povo para pleitear a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, tanto os praticados pelos agentes da administração direta, como os praticados pelos dirigentes de autarquias ou entidades a elas equiparadas, de empresas públicas ou particulares, de serviços sociais autônomos e outros onde haja o interesse patrimonial prevalente da União, declarando nulos, consoante o art. 2º, alíneas c e e, quando pra-

ticados com «ilegalidade de objeto» ou «desvio de finalidade». (Fl. 11).

Daí o pedido, verbis:

«... a fim de ser decretada a nulidade das escrituras de compra e venda de todos os apartamentos irregularmente alienados e condenada a ré e seus litisconsortes ao pagamento do principal, mediante a devolução do que houverem indevidamente recebido, custas e honorários advocatícios na base de 20%, perdas e danos a serem oportunamente apurados, independentemente das cominações penais aplicáveis à espécie.» (Fl. 13).

Houve incidentes competenciais resultantes dos seguintes fatos:

a) O Dr. Pedro da Rocha Acioli, que era o digno Juiz processante, ordenou o arquivamento da ação, por não reputar competente a Justiça Federal, a não ser que a União declarasse interesse (fl. 46). Os autos foram à Justiça local, que suscitou conflito negativo, dirimido pelo STF no sentido da competência federal (fls. 152/154, 171/184 e 185/210);

b) O autor havia agravado de instrumento, versando a decisão do Dr. Juiz, e o Tribunal Federal de Recursos negou-lhe provimento, voltando os autos ao Supremo Tribunal Federal, que confirmou a competência federal (fl. 425, itens 8 e 9, da sentença).

Foram citados o Banco Nacional da Habitação, a Financilar Lume — Cia de Crédito Imobiliário, os beneficiários diretos do ato impugnado, por edital, e o Ministério Público Federal. Todos vieram aos autos e contestaram, respectivamente, às fls. 218/219, 244/247, 270/273, 287, 294/295, 302/304, 310/312, 316/322, 328/334, 340/345, 350/352, 359/361, 363/366 e 390/393. Suscitaram preliminares e atacaram o mérito da ação.

O processo tramitou sem novas ocorrências especiais. Houve vários despachos intercalados e o autor da ação falou em réplica às contestações, às fls. 415/422. Sem outras provas, proferiu sentença o Dr. João Batista de Oliveira Rocha, Juiz Federal. Julgou extinto o processo por faltar à ação intentada uma de suas condições (art. 267-VI, do CPC).

Eis a conclusão:

«Por tais fundamentos, julgo extinto o processo, por faltar à ação popular intentada uma de suas condições (art. 267-VI, do CPC). Condeno o autor ao pagamento das custas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, a jurisprudência mais recente é no sentido de não serem devidos pelo autor popular vencido.» (Fl. 435).

O autor apelou, às fls. 438/444, em críticas à sentença e com pedido de nova decisão, achando que o caso dos autos seria típico do desvio de finalidade e ilegalidade de objeto, sendo nulos os atos respectivos, na conformidade da legislação de regência.

Contra-razões dos réus e litiscon-sortes, respectivamente, às fls. 446/450, 451/453, 454 e 458. O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 456/457, de acordo com as conclusões da sentença. Os autos vieram ao Tribunal por força também do duplo grau de jurisdição (Lei nº 4.717/65, art. 19).

Foi ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, que se manifestou pela confirmação da sentença (fls. 463/466).

Pauta sem revisão.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Melhor examinada não poderia ser a matéria dos autos, no pertinente ao cabimento da ação popular, tal como fez a respeitável e jurídica sentença. O Dr. Juiz analisou os textos legais (CF, art. 153, § 31; Lei nº 4.717/65, art. 1º) e aplicou-os aos fatos, chegando à conclusão de que não teria havido lesão ao patrimônio público, mas apenas ilegalidade

«... em relação a um ou mais adquirentes de apartamentos do Edifício Jangada, porém não a prevista no art. 4º, item V, letra a da Lei nº 4.717/65. A irregularidade pode e deve ser expungida pelas vias próprias e por quem a lei assegura o direito subjetivo de agir, jamais pela *actio popularis*, da qual uma das condições não foi preenchida (Omissis).» (Fl. 433).

O simples fato de terem sido vendidos apartamentos a algumas pessoas impedidas de adquiri-los pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH) — diz a sentença — por já serem proprietários de casas residenciais na cidade, embora configurando ilegalidade e até mesmo ilícito penal em razão de declarações inverídicas (art. 299, CP), não seria o bastante para legitimar o ajuizamento desta ação.

Imprescindível seria o pressuposto de que a venda acarretara prejuízos ao patrimônio público, em razão, por exemplo, da inadimplência dos devedores (fl. 427). Tal alegação ou outras semelhantes, porém, não foram ventiladas em momento algum pelo autor da ação, conforme se poderá verificar ao exame dos autos.

Examina, então, a sentença o disposto no art. 4º, itens I e IX, da Lei nº 4.717/65, com especial atenção para o item V, alínea a, porque teria sido o alvo especial do autor, quando sus-

tentou a ilegalidade do ato, fazendo presumir a lesividade ao patrimônio público. Na verdade, diz o Dr. Juiz, os casos elencados pelo legislador no art. 4º, encerram a presunção de lesividade ao patrimônio de interesse coletivo.

No entanto, continua a sentença, a hipótese do inciso V, alínea a, art. 4º, Lei nº 4.717/65, não se ajusta aos fatos de que cuida a inicial. Não houve venda de imóveis pertencentes a entidades públicas. A venda foi feita por firma particular, Apipucos de Construções Ltda., mediante financiamento de outra empresa particular, Financilar Lume — Cia. de Crédito Imobiliário, que não usou sequer dinheiro repassado pelo BNH (fl. 218).

Acresce, refere o Dr. Juiz, que em se tratando de presunção relativa, *juris tantum*, não pode ela prevalecer diante da irretorquível realidade da inexistência de danos ao BNH, que não despendeu numerário (fl. 218). Mas, mesmo que tivesse despendido, não sofreu lesão alguma por parte dos compradores tidos por irregulares, sendo que alguns adquiriram à vista os apartamentos.

Cita a sentença, o Min. Luiz Rafael Mayer, quando ensina entender-se como lesivo o ato que direta ou indiretamente, mas real ou efetivamente, redunde no injusto detrimento de bens ou direitos da administração, representativo de um prejuízo, de um dano, efetivo ou potencial de valores patrimoniais (RE nº 92.326/SP, RTJ nº 96, pág. 1379). E ainda Hely Lopes Meirelles, ao dizer que

«lesivo é o ato que desfalca o patrimônio material, artístico, cultural, cívico e histórico da comunidade.»

(Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed., pág. 583).

Além do STF, cita o Dr. Juiz, sobre o tema, também Acórdão da lavra do não menos eminente Min. Carlos Mário Velloso, onde ele examina os requisitos da ação popular e, no pertinente à ilegalidade do ato, cita a lição de Hely Lopes Meirelles, que a sentença referiu e adotou (fls. 432/433).

A situação do Ministério Público Federal nos autos é a seguinte. Sustenta que não houve lesão ao bem público e não tem interesse na causa, em face da petição de fls. 218/219, firmada pelo advogado do BNH. Chega até a dizer que esta seria u'a «ação familiar», motivada por desentendimentos entre o autor e seus parentes que indica (fl. 457).

A intriga, porém, não deixa o caso à margem de suas conseqüências, conforme bem ressaltou a sentença. Se há ilegalidade, que se apure, seja civil ou penal.

Nego provimento ao recurso do autor, prejudicada a remessa necessária.

Confirmo a sentença.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 76.619-AL — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Remte.: Juízo Federal em Alagoas. Apte.: Cyro Casado Rocha. Apdos.: Antônio da Purificação e outros, Manoel Haroldo Dionísio Bernardes e cônjuge, Norma Rocha Fortes e cônjuge e Apipucos de Construções Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do autor, prejudicada a remessa necessária, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 13-3-84 — 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 CIVEL Nº 79.035 — MG

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelantes: Maria Elizabeth Aguiar Batitucci e outros

Apelada: Rede Ferroviária Federal S/A.

## EMENTA

Processual Civil. Desapropriação. Rede Ferroviária Federal S/A. Sociedade de Economia Mista. Interesse jurídico e assistência formal da União indemonstrados. Incompetência absoluta da Justiça Federal (declarável de ofício) para processo e julgamento da ação. Competência da Justiça Comum Estadual.

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

II — Em sendo a Rede Ferroviária Federal S/A. uma sociedade de economia mista, não está ela incluída entre as entidades expressamente enunciadas no art. 125, I, da Constituição Federal, que definiu a competência absoluta do Juiz Federal para o processo e julgamento das causas que menciona.

III — A mera assinatura do Procurador da República, na inicial, em conjunto com o patrono da sociedade de economia mista, seguida da simples alegação de interesse na causa (como sói acontecer), não configura, por si só, aquela intervenção qualificada da União, que se caracteriza pela sua participação na relação de direito material litigiosa, tendo em vista os efeitos da sentença a ser proferida, e sua admissão formal, no feito, integrando a relação jurídica processual, como assistente. Circunstâncias inocorrentes na espécie sob julgamento.

Precedentes do TFR e do STF.

IV — In casu, não se conheceu da apelação, face à incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a causa, anulando-se o processo após a contestatio litis, devendo os autos serem remetidos à Justiça Comum Estadual, que é a competente.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, anular o processo, a partir da contestação, exclusive, por incompetên-

cia da Justiça Federal, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual e, em consequência, não tomar conhecimento da apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: A Rede Ferroviária Federal S.A. propôs a presente expropriatória em desfavor de Maria Elizabeth Aguiar Batitucci e outros, alegando que «o Ministro dos Transportes declarou de utilidade pública, através da Portaria nº 574/80, o imóvel situado na Avenida do Contorno 11.617 e 11.617-F, constituído pelo lote nº 1 da quadra nº 35, da 6ª Seção Suburbana, bem como por suas benfeitorias, ofertando Cr\$ 1.920.000,00 (hum milhão, novecentos e vinte mil cruzeiros)», a título de preço indenizatório.

Em contestação, os desapropriados afirmaram que não se pode alienar o terreno e a casa por menos de Cr\$ 49.800.000,00 (quarenta e nove milhões e oitocentos mil cruzeiros), pois, se assim não for, estará ocorrendo uma burla ao cânone constitucional da «justa indenização».

As fls. 91/218, o perito oficial arbitrou em Cr\$ 14.654.788,43 (quatorze milhões, seiscentos e cinquenta e quatro mil, setecentos e oitenta e oito cruzeiros e quarenta e três centavos) o valor da indenização devida. O assistente técnico da expropriante, às fls. 197/219v., endossou o laudo do vistor oficial. O assistente técnico dos expropriados arbitrou, à fl. 110, em Cr\$ 44.916.239,50 (quarenta e quatro milhões, novecentos e dezesseis

mil, duzentos e trinta e nove cruzeiros e cinquenta centavos), o quantum devido.

Os expropriados não concordaram com o laudo do perito oficial e argumentaram que o laudo de seu assistente técnico espelha a verdade imobiliária.

Aos fl. 254, o MM. Juiz a quo julgou procedente a ação, aceitando o laudo do vistor oficial.

Os expropriados opuseram embargos declaratórios, às fls. 258/261, alegando que a respeitável sentença omitiu-se quanto à forma de participação dos diversos expropriados, deixando de fixar o percentual, o critério, ou o quantum representativo do valor do usufruto do casal e a parcela a ser atribuída a cada um dos nu-proprietários, dificultando a partilha, quando esta tiver de ser feita. Alegam, ainda, que deveriam ser revistas as questões relativas à apreciação do tamanho do lote, a data da imissão de posse e o termo a quo da correção monetária.

As fls. 263/267, veio o ilustre magistrado a não acolher os embargos, pois a primeira omissão alegada não existiu, uma vez que o assunto pertence, exclusivamente, aos nu-proprietários e aos usufrutuários. Caso não cheguem a um acordo amigável, que acionem a justiça própria, ou seja, a Justiça Comum do Estado. Quanto aos outros tópicos, continuam sem razão os embargantes, pois, na verdade, estão querendo a mudança do preço fixado pela sentença, o que só é viável através de apelação. E, no que tange ao dia exato da imissão, deixou-se para resolvê-lo na fase de liquidação.

Irresignados, vieram os expropriados a apelar, repisando os argumentos da tese inicial, dos embargos declaratórios e, ainda, pleiteando melhorias no que se refere a honorários advocatícios e custas processuais.

Recebida a apelação (fl. 297) e com as contra-razões de fls. 298/307, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

À fl. 317, solicitei o parecer prévio da douta Subprocuradoria-Geral da República, para que demonstrasse o legítimo interesse jurídico da União, no deslinde da demanda.

Em sua manifestação de fls. 319/321, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República alegou, em síntese, que

«Verifica-se, portanto, em primeiro lugar, que a Rede Ferroviária Federal está agindo na qualidade de executora da parte ferroviária do Plano Nacional de Viação (Lei nº 6.171, de 9-12-74) e, por conseguinte, como delegada da União, a quem compete estabelecer o mencionado plano de acordo com o inciso XI do artigo 8º da Constituição Federal.

Por outro lado, é sabido que os transportes ferroviários são deficitários, não dispondo, assim, a Rede Ferroviária Federal de recursos próprios para atender às despesas decorrentes do desempenho da mencionada atribuição legal, inclusive aquelas relativas às indenizações devidas pela expropriação de bens, como no caso dos autos. Destarte, todas essas despesas são cobertas por recursos da União, interessando-lhe, por conseguinte, velar pela redução de tais dispêndios.

Ademais, a União Federal é a acionista controladora da Rede Ferroviária Federal S.A., da qual detém a totalidade (ou quase totalidade) das ações, cumprindo-lhe, em consequência, por força do que dispõe o art. 238 c/c o art. 116, parágrafo único, ambos da Lei nº 6.404/76, «usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social».

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX).

### VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Cuida-se de ação de desapropriação promovida pela Rede Ferroviária Federal S.A., dizendo-se «assistida pela União Federal, que, através do Procurador da República, também subscreve a peça inicial» contra Maria Elizabeth Aguiar Battucci e outros, perante o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

De ver-se, em preliminar, que a Rede Ferroviária Federal S.A. é uma sociedade de economia mista, pelo que não se inclui entre as entidades expressamente enunciadas no artigo 125, I, da Constituição Federal, que definiu a competência absoluta do Juiz Federal para o processo e julgamento das causas que mencionava.

Sobre a matéria em foco, prevalece a orientação sumulada deste Egrégio Tribunal, in verbis:

«Súmula nº 61:

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

Reiterada e torrencial tem sido a jurisprudência desta e da Suprema Corte sobre o excluir da competência da Justiça Federal as ações intentadas por sociedade de economia mista, consoante se vê das Súmulas nºs 218, 251, 517 e 556 do Pretório Excelso.

Este Egrégio Tribunal, até mesmo quando se cuida de terrenos foreiros

da União, tem decidido, nestes termos:

«Agravamento de Instrumento nº 40.215-São Paulo. Processual Civil — Desapropriação do domínio útil — Intervenção da União — Assis-tência não litisconsorcial — compe-tência do foro estadual — Prece-dentes.

Não basta que a União declare ter interesse em determinado feito; é preciso que o demonstre. Pois não é qualquer interesse, mas «inter-esse jurídico» (CPC, art. 50), o que deve demonstrar e ao Juiz incumbe aquilatar porque dirige o processo (CPC, art. 125) e deve decidir o incidente (CPC, art. 51, III).

Limitada a expropriação ao domínio útil, precisamente para não se fazer agravo a União, sua intervenção é simplesmente ad adjuvandum (CPC, art. 50), por-tanto não litisconsorcial (art. 54), não acarretando modificação na competência do foro.

Agravamento improvido.» (DJ de 26-3-80 — Rel.: Min. Washington Bolívar de Brito — 1ª T/TFR.

A propósito do tema em discussão, o eminente Ministro Thompson Flores manifestou-se com brilho invul-gar no voto condutor do Acórdão proferido no CJ nº 4.021-GB, cujos tópicos fundamentais merecem, aqui, serem transcritos, *litterim*:

«... Se a União quiser intervir no processo apenas em auxílio de uma das partes, isso não deverá ter a consequência de deslocar a competência. Foi o que sua Exce-lência sugeriu. A Justiça Federal, é um juízo privativo destinado aos casos em que a sentença deva pro-duzir efeitos contra a União, ou contra determinadas entidades, ou pessoas especialmente qualificadas pela Constituição. Se a União inter-vier no processo, mas de tal modo que a sentença não produza qual-

quer efeito em relação a ela, não haverá razão para se exigir o pro-nunciamento da Justiça Federal.»

.....  
Tendo em conta a regra do § 2º do art. 119 da Constituição de 1967 (§ 2º do art. 125 da Constituição vi-gente), assim se manifestou o Mi-nistro Thompson Flores.

«Tenho que esse dispositivo ca-rece de exegese, porque não é bastante uma mera interferên-cia, uma interferência simples-mente formal, sem exigências outras da União. Porque, então, daríamos ao Procurador-Geral o poder de fixar a competência, arrebatando-a quando o enten-desse. Isso seria evidentemente inaceitável. Não poderia ser o que a Constituição dispõe.»

Tal entendimento sempre foi presti-giado, neste colendo Tribunal Fede-ral de Recursos, conforme se vê do seguinte julgado:

EMENTA: Competência — Desa-propriação indireta — Rede Ferro-viária Federal S.A. O foro das so-ciedades de economia mista é o co-mum. A competência só é desloca-da para a Justiça Federal com a intervenção qualificada da União. — Antecedentes do STF e Súmula nº 61 do TFR — Recurso provido, para anular o processo, por incom-petência da Justiça Federal.» (DJ 20-4-81). — Rel.: Min. Moacir Ca-tunda — 5ª Turma — TFR.

Na AC nº 61.698-GO, de que foi Re-lator o eminente Ministro Pedro da Rocha Acioli, ficou decidido que:

«A competência da Justiça Fede-ral tem regramento na própria Constituição. Essa competência não se dá sem intervenção da União, como parte, nas causas re-lativas a interesses de sociedade de economia mista (CF art. 125, § 2º).»

Confirmando recentemente decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, o douto Ministro Carlos Mário Velloso, assim julgou o Ag. nº 44.199-BA.

«EMENTA: Desapropriação. Competência. Justiça Federal. Concessionária de Serviço de Eletricidade. Súmula nº 62-TFR. Negativa de seguimento do recurso. RITFR, art. 33, § 1º, II.

Vistos.

Da decisão do Dr. Juiz Federal da 1ª Vara, Seção Judiciária do Estado da Bahia (fls. 25/26), prolatada na ação de desapropriação promovida pela Companhia Hidroelétrica do São Francisco — CHESF, que deu pela incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, por ser a autora sociedade de economia mista, tomou agravo a expropriante, alegando, em resumo, que é concessionária do serviço público federal de energia elétrica, havendo, por isso, no caso, interesse da União Federal. Em prol de sua tese, transcreve acórdãos do Egrégio TFR. Saliencia que a sociedade de economia mista, como pessoa jurídica de direito privado, conforme definido do Decreto-Lei nº 200/67, sujeita-se às normas que regulam as sociedades anônimas, sendo, portanto, a Justiça Estadual a competente para conhecer e julgar as causas de seu interesse. Quando, todavia, se trata de ação de desapropriação, para aquisição do domínio ou para a constituição de servidão, a competência se desloca para a Justiça Federal.

É deste teor a decisão agravada:

«1. As sociedades de economia mista (a autora o é) não estão no elenco do art. 125, I, da Constituição Federal, não podendo, conseqüentemente, residir no

foro da Justiça Federal. Isso só se dá quando a União intervém no feito como assistente ou oponente (Súmula nº 517 — STF).

2. É verídico que, neste pleito, da autoria de concessionária de serviço de energia elétrica, o decreto declaratório de utilidade pública é federal, rendendo oportunidade a que se argumente com a existência do interesse da União. Mas não basta o interesse, simplesmente, em qualquer escala, senão que seja suficiente a substanciar a posição qualificada de assistente ou oponente, formalmente assumida dentro da relação processual (Súmula nº 62 — TFR).

3. «Para que a intervenção da União, na causa, como assistente, estabeleça a competência da Justiça Federal, é mister que a União revele interesse legítimo para intervir no feito, indicando qual relação jurídica, intercorrente entre ela e qualquer das partes, sofrerá a influência da sentença a ser proferida. A só alegação de que a União possui a maior parte do capital da sociedade não legitima a deslocação da competência para a Justiça Federal.» (RE nº 75.832-GB — RTJ 68/844).

4. O mencionado dispositivo constitucional configura competência em razão das pessoas, absoluta e improrrogável (cf. Moacir Amaral Santos, in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, 5ª edição; 1º vol. pág. 216), podendo a sua falta ser declarada de ofício (art. 113, CPC).

5. Pelo exposto, declaro este Juízo incompetente, para processar e julgar este feito. Remetam-se os autos com baixa — à Justiça Estadual, através de sua distribuição, com as devidas garantias.

Quanto ao depósito de fl. 13, aguarde-se manifestação do Juízo estadual a quem for o feito distribuído. Intime-se». (Fls. 15/16).

Não houve resposta.

O Dr. Juiz, não se reconsiderou (fls. 26/27). Pelo contrário, reafirmou seu entendimento, sustentando que, de conformidade com o estatuído no art. 125, I, da Constituição, «não basta a existência de interesse da União, só por só, para firmar-se a competência do foro federal» e que, *in casu*, a União não participa da relação processual.

Isto posto, decido.

Correto o entendimento do Juiz Federal Olindo Herculano de Menezes, quando escreve:

«1. As razões condutoras deste agravo procuram situar, em síntese, como ponto de fixação da competência da Justiça Federal, a existência de interesse da União no pleito, por tratar-se de concessionária de serviço público federal.

2. Mas, impende repetido; pela dicção do artigo 125, I, da Constituição, não basta a existência de interesse da União, só por só, para firmar-se a competência do foro federal. A jurisdição federal, no caso, pressupõe a conjugação necessária, dos dois requisitos constitucionais — o primeiro, de fundo, consistente no seu interesse (dela União) na relação de direito material litigiosa; o segundo de forma, substanciado na sua admissão na relação processual como autora, ré, assistente ou oponente. Fora disso, a Justiça Federal é absolutamente incompetente».

.....  
(Fl. 26).

No caso a União não interveio como assistente. Sendo assim,

ajusta-se a decisão agravada ao enunciado da Súmula nº 62, do Tribunal Federal de Recursos. «Compete à Justiça Federal processar e julgar ação de desapropriação promovida por concessionária de energia elétrica, se a União interveio como assistente».

Na forma do que dispõe o art. 33, § 1º, II do Regimento Interno, nego seguimento ao recurso».

Na hipótese sob julgamento, a União Federal não exercitou seu interesse jurídico, no deslinde da demanda, não bastando para tanto, a simples alegação de interesse na causa, ou a simples assinatura do Procurador da República, na inicial, em conjunto com o patrono da sociedade de economia mista.

Os argumentos apresentados pela douta Subprocuradoria-Geral da República, *permissa venia*, não justificam o alegado interesse jurídico da União, posto que se afiguram de índole exclusivamente econômica. A verdade está em que, no curso do processo, não houve a menor cogitação de demonstrar-se onde residiria o interesse jurídico específico da União Federal, distinto da pessoa jurídica por ela instituída sob a forma de sociedade de economia mista.

*In casu*, trata-se de incompetência absoluta, *ex ratione personae*, que deve ser declarada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 113).

Com estas considerações, não conheço da apelação, para anular o processo após a *contestatio litis*, em virtude da incompetência da Justiça Federal, devendo os autos serem remetidos à Justiça Comum Estadual, sob as garantias de praxe.

E o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 79.035-MG — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Aptes.: Maria

Elizabeth Aguiar Batitucci e outros. Apda.: Rede Ferroviária Federal S.A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, anulou o processo, a partir da contestação, exclusiva, por incompetência da Justiça Federal, determi-

nando a remessa dos autos à Justiça Estadual, e, em consequência, não tomou conhecimento da apelação.

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

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.600 — PI

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Apelante: Caju Indústria de Florianópolis Ltda.

Apelado: CREA

### EMENTA

Administrativo. Regulamentação profissional. Lei nº 6.839/80.

Somente as empresas prestadoras de serviços profissionais, ou seus departamentos, ou estabelecimentos a isto destinados estão sujeitos ao registro nas instituições ou entidades governamentais competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões.

### ACORDÃO

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 ao recurso 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, 27 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: A questão foi assim relatada e decidida pelo Dr. Juiz a quo:

«A autora, qualificada nos autos, pede sentença declaratória de que

não está sujeita a registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, já que, a teor de seu instrumento constitutivo, «não tem ela, como atividade básica ou, sequer, acessória, a prestação a terceiros de serviços de engenharia arquitetura ou agronomia, únicas hipóteses em que, na forma do art. 1º da Lei nº 6.839, de 30-10-1980, que dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício das profissões, estaria a peticionária obrigada a registro, no CREA» (fls. 2/3). Em abono da tese, transcreve trechos de voto do eminente Sr. Ministro Wilson Gonçalves, proferido na Apelação Cível nº 69.835-PR (fls. 3/5).

O réu rebate que o Acórdão destacado não socorre a autora, que «possui seção ligada ao exercício profissional da engenharia» agrônoma, tendo «como objetivo social o ramo da agroindústria do ca-

ju e de todos os frutos e culturas tropicais, principalmente o maracujá, o abacaxi e o urucu» (cláusula nº 4). Contrapõe ao precedente do eg. TFR, invocado pela autora, recente aresto da Colenda 1ª Turma do STF, no julgamento do RE nº 94.024-3-MG, em 24-4-82, tendo como Relator o eminente Sr. Ministro Soares Muñoz (fls. 46/59). Impugna, com êxito, o valor da causa (fl. 7 e autos em apenso) e dá a declaratória como via inidônea para o deslinde da questão.

É bem resumido, o relatório.

Como a conciliação não foi possível, passo a decidir.

A ação declaratória é própria para o exame do tema e até mesmo para a desconstituição de crédito tributário lançado.

«Dentro desse esquema de análise da Lei nº 6.830/80, parece-me que o artigo que inicialmente chama a atenção, é o 38, que diz o seguinte: A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do débito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos. De início, verifica-se a omissão, a exclusão, do acesso ao Judiciário, através da ação declaratória, seja principal, seja incidental. Porque também a existência ou a inexistência de uma relação jurídica entre o contribuinte e a Fazenda Pública é uma pretensão deduzível perante o Judiciário, é uma pretensão incluída na expressão direito individual do § 4º do art. 153.

A mera pretensão a se saber, com exatidão, se há, no caso concreto, uma relação jurídica tributá-

ria entre o contribuinte e a Fazenda Pública, também enseja a tutela do Poder Judiciário. E aqui, no art. 38, está se excluindo esta via de acesso ao Poder Judiciário. Portanto, a lei ordinária está excluindo da apreciação do Judiciário um determinado tipo de lesão ao direito individual. Nem se pode dizer que este artigo é meramente exemplificativo. Não é, porque a cláusula do artigo diz: «só é admissível por estes meios indicados no texto». Quer dizer, não admite nenhum outro meio de discussão da dívida ativa perante o Judiciário. A lei, neste particular, restringe o acesso ao Poder Judiciário, sendo inconstitucional, isto é, permanece aberta, acessível ao contribuinte a possibilidade de pedir a tutela do Judiciário, no caso de se pretender a certeza quanto a uma relação jurídica entre o fisco e contribuinte, através do processo iniciado com a ação declaratória» (A Nova Lei de Cobrança da Dívida Ativa — Inconstitucionalidade de vários de seus artigos, Agostinho Sartin, in *Vox legis*, vol. 151, julho de 1981, pág. 93).

No mérito — com ressalva de meu ponto de vista inicial (Proc. nº 127/81), de que o alcance que o CREA visa a dar à Lei nº 5.194/66 é incompatível com a interpretação restritiva a autêntica (do próprio legislador) feita pelo art. 1º da Lei nº 6.839/80, o que tem levado o Órgão de classe, pelo menos aqui no Piauí, ao exagero de considerar como serviço deferido por lei exclusivamente a agrônomo, toda e qualquer atividade agrícola (!), curvou-me ao recente aresto da Corte Suprema (RE nº 94.024-MG, de 20-4-82, fls. 46/59) e, pelos fundamentos majoritários ali deduzidos, julgo improcedente a ação, à consideração de que o próprio estatuto básico da autora estipula como seu objetivo social a exploração do «ramo da agroindústria do caju e de todos os

frutos e culturas tropicais, principalmente o maracujá, o abacaxi e o urucu» (fls. 9 e 39), atividade ligada à engenharia agrônômica e que, por isso mesmo, obriga a registro no CREA quem a exerça ou esteja habilitado a exercê-la, conforme recentemente decidiu o Pretório Maior, em 20-4-82, julgando o referido RE nº 94.024-MG, que reavivou antigo entendimento, consubstanciado no RE nº 76.378, de 1973, quando ainda não vigia a Lei nº 6.839/80.

Julgando improcedente a ação, condeno a autora nas custas do processo e em honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do novo valor atribuído à causa, no incidente apenso de impugnação, corrigidos monetariamente os honorários, na forma da Lei nº 6.899/81 e de seu Decreto Regulamentador.

Publique-se, registre-se, intime-se, na forma legal.

2. Inconformada, a autora apelou com as razões de fls. 66/70, respondidas às fls. 72/74, umas e outras reiterando argumentos da inicial e da contestação.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Como se viu, o Dr. Juiz entende, na linha de diversas decisões deste Tribunal, que o registro obrigatório das empresas no CREA se liga às suas atividades fins. Contudo, julgou improcedente a demanda em atenção ao recente Acórdão da 1ª Turma do colendo Supremo Tribunal Federal, proferido no RE nº 94.024-MG.

2. Acontece que esse v. julgado apreciou recurso interposto de decisão proferida aqui, muito antes da edição da Lei nº 6.839, de 30-10-80 que, oriunda de projeto apresentado pelo Deputado Laert Vieira, exatamente

para espancar de vez as dúvidas suscitadas na interpretação do art. 60 da Lei nº 5.194/66, dispôs:

«Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros»

3. Esta norma, redigida da maneira mais simples, veio deixar claro que, somente as empresas que tinham por atividade básica a prestação de serviços profissionais, ou os respectivos departamentos, ou estabelecimentos a isto destinados, estão sujeitos ao registro nas instituições governamentais incumbidas da regulamentação e da fiscalização do exercício profissional. Este já era o sentido da Lei nº 5.194/66 e dos demais diplomas legislativos da espécie, pois o que órgãos como o CREA disciplinam e fiscalizam é o exercício profissional, isto é, a prestação de serviço profissional de nível superior ou liberal. Essa fiscalização é necessária e suficiente quando exercida sobre os que, pessoa física ou jurídica, contratam com terceiros a prestação desses serviços. Daí, a necessária distinção, que ainda neste processo o CREA se recusa a fazer, entre atividades meios e atividades fins das empresas. São noções elementares de administração que não podem ser descuradas na interpretação e aplicação do Direito Administrativo. Uma coisa é o que certa empresa realiza em prol de sua economia interna, em forma de apoio logístico, ou como meio à consecução de suas finalidades (como, por exemplo, a construção de sua sede, a compra e a manutenção de máquinas), caso em que, se necessita de serviços prestados por profissionais, ela mesma se coloca na posição de terceiro beneficiário desses serviços e da fis-

calização que é exercida pelo órgão competente sobre esses profissionais, ainda que seus empregados, e outra é o que ela realiza para o público, como atividade fim, isto é nas atividades de comércio de bens ou de serviços vendidos a terceiro. Se esta última atividade se constitui em fornecimento, prestação ou venda de serviços profissionais de níveis superiores, tais como os de medicina, advocacia, engenharia em qualquer de suas modalidades etc, então ela se torna uma empresa profissional. Neste caso, tem ela de se submeter ao registro e à fiscalização do órgão, de fiscalização profissional, pois então é ela, como pessoa jurídica e não o profissional seu sócio ou empregado, que vai contratar a prestação de serviço e assumir-lhe a responsabilidade.

4. Essas noções, que se não extraíam da Lei nº 5.196/66 sem maior esforço, agora estão cristalizadas na Lei nº 6.839/80. O fato de o v. Acórdão da Corte Excelsa lhe ser posterior não deve impressionar. E que o recurso extraordinário então decidido foi interposto, como dito, antes dessa lei e, como é óbvio, não foi ela examinada ou discutida. Basta, aliás, uma sim-

ples leitura do Acórdão, cujo inteiro teor se encontra à fl. 46, para se ver que o mesmo não cuidou, nem podia cuidar, da lei superveniente ao julgamento da causa nas instâncias ordinárias.

5. Isto posto, dou provimento ao apelo para julgar procedente a ação, invertidos contra a autarquia apelada os ônus da sucumbência. No tocante a custas, a autarquia reembolsará somente as despendidas pela autora.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 80.600-PI — Rel.: Sr. Min. Costa Lima. Apte.: Caju Indústria de Floriano Ltda. Apdo.: CREA.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso, para reformar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 27-9-83 — 2ª. Turma).

Os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.473 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: União Federal

Apelado: Adilson de Vasconcellos Leal

#### EMENTA

Magistrados. Juizes Auditores substitutos da Justiça Militar da União. Vencimentos. Parágrafo único do artigo 61 da Lei Complementar nº 35/79.

O parágrafo único do artigo 61 da Lei Complementar nº 35, de 1979, ao estabelecer a proporcionalidade de vencimentos entre juizes de primeira e segunda instâncias, não inovou quanto a estrutura dos órgãos judiciários. Refere-se a lei à instância como grau de hierarquia, mas respeitou a composição das instâncias ou graus de jurisdição.

O que a lei prevê é a proporcionalidade de dois terços entre os vencimentos dos Juizes Titulares de primeira instância e os de segunda instância, mas não desfez a hierarquia de vencimentos entre Juizes Titulares e Substitutos.

A interpretação literal da regra do parágrafo único do artigo 61 da Lei Complementar nº 35, de 1979, resultaria na derrogação do dispositivo da mesma lei, que trata da composição da primeira instância na Justiça da União, (artigo 22, item II).

#### 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 Relator, 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 Carlos Madeira, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Eis como resume a espécie o ilustre Juiz Federal da 1ª Vara II do Rio de Janeiro:

«Cuida-se de ação de melhoria de vencimentos que os Drs. Adilson de Vasconcellos Leal, Antônio Cavalcanti Siqueira Filho, Edmundo Franca de Oliveira, João Alfredo Vieira Portela, Oswaldo Lima Rodrigues Júnior, Rosali Cunha Machado Lima e Iara Alcântara Dani, qualificados a fls. 2, 19 e 28, promovem contra a União Federal.

Na inicial e seus aditamentos (fls. 19/28), os autores, em síntese, alegam: a) que são todos eles Auditores Substitutos da Justiça Militar, Poder Judiciário da União, e, após concurso público, foram nomeados, tendo tomado posse e entrado em exercício em 25 de fevereiro de 1980; b) que, entretanto, os Decretos-Leis nº 1.732, de 20-12-79,

nº 1.784, de 28-4-80, nº 1.821, de 11-12-80, e nº 1.903, de 22-12-81, sempre fixaram os vencimentos dos Auditores Substitutos em discordância com o estatuído no art. 61, parágrafo único, combinado com o art. 65, § 1º, ambos da Lei Complementar nº 35, de 14-3-79, pois jamais lhes foram assegurados vencimentos não inferiores a dois terços dos valores fixados para os membros da respectiva segunda instância, i. é, os Ministros do Egrégio Superior Tribunal Militar, considerando-se a integração da verba de representação; c) que, todavia, por força da hierarquia das normas jurídicas, preceitos constantes de decretos-leis não podem revogar, expressa ou implicitamente, preceitos constantes de lei complementar, merecendo prevalecer estes últimos, em face daqueles; d) que alguns Auditores Substitutos tinham requerido, administrativamente, à Presidência do Egrégio Superior Tribunal Militar o pagamento das diferenças devidas, originando-se daí o procedimento denominado «Questão Administrativa nº 190-2-DF» (Rel.: Min. Gualter Godinho), no qual aquela Colenda Corte veio a reconhecer a procedência da pretensão, muito embora não a tenha acolhido, sob o argumento de que a matéria importaria em equiparação de vencimentos com base no princípio da isonomia, mas que, na verdade, não se trata de aplicação de tal princípio, mas sim de caso de direito adquirido por força de norma constante de lei complementar

hierarquicamente superior às normas constantes de decretos-leis. Sustentando a injuridicidade da situação, culminam eles por pleitear seja condenada a ré a lhes pagar as diferenças e adicionais, a contar da data de posse e exercício, calculadas entre os vencimentos recebidos e valor não inferior a dois terços dos vencimentos pagos aos Ministros do Egrégio Tribunal Castrense, em igual período, bem como as parcelas que se vencerem no decorrer do processo, acrescentando-se os pertinentes acessórios.

Na contestação (fls. 34/38), a ré, em princípio, sustenta: a) que a presente ação é conexa com a ação distribuída sob o nº 476.705-5, onde os mesmos autores pleiteiam equiparação dos seus aos vencimentos dos Auditores, já que, quanto a estes fora respeitado o percentual, impondo-se a reunião de feitos; b) que o vencimento dos Auditores Substitutos tinha sido adequado ao vencimento dos Ministros do Egrégio Superior Tribunal Militar, através do Decreto-Lei nº 1.784, de 28-4-80, com observância da proporção desejada, seguindo-se, então, os reajustes subsequentes; c) que, com a ação, procuram os autores elevar o percentual correspondente à verba de representação, sob o falso argumento de que dita vantagem deveria ser compreendida como vencimento, mas que a mesma não pode ser havida como tal, até porque tem ela por base de cálculo justamente o próprio vencimento; d) que, ademais, se acolhida a pretensão, resultaria prejudicada a hierarquia funcional, pois os Auditores Substitutos viriam a ser beneficiados pelo mesmo percentual atribuído aos Auditores, conquanto estejam estes hierarquicamente posicionados acima daqueles.»

O Juiz teve como prejudicada a preliminar de conexão de causa, e,

no mérito, julgou procedente a ação para condenar a União Federal a pagar ao autor, a contar da data de sua posse, a diferença entre seus vencimentos, entre os vencimentos recebidos e dois terços dos vencimentos atribuídos em igual período aos Ministros do Superior Tribunal Militar, inclusive as prestações vincendas, assim como juros, reembolso de custas, honorários de 15% sobre a soma das prestações vencidas — doze vincendas, e correção monetária.

A União Federal opôs embargos infringentes do julgado, que após admitidos e impugnados, foram recebidos como apelação.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo julgamento conjunto desta com a AC nº 80.834, em face da continência, e postulou o provimento de ambos os apelos.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Estabelece o parágrafo único do art. 61 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979:

«Parágrafo único. À magistratura de primeira instância da União assegurar-se-ão vencimentos não inferiores a dois terços dos valores fixados para os membros da segunda instância respectiva, assegurados aos Ministros do Supremo Tribunal Federal vencimentos pelo menos iguais aos dos Ministros de Estado, e garantidos aos juizes vitalícios do mesmo grau de jurisdição iguais vencimentos.»

Com base nessas disposições, os autores, Juizes Auditores Substitutos da Justiça Militar da União, pretendem:

a) na ação ajuizada em 14 de junho de 1982 (AC 80.834), receber vencimentos iguais aos dos Juizes Auditores, que são do mesmo grau de

jurisdição, a partir da data em que se tornaram vitalícios, isto é, em 25-2-82;

b) na ação ajuizada em 22 de junho de 1982 (AC nº 81.473), receber as diferenças entre seus vencimentos e adicionais, e os valores fixados nos decretos-leis de reajustamento da remuneração da magistratura da União, inferiores a dois terços dos valores fixados para os membros do Superior Tribunal Militar. As diferenças são contadas a partir da posse dos autores no cargo de Juiz Auditor Substituto, em 25-2-80.

Vê-se, assim, que as ações são conexas, porque se fundam na mesma relação jurídica, que é a proporcionalidade de vencimentos, prevista no parágrafo único do art. 61 da Lei Complementar nº 35/79, entre os juizes de primeira e segunda instâncias da magistratura da União. A causa de pedir é a mesma. Aliás, na esfera administrativa, as pretensões foram submetidas ao Superior Tribunal Militar num só processo, e teve uma só solução.

Todavia, o julgamento em separado, pelos dois juizes da mesma Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro, não constitui nulidade. Como anota Pontes de Miranda, o que se contém no art. 105 do CPC é regra de direção material do processo e não regra de competência. A reunião de processos tem por fito permitir a aproximação material, para que se evite discrepância entre as decisões (cfr. Comentários ao CPC II, págs. 266/269).

E no caso vertente, não houve tal discrepância.

No mérito, vê-se que os autores pretendem que seus vencimentos correspondam exatamente a dois terços dos que percebem os Ministros do Superior Tribunal Militar. E assim postulam apoiados na regra do parágrafo único do art. 61, da Lei Complementar nº 35/79, parte ini-

cial, que estabelece que «à magistratura de primeira instância da União assegurar-se-ão vencimentos não inferiores a dois terços dos valores fixados para os membros da segunda instância respectiva.»

Os autores são, realmente, Juizes da primeira instância da Justiça Militar da União. Todavia, como disse no voto proferido na AC nº 80.834-RJ, «o parágrafo único do art. 61 da Lei Complementar nº 35/79, ao estabelecer a proporcionalidade de vencimentos entre juizes de primeira e segunda instâncias, não inovou quanto à organização dos órgãos judiciários. Refere-se a lei à instância como grau de hierarquia, mas respeitou a composição das instâncias, ou graus de jurisdição. Assim é que, no art. 22, item I, cuida dos Juizes de segunda instância e no item II, dos Juizes de primeira instância, dentre os quais, somente na classe de Juizes Federais não há Juizes Substitutos. Na Justiça Militar da União, na Justiça do Trabalho, e na Justiça dos Estados, há a figura do Juiz Substituto. E mais: ao cuidar da Justiça dos Estados, o art. 80, § 1º, prevê ainda a entrância, que é etapa da carreira judiciária na primeira instância. E o artigo 144, § 4º, da Constituição, prevê o escalonamento de vencimento de uma para outra entrância, fixando a proporção de dois terços apenas entre a entrância mais elevada e os desembargadores.

Resulta da lei, portanto, que a primeira instância ou primeiro grau de jurisdição se compõe, na União, no Distrito Federal e Territórios, de Juizes Substitutos e Juizes Titulares, e nos Estados, de Juizes Substitutos e Juizes Titulares, hierarquizados por entrância.

Essa composição implica, necessariamente, na hierarquia de vencimentos: respeitada a proporcionalidade de dois terços entre os vencimentos dos Juizes Titulares e os Juizes da segunda instância, há que

observar, também, a hierarquia de vencimentos entre os vencimentos dos Titulares e dos Juizes Substitutos.

Na Justiça Militar, o Decreto-Lei nº 1.003, de 1969, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.621, de 1978, as Auditorias são de entrância única, com exceção da Auditoria de Correição, que é de 2ª entrância, e a carreira se inicia no cargo de Auditor Substituto, sendo os cargos de Auditor providos alternadamente por antigüidade e merecimento. Cada Auditoria terá um Auditor e um Auditor Substituto.

Compulsando-se o Anexo do Decreto-Lei nº 1.821, de 11 de dezembro de 1980 — apenas para exemplificar — vê-se que os vencimentos da Justiça Militar são escalonados a partir do cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar, seguindo-se o Auditor Corregedor e Auditores Militares, e os Auditores Substitutos. A diferença entre o Auditor Corregedor e o Auditor Militar reside apenas na representação mensal, sendo iguais os vencimentos.

Vê-se, aliás, dos valores dos vencimentos, que os dos Auditores Substitutos são superiores a dois terços dos auferidos pelos Ministros do STM. A diferença residiria, assim, na representação mensal, fixada em 60% para o Ministro e em 30% para o Auditor Substituto.

Tal diferença corresponde exatamente à hierarquia estabelecida na primeira instância, por força da organização da Justiça Militar.

Ao referir-se à magistratura de primeira instância, em confronto com a magistratura de segunda instância, o parágrafo único do art. 61 da Lei Complementar nº 35/79, de forma alguma tornou inócua a composição daquela, em cada uma das justiças especializadas da União. A interpretação literal da regra jurídica resultaria na derrogação dos dis-

positivos da mesma lei que tratam daquela composição.

Na Justiça da União, sempre foi adotada a composição dos Juizes com um Titular e um Substituto. Desde o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, seguido da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, os Juizes seccionais tinham um Juiz Federal e um Juiz Substituto. Tal organização foi observada assim na Justiça do Trabalho como na Justiça Militar e na Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A Emenda Constitucional nº 7, de 1977, alterou a redação do art. 123 da Carta, suprimindo os Juizes Federais Substitutos. A supressão de tais cargos nas justiças especializadas, como a do Trabalho e a Militar, poderá ser objeto de lei, pois a composição de sua primeira instância não consta da Constituição.

O que não é possível é suprimir-se o Juiz Auditor Substituto pela via obliqua de equiparação de vencimentos, por força de interpretação de um dispositivo da Lei Complementar, que colide com o sistema nela mesma estabelecido.

Dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, condenando os autores ao pagamento de honorários de 10% sobre o valor atribuído à causa.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.473-RJ — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: União Federal. Adpo.: Adilson de Vasconcellos Leal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator (Em 20-3-84 — 3ª Turma).

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

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.307 — RS**

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: LOMAQ — Locadora de Máquinas Ltda.

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

**EMENTA**

**Processual Civil e Administrativo Fiscal. Execução fiscal por crédito referente a contribuições previdenciárias.**

**Executada que, depois de nomear bens à penhora, opõe embargos à execução, com alegação de prescrição, desde que a autarquia permitiu fluírem mais de cinco anos, desde a data em que deixaram de ser pagas duas prestações sucessivas, previstas no acordo.**

**Sentença que julga improcedentes os embargos.**

**Recursos: apelação a que se nega provimento.**

**A falta de juntada do instrumento do acordo impede a verificação do termo inicial da alegada prescrição.**

**A cláusula que prevê a falta de pagamento de prestações como causa de rescisão do ajusto confere à parte o direito de obtê-la.**

**Dependendo a rescisão de sentença, pode a parte a quem favoreça deixar de pleiteá-la, para exigir a prestação a que se julga com direito.**

**Não cabe ao devedor inadimplente impor ao credor a opção por uma das alternativas que a lei lhe confere.**

**Aplicação do art. 1.092 e parágrafo único do Cód. Civil.**

**ACÓRDÃO**

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 21 de setembro de 1983  
(Data do julgamento) — Ministro

Armando Rollemberg, Presidente —  
Ministro Bueno de Souza, Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Nos autos apensos da execução fiscal que lhe move o IAPAS, por débito relativo a contribuições e seus acréscimos do valor, em julho de 1981, de Cr\$ 1.777.717,82, LOMAQ — Locadora de Máquinas Ltda., em 29-10-81, nomeou bens à penhora, com protesto de opor embargos à execução (fl. 9).

A penhora, contudo, somente se aperfeiçoou em 9 de agosto de 1982, com a assinatura do auto respectivo pelo representante legal da executada (fl. 24 dos autos).

Em 8 de setembro seguinte, foram opostos embargos à execução (fl. 2 dos autos principais), alegando a embargante a prescrição do crédito do exequente, por ter havido confissão e acordo de parcelamento, em 24-3-76, sem que, contudo, se tenha verificado o cumprimento deste. Assim, nos termos da cláusula 6ª do ajuste (que prevê a falta de pagamento de 2 (duas) parcelas consecutivas nele previstas como causa de sua rescisão, de pleno direito), conclui que a prescrição se consumou, desde que o fato determinante da rescisão se deu em 1º-4-76.

A sentença do ilustre Juiz Federal da 5ª Vara (fls. 27/28) julgou improcedentes os embargos, no entendimento de que o lapso prescricional é de trinta anos, razão pela qual esta não se consumou.

Condenou, ademais, a embargante a custas e honorários advocatícios de Cr\$ 50.000,00.

Apelou a embargante para insistir na procedência dos embargos.

Foi regularmente processado o recurso.

E o relatório, sem revisão.

### VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, o fundamento da sentença é o de que a prescrição do crédito por contribuições previdenciárias se dá em trinta anos.

É entendimento a que também adiro, tanto quanto Vossa Excelência.

Mas, no caso, há outras razões a considerar, a saber: o débito foi confessado; o instrumento de acordo foi

assinado; nele, efetivamente, consta cláusula dispondo que a falta de pagamento de duas prestações sucessivas dá ensejo à sua rescisão, de pleno direito.

Esta cláusula, contudo, não tem o alcance que a apelante lhe quer atribuir, desde que a rescisão não se verifica sem o indispensável pronunciamento judicial explícito.

Portanto, o acordo subsiste, enquanto não for rescindido. E se assim não fosse, caberia atentar, então, para o fundamento da sentença, de que o prazo prescricional não é o de cinco anos, como pretendido pela apelante.

Ainda há mais: a citação interrompe a prescrição. E o representante legal da empresa se fez presente nos autos, por petição (fl. 9 dos autos da execução fiscal, em 22 de outubro de 1981), quando nomeou bens à penhora.

Não tendo a apelante, por outro lado, trazido para os autos o instrumento do acordo, o debate da causa é limitado por meras alegações, valendo acentuar que o que se diz nos embargos é que o termo de confissão foi assinado em 24 de março de 1976, tendo-se pleiteado, a seguir, o parcelamento, afinal deferido.

Então, não se sabe sequer qual seja a data certa do parcelamento, desde que o débito foi confessado em 24 de março de 1976 e o executado se fez presente na execução para nomear bens em outubro de 1981.

Cabia à apelante ter feito prova, pelo menos, da data certa do acordo.

Enfim, o acordo apenas confere direito potestativo à autarquia, de pleitear a rescisão do ajuste, bem como perdas e danos, por sentença (Cód. Civil, art. 1.092, parágrafo único).

É claro, porém, que a parte prejudicada pelo inadimplemento pode persistir na exigência de sua satisfa-

ção, tal, na hipótese, se verifica (Cód. Civil, art. 1.092).

O que não é razoável é pretender a executada compelir a exequente a alternativa que a esta, a seu juízo, não convém.

Por tudo isto, mantenho a sentença.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.307-RS — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Apelante:

LOMAQ — Locadora de Máquinas Ltda. Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 21-9-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg participaram do julgamento — Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.616 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: DNER

Apelados: Maria de Lourdes Nilsson Henter e cônjuge

#### EMENTA

Civil e Processual Civil.

Desapropriação.

Depósito necessário do valor da oferta.

Levantamento de 80% de seu montante.

Tradição; conseqüências: correção monetária.

Cálculo de sentença homologatória que resolve impugnações.

Recursos: apelação e agravo retido contra a respectiva admissão.

1. Desde que o depósito (ou parte dele) não foi levantada pelo expropriado, subsiste como tal e continua o respectivo valor a pertencer ao depositante (expropriante).

2. Levantado parte do depósito, impõe-se, igualmente, a correção de ambas as parcelas.

3. É devida, por conseguinte, a correção monetária de seu valor, para confronto com o crédito atualizado do expropriado e correspondente imputação no pagamento do débito, operação impossível sem prévia homogeneização da moeda.

4. Aplicação dos arts. 1.282, 1.283, 620 e 934 do Código Civil; 13, 15, 23, 29 e 33 e do Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-41.

5. Apelação interposta contra a sentença que decide as impugnações e homologa o cálculo.

**Agravo retido contra o respectivo recebimento; descabimento; matéria de preliminar a ser suscitada nas contra-razões de apelação.**

### 6. 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, vencido o Sr. Ministro Carlos M. Velloso, 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, 17 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Armando Rollemberg**, Presidente — Ministro **Bueno de Souza**, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Bueno de Souza**: A sentença da ilustre Juíza Federal da 1ª Vara (fl. 160) homologou o cálculo de liquidação da indenização devida em desapropriação, rejeitando as impugnações que lhe foram opostas pelo DNER.

Apelou a autarquia (fl. 161), reclamando contra a falta do cômputo da correção monetária da oferta inicial e contra a inexistência da contagem dos meses transcorridos desde a data do laudo até a do cálculo, no que diz com a parcela relativa a juros compensatórios.

Os expropriados, por sua vez, interpuseram agravo retido (fl. 167) contra a decisão que admitiu apelação, por entenderem que o art. 4º da Lei nº 6.825, de 22-9-80, assegura, no caso, apenas o recurso de embargos infringentes dirigidos ao Juízo de primeiro grau.

Ê o relatório, sem revisão.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro **Bueno de Souza** (Relator): Senhor Presidente, o valor da causa (ou seja, o da oferta inicial efetuada pelo expropriante, consoante o entendimento que vem prevalecendo no seio desta 4ª Turma) é de Cr\$ 73.783,27, que se reporta a novembro de 1978.

Observando-se, a propósito, as disposições dos arts. 1º, § 2º, e 4º da Lei nº 6.825, de 22-9-80 (modificadoras no particular, do CPC), tem-se que esse valor supera o de cem ORTNs, referidas, por sua vez, à data do ajuizamento da demanda.

Como se vê, não prospera a questão suscitada pelos apelados, ao argüirem a inadmissibilidade da apelação, valendo acentuar que, para se insurgir contra esse recurso, obviamente não precisavam valer-se do agravo retido, bastando que contrarrazoassem a apelação e, nessa oportunidade, levantassem a preliminar.

Nada obsta, contudo, fique declarado que nego provimento ao agravo retido e, assim, conheço da apelação.

Indico o destaque da preliminar.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro **Bueno de Souza** (Relator): Senhor Presidente, a pretensão da autarquia, concernente à correção monetária do depósito inicial, neste caso reveste característica que a distingue de numerosos precedentes, desde que os expropriados levantaram 80% daquele valor.

Em meu voto de Relator da AC nº 82.852-RJ, resumi meu pensamento, a propósito do tema, ao escrever:

«3. Cuida-se, por conseguinte, de depósito necessário.

4. Não havendo concordância expressa do expropriado sobre o preço (portanto, aceitação da oferta), findo o prazo para contestação (Decreto-Lei nº 3.365, citado, art. 23), cumpre passar à avaliação do bem, a fim de que se possa determinar o valor da indenização justa, que deveria ser paga previamente (Const. art. 153, § 22).

Note-se que, na conformidade do citado Decreto-Lei, art. 33, «o depósito do preço fixado por sentença à disposição do Juízo da causa é considerado pagamento prévio da indenização».

Não é, então, qualquer depósito que deverá tal ser havido; senão, apenas, o do preço fixado por sentença.

5. Convém atentar, portanto, em que o valor depositado, pertencente ao expropriante (diga-se, depositante), assim, como tal, há de permanecer, enquanto não for levantado pelo expropriado, por ordem do Juiz, em parte (80%, Decreto-Lei nº 3.365, art. 33, § 2º) ou integralmente (art. 29).

6. Por essa razão (entre outras, aliás), vimos dizendo, reiteradamente, que o valor depositado, enquanto não houver tradição (pois que, assim, subsiste o depósito) não pode pertencer senão, unicamente, ao depositante (a saber, ao expropriante).

É o que advém, novamente, do Código Civil:

«Art. 620. O domínio das coisas não se transfere pelos contratos antes da tradição. Mas esta se subentende, quando o transmissor continua a possuir pelo constituto possessório (art. 675).»

Enfim, o objeto do depósito há de ser restituído ao depositante, mesmo quando necessário, como, ainda uma vez, se lê no Cód. Civil:

«Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).»

Compreende-se, assim, permita a lei especial (art. 33) que o valor do depósito, julgada a causa, seja tido como pagamento prévio da indenização.

Quer-se, com isso, dizer que o expropriado poderá pedir o levantamento, obviamente para imputação no pagamento do débito.

7. À luz destes pressupostos, a oferta recusada pelo expropriado, que nem mesmo parte dela levantou, não há como possa ser considerada pagamento; pois este, no caso de que se trata (em que seria mister pedir o levantamento), envolveria, necessariamente, a aceitação da prestação pelo credor.

É ler, outra vez, o Código Civil:

«Art. 934. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o representante, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.»

Assim, se não se verifica levantamento, nem mesmo parcial, do depósito (que não traduz aceitação da oferta como satisfatória), pagamento não terá havido; tudo não terá passado de oferta necessária e depósito do valor respectivo (por ter havido recusa); depósito que continuará, como é óbvio, a pertencer ao depositante, enquanto o depósito mesmo subsistir.

8. De tudo se conclui que não há razão alguma, enquanto título jurídico idôneo, mercê do qual o

expropriado possa levantar, depois da sentença, o valor da oferta (devidamente corrigido e, quiçá, acrescido de juros), ficando restrita, não obstante, a imputação no pagamento da indenização, tão-só e unicamente, ao valor histórico do depósito...

Recebimento a que não corresponde quitação de obrigação, ou traduz doação pura (que, no caso, não cabe presumir); ou caracterizará enriquecimento sem causa e, portanto, na espécie, ilícito (pois o poder público não pode livremente doar).

9. Por outro lado, pagamentos parciais em épocas distintas (e, por isso, em diversas moedas, por força da inflação monetária) não podem ser, como justiça, imputados na solução do débito, sem que se proceda previamente à respectiva homogeneização, a qual cumprirá ao contador evidenciar por meio de cálculo de liquidação.

10. Não se trata, portanto, de favorecer a a ou b; cuida-se, apenas, de estabelecer a verdade através dos números.

Em conclusão, na consonância dos precedentes (AACC nº 80.277-RJ, 4ª Turma, unânime, DJ 26-5-83, 85.155-RJ, 4ª Turma, maioria, DJ 3-6-83, e 80.123-RJ, 4ª Turma, unânime, DJ 6-10-83, das quais fui Relator), dou provimento à apelação a fim de determinar seja feito o cálculo, nele incluindo-se o valor da correção monetária do depósito.»

O fato de ter o expropriado levantado 80% do depósito, por sua vez, também não altera os termos da questão. Explico: a moeda nacional não manteve o mesmo valor efetivo de compra (poder aquisitivo, reflexo do poder liberatório) no período que vem desde a data do depósito, passando pela do levantamento parcial

até chegar à data em que o pagamento haverá de se consumir.

É o bastante para se evidenciar a impossibilidade de tratar, em termos aritméticos, de modo idêntico, valores heterogêneos (diga-se, moedas diversas). Para dizê-lo em outras palavras, a operação aritmética não pode deixar de, primeiramente, efetuar a homogeneização dos valores a computar.

Já por esta razão se impõe refazer o cálculo, ou seja, a fim de que a parte do depósito inicial já levantada pelo expropriado seja objeto de correção monetária, tanto quanto o remanescente, para confronto final das parcelas e evidenciação do saldo atualizado.

Assim também se verifica que o cálculo, ao diligenciar pela demonstração dos juros compensatórios, se reportou à data do laudo de avaliação (por duas vezes, aliás) erroneamente, porque este não é de 26-7-79, como está configurado à fl. 138 (confira-se fl. 28).

Ante o exposto, dou provimento à apelação, a fim de que seja feito o cálculo de liquidação.

É como voto.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, bem disse o Sr. Ministro-Relator, o caso não comportava agravo retido, bastava que o apelado suscitasse, nas suas contra-razões, a preliminar de intempestividade do recurso. Entretanto, porque nenhum o efeito prático, não vejo como deixar de acompanhar o Sr. Ministro-Relator quando S. Exa. nega provimento ao agravo retido. É que, conforme ficou claro, o valor da causa, em 10-11-78, superava de muito 50 ORTNs.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator na preliminar.

## VOTO MÉRITO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, sustento a tese de que a oferta pertence ao expropriado, com a correção monetária, que não representa acréscimo.

Farei juntar cópia do voto que proferi na Egrégia Segunda Seção, quando do julgamento dos Embargos na Apelação Cível nº 78.767-RJ, tendo a Egrégia Segunda Seção acolhido o ponto de vista que sustento.

Com essas breves considerações, com a vênia devida ao eminente Ministro-Relator, nego provimento ao recurso.

(ANEXO À AC.84.616-RJ)

**EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL  
Nº 78.767 — RJ**

«Desapropriação. Oferta. Correção Monetária.

I — A correção monetária da indenização incide sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização. Ao expropriado competirá levantar o valor da oferta e a correção monetária sobre a mesma incidente, paga pelo estabelecimento bancário, a Caixa Econômica Federal.

II — Embargos infringentes rejeitados.»

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): O que sustento é que a oferta pertence ao expropriado, com os seus frutos, vale dizer, os juros que o estabelecimento bancário pagar. A correção monetária, incidente sobre dita oferta, paga pela Caixa Econômica Federal, simples atualização, pertence, evidentemente, ao expropriado. É que a oferta representa pagamento prévio, pagamento pela perda da posse, tanto que a imissão provisória na posse, ou a imissão

liminar na posse só é concedida diante do depósito da oferta (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 15) e o expropriado poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 33, § 2º).

Assim sempre foi o meu entendimento.

O cálculo da correção monetária incidente sobre a indenização fixada na sentença far-se-á, então, sobre o montante da diferença entre a oferta e a indenização. Assim, a entidade expropriante não pagará correção monetária sobre a oferta. Pois, sobre esta, o estabelecimento bancário, a CEF, terá pago a correção monetária. Não haverá, então pagamento de correção monetária duas vezes sobre a oferta. Não terá a entidade expropriante, em consequência, nenhum prejuízo. Exemplifiquemos: a oferta é de Cr\$ 100.000,00. Na sentença, a indenização foi fixada em Cr\$ 1.000.000,00. A entidade expropriante, que já depositou Cr\$ 100.000,00 (oferta), depositará, então, Cr\$ 900.000,00, mais a correção monetária (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 26, § 2º), vale dizer, a correção monetária incidente sobre os Cr\$ 900.000,00, que é a diferença entre a oferta e a indenização fixada.

Na AC nº 83.171-SP, de que fui Relator, assim decidiu a 4ª Turma. No meu voto, disse eu:

«VI — Depósito inicial: Correção.

Sem razão a apelante, no particular.

Na AC nº 78.615-RJ, de que fui Relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Desapropriação. Oferta. Correção monetária. Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 26, § 2º

I — O que se corrige é o quantum da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo e o fenômeno da inflação, ficou

desatualizado. Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 26, § 2º). A correção monetária incide sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada. No apurar tal diferença, não há cogitar em corrigir monetariamente a oferta.

II — Juros compensatórios. Seu cálculo, no caso, deve obedecer ao que ficou estabelecido na sentença exequênda.

III — Recurso desprovido.»

Votando, em caso idêntico — AC nº 75.579-SP — disse eu, com o apoio dos meus eminentes pares.

a) a correção do depósito inicial.

Na AC nº 72.096-PR, de que fui Relator, decidi esta Egrégia Turma:

«Desapropriação. Oferta. correção Monetária. Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, art. 26, § 2º

I — O que se corrige é o quantum da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo e o fenômeno da inflação, ficou desatualizado (Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 26, § 2º). A correção monetária incide sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada. No apurar tal diferença, não há cogitar em corrigir monetariamente a oferta.

II — Juros compensatórios. Seu cálculo, no caso, deve obedecer ao que ficou estabelecido na sentença exequênda.

III — Recurso provido, parcialmente.»

.....»

Disse eu, então, ao votar:

«Quanto à correção da oferta, não comungo com o entendimento sustentado pela apelante.

O que se corrige é o quantum da indenização que, tendo em vista o transcurso do tempo, ficou defasado, desatualizado em razão dos fenômenos da inflação. Porque, da oferta poderia o expropriado levantar 80% e mais porque os 20% restantes, que pertencem ao expropriado, estão sendo corrigidos pelo estabelecimento bancário onde o depósito foi feito, não se corrige a oferta. E porque a oferta não é corrigida, segue-se que a correção monetária incide sobre a diferença entre ela, oferta, e a indenização fixada. Procedendo-se assim, dá-se cumprimento ao que está inscrito no artigo 26, § 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, norma instituída em favor do expropriado, tendo em vista, conforme já falamos, o fenômeno da inflação. Permitir o desejado pela expropriante, vale dizer, a correção da oferta, para o fim de diminuir a diferença entre ela, oferta, e a indenização, ter-se-á a aplicação da norma inscrita no art. 26, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, contrariamente ao expropriado, quando essa norma foi instituída justamente em favor deste.

Desprovejo o recurso, no ponto.»

.....

Reitero os termos do voto supratranscrito.

Confirmo a sentença, no particular.»

Na AC nº 83.200-RJ, Relator o Sr. Ministro Torreão Braz, outro não foi o entendimento da 6ª Turma:

«Desapropriação.

A correção monetária do depósito prévio, capitalizada pela CEF, pertence ao expropriado.

Decisão confirmada.»

Na AC nº 80.318-RJ, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, a 6ª Turma reiterou o entendimento:

«Desapropriação. Conta de Liquidação. Juros compensatórios. Correção Monetária.

Juros compensatórios incidem à taxa de 12% ao ano (Súmula nº 110 do TFR).

Nas desapropriações processadas perante a Justiça Federal a correção monetária da oferta é excluída do cálculo da liquidação, mas o seu rendimento bancário se dá, integralmente, a favor do expropriado. Precedentes jurisprudenciais.

Apelação improvida.»

.....  
(fl. 345).

Na AC nº 74.922-RS, Relator o Sr. Ministro Pedro Aciofi, a 5ª Turma não divergiu do entendimento:

«Administrativo. Desapropriação direta. Cálculos de Liquidação. Correção Monetária da oferta. 1. A correção monetária e os honorários advocatícios podem ser concedidos de ofício. Tais rubricas e os juros compensatórios foram entretanto concedidos pela sentença do processo de conhecimento que confirmada na instância revisional, transitou em julgado. Não conhecimento da preliminar, que pretende questionar sobre matéria protegida pela coisa julgada. 2. A correção monetária capitalizada pela Caixa sobre quantia depositada em razão de processo expropriatório não interfere nos cálculos da liquidação de sentença efetuados em Juízo. Tal entendimento decorre da obrigação de o expropriante depositar o preço oferecido como condição para a imissão antecipada de posse, ficando à disposição do expropriado 80% do depósito. Não exercendo esse direito, tem o expropriado uma poupança forçada. Fa-

zendo jus aos juros e à correção monetária produzido pelo depósito à disposição. 3. Desprovemento do recurso.»

.....  
(fl. 346).

Na AC nº 76.709-RS, Relator o Sr. Ministro Miguel Ferrante, a 6ª Turma voltou a reafirmar o entendimento:

«Desapropriação. Conta de liquidação. Juros compensatórios. Correção monetária da oferta inicial.

Os juros compensatórios são calculados à taxa de 12% ao ano (Súmula 110 do TFR).

Nas desapropriações processadas perante a Justiça Federal, a correção monetária da oferta é excluída do cálculo da liquidação, revertendo seu obrigatório rendimento bancário, integralmente, a favor do desapropriado. Precedentes jurisprudenciais.

Apelação improvida.»

.....  
(fl. 347).

No seu voto, o Sr. Ministro Ferrante invoca o decidido pela Corte Suprema, no RE nº 88.713-RJ (RTJ, 89/1.017). Invoca, outrossim, precedentes outros da mesma 6ª Turma: AACC nºs. 76.708-RS e 76.710-RJ, esta última relatada pelo Sr. Ministro José Dantas. No mesmo sentido, inúmeros outros casos podem ser mencionados: AA CC nºs 77.152-SP, 83.691-RJ, 83.372-RJ, 81.416-RJ, relatadas pelo Ministro Geraldo Sobral, 81.416-RJ, 82.074-RJ, relatadas pelo Ministro Torreão Braz, 80.194-RJ e 82.197-SP, Relator Ministro Sebastião Reis, AC nº 68.989-RJ, Relator Ministro Wilson Gonçalves. Nas AACC nºs 82.684-SC, 82.487-SC, 82.215-SP, 43.332-RJ, 82.310-CE, 83.008-RJ, relatadas pelo Ministro Américo Luz, outro não foi o entendimento adotado.

No RE nº 88.713-RJ, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda. A Corte Su-

prema decidiu que sobre 80% da oferta a expropriante não paga correção monetária, porque o expropriado poderia ter levantado até 80% da oferta; pagará a expropriante, entretanto, correção monetária sobre os restantes 20%, se a conta do depósito não a prevê a cargo do estabelecimento depositário, como acontece quando o depósito é feito perante a Justiça Federal (art. 16 do Decreto-Lei nº 759, de 12-8-69). Essa decisão da Corte Suprema consagra antiga praxe existente na Justiça Federal, que manda efetuar o cálculo da correção monetária sobre o montante da diferença entre os valores simples da oferta e da indenização, a que nos referimos no início deste voto. O RE nº 88.713-RJ, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda, está na RTJ 89/1.017.

No RE nº 94.813-EJ, Relator o Sr. Ministro Oscar Corrêa (RTJ 104/759), a Corte Suprema mandou que a expropriante pagasse correção monetária sobre a parcela de 20%, mantida em depósito, no interesse da expropriante. Tratava-se, ali, de uma expropriatória de interesse do Município do Rio de Janeiro, assim não ajuizada na Justiça Federal. Na Justiça Federal, porque o estabelecimento bancário onde se faz o depósito, a CEF, paga correção monetária

sobre este, não haveria a expropriante de pagar uma segunda correção monetária sobre os 20% do depósito da oferta, acrescentamos, na linha do RE nº 88.713-RJ, Rel. Min. Décio Miranda.

No caso, o cálculo da correção monetária da indenização fez-se sobre a diferença entre os valores simples da oferta e da indenização (conta, fl. 222). Atender, em caso tal, a pretensão da entidade expropriante, que deseja para si a correção monetária incidente sobre a oferta, é causar prejuízo enorme ao expropriado.

Diante do exposto, rejeito os embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.616-RJ — Rel.: O Sr. Min. Bueno de Souza. Apte.: DNER. Apdos.: Maria de Lourdes Nilsson Henter e cônjuge.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, deu provimento à apelação. (Em 17-10-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Armando Rollemberg e Carlos Mário Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.486 — RN

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Apelante: INAMPS

Apelado: Genésio Florentino da Costa

#### EMENTA

Administrativo. Funcionário. Adicionais instituídos pela Lei nº 6.732/79. Alterações do Decreto-Lei nº 1.746/79.

— A locução «primeiro provimento», do Decreto-Lei nº 1.746/79, se identifica com a primeira investidura em chefia, para efeito do favorecimento legal à

concessão dos quintos, não importando que o cargo considerado tivesse sido exercido anteriormente à implantação do novo Plano de Classificação de Cargos.

— Sentença mantida.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 2 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Adhemar Raymundo, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: O relatório da presente ação, da lavra do Dr. Araken Mariz de Faria, Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, se encontra às fls. 377/38, nos termos que leio e adoto.

A seguir, entendeu que a expressão «primeiro provimento»; que se encontra no Decreto-Lei nº 1.746/79, não limita a aplicação da vantagem ao período posterior à vigência do Plano de Classificação de Cargos, ou seja, a partir de 1º de novembro de 1979.

Entende mais o Dr. Juiz, que só na redação do artigo 3º da Lei nº 6.732/79 havia tal restrição mas, a corrente vencedora deste E. Tribunal, decidiu de modo diferente, pelo que julgou procedente a ação, nos termos do pedido inicial, condenando, ainda, a autarquia, ao pagamento dos honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) sobre o que for apurado em execução, juros

moratórios de acordo com a lei, custas processuais desembolsadas pelo autor, tudo corrigido monetariamente a partir da citação inicial, conforme a Lei nº 6.899/81.

O Instituto apela com as razões de fls. 45/48, devidamente respondido às fls. 52/54.

Subiram os autos e, nesta Superior Instância, por ora sem parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, a matéria de que tratam os presentes autos, a meu ver já se encontra definitivamente resolvida por este E. Tribunal. Assim é que no Mandado de Segurança nº 99.347-DF, Relator o eminente Ministro Pedro da Rocha Acioli, ficou assentado o entendimento, segundo o qual, para efeito do favorecimento legal à concessão dos quintos para quem tivesse ocupado função de chefia, não importa que o cargo considerado tenha sido exercido anteriormente à implantação do novo Plano de Classificação de Cargos.

Naquele julgamento o eminente Relator fez menção ao voto proferido pelo Ministro Sebastião Reis, no MS nº 91.648-DF, que foi vencedor, conduzindo o Plenário no sentido de conceder a segurança.

Disse o eminente Ministro naquela oportunidade:

«A locução «primeiro provimento», do Decreto-Lei nº 1.746/79, não

se entende com afeição dos antigos cargos de chefia à nova sistemática do Plano, mas se identifica com a primeira investidura em chefia, ainda que antes da transformação dos cargos respectivamente ou anteriormente à Lei nº 5.645/70.»

Acrescenta o aresto:

«Acrescente-se que, na hipótese, a primeira transformação do cargo de chefia ocupado pela servidora operou-se independentemente de provimento ou designação, processando-se automaticamente o prolongamento do exercício da titular.»

Para o Instituto, no presente caso, a norma do artigo 1º do Decreto nº 1.745/79, para a contagem do período de exercício, a que se refere o artigo 2º da mesma lei, tem início a partir da implantação do Plano de Classificação de Cargos, na repartição a que pertence a autora. Já, para o culto magistrado de primeiro grau, a expressão «primeiro provimento» identifica-se com a primeira investidura em chefia, ainda que anterior à Lei nº 5.645/70.

Meu entendimento é exatamente no sentido do entendimento do julgador a quo, e expondo exatamente essa maneira de pensar, votei na AC nº 79.857-RN.

Não posso deixar de transcrever parte do voto condutor do Acórdão, da lavra do eminente Ministro Adhemar Raymundo da Silva, o qual na oportunidade assim se expressou:

«Estou com o douto e íntegro Juiz. O artigo 3º da Lei nº 6.732/79, era expresso dizer «que a contagem do período de exercício, a que se refere o art. 2º desta lei, terá início a 1º de novembro de 1974, ou do primeiro provimento, se esse fosse posterior àquela data». » Induvidosa-

mente, com a nova redação dada a este artigo pelo Decreto-Lei nº 1.746, inicial passou a ser a data do primeiro provimento em cargo de comissão ou de confiança.

E, mais adiante, encerra assim o seu voto, o eminente Ministro-Relator:

«Exumar norma revogada é tarefa inglória. A nova instituição legal é clara. Ainda que se diga na clareza se impõe a interpretação, há de se entender que, ante a nova determinação legal, o marco inicial, que fixa a data do gozo da vantagem, é o dia em que o servidor passou a exercer função ou cargo de confiança, como dito limpidamente no decreto-lei citado, revogador da norma anterior. Se o cargo é integrante no novo plano, nada a se discutir no particular.»

Como o Tribunal adotou entendimento neste sentido, nada mais a acrescentar, e como a r. sentença de primeiro grau inclinou-se por tal orientação, nego provimento ao apelo interposto e mantenho integralmente a r. decisão monocrática, por seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.486-RN — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezini Apte.: INAMPS. Apdo.: Genésio Florentino da Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 2-12-83).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Madeira.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.187 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelante: Henrique Fleiuss

Apelada: União Federal

## EMENTA

## Administrativo. Militar.

Marechal, beneficiário das chamadas leis de guerra, que se inativou no último posto, contando mais de 35 anos de efetivo serviço, antes da entrada em vigor dos artigos 53 e 59 da Lei nº 4.902/65. Direito, que se lhe reconhece, ao adicional de 20% previsto no art. 193 do Decreto-Lei nº 728/69, sem prejuízo de outro adicional de 20%, fundado no art. 54, III, Lei nº 2.370/54 (que foi mantido pelos arts. 53, § 1º, da Lei nº 4.902/65 e 135, § 1º, do Decreto-Lei nº 728/69). Esses dois adicionais, que têm pressupostos diversos, também não confundem com a base de cálculo dos proventos de Marechal, que equivale ao soldo de Oficial-General de quatro estrelas, acrescido de 20% (arts. 186 da Lei nº 4.328/64 e 177 do Decreto-Lei 728/69). As alterações que foram introduzidas nessa legislação pelo art. 170, § 3º, da Lei nº 5.787/72, não alcançam a situação de quem já havia passado para a reserva antes de sua vigência ou reuniu os requisitos necessários para fazê-lo (Súmula nº 359 do STF). Apelação a que se dá provimento parcial, excluindo-se da condenação da ré apenas as prestações anteriores à citação inicial, porque não há prova, nos autos, de que o apelante requereu administrativamente o benefício.

## 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 parcial à apelação do autor, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 2 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Thibau: Trata-se de apelação em ação ordinária, proposta por Henrique Fleiuss contra a União Federal, objetivando o recebimento de um percentual de 20% (vinte por cento) em virtude de sua transferência para a reserva no posto de Marechal-do-Ar, que ocupava, ainda, na atividade, segundo alega.

Sustentou o apelante que, em 14 de setembro de 1966, quando transferido para a reserva, foi-lhe concedido o adicional do art. 54, III, da Lei nº 2.370/54, vez que galgara o último posto da carreira militar na ativa.

Aditou que, com o advento da Lei nº 4.902/65, tal direito continuou sendo respeitado pelo Decreto-Lei nº 728/69, tendo sido ressalvado na Lei nº 5.787/72.

Entendendo que esse direito, nos termos da legislação vigente e a jurisprudência dominante, não poderia ser postergado, propôs a presente ação (fls. 2/4vº).

Regularmente citada, a União Federal contestou o pedido, argüindo preliminar de inépcia da inicial, que não teria esclarecido se o adicional pleiteado foi, ou não, cortado, e qual lei estaria colocando em risco a vantagem, o que dificultaria, assim, sua defesa.

No mérito, alegou que, mesmo que se desconhecesse se o autor perdera ou nunca recebera o adicional, impor-se-ia a improcedência da ação, já que não haveria direito adquirido sobre proventos, vencimentos, soldos, gratificações ou vantagens financeiras. O autor, na ativa, deteria, na verdade, o posto de Major-Brigadeiro, somente alcançando o posto de Marechal ao passar para a reserva, motivo pelo qual foi-lhe concedido o adicional de 20% que até agora estar-lhe-ia sendo pago.

O Ministério da Aeronáutica informou que o autor vinha percebendo o quantitativo referente ao art. 54, III, da Lei nº 2.730/54, bem como aquele relativo ao art. 177 do Decreto-Lei nº 728/69, não lhe sendo concedido, entretanto, o percentual referente ao art. 53, § 1º, da Lei nº 4.902/65 (fl. 35).

As fls. 48/50 o MM. Juiz Federal, Dr. Fernando Gonçalves, prolatou sentença, julgando improcedente a ação.

Em suas razões de decidir, o ilustre magistrado entendeu que, por não ter o autor atingido o último posto da hierarquia de sua corporação enquanto na ativa, não faria jus à gratificação assegurada no art. 53 da Lei nº 4.902/65.

Acrescentou, ainda que, mesmo que o autor já viesse percebendo o adicional, ainda assim não teria direito ao benefício pleiteado, posto que, apesar de militar, submeter-se-ia aos princípios que governam os funcionários públicos em geral, não gozando, portanto, da garantia de irredutibilidade de vencimentos ou proventos.

Inconformado, apelou o autor às fls. 52/57, informando, com documento juntado naquela oportunidade, que o autor, quando de sua passagem para a reserva, ocuparia o posto de Tenente-Brigadeiro, último da ativa. Como Marechal, argumentou, teria direito a três acréscimos de 20% em seus proventos, sendo um pela Lei nº 2.370/54 (art. 54, III), outro pela Lei nº 4.902/65 (art. 53, § 1º) e outro pelo Decreto-Lei nº 728/69 (art. 177).

A União Federal apresentou contra-razões à fl. 60.

À fl. 62 o MM. Juiz despachou negando seguimento ao recurso, vez que não preparado no prazo legal.

O autor justificou o atraso, razão pela qual o despacho de fl. 62 foi reconsiderado à fl. 68.

Nesta instância, o douto Subprocurador-Geral da República opinou, às fls. 72/76, pela manutenção da r. sentença a quo.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Min. Carlos Thibau (Relator): De início, devo observar que estava propenso a votar pela conversão do julgamento em diligência, para que as partes esclarecessem, ao certo, que posto o autor detinha, na ativa, ao ser transferido para a reserva, bem assim se foi-lhe, ou não, concedida, e depois suprimida, a vantagem pleiteada e qual o seu fundamento legal.

Isso, porque a total imprecisão da petição inicial levou a ré, não sem ra-

ção, aparentemente, a considerá-la inepta.

Assim é que o ilustre advogado do autor afirmou, na peça vestibular, que o militar foi promovido ao posto de Marechal-do-Ar quando estava, ainda, na ativa, dando a entender, sem, contudo, precisar, que o adicional lhe teria sido concedido e, depois, suprimido.

Por outro lado, a União afirmou, ao contestar o feito, que o autor detinha o posto de Major-Brigadeiro, ao passar para a reserva.

Essa última assertiva levou o MM. Juiz a quo a dar pela im procedência do pedido, ao fundamento de que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, para fazer jus ao adicional, o autor deveria ter ocupado, na ativa, o posto de Tenente-Brigadeiro.

O MM. Juiz julgou a questão de acordo com a alegação da ré, de que o autor inativou-se como Major-Brigadeiro, ante a omissão do advogado deste em desfazer essa alegação e a informação de fl. 35, da Pagadoria de Inativos e Pensionistas da Aeronáutica, no sentido de que ele já percebe os percentuais de que tratam o artigo 54, inciso III, da Lei nº 2.370/54, e o artigo 177 do Decreto-Lei nº 728/69, não lhe sendo concedido, todavia, o adicional a que se refere o § 1º do artigo 53 da Lei nº 4.902/65.

Somente com as razões de apelação é que o autor comprovou, mediante a apresentação do documento de fl. 58, que em 18-3-63 fora promovido ao posto de Tenente-Brigadeiro, sabendo-se que sua passagem para a reserva ocorreu em 14-9-66, tendo sido o respectivo ato publicado em 30-9-66.

Os únicos registros anteriores de que ele já era Tenente-Brigadeiro, ao passar para a reserva, estão nos documentos de fls. 5/36, que não foram percebidos pelas partes e pelo MM. Juiz.

Aliás, embora a partir da apelação do autor tivesse ficado patente (e só então) que ele atingira o posto de Tenente-Brigadeiro, voltou a ilustrar a Subprocuradoria-Geral da República a insistir no argumento, então ultrapassado pela serôdia revelação, de que o militar não teria direito ao percentual porque somente alcançaria na ativa o posto de Major-Brigadeiro.

Como a questão encontra-se, aparentemente, confusa e de difícil entendimento, para melhor exposição do assunto, passo a transcrever, em ordem cronológica, os dispositivos legislativos pertinentes a esses adicionais dos Marechais:

Lei nº 2.370/54 (Lei de inatividade dos militares).

«Art. 54. O oficial que contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de efetivo serviço, após o ingresso na inatividade;

I — .....

II — .....

III — Terá os proventos aumentados de 20% (vinte por cento) e vantagens do referido Código, se ocupante do último posto da hierarquia militar, em tempo de paz.»

Lei nº 4.328/64 (Código de Vencimentos).

«Art. 186. Os proventos de Oficial-General, quando na inatividade no posto de Marechal ou equivalente, serão calculados, tomando-se como soldo-base o valor correspondente ao soldo do posto de General-de-Exército, acrescido de 20% (vinte por cento).»

Lei nº 4.902/65 (Lei de inatividade)

«Art. 53. O oficial que contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de efetivo exercício, após o ingresso na inatividade, terá seus proventos calculados sobre o soldo correspondente ao posto imediato, de acordo

com o Código de Vencimentos dos Militares, se em seu Quadro ou Corpo existir, em tempo de paz, posto superior ao seu.

§ 1º Se o ocupante do último posto da hierarquia militar de seu Quadro ou Corpo, em tempo de paz, o oficial terá os proventos calculados sobre o soldo de seu próprio posto e aumentados de 20% (vinte por cento)».

«Art. 59. Ao militar beneficiado por uma ou mais das seguintes Leis: 288, de 8 de julho de 1948; 616, de 2 de fevereiro de 1949; 1.156, de 12 de julho de 1950, e 1.267, de 9 de dezembro de 1950, e que, em virtude do disposto nos artigos 56 e 57 anteriores, não mais usufruirá as promoções previstas nestas leis, ficam assegurados, por ocasião da transferência para a Reserva ou da reforma, os proventos relativos ao posto ou graduação a que seria promovido em decorrência da aplicação das referidas leis.

Parágrafo único...».

«Art. 63. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, salvo quanto aos seguintes dispositivos, que entrarão em vigor a 10 de outubro de 1966:

- .....
- .....
- .....
- .....
- artigos 51, 52, 53, 56, 57 e 59.

Parágrafo único. Até à entrada em vigor dos dispositivos citados neste artigo, permanecerão em vigor as disposições correspondentes estabelecidas na Lei nº 2.370, de 9 de dezembro de 1954, e nas referidas no artigo 59».

Decreto-Lei nº 728/69 (Código de Vencimentos).

«Art. 135. O oficial que contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço quando transferido para a

inatividade terá o cálculo de seus proventos referidos ao soldo do posto imediatamente superior, de acordo com os artigos 134 e 138 deste Título se em seu quadro ou corpo existir em tempo de paz posto superior ao seu.

§ 1º O oficial nas condições deste artigo, se o ocupante no último posto da hierarquia militar de seu quadro ou corpo na ativa, em tempo de paz, terá o cálculo dos proventos referidos ao soldo do seu próprio posto aumentado de 20% (vinte por cento).

§ 2º .....

«Art. 177. Os proventos de oficial-General, quando a inatividade de no posto de marechal ou equivalente, serão calculados tomando-se por base o soldo correspondente ao posto de general-de-exército, acrescido de 20% (vinte por cento), observadas as disposições do art. 138 deste Código».

«Art. 193. Na aplicação do art. 135 e seu § 1º, para o militar beneficiado por uma ou mais Leis nº 288, de 8 de junho de 1948, nº 616, de 2 de fevereiro de 1949, nº 1.156, de 12 de julho de 1950, e 1.267, de 2 de dezembro de 1950, e que, em virtude de disposições da Lei nº 4.902, de 16 de dezembro de 1965, não mais faz jus à promoção prevista nas mencionadas leis, será considerado como base de cálculo dos proventos o soldo do posto ou graduação a que seria previamente promovido.

Parágrafo único. Se o militar de que trata este artigo estiver amparado pelo disposto no art. 177, terá seus proventos acrescidos de 20% (vinte por cento)».

Lei nº 5.787/72 (Remuneração dos Militares).

«Art. 120. O oficial que contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, quando transferido para a inatividade, terá o cálculo de seus

proventos referido ao soldo do posto imediatamente superior, de acordo com os artigos 119 e 123 desta lei se em sua Força Armada existir, em tempo de paz, posto superior ao seu, mesmo que de outro Corpo, Quadro, Arma ou Serviço.

Parágrafo único. Oficial nas condições deste artigo, se ocupante do último posto da hierarquia militar de sua Força Armada, em tempo de paz, terá o cálculo dos proventos tomando-se por base o soldo do seu próprio posto acrescido de 20% (vinte por cento)».

«Art. 170. O militar beneficiado por uma ou mais das Leis nº 288, de 8 de junho de 1948, nº 616, de 2 de fevereiro de 1949, nº 1.156, de 12 de julho de 1950, e nº 1.267, de 9 de dezembro de 1950, e que, em virtude de disposições legais, não mais faz jus às promoções previstas nas mencionadas leis, terá considerado como base para o cálculo dos proventos o soldo do posto ou graduação a que seria promovido.

§ 1º .....

§ 2º O Oficial-General, quando transferido para a inatividade, terá o cálculo dos proventos tomando-se por base o soldo do último posto da hierarquia militar em tempo de paz, acrescido de 20% (vinte por cento) se estiver:

1. No último posto da hierarquia militar em tempo de paz e beneficiado por uma das leis de que trata este artigo.

2. No penúltimo posto da hierarquia militar em tempo de paz e beneficiado por mais de uma das leis de que trata este artigo, contando ou não mais de 35 anos de serviço.

3. No penúltimo posto da hierarquia militar em tempo de paz e beneficiado por uma das leis de que trata este artigo, contando mais de 35 anos de serviço.

«3º Se o Oficial-General, na situação prevista no item 1 do parágrafo anterior, estiver beneficiado por mais de uma das leis de que trata este artigo ou contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviços, terá os proventos resultantes da aplicação dos disposto no § 2º aumentados de 20% (vinte por cento).

§ 4º O disposto nos parágrafos 2º e 3º não se aplica aos Oficiais-Generais que já se encontram na inatividade, os quais terão os seus proventos de acordo com os direitos que já lhes foram atribuídos».

Desse confronto resulta que, antes do advento da Lei nº 5.787/72:

1º O adicional de 20%, para os Oficiais-Generais de quatro estrelas que passaram para a reserva com mais de 35 anos de serviço, foi instituído pela Lei nº 2.370/54 (art. 54, III), tendo sido mantido pela Lei nº 4.902/65 (art. 53, § 1º) e pelo Decreto-Lei nº 728/69 (art. 135, § 1º).

2º O militar que estivesse na inatividade no posto de Marechal teria, como base de cálculo de seus proventos, o equivalente ao soldo de Oficial-General de quatro estrelas acrescidos de 20% (Lei nº 4.328/64, art. 186, e Decreto-Lei nº 728/69, art. 177). Esse percentual não é, assim, um adicional e sim um componente para a base de cálculo dos proventos de Marechal.

3º O militar que estivesse nessas duas condições e que fosse amparado pelas chamadas «leis de guerra», independentemente desses percentuais teria outro, também de 20%, em face do disposto no artigo 193, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 728/69.

A Lei nº 5.787/72 reduziu para um os adicionais a que me referi nos números 1º e 3º, acima, ao estabelecer o seu art. 170, § 3º, que o Oficial-General de quatro estrelas terá direito a apenas um percentual de 20% se for beneficiário de mais de uma das leis de guerra ou se contar mais de 35

anos de serviço. Os dois pressupostos, que ensejavam duplicidade de adicionais, apesar de concorrentes simultaneamente, foram reduzidos para apenas um.

O § 4º Desse mesmo artigo, no entanto, ressalvou, para aqueles que já estivessem na inatividade, ao tempo de sua vigência, os proventos de acordo com os direitos que já lhes foram atribuídos.

Essa é a hipótese em que se encontra o apelante, pois os documentos de fls. 5, 35, 36 e 58 revelaram que ele:

1º) Foi promovido a Tenente-Brigadeiro em 13-3-63;

2º) Foi transferido para a reserva em 14-9-66 (decreto publicado em 30-9-66), sendo no mesmo ato promovido a Marechal-do-Ar, por contar mais de 35 anos de serviço e ser beneficiário das Leis nºs 288/48 e 616/49;

3º) Percebe os 20% a que se refere o art. 54, III, da Lei nº 2.370/54 e mais os 20% previstos no art. 177 do Decreto-Lei nº 728/69, não lhe tendo sido concedidos os 20% de que cuida o § 1º do art. 53 da Lei nº 4.902/65.

Mas o que lhe falta, agora, não é o adicional previsto no § 1º do art. 53 da Lei nº 4.902/65, que é mera repetição do mesmo benefício do art. 54, III, da Lei nº 2.370/54, que o apelante já vem recebendo por ter passado para a reserva no último posto e contar mais de 35 anos de serviço.

Faltam-lhe os vinte por cento das leis de guerra, previstos no parágrafo único do art. 193 do Decreto-Lei nº 728/69. O pressuposto de seu recebimento é diverso dos demais, como já vimos.

Se a legislação ora em exame, editada, a meu ver, de modo propositalmente confuso, causa perplexidade à própria Administração, quando a aplica, não se poderá exigir de seu destinatário mais certeza e segurança quanto ao fundamento legal do benefício a que julga ter direito.

Por isso é que o ilustre advogado do autor vagou imprecisamente por alguns dispositivos dessa legislação, que salpicou a esmo em suas petições, precisando apenas que o apelante, como Marechal daquela época, faria jus a três percentuais de vinte por cento cada um.

Mas essa confusão não embaralhou o raciocínio da douta Subprocuradoria-Geral da República, que foi direto ao ponto fundamental da questão, ao asseverar:

«O adicional suplementar de 20% (vinte por cento) a que se refere o parágrafo único do art. 193, do Decreto-Lei nº 728/69, somente era aplicável aos militares que se encontrassem na disposição do caput do art. 193 o que, no entanto, não é o caso do autor, que não detinha o posto de Tenente-Brigadeiro na ativa».

A douta SGR, como se vê, embora partindo da premissa falsa de que o apelante era Major-Brigadeiro ao passar para a reserva, também chegou à conclusão, como eu, de que ele seria beneficiário do parágrafo único do art. 193 do Decreto-Lei nº 728/69 se nessa ocasião fosse Tenente-Brigadeiro. E esse último posto da ativa já se sabe que ele ocupava.

Como o apelante não ocupava posto de três estrelas e sim de quatro, não se lhe podem aplicar os precedentes jurisprudenciais desta Corte mencionados pela douta SGR (ACs nºs 37.681 e 58.613).

E também não se alegue que o apelante não faria jus ao percentual das «leis de guerra» porque esse direito não lhe fora, até então, atribuído» (art. 170, § 4º, da Lei nº 5.787/72).

Essa curiosa redação não pode retirar do militar um direito adquirido pela circunstância de o mesmo não lhe ter sido reconhecido pela Administração.

A Súmula nº 359 do E. STF (e não 300, como disse o advogado do ape-

lante, na inicial) proclama a regência do cálculo dos proventos pela lei vigente ao tempo em que o inativo reuniu os requisitos necessários à aposentadoria, à transferência para a reserva ou à reforma.

Embora o apelante tivesse passado para a reserva antes da entrada em vigor dos artigos 53 e 59 da Lei nº 4.902/65, ele nem por isso, deixou de fazer jus aos 20% do artigo 177 do Decreto-Lei nº 728/69 que, como vimos, é mera repetição do artigo 186 da Lei nº 4.328/64 (que lhe deveria ser aplicado em lugar daquele).

Quanto aos 20% das leis de guerra, objeto destes autos, embora só tivessem sido instituídos pelo artigo 193 do Decreto-Lei nº 728/69, muito após a passagem do apelante para a reserva, observe-se que o pressuposto de sua concessão é bem diverso dos 35 anos de serviço que já constavam da Lei nº 2.370/54 e de cujo artigo 54, III, o apelante se beneficiou.

O adicional de 20% do art. 193 do Decreto-Lei nº 728/69 simplesmente inexistia na legislação vigente à data em que o apelante passou para a reserva, não se podendo dizer que ele renunciara ao benefício ao inativar-se antes da entrada em vigor dos artigos 53 e 59 da Lei nº 4.902/65 (10-10-66) para poder fugir da proibição de promoções quando da passagem da inatividade, contida no art. 56 desse diploma.

Esse benefício, na verdade, é um dos que foram prodigalizados aos militares que já eram beneficiários das leis de guerra, não sendo, pois, uma compensação pela não promoção, como poderia parecer, à primeira vista.

Por isso é que, a meu ver, tendo o apelante preenchido o requisito de sua percepção, não há como negar-se-lhe o respectivo direito, apesar de criado depois de sua inativação.

Apesar de haver sido o exame da questão dificultado pelas informa-

ções capciosas prestadas por ambas as partes, não há porque considerar-se inepto o pedido inicial, como se viu, porque chegou-se ao exame do mérito.

Quanto à prescrição, entendo, como o MM. Juiz a quo, que estão prescritas apenas as prestações anteriores ao quinquênio que precedeu a citação, e não o fundo do direito.

No entanto, não há nos autos qualquer elemento que autorize chegar-se à conclusão de que o apelante requereu o benefício na esfera administrativa e que ele lhe foi negado.

Por todo o exposto, dou provimento parcial à apelação para condenar a União Federal a conceder ao apelante o adicional de 20% a que se refere o § 1º do art. 193 do Decreto-Lei nº 728/69, porém com prestações vencidas somente a partir da citação inicial.

Os juros de mora e a correção monetária também incidirão a partir desse momento.

Condeno a União Federal a reembolsar ao apelante metade das custas que ele adiantou bem como a pagar-lhe honorários advocatícios de 5% sobre o total do montante atrasado bem como sobre um ano das prestações vincendas. Ao fixar esse percentual levei em consideração o grau de zelo profissional e o trabalho realizado pelo advogado do apelante (art. 20, § 3º, a e c, do CPC), bem como a circunstância de que o apelante sucumbiu parcialmente (art. 21).

E o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 86.187-RJ — Rel.: O Sr. Min. Carlos A. Thibau. Apelante: Henrique Fleiuss. Apelada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação (Julg: em 2-3-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Não compareceu o Sr. Min. Jarbas Nobre por motivo de licença. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Washington Bolívar.

### APELAÇÃO CÍVEL Nº 86.490 — DF

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves  
 Apelantes: Prefeitura Municipal de Campo Grande e outros  
 Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA (Rec. adesivo fl. 36)

#### EMENTA

**Imposto Territorial Rural. Retenção da quota de 20% efetuada pelo INCRA. Devolução. Correção monetária e juros.**

A retenção da quota epigrafada, uma vez proclamada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que a autorizavam, equivale, em essência, à figura do «pagamento indevido», cuja restituição é acrescida de reajustamento, consoante a Súmula nº 46-TFR. Num e noutro caso, trata-se de tributo pago ou retido indevidamente.

Quanto aos juros moratórios, decorrem eles do retardamento no pagamento da dívida. Na hipótese, são devidos a partir da citação válida do devedor.

Acolhimento do recurso das autoras conforme pedido e provimento parcial do apelo do réu, na forma explicitada.

#### 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 e, em parte, ao 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, 30 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A Prefeitura Municipal de Campo

Grande e outras, propuseram a presente ação contra o INCRA, com a finalidade de ver sustada a retenção de 20% sobre a arrecadação do Imposto Territorial Rural, efetuado pelo réu, e a sua respectiva devolução às autoras, acrescida de juros de mora, correção monetária, desde as devidas retenções e honorários de advogado à base de 20% sobre o valor da condenação.

Contestada a ação e ultimado o seu trâmite legal, foi proferida a r. sentença de fls. 22/26, que julgou procedente o pedido e determinou, com relação à correção monetária, que fosse considerado como termo inicial a data de vigência da Lei nº 6.899/81.

Inconformadas, apelam as demandantes, com o fito de ver incidir a

correção monetária na forma requerida.

Por seu turno, recorre adesivamente o réu, visando a exclusão dos juros moratórios.

Somente o INCRA ofereceu contra-razões, após o que subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: As autoras-apelantes não se conformam com a parte da douta sentença que determinou o cálculo da correção monetária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81.

Sobre essa matéria, assim me pronunciei, como Relator, na Apelação Cível nº 85.795-SP:

«O INCRA apelou em parte, pleiteando que a correção monetária seja calculada a partir da data da entrada em vigor da Lei nº 6.899, de 6 de abril de 1981, e que, à vista do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, se reduza o percentual da verba honorária.

No tocante ao primeiro ponto, invoca o apelante algumas decisões da 1ª Turma do Excelso Pretório, dentre elas a proferida no Recurso Extraordinário nº 97.594-2 (E. Decl. SP), de que foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves, segundo as quais a correção somente é devida a partir da vigência da Lei nº 6.899, de 1981. Creio que há equívoco do recorrente. A hipótese ali apreciada é diferente do caso em apreço.

Com efeito, a parcela da correção monetária foi expressamente incluída na condenação sentencial, o que não ocorreu no caso apontado pelo apelante.

Eis o lúcido voto do preclaro Ministro Moreira Alves, na íntegra:

«O Acórdão recorrido se adstringiu a restabelecer a sentença de primeiro grau, que não concedeu correção monetária, por entendê-la inaplicável, uma vez que, na espécie, se trataria de dívida de dinheiro.

Dessa decisão não houve apelação por parte das ora embargantes, razão por que essa questão não podia voltar a ser discutida no recurso extraordinário.

Sucede, porém, que, sendo a Lei nº 6.899/81 posterior àquela sentença, e sendo ela aplicável aos feitos pendentes, têm razão as recorrentes em parte, ou seja, no tocante à correção monetária a partir da vigência da citada lei.

Em face do exposto, recebo, parcialmente, os presentes embargos para acrescentar à condenação o valor correspondente à correção monetária a partir da data da entrada em vigor da Lei nº 6.899/81» (DJ de 22-4-83 e Ementário nº 1.291-3).

Na espécie vertente, como já ressaltado, o encargo em tela constitui parte integrante da condenação e, por isso mesmo, deve ter tratamento diferenciado, segundo a jurisprudência dominante.

A retenção da quota de 20% do Imposto Territorial Rural, uma vez proclamada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que a autorizavam, equivale, em essência, à figura do «pagamento indevido», cuja restituição é acrescida de reajustamento, consoante a Súmula nº 46 desta Corte, *in verbis*:

«Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevi-

do e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada.»

Num e noutro caso, trata-se de tributo pago ou retido indevidamente» (6ª Turma, jul. de 31-10-83).

Por sua vez, em recurso adesivo, insurge-se o INCRA contra a decisão apelada, que o condenou ao pagamento de juros de mora a contar das datas das retenções julgadas indevidas. Entende que tal condenação não procede, pois os referidos juros só «devem ser imputados ao devedor que teve culpa», como penalidade.

Os juros moratórios, segundo a sempre magistral lição de Clóvis Bevilacqua, «são a indenização pelo retardamento no pagamento da dívida» (Código Civil Comentado, vol. IV, 4ª edição, 1934, pág. 227). Entretanto, na hipótese, a Constituição em mora do devedor se dá com a citação válida, consoante estatui o art. 219 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para que a correção mone-

tária seja contada das respectivas retenções ou deduções do ITR, respeitada a prescrição quinquenal, e provejo, em parte, o recurso adesivo a fim de que os juros moratórios defluam somente a partir da citação do réu, confirmada no mais a respeitável sentença recorrida.

#### EXTRATO DA ATA

AC nº 86.490-DF — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Aptes.: Prefeitura Municipal de Campo Grande e outros. Apdo.: INCRA (Rec. Adesivo — fl. 36).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação e, em parte, ao recurso adesivo, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (Em 30-11-1983 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Jerônimo Ferrante e Torreão Braz. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Torreão Braz.

#### APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.566 — MG

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: IAPAS/BNH

Apelado: Geraldo de Barros

#### EMENTA

**Execução fiscal. FGTS. Embargos de devedor. Prescrição.**

Enquanto a decadência do direito de constituir o crédito tributário se opera pelo decurso de cinco anos, contados do primeiro dia de exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN), expedida a notificação ao contribuinte para pagamento da dívida, antes de cumprido àquele prazo, não há falar-se em extinção do processo por esse motivo.

In casu, consumou-se a prescrição, de vez que a execução fiscal somente foi ajuizada passados mais de 10 (dez) anos da constituição definitiva do crédito

tributário (art. 174 do citado diploma legal), sem causa interruptiva. Sentença confirmada, por sua conclusão.

Apelo improvido.

### ACORDÃO

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, 29 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Trata-se de embargos à execução, julgados precedentes pelo Dr. Antônio Marcos Alvim Soares, MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Muriaé, que assim relatou a espécie (fl. 12):

«Geraldo de Barros, brasileiro, casado, residente nesta cidade, ofereceu os presentes embargos à execução fiscal que lhe move o Banco Nacional da Habitação — BNH — representado pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS — alegando que, com a execução, pretende o exeqüente cobrar parte dos depósitos que supostamente eram devidos ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço — FGTS — relativo ao período compreendido entre o mês de fevereiro de 1968 a maio de 1972, que fora levantado através da Notificação Fiscal de nº 108.988/9, lavrada em data de 10 de outubro de 1972, e que portanto o crédito reclamado encontra-se fulminado pela prescrição quinquenal. Que conforme tese aprova-

da no II Congresso Interamericano de Direito Tributário, realizado em São Paulo, o prazo prescricional do Código Tributário Nacional é aplicável ao FGTS. Pediu a procedência dos embargos e a condenação do embargado nas cominações legais, tendo juntado os documentos de fls. 7/9.

O IAPAS respondeu às fls. 11/11vº, afirmando que realmente o CTN é aplicável à espécie, mas que não houve a alegada prescrição, cujo prazo inicia-se a partir da constituição do débito, pela Certidão de Dívida Inscrita, o que ocorreu em 12 de janeiro de 1983, visto que com a simples notificação anterior não havia operado a constituição definitiva do débito.»

O *decisum* conclui (fl. 13):

«... julgo procedentes os embargos oferecidos por Geraldo de Barros à execução que lhe move o Banco Nacional da Habitação — BNH — representado pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, e condeno este ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução.»

Apelou o IAPAS com as razões de fls. 16/17.

Contra-razões às fls. 19/28.

Subidos os autos, não se manifestou a douta Subprocuradoria-Geral da República.

Sem revisão.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz a quo assim se fundamentou (fls. 12/13):

«Conforme documento de fls. 4/5 dos autos em apenso, o débito que originou a presente execução é relativo aos recolhimentos devidos entre os meses de fevereiro de 1968 e maio de 1972 (2/68 a 5/72).

Os arts. 173 e 174 do CTN tratam da decadência e prescrição.

A decadência é a extinção do direito à constituição do crédito tributário e se verifica após 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A prescrição é a perda do direito de ação e começa a correr da data da constituição definitiva do crédito.

No caso dos autos houve a decadência, pois o crédito que originou a execução é relativo ao período de 2/68 a 5/72, e portanto, até junho de 1977, a dívida já deveria ter sido consolidada, o que somente veio a ocorrer em 12-1-1983 (doc. fl. 3/a-penso), conforme Certidão de Dívida Inscrita.

Expirado o prazo do IAPAS em junho de 1977, para a inscrição da dívida, considera-se extinto o seu crédito.»

Os argumentos aduzidos pelo apelante não convencem, **data venia**, e, por isto, são insuscetíveis de abalar a conclusão explicitada na decisão recorrida, salvo o equívoco nela cometido de concluir pela decadência quando, na verdade, se trata de prescrição.

A jurisprudência deste Tribunal está orientada no sentido de considerar o débito para com o FGTS como tendo natureza tributária, de modo que a ele são aplicáveis as normas dos artigos 173 e 174 do CTN. O apelante, aliás, em suas razões, reconhece esse fato (fl. 17).

Digo que se cuida de prescrição, na espécie, porquanto a dívida exequenda compreende o período que medeia entre fevereiro de 1968 a maio de 1972

(fls. 4/5 dos autos apensados) e a notificação para pagamento feita à embargante pelo IAPAS, data de 10 de outubro do mesmo ano de 1972 (fl. 7 deste processado).

Ora, ao ser expedida tal notificação, o crédito do exequente já estava definitivamente constituído, de modo que a sua inscrição como dívida ativa do exequente constitui, apenas, o cumprimento de requisito legal para a propositura da ação judicial de cobrança.

Se a notificação ocorreu, na via administrativa, em tempo oportuno, não há falar-se em decadência. A data em que ela se deu é o ponto inicial para a contagem do prazo de prescrição, cujo termo **ad quem** é o dia da distribuição da execução fiscal, no caso abril de 1983 (fl. 2 do apenso), inexistindo qualquer causa interruptiva.

Verifica-se, portanto, o decurso de mais de 10 (dez) anos entre os referidos parâmetros (notificação administrativa em outubro de 1972 — distribuição da ação judicial de cobrança em abril de 1983). Aplicável, destarte, a norma do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Ante estas considerações, confirmo a sentença, por sua conclusão, como se remetida fora (art. 475, III, do CPC).

Em conseqüência, nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.566-MG — Rel.: O Sr. Ministro Américo Luz. Apelante: IAPAS/BNH. Apelado: Geraldo de Barros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 29-2-84 — 6ª Turma).

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

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.577 — PE

Relator: O Sr. Ministro Armándo Rollemberg

Apelante: DNER

Apelado: Raul Freire de Souza — Espólio

## EMENTA

**Desapropriação amigável** — Se, após acordo entre as partes, não foram adotadas as providências determinadas no art. 18, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 512/69, e, posteriormente, outro acordo veio a ser celebrado, procedendo-se a nova avaliação, com atualização do valor anteriormente atribuído ao bem, e se a importância acordada foi levantada pelos desapropriados menos de 120 dias depois da segunda avaliação, impõe-se a reforma de sentença que determinou a aplicação de correção monetária, com apoio no art. 26, § 2º, da Lei nº 3.365/41, providência que só seria cabível se decorrido prazo superior a um ano desde a nova avaliação.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 15 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Armándo Rollemberg, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armándo Rollemberg: Em 19 de outubro de 1981, o DNER firmou acordo com Raul Freire de Souza e sua esposa Maria Izabel Lavareda de Souza, sobre o preço de área necessária à construção da BR-101, a ser objeto de desapropriação amigável.

O depósito da importância respectiva, Cr\$ 4.876.247,64, não chegou a ser

efetuado, e, conseqüentemente, também não foi proposta a ação prevista no Decreto-Lei nº 512/69.

Em 18 de janeiro de 1983, a avaliação foi atualizada, e, a 23 de fevereiro seguinte, o DNER e os desapropriados ajuizaram ação de desapropriação, em cuja inicial foi afirmado:

«que a Autarquia Suplicante elaborou Laudo de Avaliação, no valor de Cr\$ 11.452.777,00 (onze milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil, setecentos e setenta e sete cruzeiros) (doc. junto);

que os (a) (s) suplicado (a) (s) conheceu (ram) do Laudo retromencionado e anuiu (ram) em receber o preço, para que se ultime a competente desapropriação;

que os suplicados concordando com o Laudo, anuem em receber, após tramitação regular do processo, a importância de Cr\$ 11.452.777,00 (onze milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil, setecentos e setenta e sete cruzeiros), obrigando-se a nada mais reclamar do expropriante, em juízo ou fora dele, tendo por fundamento a desapropriação sub

judice, inclusive qualquer parcela complementar da correção monetária, por isso que, com o levantamento do depósito da mencionada importância, se operará, em favor do expropriante, plena, geral e irrevogável quitação da referida desapropriação;

que o DNER, em vista do acordo ajustado no item 8 supra, vem requerer se digne V. Exa. de expedir guia de depósito, no sentido de ser depositada na Caixa Econômica Federal — Agência Recife, a quantia de Cr\$ 11.452.777,00 (onze milhões, quatrocentos e cinqüenta e dois mil, setecentos e setenta e sete cruzeiros), em conta bloqueada à disposição desse Juízo; e, em seguida, comprovado o depósito, requer seja publicado edital de citação pelo prazo de 30 dias, a possíveis terceiros interessados, no Diário Oficial do Estado, e também em jornal de larga circulação desta Capital.

Decorrido o prazo estipulado nos editais, seja procedida a adjudicação do imóvel, expedindo-se a competente Carta de Sentença para sua transcrição junto ao Registro Geral de Imóveis e renunciando, desde já o expropriante e o expropriado (s) a qualquer prazo recursal para o fim de expedição do competente alvará para as partes desapropriadas poderem levantar a importância depositada previamente na Caixa Econômica Federal.»

Publicados os editais dentro de trinta dias do ajuizamento da ação, o MM. Juiz proferiu sentença na qual decidiu:

«1. Considerando que os expropriados concordaram com o preço oferecido e que foi depositado na Caixa Econômica Federal — Filial de Pernambuco, conforme a Guia de Depósito nº 560-7, de fl. 21 dos autos;

2. Considerando o decurso do prazo de trinta (30) dias do edital,

para conhecimento de terceiros quanto à titularidade ou habilitação de crédito, na forma do Decreto-Lei nº 512/69, sem impugnação;

3. Considerando que o art. 15 do Decreto-Lei nº 512/69, manda aplicar as disposições da Lei nº 3.365/41;

4. Considerando que o art. 26, § 2º, dessa lei manda corrigir monetariamente o laudo de avaliação com prazo superior a um ano, contado até a data da decisão;

5. Considerando que o laudo de avaliação de fl. 18 está datado de 19 de outubro de 1981 e a aceitação dos expropriados é da mesma data;

6. Considerando que a ação somente foi ajuizada em 23-2-83, contrariando o disposto no art. 17 do Decreto-Lei nº 512/69, pois não se pode conceber expedita e sumária uma desapropriação efetivada mais de doze meses após a concordância dos expropriados.

Com fundamento no § 1º do artigo 18 do aludido Decreto-Lei nº 512/69, julgo procedente a ação, determinando a correção monetária da importância oferecida até a data do efetivo pagamento, conforme jurisprudência do TFR, na ação de desapropriação tomo nº 374-34/80 e a adjudicação do imóvel do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, para efeito de transcrição imobiliária.»

Inconformado o DNER apelou sustentando ser descabida a aplicação de correção monetária no caso; o recurso foi contra-arrazoado, e, a seguir, os autos vieram a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Dispõe o Decreto-Lei nº 512/69:

«.....»  
 Art. 18. Havendo concordância do expropriado com o valor do laudo, a quantia de avaliação será depositada por sessenta dias, em conta bloqueada em estabelecimento bancário existente na Comarca da situação do bem ou mais próxima, à disposição da autoridade judicial a que for requerido o depósito.

§ 1º No decorrer dos sessenta dias o Juiz fará publicar editais, na Comarca da situação do bem e no local do domicílio do expropriado, se conhecido, com prazo de trinta dias para que terceiro interessado impugne a titularidade do bem ou habilite direitos creditórios. Não ocorrendo impugnação e decorrido o prazo dos editais, ou provada a inexistência de justo título ou, ainda, habilitados direitos ou créditos contra o expropriado, o Juiz, por sentença, adjudicará a propriedade ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem para efeito de transcrição imobiliária, permanecendo bloqueado o valor depositado até que decida a quem cabe levantá-lo.

§ 2º Efetivado o depósito nos termos deste artigo, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem ficará automaticamente imitado na posse do bem em desapropriação.»

No caso dos autos, embora tivesse havido acordo entre o DNER e os proprietários do terreno para desapropriação deste pelo valor de Cr\$ 4.876.247,64, firmado em 19-11-81, nenhuma das providências previstas nas disposições legais lidas foi adotada, e, em janeiro de 1983, novamente foi celebrado acordo para o efeito de desapropriação amigável, procedendo-se, então, a nova avaliação, atualizando o valor anteriormente atribuído ao bem, avaliação à qual se seguiu publicação de editais, den-

tro de 30 dias e efetivação do depósito da importância acordada antes de decorridos sessenta dias, sendo a importância respectiva levantada pelos desapropriados tão logo proferida a sentença.

Considerou o MM. Juiz que à hipótese tinha aplicação a regra do art. 26, § 2º, da Lei nº 3.365/41, que estabelece:

«§ 2º Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o Juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado, conforme índice que será fixado, trimestralmente, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República.»

Ora, se a desapropriação não foi efetivada após ter sido firmado o acordo datado de outubro de 1981, e se veio a ser objeto de novo acordo em fevereiro de 1983, procedendo-se, então, a nova avaliação, com a qual concordaram os interessados, a disposição legal referida somente seria aplicável se decorrido um ano desta última avaliação, o que não se deu nos autos, pois a importância acordada foi levantada pelos desapropriados menos de 120 dias depois da segunda avaliação.

Dou provimento à apelação para, reformando a sentença, excluir a aplicação de correção monetária ali determinada.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 87.577-PE — Rel.: O Sr. Ministro Armando Rollemberg. Apte.: DNER. Apdo.: Raul Freire de Souza — Espólio.

Decisão: A Turma deu provimento à apelação, unanimemente. (Em 15-2-84 — 4ª Turma).

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

## APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.045 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Revisor: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelantes: Francisco de Assis Cysne e Francisco Albino de Almeida Trota

Apelada: Justiça Pública

## EMENTA

**Criminal e Processual Penal. Citação por edital. Inexistência de nulidade.**

I — Esgotados os recursos para a localização dos acusados, sem que tanto se tornasse possível, legítima se apresenta a citação por edital. Inocorrência de nulidade pela falta de afixação deste na porta do Juízo, se do fato, que se deixou arguir em momento próprio, não adveio comprovado prejuízo para a defesa dos réus, que tivessem a assisti-los defensor designado.

II — Sentença que bem apreciou a prova dos autos, a gerar o convencimento de ser procedente a denúncia, de modo a ensejar a condenação dos acusados.

III — Apelação a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento 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 fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Ofececeu o Ministério Público Federal denúncia contra Francisco de Assis Cysne e Francisco de Almeida Trota, dizendo que:

«Em fins de abril de 1970, como riscos da empresa Imobiliária Venâncio S.A. sita à rua Teófilo Otoni, 58, salas 1001/2, na cidade do Rio de Janeiro, fizeram uso do Certificado de Quitação do INPS, de fl. 7, falso, para venderem vários imóveis.

A empresa estava em débito com o INPS, retratando «assim» o certificado situação irreal (fl. 2).

Foram os réus, na peça preambular do processo, em que não arroladas testemunhas, dados como incurso nas penas do art. 304 c/c o art. 25 do Código Penal, a citação de ambos, pedindo-se, então, fosse feita por edital, pois se encontravam em lugar incerto e não sabido (fl. 2).

Firmou-se a denúncia em inquérito instaurado pela Polícia Federal, no Estado do Rio de Janeiro, a requerimento do Procurador do INPS, Francisco Pizzolante Filho, instruído com os documentos de fls. 6/67.

No curso do referido inquérito ouviram-se testemunhas cujos depoimentos constam de fls. 103 a 104, 112 a 112 vº, 137 a 137 vº, 193 a 193 vº, juntou-se aos autos, por xerocópia, farta documentação pertinente aos fatos focalizados pela denúncia, e também a folha de antecedentes penais de Francisco Albion de Almeida Frota a noticiar que ele respondera a quatro outros processos como incurso no art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal (fl. 228).

Ultimado o inquérito e remetidos os autos respectivos a Juízo, a denúncia ao início mencionada, uma vez oferecida, foi recebida, no dia imediato (21 de março de 1979), procedendo-se à citação, por edital, dos acusados (fl. 246), em favor de ambos sendo, por defensor dativo oferecidas as alegações preliminares constantes de fl. 250, vindo os documentos de fls. 262, 265, 270 e 288 a revelar que ambos já foram, juntos, processados por estelionato, a sentença que os condenou sendo reformada em apelação que contra ela interuseram.

Em alegações finais manifestou-se o Ministério Público no sentido de que fosse a denúncia tida por procedente (fl. 302vº), o defensor dativo designado para assisti-los no curso do processo pedindo fossem absolvidos (fls. 304/305).

Na sentença, a ilustre Juíza Federal, Dra. Julieta Lídia Machado Cunha Lunz deu pela procedência da denúncia, condenando os acusados como incurso no art. 297 c/c o art. 304 do Código Penal a dois anos de reclusão e multa de dois mil cruzeiros, concedendo-lhes o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de quatro anos (fl. 309).

Intimidados da sentença dela, por inconformados apelaram (fls. 313/315), sendo de ressaltar-se que a procuração de fl. 316, então junta aos autos, só por Francisco de Assis Cysne, fora

outorgada ao bacharel signatário da petição de fl. 313 (cf. mandato de fl. 316).

Nas razões do recurso suscita-se, como preliminar, a nulidade do processo por vício de citação, pois, conhecido nos autos o endereço dos réus, não tinha porque ser feita através de editais.

Aponta-se também como nulo o processo por ausência de defesa dos réus, o defensor dativo tendo arrolado para que ouvidas na instrução, as mesmas testemunhas da acusação, ocorrendo que, na denúncia nenhuma fora indicada.

No mérito sustenta-se não ter se caracterizado no comportamento dos réus fato revestido de tipicidade penal, pelo que, se inacolhidas fossem as preliminares, deveriam ser absolvidos (fls. 318/321).

Contra-arrazoou o Ministério Público Federal no sentido de se negar provimento à apelação dos réus (fls. 323/324).

À fl. 329, o advogado signatário das razões do recurso requereu juntada aos autos da procuração que terminou por lhe outorgar o réu Francisco Albion de Almeida Frota (fl. 330).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria manifestou-se pelo improvimento da apelação, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Antão Valim Teixeira.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): De todo improcedente se apresenta a preliminar de nulidade do processo, por vício de citação, argüida nas razões do apelo.

Mostram os autos que esgotados foram todos os recursos para a localização dos acusados resultando indiscutível que se encontravam em lugar incerto e não sabido.

Basta para assim concluir, examinar o que a respeito emerge dos esclarecimentos proporcionados pelos documentos de fls. 12, 13, 14, 15vº, este último pertinente ao local que o réu Francisco de Assis Cysne dera como de sua residência, na Avenida Atlântica, nº 1.230, aps. 101, 17, 18 e ainda, em decorrência do que esclarecido pelo de fl. 14, a determinação constante do despacho de fl. 21, no sentido de ouvir-se Marcílio Arminio Doutel de Andrade (fls. 27/28) que fora fiador da Imobiliária Venâncio S.A.

Esgotaram-se, sem êxito, como visto, todos os recursos possíveis no sentido de localizar os acusados, que o documento de fl. 247 esclareceu não estavam recolhidos a qualquer dos estabelecimentos carcerários do sistema penitenciário do Estado.

Por solicitação derradeira do Juiz novas diligências foram empreendidas, com o objetivo de encontrá-los, conseguindo-se tão-só descobrir a casa em que residira o de nome Francisco Albino de Almeida Trota, e onde ainda morava a sua esposa, mas nem esta soube indicar-lhe o atual endereço, aleatoriamente podendo só dizer que há muito tempo ele vivia em Brasília, trabalhando no ramo de construção (fl. 248).

Isso informar ou nada informar a tanto equivale, e ante a impossibilidade de localizar os acusados cujo paradeiro era ignorado, já esgotados todos os meios para a regular consecução do tal fim, legítimo se apresentava fazê-los citar por edital.

Não constitui, tampouco, nulidade mas mera irregularidade, a falta de fixação do edital na porta do lugar em que funciona o Juízo, como reiteradamente entendido por decisões de Tribunais do País, inclusive do Pretório Excelso, salvo se desse fato advier comprovado prejuízo para a defesa do réu.

Nesse sentido, entre outras, as que proferidas no julgamento dos **Habeas Corpus** nºs 50.892 e 45.951, cujas ementas transcrevo:

«Citação do réu por edital. Desnecessidade da fixação deste na porta do Fórum conforme exigência do art. 365, parágrafo único, do CP Penal, se não ocorreu prejuízo para o réu, e não argüiu este, por seu patrono, a nulidade na primeira ocasião em que teve de falar no feito.

Ordem indeferida» (HC nº 50.892-GB — Rel.: Min. Barros Monteiro, in RTJ 68, 1-9-34).

«Citação edital em razão de comprovada ausência do denunciado. A omissão da fixação do edital, à porta do Fórum, não afeta a validade da citação, publicada regularmente pela imprensa. Houve nomeação de defensor» (HC nº 45.951-CE — Rel.: Min. Djaci Falcão, in RTJ 46, pág. 656).

Na hipótese em exame da argüida falta de afixação do edital na porta do Juízo, não se comprova tenha advindo qualquer prejuízo para a defesa dos acusados que assistidos foram por defensor dativo.

Se este não arrolou testemunhas é porque delas não dispunha, a autoria e materialidade do crime imputado na denúncia aos ora apelantes, resultando indiscutivelmente provada através dos documentos proporcionados pelo Procurador do INPS ao requerer a instauração do inquérito policial e que, constantes de fls. 7 e 9, dizem respeito aos Certificados de Quitação nºs 1.530/70 e 1.539/70, expedidos a requerimento, respectivamente, da Imobiliária Itacal Ltda. e da Companhia Territorial Palmares.

Tais certificados foram fraudulentamente usados pelos ora apelantes, como se tivessem sido expedidos em benefício da Imobiliária Venâncio S.A.; e assim simulando cumprir exigência legal, na lavratura das escrituras de promessa de compra e ven-

da dos apartamentos n.ºs 104 e 101 da rua Frank Garcia, 44, com as respectivas vagas de garagem, no Cartório do 15.º Ofício de Notas.

O uso dos certificados falsos utilizados pelos acusados para o fim acima mencionado terminou por ser constatado pela fiscalização do INPS, quando as mencionadas escrituras já haviam sido lavradas, o que também demonstrado pelos documentos constantes de fls. 106/120, 146/164 e 195/201, a evidenciar que foram utilizados em transações imobiliárias, conforme certificado pelo serventuário que lavrou as escrituras, nelas expressamente afirmando o seu uso pelos ora apelantes a falsidade ideológica e material deles se apresentando indiscutivelmente evidenciada.

O elemento subjetivo que moveu a ação dos acusados, como bem ressaltado pela douta prolatora da sentença apelada, apresenta-se provado «com a inscrição da dívida ativa contra a firma por eles representada, o que gera a convicção de que, por estarem quites com a previdência social só poderiam ostentar a condição exigida para a efetivação das transações imobiliárias refletidas nas diversas escrituras de promessa de compra e venda, mediante utilização da falsa condição» (fl. 307).

Em tais condições e por entender que a respeitável sentença recorrida se apresenta desmerecedora de qualquer restrição, confirmo-a, negando provimento à apelação.

É como voto.

#### VOTO VENCIDO

**O Sr. Ministro Carlos Madeira (Revisor):** Há nos autos um ofício do Delegado de Polícia Federal à Juíza Federal da 4.ª Vara, comunicando que o réu Francisco Albino de Almeida Frota residiu na Praça Vereador Rocha Leão, n.º 191, ap. 202, onde permanece a sua esposa, a qual declarou

que seu esposo vive em Brasília (fl. 248).

Nenhuma providência foi adotada pela Juíza, vindo logo a seguir a certidão de que os réus não se apresentaram para ser interrogados. A Juíza declarou revéis os acusados.

Tenho que não houve a necessária diligência para localização dos réus. A localização de um, obviada pela informação prestada por sua esposa, poderia levar à localização do outro.

Na verdade, parece que os réus se ocultaram, mas foram nisso ajudados pela própria inércia da Justiça, que não exauriu os meios conducentes à sua localização.

O processo é, assim, nulo.

Dou provimento à apelação.

#### VOTO MÉRITO

**O Sr. Ministro Carlos Madeira (Revisor):** Vencido na preliminar, no mérito, nego provimento à apelação.

#### VOTO VISTA PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Adhemar Raimundo:** Sr. Presidente, o Sr. Ministro-Relator e V. Exa. dissentiram quanto a uma preliminar suscitada pelo advogado do apelante, que arguiu a nulidade do processo. Há argumentos de que o oficial encarregado da diligência citatória não empreendeu meios e modos para localizar o réu.

V. Exa. acolheu a preliminar. O eminente Ministro-Relator a rejeitou, e, peço licença a V. Exa. para acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

Em tese, a citação por edital só deve ser efetivada, quando o oficial de justiça realizar todas as diligências para localizar o réu.

Na hipótese dos autos, no inquérito policial, a autoridade policial desco-

nhecia inteiramente o paradeiro do citando. Isso consta de documentos juntos aos autos num termo de qualificação, onde a autoridade policial especifica que tudo fez, no sentido de localizar o réu.

O Juiz não determinou, de pronto, a citação por edital; determinou a expedição de ofícios a casas de detenção ou penitenciárias do Estado, uma vez que da Folha de Antecedentes constavam precedentes criminais, no sentido de localizar o réu.

Ante a certidão ou a resposta a esses ofícios de que impossível localizá-lo, o Juiz não tinha outro expediente senão determinar a citação por edital, o que foi feito.

**Data venia**, desprezo a preliminar.

É como voto.

## VOTO MERITO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo: No mérito, também nego provimento à apelação.

## EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 5.045-RJ — Rel.: O Sr. Min. Hélio Pinheiro — Rev.: Min. Carlos Madeira — Aptes.: Francisco de Assis Cysne e Francisco Albino de Almeida Trota — Apda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 14-2-84 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Carlos Madeira e Adhemar Raymundo participaram do julgamento. Na preliminar, ficou vencido o Sr. Ministro-Revisor, que anulava o processo por vício de citação. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

## APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.307 — CE

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Apelante: José Iran Azevedo Lima

Apelada: Justiça Pública

## EMENTA

**Criminal. Instalação de aparelho de telecomunicação, sem observância das exigências legais. Lei nº 4.117, de 27-8-62. Art. 70.**

No crime definido pelo art. 70 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), configura-o a simples instalação ou utilização de telecomunicações com inobservância a preceitos do diploma acima citado, irrelevante à sua tipificação o dano a terceiro que, se ocorrente, enseja majoração da pena. Não há como admitir-se tenha agido sem dolo quem, instalando clandestinamente aparelhagem de telecomunicação o faz para a escuta de ligações telefônicas feitas por terceiros.

**Sentença condenatória que se mantém, negando-se provimento à apelação.**

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 14 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente — Ministro **Hélio Pinheiro**, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Hélio Pinheiro**: O Ministério Público Federal denunciou José Iran Azevedo Lima, dizendo que até o dia 31 de outubro de 1978 ele exerceu as funções de Delegado, no Estado do Ceará, da Companhia Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM, órgão da administração indireta federal, ocorrendo durante o período em que exerceu as referidas funções a prática de atos lesivos aos interesses daquela empresa pública, caracterizadores de abuso de poder, violação de deveres inerentes ao cargo, além de outros ilícitos:

«... como a seguir vai devidamente circunstanciado e tipificado:

A contratação da Srta. Glória Maria Campos Menezes, feita pelo denunciado, foi procedida sem a necessária autorização da administração superior do órgão. Também, à dita funcionária, foram efetuados pagamentos indevidos, mediante recibos falsos. (v. fls. 29/45).

Por sua vez, os servidores Alde-  
mir Alves da Silva, João Nogueira Cavalcante e João Joaquim da Silva, por arranjos do denunciado, «trabalharam» durante suas próprias férias, recebendo suas remunerações através de interpostas

pessoas, citando-se como exemplos os Srs. João Sobrinho de Lima e José Benevides da Silva (v. fls. 30, 37 e 109).

Outra defraudação cometida pelo denunciado foi a elaboração de um recibo, no valor de Cr\$ 6.000,00, para o pagamento de serviços de jardinagem, para a CIBRAZEM, na cidade de Iguatu, quando, na realidade, ditos serviços só orçaram na quantia de Cr\$ 3.000,00 (três mil cruzeiros).

O mesmo tipo de comportamento foi mantido pelo então Delegado, ora acusado, por ocasião do acabamento das obras do armazém de Brejo Santo. Ali, os cheques dos operários foram por eles endossados em branco, recebendo os beneficiários quantias a menor. A diferença entre o pagamento devido e a constante dos cheques, foi apropriada pelo Sr. José Iran Azevedo Lima.

Inspirado por este mesmo modo de agir, o denunciado desviou cerca de 500 kg de ferro, algumas telhas e utilizou pessoal e viaturas da Companhia Brasileira de Armazenamento, em favor da construção de sua própria residência.

Também serviços que eram realizados por servidores da empresa eram dados como supostamente prestados por terceiros (com a assinatura de meros presta-nomes), e recibos e embolsados pelo inescrupuloso Delegado, ora denunciado. Citam-se como tais a montagem das esteiras transportadoras do armazém de Iguatu e a montagem de persianas em Brejo Santo.

Informa ainda o inquérito instrutivo que foi prática daquele Delegado, a angariação de notas fiscais «frias» junto ao comércio, para cobrir suas despesas particulares.

Por último, o denunciado, de modo efetivamente abusivo, violou as comunicações telefônicas da em-

presa, através da instalação irregular de um aparelho telefônico conjugado ao normal com um gravador de fitas tipo cassete.

Frente a tudo o que ficou exposto, cometeu o acusado os delitos a seguir configurados, através de dispositivos da lei penal substantiva: arts. 312 e seu § 1º, 171 § 3º, 151 § 1º, inc. IV, 299, parágrafo único do Código Penal Brasileiro » (Fls. 2/4).

Firmou-se a denúncia em inquérito instaurado pela Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Ceará por solicitação da CIBRAZEM, no curso da investigação sendo ouvidas, como testemunhas dos fatos atribuídos ao acusado, as pessoas indicadas no expediente constante de fls. 8/16.

Ouvido foi também no curso do inquérito policial o acusado que repleliu, dando-as como inverídicas, as imputações a ele feitas (fls. 119/120).

Aos autos fez-se juntar, outrossim, cópia do laudo de vistoria realizado pela Teleceará, comprovador da materialidade do crime cuja autoria se imputa na denúncia ao acusado, qualificando-o como sendo o que definido no art. 151, § 1º, inc. IV do Código Penal (fls. 139/140).

O presente processo é constituído por seis volumes, o segundo sendo cópia da sindicância instaurada pela empresa pública para apurar as irregularidades atribuídas ao acusado e os quarto e quinto volumes cópia da reclamatória por ele movida contra a CIBRAZEM.

Foi a denúncia recebida por despacho datado de 17 de outubro de 1979 (fl. 2).

Habilitou-se a CIBRAZEM como assistente da acusação, ao acolhimento dessa pretensão não se opondo o Ministério Público Federal (fls. 451/452).

Procedeu-se então ao interrogatório do acusado que novamente negou

a autoria dos fatos que lhe eram imputados. (fls. 453/455v.)

Indicou nessa oportunidade o nome do advogado que deveria assisti-lo no curso do processo sendo por este apresentada a defesa prévia constante de fls. 456/458.

Ouvidas foram, no curso da instrução, testemunhas arroladas na denúncia e nas alegações preliminares, algumas delas por precatória.

No curso da ação penal requereu o patrono do réu, pela petição de fl. 521, a juntada dos documentos constantes de fls. 523/574, e pela de fl. 582 a juntada dos documentos de fls. 583/585.

Sem que requeridas diligências, no momento a tanto destinado, pronunciou-se o Ministério Público, em alegações finais, pela procedência da denúncia (fls. 1.096/1.098), no que secundado pelo Assistente da Acusação (fls. 1.110/1.112).

Pela absolvição do acusado manifestou-se o seu ilustre patrono (fls. 1.113/1.132).

Em longa sentença, prolatada a 21 de maio de 1981, o MM. Juiz Federal, Dr. Sílvio Dobroïolski, julgou procedente em parte a denúncia para, com base na regra inscrita no art. 383 do Código de Processo Penal, corrigir a capitulação da inicial a fim de condenar o acusado a um ano de detenção como incurso no art. 70, caput da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

Por deficiência probatória deixou de condená-lo pelos crimes de falsidade ideológica, de estelionato, de peculato e de prevaricação, e de outros fatos que também lhe eram imputados, por se apresentarem atípicos.

Concedeu, outrossim, ao acusado o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos (fls. 1.133/1.158).

Com a sentença conformaram-se o Ministério Público e o Assistente da acusação.

Dela apelou, contudo, o réu, nas razões do recurso pugnando pela reforma da sentença para que seja afinal absolvido (fls. 1.193/1.208).

Contra-razões do Ministério Público e do Assistente, respectivamente a fls. 1.210/1.212 e 1.214/1.218.

Nesta instância manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento da apelação, em parecer da ilustre Procuradora da República, Dra. Julieta Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, aprovado pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Valim Teixeira (fls. 1.221/1.225).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Da sentença só o réu apelou, sustentando o seu douto patrono, nas razões do recurso, não se encontrar demonstrado pela prova dos autos que ele, na instalação do sistema de gravação e escuta de que dá notícia o laudo de vistoria procedido pela Teleceará, se conduziu com dolo, que é elemento subjetivo do crime definido no art. 70, da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

Diz o citado preceito:

«Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos».

No caso dos autos inexistente dúvida sobre a autoria e materialidade do crime, pois provado resulta até a satisfação que o apelante fez instalar no seu gabinete um aparelho de gravação e escuta inobservando disposições do Código de Telecomunicações

e regulamentos pertinentes à matéria, fazendo-o com o criminoso desígnio de ouvir o que era dito em ligações mantidas por servidores da empresa com terceiros.

Incontroversamente esclarecido se apresenta esse ilícito objetivo do apelante que, alvo de críticas e censuras pelos atos de improbidade que praticava, como Delegado da CIBRAZEM, no Ceará, assim se procurava maquiavelmente preservar.

Que o aparelho por ele irregularmente mandado instalar, tinha a destinação de devassar ligações telefônicas de terceiros, resta evidenciado do laudo de vistoria realizado pela Teleceará a esclarecer os seguintes fatos:

Existência, no Gabinete do Delegado, de um sistema de gravação ligado aos terminais telefônicos de nºs 231-7300 e 231-7309 em derivação do equipamento KS, através de uma chave comutadora utilizando um aparelho telefônico desprovido de cápsula transmissora, com a finalidade de escutar sem que a linha em uso percebesse sua entrada no circuito. A gravação era feita com o emprego de gravador tipo cassette, ligado ao aparelho telefônico. (Veja desenho anexo).

O sistema assim constituído tinha condições de escutar a gravação das chamadas telefônicas geradas ou destinadas a qualquer um dos terminais telefônicos ligados ao sistema sem que o usuário que o estivesse utilizando percebesse.

O sistema foi montado sem qualquer conhecimento da Teleceará e só pode ser executado com o pleno conhecimento e autorização do usuário responsável, o que consiste em grave violação de nosso regulamento relativo ao tópico «responsabilidade», itens 3 e 3.1.

Por solicitação do Sr. Lauro Schubert, delegado interino, todo o sistema foi desfeito, sendo os equi-

pamentos entregues ao mesmo» (Fl. 177).

A prova testemunhal não deixa, outrossim, qualquer dúvida sobre a finalidade que tinha a instalação do referido aparelho de gravação e escuta e o uso que a ele se deu.

Assim, a testemunha Maria da Conceição Nogueira Elpidio, ao ser inquirida esclareceu:

«Que com relação aos demais fatos mencionados pela denúncia, a depoente só tem conhecimento de que o acusado teria instalado um sistema de escuta das conversações telefônicas da Delegacia da CIBRAZEM; que, inclusive, o acusado dava a entender, em conversas, que tinha conhecimento do que ouve dos assuntos tratados pelos funcionários ao telefone » (Fl. 472 — 3º vol.).

Disse por sua vez a testemunha Ivan Albuquerque de Carvalho:

«Que por intermédio do Mestre João Joaquim da Silva, funcionário do Setor de Manutenção da Empresa, o declarante ficou sabendo que essa pessoa tinha montado no gabinete do acusado, um aparelho de escuta telefônica, através do qual podia ouvir todos os telefonemas passados pela Delegacia; que o referido Mestre João inclusive provou ao depoente a veracidade da sua afirmativa, quando lhe narrou o teor de um telefonema dado pelo declarante; que o fato se tornou público na Delegacia » (Fl. 474).

João Joaquim da Silva, ouvido, esclareceu:

«Que o declarante trabalhou na instalação do sistema telefônico do gabinete do acusado, mas não chegou a instalar a unidade de escuta-gravadora, porque esta o foi pelo próprio acusado; que o declarante supunha estar trabalhando na instalação de extensões, que alguns meses mais tarde, num sábado, pe-

netrou no gabinete do acusado, porquanto havia reclamação de defeito num dos telefones, e nessa ocasião pôde ouvir um telefonema dado pelo funcionário Ivan, a respeito de um armazenamento de arroz; que, o declarante ficou horrorizado com o fato, tendo comunicado a Ivan e a outros funcionários » (Fl. 478).

Afirmou, outrossim, a testemunha José Cláudio Costa Cardoso:

«Que todo mundo tomou conhecimento inclusive a Teleceará da violação de comunicações telefônicas da empresa praticada pelo denunciado, quando de modo irregular instalou um aparelho telefônico, conjugado ao normal com gravador de fitas tipo cassete » (Fls. 438v.).

Toda a prova, enfim, quer testemunhal como pericial, torna indiscutível a prática pelo apelante do crime por cuja autoria resultou condenado, crime, ressalte-se, de mera conduta, a configurar-se pela simples instalação ou utilização de telecomunicações sem observância, tal como no caso em exame, de disposições constantes da Lei nº 4.117/62, ou de regulamentos pertinentes à matéria.

Caracteriza-se o crime independente de dano a terceiro, pois este, se ocorrente, é causa de majoração da pena.

Indiscutível, outrossim, na conduta do apelante o dolo, elemento subjetivo do crime, pelo que, mantenho a sentença, negando provimento à apelação.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AC nº 5.307-CE — Rel.: o Sr. Min. Hélio Pinheiro. Apte.: José Iran Azevedo Lima. Apda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 14-10-83 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Madeira. Presidiu o julgamento o Sr. Mins. Adhemar Raymundo e Carlos Ministro Carlos Madeira.

### APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.863 — SE

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelantes: Gerson Araújo dos Santos e Manoel Caetano Alves

Apelada: Justiça Pública

#### EMENTA

**Penal. Peculato. Modalidade de apropriação (art. 312, caput, CP).**

Se há prova da apropriação, mesmo que se trate de coisa de pequeno valor ou pertencente a terceiro, está caracterizado o delito de peculato, crime próprio que é, pela condição do agente ser funcionário público (art. 312 c/c art. 327 do Código Penal).

O agente, mesmo achando que a mercadoria era imprestável não tinha autorização para dela se apropriar, não sendo caso, pois, do crime do art. 169 do Código Penal, como pretende.

Provimento parcial à apelação, para excluir a agravante do art. 44, II, letra h, do Código Penal, com redução da pena para dois anos de reclusão por ser ela constitutiva do tipo (art. 312 C. Penal).

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Gerson Araújo dos Santos, para suprimir a exigência relativa ao cumprimento do «sursis, enquanto também dava parcial provimento ao apelo de Manoel Caetano Alves, para reduzir a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos de reclusão e fixar a pena pecuniária em Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), com o afastamento da agravante reconhecida na sentença, concedendo-lhe o sursis pelo prazo de 3 (três) anos, sujeito às condições e critérios do MM. Juiz da execução, confirmada no mais a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos

que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Manoel Caetano Alves, Gerson Araújo dos Santos, José Lima dos Santos, José Vieira de Santana e Gilberto Guimarães Batista, como incurso, os dois primeiros, nas sanções do art. 312, c/c o art. 25, ambos do Código Penal e os demais, nas do art. 180, c/c o art. 25, do mesmo estatuto.

Os fatos estão assim descritos, verbis:

«Os dois primeiros denunciados, valendo-se da condição de servidor público federal, no período em que foram responsáveis pelo depósito da Companhia Brasileira de Armazenamento — CIBRAZEM — Órgão autárquico do Ministério da Agricultura, localizado à Av. Maranhão s/nº, nesta capital, apoderaram-se, indevidamente, de considerável quantidade de sacos de milho estocados e sob a custódia do referido órgão.

O apossamento indevido das referidas sacas de milho deu-se para fins de comercialização com terceiros, obtendo os denunciados, da transação ilícita, proveito próprio, em detrimento dos interesses da autarquia federal.

Os terceiros adquirentes, últimos dos denunciados supracitados, obtiveram as mencionadas sacas de milho numa transação que lhes foi deveras proveitosa, pois não só dispensaram a exibição dos comprovantes fiscais que, obrigatoriamente, deveriam acompanhar as referidas mercadorias, inclusive, como também adquiriram-nas sabedores de que o preço de venda era, flagrantemente, inferior ao do mercado».

Aos três volumes do processo, foram apensados sete com documentos, por cópia.

O MM. Juiz Federal na Seção Judiciária de Sergipe aplicou sentença ao caso, às fls. 768/787.

Foi absolvido o acusado Gilberto Guimarães Batista, com base no art. 386, V, do Código de Processo Penal, c/c o art. 17 do Código Penal.

Os demais foram condenados, assim:

Manoel Caetano Alves — 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa de Cr\$ 15.000,00, por violação do art. 312, c/c o art. 44, II, e art. 68, tudo do Código Penal;

Gerson Araújo dos Santos — 2 (dois) anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00, por violação do art. 312 do Código Penal;

José de Lima dos Santos — 1 (um) ano de reclusão e multa de Cr\$ 20.000,00, por violação ao art. 180 do Código Penal;

José Vieira de Santana — 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e multa de Cr\$ 20.000,00, por violação ao art. 180 do Código Penal.

Com exceção de Manoel Caetano Alves, os demais condenados obtiveram a suspensão condicional da pena.

Inconformados, vieram as apelações de Gerson Araújo dos Santos e Manoel Caetano Alves.

Não apelaram os dois outros réus condenados, José Lima dos Santos e José Vieira de Santana, tanto que recolheram multas e pagaram custas (fl. 817 e verso e fl. 801 respectivamente).

Apesar de interposta a apelação (fl. 795), o réu Gerson Araújo dos Santos não ofereceu razões.

Apelação de Manoel Caetano Alves às fls. 807/810, dizendo que o MM. Juiz prolator da sentença se afastou da prova dos autos, porque não houve falta de mercadoria (milho) mas fraude na contabilização, pela COMASE (Sociedade de Economia Mista Estadual); que não pode haver peculato, se não houve diminuição patrimonial da CIBRAZEM; que foi urdida trama por funcionário da COMASE, que preparou flagrante; que o apelante inocentemente vendeu «varreduras», por achá-las imprestáveis; que o crime teria sido o do art. 169 do Código Penal, não o peculato.

Contra-razões do Ministério Público Federal, às fls. 821/822, em que alega não descaracterizar o crime de peculato o fato de a mercadoria pertencer a terceiro; que, mesmo sendo «varreduras» estavam em depósito

sob guarda da CIBRAZEM, o que não daria direito à utilização pelo apelante.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 827/834, pela confirmação da sentença.

É o relatório.

### VOTO

**O Sr. Ministro José Cândido (Relator):** Com relação à apelação interposta por Gerson Araújo dos Santos, não merece ser acolhida, pois o MM. Juiz aplicou a pena mínima, atribuída ao crime de peculato, tendo, inclusive, concedido «sursis».

Dele deve ser excluída a condição da letra d (ver fl. 787), por constituir ônus injustificável, sabido que o apelante tem custas e multa a pagar.

Note-se que esse réu não formulou razões em seu prol.

No tocante à apelação de Manoel Caetano Alves, também não tem cabimento a desclassificação pretendida para seu delito, pois, em verdade, reconheceu que o cometeu, ao dispor das «varreduras», o quanto basta para caracterização do crime de peculato, na modalidade de apropriação (caput do art. 312 do Código Penal).

Não colhe a alegação do pequeno valor ou imprestabilidade, pois não tinha autorização para dispor de coisa depositada à ordem de terceiro, sob responsabilidade da repartição a que pertencia.

Já quanto à agravante legal, que serviu para aumentar a pena (art. 44, II, letra h, Código Penal), não acompanho o procedimento do MM. Juiz, porque o peculato é crime próprio, praticado pelo agente, na qualidade de funcionário público, na forma definida no art. 327 do Código Penal. Essa agravante só poderia ser levada em conta se não constituísse o tipo.

Isto posto, dou provimento parcial às apelações assim:

a) a de Gerson Araújo dos Santos, para excluir a condição imposta para suspensão condicional da pena, consistente em colaboração de um terço do salário mínimo regional em favor de sociedade assistencial, porque isso constitui ônus não previsto em lei, além de vinculação a salário mínimo, proibida pela Lei nº 6.205/75; b) a de Manoel Caetano Alves, para reduzir a pena a dois (2) anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), com o afastamento da agravante reconhecida na sentença, mas, em verdade, constitutiva do tipo. Concedo a esse réu o «sursis» pelo prazo de três (3) anos, sujeito às condições a critério do MM. Juiz da execução.

No mais, a sentença fica confirmada.

É o meu voto.

### VOTO

**O Sr. Ministro Costa Lima (Revisor):** O apelante Gerson Araújo dos Santos deixou de oferecer as suas razões (certidão de fl. 804v.). Ainda assim considero o seu pedido, mas não vejo como alterar a sentença, que examinou a prova e aplicou a pena com absoluta correção. Teve ele a coragem de assumir a responsabilidade pelo ato que praticou: «Admite igualmente que se apropriou de cento e setenta volumes de milho em grão proveniente da varredura verificada na CIBRAZEM» — fl. 588v.

Uma das condições do «sursis» (colaborar mensalmente com a importância equivalente a um terço do salário mínimo regional para o «Lar Infantil Nossa Senhora Santana») é que não pode subsistir, pois sem amparo em lei.

2. Passo ao exame do recurso do outro Réu. A desclassificação solicitada pelo Apelante Manoel Caetano Alves não merece acolhida, porquanto também ele desviou em proveito

próprio parte da mercadoria armazenada da qual tinha a guarda e responsabilidade. Usava o chamado jogo da balança: entrada, registro a menor; saída, registro a maior — depois, a «varredura» não podia ser apropriada pelo servidor a quem cumpria não apenas zelar, mas guardar e entregar o produto armazenado aos respectivos donos.

É elucidativo o laudo contábil. Também os depoimentos de testemunhas e o que ele próprio admitiu — fl. 18.

O milho alienado, pois, não lhe veio às mãos por erro, caso fortuito ou força da natureza.

A desclassificação é sem causa.

O objeto jurídico do peculato é, ao mesmo tempo, o dano patrimonial e moral.

Compõe o tipo a violação do dever funcional, donde parece-me com razão o apelo no que se relaciona à agravante do art. 44, II, h, do CP.

Tendo em vista o exposto, dou parcial provimento aos apelos. Ao de Gerson Araújo dos Santos para eliminar a contribuição pecuniária à entidade de assistência social e ao de Manoel Caetano Alves para reduzir a pena a dois anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros),

concedendo-lhe o «sursis» por três anos com as condições das letras a, b, c e e f da fl. 787.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA ATA

ACr. nº 5.863-SE — Rel.: O Sr. Min. José Cândido. Rev.: Sr. Min. Jesus Costa Lima. Aptes.: Gerson Araújo dos Santos e Manoel Caetano Alves. Apda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de Gerson Araújo dos Santos, para suprimir a exigência relativa ao cumprimento do «sursis», enquanto também dava parcial provimento ao apelo de Manoel Caetano Alves, para reduzir a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos de reclusão e fixar a pena pecuniária em Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), com o afastamento da agravante reconhecida na sentença, concedendo-lhe o «sursis» pelo prazo de 3 (três) anos, sujeito às condições e critérios do MM. Juiz da execução, confirmada no mais a sentença (Em 16-12-83 — 2ª Turma).

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

#### CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.760 — AM

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Suscitante: Juiz Federal no Amazonas

Suscitado: Juiz Federal da 4ª Vara-MG

Partes: Justiça Pública e Ouvidio Peixoto Sobrinho

#### EMENTA

Competência. Descaminho. Zona Franca. Ocul-tação.

Transpondo os limites da «Zona Franca de Manaus» mercadorias de procedência estrangeira, sem a respectiva documentação fiscal, embarcadas como carga, é de se conceber o delito do art. 334, § 1º, le-

tra d, do Código Penal, sob a forma de ocultação, e, como tal, de natureza permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo.

#### Conflito procedente.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito, para fixar a competência no MM. Juiz Federal da 4ª Vara, Seção Judiciária de Minas Gerais, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de fevereiro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: José Eurípedes Peres e outro adquiriram em Manaus mercadorias de procedência estrangeira, desacompanhadas de documentação fiscal, transportando as mesmas para a cidade de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, aos cuidados da VARIG. No dia 19-12-72, na seção de cargas dessa Companhia, agentes da Polícia Federal determinaram a sua apreensão, no momento em que um dos indicados tentava a retirada.

Aberto o competente inquérito e concluída a respectiva instrução, o processo foi encaminhado à Justiça Federal, Seção Judiciária de Minas Gerais, onde o titular da 4ª Vara, acolhendo promoção do MP, declinou de sua competência, por entender que o crime de descaminho (art. 334, § 1º, letra d) se consumou em Manaus (fl. 146).

Desse entendimento discordou o Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária

do Estado do Amazonas, motivo pelo qual suscitou o presente conflito (fl. 154).

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela competência da Seção Judiciária de Minas Gerais (fls. 157/158).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O parecer da ilustrada Suprocuradoria-Geral, subscrito pela Dra. Haydevalda Aparecida Sampaio, aprovado pelo digno Subprocurador-Geral, Dr. Hélio Pinheiro da Silva, justifica suas conclusões com a seguinte fundamentação:

«Parece-nos que assiste razão ao MM. Juiz Federal no Amazonas, ora suscitante.

Com efeito, o fato da mercadoria apreendida ter sido adquirida em Manaus não firma a competência da Justiça Federal, no Amazonas, pois, o descaminho sob forma de ocultação (art. 334, § 1º, letra d, do Código Penal), constitui delito permanente, ao qual se aplica a regra do artigo 71, do Código de Processo Penal, verbis:

«Art. 71. Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção».

Ora, a mercadoria descaminhada, apesar de ter sido adquirida em Manaus, foi apreendida em Uberlândia e o MM. Juiz Federal da 4ª Vara de Minas Gerais se antecedeu ao do Amazonas na prática de atos do processo».

Não resta a menor dúvida que o delito se consumou na jurisdição da Se-

ção de Minas Gerais, porquanto se cuida de ocultação de mercadoria estrangeira, com o objetivo de furtar-se ao pagamento dos encargos fiscais. A ação policial, na cidade de Uberlândia, é que deu ensejo à identificação do ato criminoso, não sendo de alegar-se o lugar de aquisição das mercadorias, pois a infração, na espécie, configura-se na ultrapassagem das fronteiras da «zona franca», sem o pagamento dos respectivos tributos. Ora, a mercadoria transportada como carga só veio a ser inspecionada no local de destino, oportunidade em que se constatou a irregularidade, vale dizer, ocasião de afloramento de todos os elementos constitutivos do crime.

Frederico Marques, comentando a espécie («Tratado de Direito Penal», vol. II, pág. 274), assinala, com apoio em Marcello Gallo, que há um denominador comum nas várias teses sobre a sua conceituação, *verbis*:

«... é o de que no delito permanente, o sujeito ativo do crime produz com a própria conduta um estado de antijuricidade que perdura segundo os ditames de sua vontade».

É evidente que, em tais casos, como acontece no particular, o momento consumativo se protraí no tempo (cfr. Nelson Hungria, in «Comentários ao Código Penal», vol. II, pág. 220).

O descaminho, objeto do presente processo, não pode ser identificado com a simples aquisição dos produtos

na «zona franca». A ocultação dos mesmos, para transpor os limites da região livre, é que deve ser considerada como modalidade do delito descrito no art. 334, § 1º, letra d, do Código Penal. Sendo assim, há de se conceber de estrutura permanente, de sorte a avançar no tempo, o momento consumativo. Somente no desembaraço da carga completou-se o quadro antijurídico, definindo-se a figura penal referenciada.

Ante o exposto, julgo procedente o presente Conflito, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, ora suscitado.

#### EXTRATO DA MINUTA

CC nº 4.760-MG — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Suscitante: Juiz Federal no Amazonas. Suscitado: Juiz Federal da 4ª Vara-MG. Partes: Justiça Pública e Ovidio Peixoto Sobrinho.

Decisão: A 1ª Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para fixar a competência no MM. Juiz Federal da 4ª Vara, Seção Judiciária de Minas Gerais. (Em 3-2-82 — Primeira Seção).

Os Srs. Mins. Pereira de Paiva, José Cândido, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Lauro Leitão, Gueiros Leite e Torreão Braz votaram de acordo com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Carlos Madeira, Otto Rocha e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho.

#### CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.955 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Suscitante: Juiz Federal da 4ª Vara — RJ

Suscitado: Juiz de Direito da 20ª Vara Criminal do Rio de Janeiro — RJ

#### EMENTA

Processo penal. Conflito de jurisdição. Falsidade. Súmula TFR nº 31: «Compete à Justiça Estadual

o processo e julgamento de crime de falsificação ou de uso de certificado de conclusão de curso de 1º e 2º graus, desde que não se refira a estabelecimento federal de ensino ou a falsidade não seja de assinatura de funcionário federal».

Conflito procedente.

### ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o conflito e declarar competente o suscitado Juiz de Direito da 20ª 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, 16 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Cuida-se do conhecido caso de falsidade ideológica de certificados de conclusão de curso de 2º Grau.

O Dr. Juiz de Direito, à fl. 191, acolhendo a promoção do ilustre representante do MP Estadual (fl. 188), calcada em precedente do STF, declinou de sua competência em favor da Justiça Federal.

O MM. Juiz Federal, Dr. Ariosto de Rezende Rocha, proferiu a seguinte decisão, a fl. 212:

«Tratando-se, na espécie, de certificado apontado como falso, envolvendo colégio estadual e servidores desse, declaro-me incompetente e suscito conflito negativo de jurisdição, junto ao Egrégio TFR, ao qual recomendo sejam encaminhados estes autos (Em. Jurisp. TFR/ nº 4/pág. 34; Id., nº 9/pág. 51;

Súmula TFR, nº 31/Id., nº 8/pág. 89)».

Remetidos os autos a esta Instância, abri vista à douta Subprocuradoria-Geral da República, que se manifestou à fl. 215 pela procedência do Conflito, declarando-se competente o MM. Juiz de Direito da 20ª Vara Criminal do Rio de Janeiro-RJ, ora suscitado, consoante a Súmula nº 31, deste Egrégio Tribunal.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Julgo procedente o conflito, para declarar competente o nobre Juiz suscitado.

A matéria se manifesta hoje remansosa neste Egrégio Tribunal, ao que se vê da Súmula nº 31:

«Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de crime de falsificação ou de uso de certificado de conclusão de curso de 1º e 2º Graus, desde que não se refira a estabelecimento federal de ensino ou a falsidade não seja de assinatura de funcionário federal».

É o meu voto.

### EXTRATO DA MINUTA

CC nº 4.955-RJ — Rel.: O Sr. Min. Leitão Krieger. Suscte.: Juiz Federal da 4ª Vara-RJ. Suscdo.: Juiz de Direito da 20ª Vara Criminal do Rio de Janeiro-RJ.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito e declarou competente o suscitado — Juiz de Direito da 20ª Vara Criminal do

Rio de Janeiro (Em 16-3-83 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar

Raymundo, José Cândido, Flaquer Scartezini e Costa Lima votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

### EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 87 — PR

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Excipiente: L. Dalmolin e Filhos Ltda.

Excepto: Juízo de Direito de União da Vitória — PR

Partes: União Federal e L. Dalmolin e Filhos Ltda.

#### EMENTA

Processual civil. Exceção de suspeição. Parcialidade do Juiz não demonstrada. Carência de fundamento legal. Rejeição.

I — Reputa-se infundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando não se demonstra o alegado interesse no julgamento da causa, em favor de uma das partes. As «ilegalidades» apontadas pela excipiente seriam corrigíveis, no momento processual oportuno, através dos recursos próprios que lhe oferece o Código de Processo Civil.

II — Meras alegações não infirmam a imparcialidade do magistrado que, na solução da lide, adotou medidas processuais coalescentes a sua elevada função jurisdicional.

III — Exceção rejeitada, para ser arquivada no Juízo de origem.

#### 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 exceção de suspeição, 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 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Sebastião Reis**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: L. Dalmolin & Filhos Ltda., nos autos da Execução Fiscal que lhe move a União Federal, argüiu a Suspeição do Dr. Valter Ressel, Juiz de Direito da Comarca de União da Vitória, no Estado do Paraná, por entender que o mesmo revelou-se interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes, no caso, a União Federal.

O representante do Ministério Público, junto à Comarca de origem, opinou pela rejeição da exceção argüida, tendo em vista sua total falta de consistência jurídica e fática, pos-

to que a excipiente não especificou, de modo concreto, o motivo da recusa (Fl. 38v.).

O MM. Juiz a quo expôs suas razões às fls. 40/41, em que considerou, no todo, improcedente a aludida arguição remetendo os autos, em seguida, a esta Egrégia Corte.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo arquivamento da exceção, que se apresenta sem qualquer fundamento legal (Fls. 51/52).

E o relatório.

### VOTO

**O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator):** Em suas razões, o MM. Juiz a quo, assim, examinou a espécie:

«Invocando o artigo 135, inciso V, do Código de Processo Civil, a executada L. Dalmolin Filhos Ltda., por seu procurador judicial, nos Autos nº 97/81 de Execução Fiscal que lhe move a União Federal, argüiu a minha suspeição, por entender que sou «um interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes», no caso, da União Federal.

Essa ilação a excipiente extraiu dos despachos que proferi às fls. 23, 27 e 54 e verso, da mencionada ação de execução fiscal em apenso, os quais, a seu ver, encerram «manifesta violação da lei».

Entretanto, de nenhum outro recurso valeu-se a excipiente para combater essas apontadas «ilegalidades».

Não declinou no que consiste o alegado meu interesse. E não poderia ser de outro modo, porquanto nenhum interesse meu existe, além do de conduzir a tramitação processual de forma a assegurar às partes igualdade de tratamento, velando pela rápida solução da prestação jurisdicional invocada e prevenindo

eventuais atos contrários à dignidade da Justiça.

Assumi esta Vara Cível há apenas quatro meses. Não conheço a executada e nenhum de seus integrantes. Nenhum interesse tenho no objeto da demanda, ou de comodidade ou conveniência pessoal.

E que interesse poderia ser esse? Sinceramente, não sei responder.

De sorte que, a presente arguição se me apresenta no todo improcedente, não passando de mera conjectura com propósito procrastinatório, e, por isso, entendo que deve ser repelida com rigor, a fim de que, quem a formulou, não se beneficie com a paralisação da ação executória.

Por tais razões, que ora ofereço no prazo legal (art. 313, CPC), deixando de reconhecer a arguição, determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos, colocando-me à disposição dos inclitos Julgadores da Superior Instância, para outros esclarecimentos que porventura se fizerem necessários».

A douta Subprocuradoria-Geral da República concluiu seu parecer, nestes termos:

«Na espécie, a excipiente faz longas considerações, mas em momento algum declina a vantagem que, sendo objeto do interesse do excepto, pudesse comprometer a sua imparcialidade. Agiu, portanto, com grande temeridade, argüindo sem qualquer motivo relevante a suspeição de um magistrado. Assim, só conseguiu evidenciar o seu intuito de procrastinar a execução, durante a qual, aliás, não usou os instrumentos processuais adequados à correção das supostas ilegalidades.

Pelo exposto, opinamos pelo arquivamento da exceção, que não tem qualquer fundamento legal».

Acolho as razões acima expostas.

Inferre-se dos autos que o interesse do excepto estaria configurado com a prática de alguns atos processuais, tais como, a penhora de bens de um dos sócios dirigentes da excipiente, a avaliação feita pelo oficial de Justiça, sem oportunidade de impugnação e a fixação de data, expedição e publicação de editais para a venda judicial dos bens penhorados.

A excipiente não demonstrou a existência concreta de qualquer interesse do magistrado no julgamento da causa, em favor da União Federal. Seria difícil mesmo configurar tal interesse no caso dos autos. As «ilegalidades» apontadas poderiam ser corrigidas através dos recursos próprios de que dispõe a executada, em nosso Código de Processo Civil. No entanto, não consta do processo a interposição de qualquer recurso.

Reputa-se infundada a suspeição de parcialidade do Juiz, quando não se demonstra o alegado interesse no julgamento da causa, em favor de uma das partes.

Carece, pois, de fundamento legal a exceção sob exame. As medidas processuais, adotadas pelo Juiz, na solução da lide, afiguram-se coalescentes a sua elevada função jurisdicional, que não pode gerar a suspeição prevista no inciso V do artigo 135 do CPC. Meras alegações não infirmam sua imparcialidade.

Isto posto, rejeito a exceção argüida e determino seu arquivamento, no Juízo de origem.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

ExSusp. nº 87-PR — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Excte.: L. Dalmolin e Filhos Ltda. Excto.: Juízo de Direito de União da Vitória-PR. Partes: União Federal e L. Dalmolin e Filhos Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou a exceção de suspeição. (Em 12-9-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis e Pedro Acioli votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

#### HABEAS CORPUS Nº 5.517 — DF

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Impetrante: Carlos Frederico Barcellos Guazzelli e outra

Autoridade coatora: Ministro de Estado da Justiça

Paciente: Adell Ahmad Housseim Al Massri

#### EMENTA

**Processo penal. Habeas corpus.**

**Existência de indícios suficientes de autoria e materialidade. Matéria de fato, insuscetível de apreensão em habeas corpus.**

**Denega-se a ordem.**

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, indeferir o **habeas corpus**, vencido o Sr. Ministro Bueno de Souza, na

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

Custas como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Carlos Frederico Barcellos Guazzelli e Ana Eni Machado Millan, advogados inscritos na OAB/RS sob n.ºs 9.468 e 6.386, com escritório profissional à Av. Borges de Medeiros, 308, conj. 176, nessa Capital, impetraram perante o Exmo. Sr. Juiz Federal, em Porto Alegre, Ordem de Habeas Corpus a prol de Adell Ahmad Housseim Al Massri, cidadão jordaniano, solteiro, comerciante, residente e domiciliado no Chuí, nesse Estado, à Avenida Uruguai, 1.613, indigitando como autoridade coatora o Sr. Delegado de Polícia Federal, Chefe do Serviço de Polícia Marítima, Aérea e de Fronteiras da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal, do Rio Grande do Sul. Alega que, após obter regularmente visto de turista junto à Embaixada do Brasil, em Assan, ingressou no Brasil em julho de 1978. Segundo a lei então vigente e pensando em residir definitivamente no País dedicou-se ao comércio e diligenciou na obtenção da carteira permanente, o que veio a obter da Superintendência Regional de Minas Gerais. Obteve depois, também, Carteira de Trabalho de Previdência Social, tudo conforme fotocópias que junta, pois os originais foram apreendidos pela Polícia Federal.

Entendia regularizada a situação, quando foi surpreendido com sua prisão, por ato daquela autoridade, encontrando-se à disposição da mesma, na cidade de Porto Alegre, sob alegação de que sua Carteira de

Identidade fora obtida fraudulentamente. Sustenta a ilegalidade da medida porque, à data de sua entrada no País, a lei anterior, Decreto-Lei n.º 941/69, permitido era ao estrangeiro, com visto de turista, mediante preenchimento de certas condições (passaporte, atestado de saúde, bons antecedentes penais e certidão de nascimento), obter a permanência, o que tudo cumpriu o paciente. Acrescenta que não foram cumpridas as formalidades legais, pois sequer foi ouvido sobre a infração que lhe é atribuída. Requer medida liminar, sob pena de vir a efetivar-se a abusiva medida administrativa. Juntou documentos.

Solicitadas informações, o doutor Delegado de Polícia Federal esclarece que o paciente se encontra sob prisão administrativa decretada pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça, conforme disposto nos arts. 69 e 70 da Lei n.º 6.815/80. Aduz que foi instaurado inquérito para expulsão, o qual já foi concluído e remetido ao Ministério da Justiça para exame. Remete cópia das declarações do ora paciente no mesmo inquérito e esclarece que outras indagações também estão em andamento no sentido de apurar falsificação da carteira de identidade para estrangeiro, pois há dois anos foi descoberta falsificação de, mais ou menos, quinhentas carteiras daquele tipo, falsificações essas que foram feitas por um ex-funcionário de nome Carlos Alberto Costa, então da Superintendência da Polícia Federal, em Minas Gerais.

O doutor Juiz Federal, sob alegação de que havia anteriormente homologado o ato policial da prisão, não poderia revê-lo e estaria, assim, na posição de coator, declinando da competência para este Egrégio Tribunal.

Solicitadas por mim informações ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça vieram elas (fls. 28 e seguintes). Em última análise retratam a situação do paciente, já informada pela autoridade

de policial, mas agora de forma mais minuciosa. Aborda as razões que levaram à medida contra o paciente e pede a denegação da ordem.

Chamada à fala, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pela competência deste Egrégio Tribunal, por se tratar de ato praticado pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça. Quanto ao mérito, demonstra que a invocação da lei anterior é descabida, pois a carteira de identidade foi concedida na vigência da legislação posterior. De outro lado, há indícios veementes de que foi o documento obtido fraudulentamente, pois a carteira foi assinada pelo mesmo funcionário, já demitido, pela prática da falsificação de mais de quinhentas carteiras, no Estado de Minas Gerais. Conclui pela denegação da ordem.

Com o intercurso do recesso e férias, solicitei à Polícia Federal novos informes sobre a atual situação do paciente, tendo aquela, em Porto Alegre, prontamente as fornecido, via telex: «097-GAB/SPMAF/SR/DPF/RS de 8-2-83 PT referência Telex NR 0371-TFR data ontem VG informo estrangeiro Adell Ahmad Housseim Al Massri não foi expulso VG pois até momento expulsão não foi decretada pelo Sr. Presidente da República PT Referido alienígena encontra-se CPM prisão administrativa dec. pelo Sr. Ministro da Justiça VG porém VG por determinação daquela autoridade VG encontra-se em liberdade vigiada VG a qual cumpre na localidade de Chuí/RS ATS SDS — Bel. Luiz Fernando Almendros de Oliveira, Delegado de Polícia Federal — Chefe SPMAF/SR/DPF/RS».

É o relatório.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Leitão Krieger** (Relator): Sem dúvida a competência é deste Colendo Colegiado. Inconsisten-

tes as alegações dos impetrantes. Não há coação censurável, que autorize a concessão da medida pleiteada, ou seja, a nulidade dos atos praticados e conseqüente liberdade do paciente. Este tem contra si veementíssimos indícios de que tenha obtido fraudulentamente a carteira. O funcionário que a emitiu é autor de inúmeras falsificações. Estranhável o paciente, residindo em Chuí, extremo sul do País, tenha obtido a carteira em Belo Horizonte. As explicações que, a respeito, dá, são pueris e não merecem credibilidade.

A atuação da autoridade policial e os atos do Exmo. Sr. Ministro da Justiça se mostram escorreitos, afeiçoados às prescrições legais.

Pelos motivos dados, denego a ordem.

É o meu voto.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Bueno de Souza**: Senhor Presidente, com a devida vênia, concedo a ordem, mesmo em relação ao ato de conversão da prisão em liberdade vigiada. Meu entendimento, já reiterado neste Egrégio Plenário, é o de que não se compadecem com a Constituição os dispositivos legais que autorizam a chamada prisão cautelar, nome que recentemente se pretendeu inculcar à prisão administrativa, salvo nos casos que a própria lei maior excetua.

Por isso, mesmo em face da sugerida conversão da prisão em liberdade vigiada, concedo a ordem.

O poder judiciário está aparelhado para decretar a prisão, sempre que requerida ou pleiteada com fundamento na lei, sendo, por conseguinte, mesmo do ponto de vista prático, inconveniente, desnecessária a pretendida partilha de tão grave responsabilidade, no tocante à tutela da liberdade.

## EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.517-DF — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Imptes.: Carlos Frederico Barcellos Guazzelli e outra. Autoridade Coatora: Ministro de Estado. Pacte.: Adell Ahmad Housseim Al Massri.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o **habeas corpus**, vencido o Sr. Ministro Bueno de Souza. (Em 10-2-83 — Plenário).

Os Srs. Ministros Armando Rollemberg, José Dantas, Moacir Catunda,

Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, e Costa Lima, votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Pereira de Paiva, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz e Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre.

## HABEAS CORPUS Nº 5.611 — CE

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Impetrante: Luis Sérgio Holanda Bezerra

Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara — CE

Paciente: Paulo Dantas O'Grady

## EMENTA

Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Dano à linha telegráfica em pavimentação de estrada.

Diretor de firma construtora indiciado em ação penal por ter danificado linha telegráfica ao executar a pavimentação de trecho de rodovia, embora tenha firmado acordo com a ECT e ressarcido os danos causados.

Situação amparada pelo parágrafo único do art. 15, do CP, segundo o qual, salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Precedente do Tribunal.

Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

## ACÓRDÃO

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 o trancamento da ação penal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 3 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Luis Sergio Holanda Bezerra impetrou **habeas corpus** em favor do engenhei-

ro Paulo Dantas O'Grady objetivando a cessação do constrangimento ilegal a que vem o paciente sendo submetido, com trancamento da ação penal em que fora o mesmo indiciado, ante a inexistência de qualquer cometimento criminoso a ser apurado.

Narra a inicial que o paciente, na qualidade de diretor da Construtora Omar O'Grady S.A. e em decorrência das obras de pavimentação da estrada que liga Catunda a Sucesso, no Ceará, foi notificado por ofício pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos da danificação de parte do trecho da linha física telegráfica entre as mesmas cidades. A construtora assumiu o compromisso de recuperar o trecho danificado, nos moldes e condições estabelecidos pela Empresa de Correios, e esta comunicou a cessação da responsabilidade da mesma construtora ao Delegado de Polícia Federal, onde já havia sido instaurado inquérito a respeito.

Entende o impetrante que diante do acordo havido e dos termos do ofício dos Correios à Polícia Federal, o inquérito não poderia prosseguir, por falta de objeto, não retratando, a denúncia que dele adveio, a realidade dos fatos.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 9/28.

O MM. Dr. Juiz Federal da 1ª Vara de Fortaleza prestou as informações de fl. 33, juntando cópia da denúncia.

Nesta Instância, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do «writ», concluindo ser o paciente responsável pela ocorrência, devendo o ressarcimento do dano funcionar, apenas, como atenuante (fls. 38/39).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: No que diz res-

peito ao paciente Paulo Dantas O'Grady, diretor responsável pela firma Construtora Omar O'Grady S.A., diz o relatório do Sr. Delegado da Polícia Federal, no Ceará:

«Do apurado constatou-se realmente o envolvimento de Francisco Chaves Martins e Raimundo Biléu, de endereço desconhecido, na subtração de postes da Linha Física Telegráfica que se estende de Limoeiro do Norte a Morada Nova, e a destruição de parte do trecho teleográfico entre os Municípios de Tamboril e Sucesso pela construtora Omar O'Grady S.A. (fls. 19/30).

No documento de fls. 34/35, encaminhado a este órgão, a diretoria Regional da Empresa de Correios e Telégrafos informa que com relação à linha física situada entre os municípios de Tamboril e Sucesso, destruída pela Construtora Omar O'Grady S.A. firmou acordo objetivando a recuperação do trecho danificado pela referida construtora, ficando, por conseguinte, ressarcidos os danos causados».

Antes da conclusão do inquérito (27 de maio de 1982), já a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em data de 12 de novembro de 1981, oficiava ao Sr. Delegado que presidia o inquérito, nestes termos: (lê ofício de fl. 10).

Como se vê, o paciente, responsável por uma firma construtora, ao executar a pavimentação de trecho de rodovia estadual, danificou trecho teleográfico, localizado entre as cidades de Tamboril e Sucesso, no Estado do Ceará. Prontificou-se, porém, segundo acordo firmado com a ECT, da consolidação total do mencionado trecho de linha física (Projeto nº 05/81, fls. 15/18).

O ilícito penal imputado ao paciente não podia prosperar, culminando com a denúncia de fls. e seu recebimento.

O fato criminoso (dano à coisa alheia) é comuníssimo quando dos serviços de pavimentação de estradas executados pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER).

Claro que não agiu dolosamente paciente, socorrendo-lhe, desta sorte, o preceituado no art. 15, parágrafo único, do Código Penal, *in verbis*:

«Art. 15. Diz-se o crime:

I — doloso .....

II — culposo .....

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente».

Neste sentido foi a decisão proferida pela antiga E. 4ª Turma, ao julgar os autos do HC nº 4.550-DF, Relator, o eminente Ministro Gueiros Leite, em Acórdão com a seguinte ementa:

«Criminal. **Habeas corpus**. Concede-se a ordem, para trancamento da ação penal em benefício do paciente, por se tratar, na espécie, de conduta que se acoberta no art. 15, parágrafo único, do Código Penal, onde se lê que ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (art. 43, inciso I, Código de Processo Penal)» ac. pub. no DJ de 29-8-79).

Ademais, o mencionado acordo firmado entre a ECT e a firma Omar O'Grady S.A., da qual o paciente é o

seu diretor-responsável, foi cumprido, conforme a declaração de fl. 9, do Sr. Diretor Regional da ECT-CE, nestes termos (lê).

Desta sorte, não vejo motivo para, no particular, levar avante a ação penal contra o paciente Paulo Dantas O'Grady.

De outra parte, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal (dano qualificado), e ali não se cuida de dano contra as autarquias e empresas públicas, mas, tão-somente, contra o patrimônio da União, de Estado ou de Município.

Com estas considerações, o meu voto é no sentido de conceder a ordem, a fim de determinar o trancamento da ação penal contra o paciente, na forma do pedido inicial.

#### EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.611-CE — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Impetrante: Luis Sérgio Holanda Bezerra. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara-CE. Paciente: Paulo Dantas O'Grady.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para o trancamento da ação penal (Em 3-5-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Lauro Leitão votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

#### HABEAS CORPUS Nº 5.714 — DF

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Paciente: Carlos Lima Ferreira

Impetrante: Ana Cristina Klautau Leite

Autoridade Coatora: O Sr. Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal

#### EMENTA

Habeas corpus contra decisão em correição parcial, que corrigiu decisão do Juiz singular mantene-

dora de fiança ao arrepio do art. 341, in fine, do CPP.

1. Se o Juiz não reconhece a quebra de fiança, a sua decisão é irrecurável em face do art. 581, do CPP, em seu lugar podendo ser utilizada a correição parcial da Lei nº 5.010, art. 6º.

2. Se o acusado, gozando do benefício da fiança, pratica nova infração, sendo preso em flagrante, deve ser havida como quebrada aquela, nos termos do art. 341, do CPP.

3. Não esclarecendo o art. 341 como se configura a repetição de atividade criminosa, não parece razoável exigir seja a nova violação da lei penal reconhecida em sentença condenatória, bastando que haja prova de materialidade do fato, sendo a autoria apontada por indícios suficientes, sem causa excludente de criminalidade (Espinola Filho, Bento de Faria, Helio Tornaghi).

4. Conhecimento e denegação do «writ».

#### 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 *habeas corpus*, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Gueiros Leite**, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): A universitária Ana Cristina Klautau Leite impetra o presente *habeas corpus* liberatório em favor de Carlos Lima Ferreira, vendedor ambulante e que está recolhido à prisão por ordem do Ministro Jarbas Nobre, ainda quando presidia o Conselho da Justiça Federal.

A decisão é do Conselho e foi proferida no processo de correição parcial nº 0586/83/PA, que julgou quebrada a

fiança prestada pelo paciente e que o Dr. Juiz Federal determinou fosse cumprida. Havia sido ele preso em flagrante e se viu solto, quando novamente foi flagrado em outra ação dita delituosa.

Por isso o Ministério Público pediu a decretação da quebra da fiança, certamente invocando o art. 341, in fine, do CPP. Mas o Dr. Aristides Medeiros negou o pedido, alegando não se poder afirmar que o paciente teria delinqüido alguma vez, pois ainda não chegou a ser condenado.

Acha a impetrante que o paciente está sofrendo ilegal constrangimento à sua liberdade de locomoção, pois não lhe permitem prestar fiança ou manter a que lhe foi concedida, tanto mais que assim se decidiu por cima do Juiz ligado aos fatos.

Solicitadas informações, prestou-as o Ministro José Fernandes Dantas, atualmente na presidência do Egrégio Conselho. Disse ele, às fls. 17/18, que se reportava ao processo de Correição Parcial nº 0586. E para repelir a pecha de ilegalidade irrogada pela impetrante à decisão impugnada, também se reportou aos fundamentos da mesma, que fez juntar.

Ouvida a douta Subprocuradoria-Geral da República, manifestou-se em parecer da lavra do Dr. Mardem Costa Pinto e aprovação do Dr. Valim Teixeira, pela denegação da ordem, pois não há exigir sentença condenatória para configurar a prática de outra infração (fl. 27).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Este Tribunal julgou em 8 do corrente mês de setembro o HC 5.706, do Pará, versando o mesmo tema. E decidi de saída preliminar de descabimento de correição parcial contra ato judicial recorrível, que seria a decisão do Dr. Juiz a quo denegatória do pedido feito pelo Ministério Público, da decretação de quebra de fiança.

Aqui esse detalhe não foi realçado, mas como é motivo de exame até mesmo *ex officio*, para efeito de admissibilidade do «writ», examino-o para decidir como fez o Tribunal, pelo voto do Ministro Adhemar Raymundo. Somente é recorrível a decisão do Juiz que julgar quebrada a fiança ou julgá-la perdida. Na verdade, essa é a linguagem do art. 581 — VII, do CPC.

Tratando-se de recurso de instância iterada, só é cabível nos casos em que a lei indicar. Assim o diz o Ministro Adhemar Raymundo em seu ilustrado voto, seguindo a orientação dos mestres citados, à exceção apenas de Espínola e Borges da Rosa.

Superada essa etapa do julgamento e admitida a correição como meio idôneo para o ataque à decisão a quo, permito-me aderir à decisão do Egrégio Conselho da Justiça Federal, no processo em que foi Relator, como de direito, o eminente Ministro Washington Bolívar de Brito, quando exercia, ainda recentemente, o honroso encargo de Corregedor-Geral.

Lá está dito, em contraposição à tese da decisão a quo, que se acusado,

gozando do benefício da fiança, pratica nova infração, sendo preso em flagrante, deve ser havida como quebrada aquela, nos exatos termos do art. 341, *in fine*, do Código do Processo Penal.

Foi o que aconteceu muito embora argumente o Dr. Juiz de modo diverso do texto legal, na interpretação que lhe vem dando. Acho o nobre julgador que o delinquir do texto refere-se à existência de condenção. Quanto a mim digo que, embora não esclareça o art. 341 como se configura a repetição de atividade criminosa, basta, contudo, a prova da materialidade do fato, sendo a autoria apontada por indícios suficientes, sem causa excludente de criminalidade (Cf. voto do Min. Bolívar de Brito, à fl. 24, citando Espínola, Bento de Faria e Helio Tornaghi).

Por fim, arredada a alegada intempestividade da correição, na conferência de datas que fez o eminente Ministro Corregedor (fl. 22), conheço do «writ» e o denego.

É como voto.

### EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.714-DF — Rel.: O Sr. Ministro Gueiros Leite. Pacte.: Carlos Lima Ferreira. Impte.: Ana Cristina Klautau Leite. Aut. Coat.: O Sr. Ministro-Presidente do Conselho da Justiça Federal.

Decisão: O Tribunal Pleno, por unanimidade, indeferiu o habeas corpus. (Em 29-9-83 — Tribunal Pleno).

Os Srs. Ministros Torreão Braz, Carlos Mario Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaqueur Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg Moacir

Catunda e Carlos Madeira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Washington Bolívar. Licenciado o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão, Vice-Presidente.

### RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 5.842 — BA

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Recorrente: Dario Gonçalves Pastor

Recorrida: Justiça Pública

Pacientes: Dario Gonçalves Pastor, Eladio Oliveira Mota, Antônio Severo de Lima, Antônio Oliveira Mota

#### EMENTA

Processual penal. Recurso de habeas corpus.

— A simples intimação de indiciados para prestarem esclarecimentos à Polícia Judiciária, quando chamados para tal, não se constitui em nenhuma ilegalidade ou ameaça. Inexistindo coação que coloque os pacientes em constrangimento ilegal, descabe a concessão da ordem.

— Recurso desprovido.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 17 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: A espécie foi resumida pelo ilustre Julgador Monocrático às fls. 49/50, nos seguintes termos:

«O advogado Dario Gonçalves Pastor impetrou ordem de habeas corpus preventivo em seu próprio favor em prol de outros a Meretissi-

ma Juíza Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, Dra. Eliana Calmon Alves da Cunha, apontando como autoridade coatora a Delegada de Polícia Federal, Dra. Norma Lúcia Martins Eduardo, que estaria ameaçando a liberdade de locomoção dos pacientes (fls. 2/4).

Atendendo à notificação judicial, a autoridade apontada como coatora informou que os postulantes são indiciados em inquérito policial, como autores de crimes contra a honra, havendo o procedimento policial sido instaurado em virtude de representação formulada pela vítima, MM. Juiz do Trabalho, Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Conceição do Coité.

Informou, ainda, que sua conduta limitou-se à expedição de intimações aos pacientes para que sejam ouvidos no inquérito, sem qualquer ameaça à liberdade de locomoção dos mesmos (fls. 9/11 e documentos de fls. 12/35)».

Após, apreciando os elementos carreados para os autos, concluiu a I. Julgadora monocrática por denegar a ordem.

Opôs o impetrante embargos de declaração, sob a arguição de que a sentença se apresenta obscura, ambígua, contraditória e omissa.

Rejeitados os embargos, interpôs o presente recurso em sentido estrito, pretendendo a anulação da r. decisão de primeiro grau, por entender não haverem sido cumpridos os mandamentos constantes nos artigos 381 e 382 do CPP.

Subiram os autos e nesta superior instância manifestou-se a d. Subprocuradoria-Geral da República, através do eminente Subprocurador Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, opinando pelo não provimento do recurso.

E o relatório.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini:**  
A r. decisão está assim redigida:

«Verifica-se pelos documentos trazidos pela impetrada que o impetrante e os demais pacientes estão a responder inquérito perante a Polícia Federal, onde figuram como indiciados o Procedimento Inquisitorial nº 1.220-83-SR/DPF/BA. Pelo teor do relato fático constante da inicial, excluídas a adjetivação e conclusões eminentemente subjetivas confirmam os documentos juntados às informações que nada há de anormal, ilegal ou abusivo, sendo dever de todo cidadão prestar esclarecimentos à Polícia Judiciária, quando chamado para tal.

Se ilegalidade existe, esta advém do comportamento do impetrante que de forma obstinada nega-se a atender ao convite da impetrada. E a obstinação vai a ponto de bater às portas da Justiça para requerer,

através do agasalho constitucional, um instrumento que lhe afaste a obrigação de cidadão.

Nada há a reparar, sendo incensurável o proceder da autoridade reputada coatora.

Denego, por estas razões, a ordem de **habeas corpus**».

Pela leitura e análise de seu conteúdo, ainda que se possa acoimá-la de sucinta, apresenta-se perfeitamente fundamentada, preenchendo, a meu ver, todas as determinações legais concernentes.

Não foi afrontado qualquer um ordenamento, quer constitucional, quer processual penal, como pretenderam os recorrentes, pois se figuram com os indiciados em inquérito policial estão obrigados a prestar os esclarecimentos necessários à elucidação do caso e, para tanto, a atenderem o chamamento da autoridade policial encarregada e responsável pelo procedimento, não se constituindo tal atendimento em ilegalidade.

A decisão está portanto no meu entender concisa, bastante clara, invidiosa, sendo assim incensurável, imerecedora de qualquer reparo, tanto em sua parte descritiva quanto em seu segmento decisório.

Com estas considerações nego provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 5.842-BA — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Dario Gonçalves Pastor. Recdo.: Justiça Pública. Pactes.: Dario Gonçalves Pastor, Eladio Oliveira Mota, Antonio Severo de Lima, Antonio Oliveira Mota.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 17-2-84 — 3ª Turma).

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

## APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 83.871 — CE

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS

Apelada: Luíza Zélia de Faria

Remetente Ex Officio: Juízo Federal da 2ª Vara — CE

### EMENTA

#### Administrativo.

A Administração Pública pode, e deve, anular seus próprios atos, desde que ilegítimos ou ilegais. Se a servidora aposentada do Instituto Nacional de Previdência Social requereu o pagamento do adiantamento do pecúlio de que trata a Resolução nº INPS — 069.44/76, vigente à data de sua inativação, a Resolução nº INPS 069.66/77, que lhe é posterior, embora tivesse revogado a norma anterior nunca poderia trazer como consequência para a funcionária a anulação do ato que lhe outorgou o benefício. Sentença concessiva da segurança 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, por unanimidade, negar provimento à apelação do INPS 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, 14 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento). Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Thibau, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Thibau: Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por Luíza Zélia de Faria contra ato emanado do Sr. Secretário Regional de Pessoal do Instituto Nacional de Previdência Social.

Alegou que, funcionária do INPS, aposentada, requereu o pagamento

do adiantamento do pecúlio de que trata a RS nº INPS — 069.44/76, sendo tal pedido denegado pelo impetrado sob a alegação de que referida RS, por ela invocada, fora tornada sem efeito por outra RS.

Entendendo estar amparada pela regulamentação específica e embasada em jurisprudência do TFR, impetrou o presente mandamus para compelir o impetrado a pagar-lhe o adiantamento do pecúlio, negado administrativamente (fls. 2/3verso).

Informando, a autoridade impetrada sustentou a legalidade do ato praticado, afirmando que a RS nº INPS 069.66/77 revogou a RS nº INPS 069.44/76, que concedia o adiantamento, se houvesse dotação orçamentária e disponibilidade financeira, tendo tal revogação se baseado no princípio de que a Administração Pública pode revogar seus próprios atos ainda pendentes de condição e disciplina (fls. 19/22).

O MPF emitiu o parecer, constante de fls. 40/42, pela denegação da segurança.

A fls. 44/46 o MM. Juiz Federal, Dr. Hugo de Brito Machado, prolatou sentença concedendo a segurança na forma pleiteada e recorrida ex officio.

Inconformado, apelou o INPS às fls. 48/50, tendo a impetrante contrarrazoado às fls. 52/53 verso.

Nesta instância opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da r. sentença a quo (fls. 57/59).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Min. Carlos Thibau (Relator): Confirmo a respeitável sentença por seus doutos fundamentos, que endosso, *in verbis* (fls. 45/46):

«A Administração Pública pode anular seus próprios atos, desde que ilegítimos ou ilegais. Não foi demonstrada, porém, ilegalidade ou ilegitimidade na Resolução INPS-069.44, de 26-8-76, que criou o adiantamento de pecúlio em questão. Assim, a Resolução INPS 069.66, de 21 de janeiro de 1977, que diz ter tornado a anterior sem efeito, na verdade não a anulou, mas a revogou.

Com a anulação a revogação não se confunde.

Opera efeitos de sua data em diante. Não para o passado, como a anulação.

A impetrante aposentou-se em outubro de 1976 (DOU nº 172, de 8-10-76). Vigorava, então, a Resolução nº INPS 069.44, de 26-8-76. Inegável o seu direito ao pleiteado adiantamento de pecúlio».

Ante o exposto, nego provimento à apelação do INPS e à remessa de ofício.

É o meu voto.

### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 83.871-CE. Rel.: O Sr. Min. Carlos Thibau. Remetente Ex Officio: Juízo Federal da 2ª Vara CE. Apelante: INPS. Apelada: Luiza Zélia de Faria.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do INPS e à remessa de ofício (Julg. 14-2-84 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Não compareceu por motivo de licença o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Wahington Bolívar.

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 88.818 — PE

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara

Apelante: União Federal

Apelada: Manah S.A.

Autoridade Requerida: Chefe da Subatividade de Fiscalização da Indústria e do Comércio de Fertilizantes, Corretivos e Inoculantes — DFA/PE

### EMENTA

Tributário. Fertilizantes. Fiscalização do comércio de fertilizantes. Inconstitucionalidade. Preço público. Taxa. Lei nº 5.760, de 3-12-1971. Lei nº 6.138, de 8-11-1974, artigo 8º. Decreto nº 75.583, de 1975, art. 66.

Portaria nº 393, de 1975, do Ministro de Estado da Agricultura.

I — O Plenário do TFR decidiu ser ilegítimo o estabelecimento de preço público como forma de remuneração do serviço de fiscalização do comércio de fertilizantes, cuja natureza compulsória indica a qualificação do exercício do poder de polícia, e de serviços remuneráveis por meio de taxa, segundo o seu conceito tributário, assim declarando a inconstitucionalidade das normas pertinentes, artigo 8º da Lei nº 6.138/74, art. 66 do Decreto nº 75.583/75, e da Portaria MA-393/75.

II — Arguição de inconstitucionalidade na AMS nº 83.818-RS. Tribunal Pleno, em 28-2-1980.

III — Sentença confirmada. Apelação improvida.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 26 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Jatir Batista da Cunha, assim resumiu a espécie, para conceder a segurança (fls. 145/146):

«Manah S.A., sociedade comercial de fertilizantes e outros produtos para o campo, com sede em São Paulo (SP) e filial em Jaboatão (PE), ajuizou a presente ação, pedindo segurança contra o impetrado, dirigente de órgão do Ministério

da Agricultura, Delegacia Federal de Pernambuco, encarregado da inspeção sanitária de fertilizantes e arrecadação do que chama de «preço público».

A impetrante se insurge contra a cobrança, no valor de Cr\$ 30.527,16, que o órgão federal faz a título de «remuneração pelo regime de preços públicos», conforme tabela aprovada pela Portaria Ministerial nº 393/75, do titular da pasta da Agricultura, baixada com respaldo no Decreto Federal nº 75.583/75, que, por sua vez, regulamenta a Lei nº 6.138/74, com remissão à Lei nº 5.760/71.

A inconformação da impetrante provém de que a exigência do Poder Público, nessa cobrança, tem os atributos de taxa, espécie de gênero tributo, e não preço público, como quer a impetrada. Sendo, como alega, uma taxa, tem que se sujeitar ao estatuto do contribuinte (Lei nº 5.172/66) e às limitações constitucionais do poder de tributar. No caso, a imposição não teria se submetido a essas exigências.

Junta à inicial, entre outros documentos, as guias capeadas pelo ofício, que seria verdadeira notificação do tributo lançado.

A autoridade impetrada prestou as informações, rebatendo as alegações da impetrante.

O Ministério Público Federal pugnou pela denegação da segurança.

Foi concedida a liminar, mediante depósito da quantia impugnada. Custas pagas.»

Inconformada, apela a União Federal, para que seja declarada a nulidade do julgamento, a fim de que outra decisão seja proferida, em obediência à norma contida no artigo 458, II, do CPC.

Pugna pela denegação do «writ», uma vez que não há direito líquido e certo a ser amparado, por tratar-se de matéria complexa, que não pode ser deslindada pela via do *mandamus*.

Contra-razões às fls. 156/157.

Em seu extenso Parecer (fls. 160/166), a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pede o provimento do recurso da União.

E o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Apesar dos argumentos aduzidos no douto Parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, estou em que a fundamentação da sentença desmerece censura, ao dizer seu culto prolator (fls. 147/148):

«Não tenho dúvida em afirmar que a atividade de inspecionar e fiscalizar o comércio de fertilizantes, corretivos e inoculantes (art. 66 do Decreto nº 75.583/75) é típica manifestação do poder da polícia sanitária.

Não se necessita da ajuda da doutrina para encontrar o conceito do poder de polícia, bastando a definição do art. 78 do CTN.

Em decorrência do poder de polícia, nasce o direito à imposição

da taxa, que é o caso sob exame. Não nos deve impressionar o *nomen juris* de preço público lançado pelo art. 66 do referido Decreto nº 75.583/75.

Ora, assentado que se trata de uma taxa, há 2 óbices conseqüentes: um, a fixação de alíquotas por portaria (teria que ser lei); outro, a base de cálculo ser a mesma de imposto (vedado pelo § 2º do art. 18 da Constituição Federal).

Decisões de 1º grau desta Justiça Federal, em casos idênticos aos dos autos, já existem na 1ª e 5ª Varas do Rio Grande do Sul, e na 3ª Vara de Minas Gerais, em que há exaustiva citação doutrinária, que me dispense de repetir, por integrarem os autos deste MS, razão por que deve integrar a fundamentação desta sentença.

É verdade que o Colendo TFR, nos MS 77.973 e 78.139 já havia repellido pretensão no sentido de acoiomar de inconstitucionalidade, em declaração incidental, do art. 8º da Lei nº 6.138/74 e do art. 66 do Decreto nº 75.583/75 e, por via de consequência, a Portaria nº 393/75, nos termos do bem elaborado relatório e voto do Min. José Dantas, o que mostra o acerto das sentenças de 1º grau, concessivas do «writ» em casos semelhantes.

Por tudo isso, convencido de que a exigência da autoridade impetrada é um tributo, da espécie taxa, a qual não obedeceu aos requisitos constitucional e legal para sua imposição, concedo segurança à impetrante nos termos do pedido.»

O Plenário desta Egrégia Corte proclamou, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade nos autos da AMS nº 83.818-RS, feito relatado pelo eminente Ministro José Dantas, o que consta da ementa do respectivo Acórdão:

«Fiscalização do comércio de fertilizantes.

Ilegitimidade do estabelecimento de preço público como forma de remuneração desse serviço, cuja natureza compulsória indica a qualificação do exercício do poder de polícia, e de serviços remuneráveis por meio de taxa, segundo o seu conceito tributário. Inconstitucionalidade das normas pertinentes — art. 8º da Lei nº 6.138/74, art. 66 do Decreto nº 75.583/75, e da Portaria MA-393/75 » (DJ de 16-4-80).

A 2ª Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso extraordinário interposto da mencionada decisão (RE nº 96.397-9, Relator o Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão, Acórdão publicado no DJ de 25-11-83).

Com estas considerações, confirmo a sentença remetida e nego provimento à apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 88.818-PE — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Manah S.A. Aut. Req.: Chefe da Subatividade de Fiscalização da Indústria e do Comércio de Fertilizantes, Corretivos e Inoculantes — DFA/PE.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 26-3-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Presidiu a Sessão o Sr. Ministro Torreão Braz.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.710 — SP

Relator: O Sr. Ministro Costa Lima

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — SP

Apelantes: Banco Central do Brasil e Ministério Público

Apelados: Dilma Camargo Ferreira da Silva e outros

#### EMENTA

Processual. Mandado de segurança. Legitimidade passiva. Funcionário ou particular que cumpre ordem manifestamente ilegal. Incompetência. Natureza controvertida da decisão que a declara ex officio.

1. O funcionário público ou o particular que cumpre ordem manifestante ilegal assumem-lhe a co-autoria e responsabilidade (art. 194, VII, da Lei nº 1.711/52 e, a contrário sensu, artigo 160, I, do Código Civil e 19, III, do Código Penal). Por isto, respondem, em ação de mandado de segurança, isoladamente ou em listisconsórcio com a autoridade mandante. Legitimidade passiva reconhecida ao funcionário do Banco Central do Brasil que, dizendo atender a «recomendação» do Ministro da Fazenda, fez bloquear conta bancária particular.

2. Incompetência. Decisão pela qual o Juiz a declara ex officio. Natureza jurídica controvertida nos

tribunais, predominando, inclusive no TFR, decisões conhecendo de agravo interposto até de decisão que resolve a exceção de incompetência. De rejeitar, portanto, arguição de nulidade de sentença pela qual o juiz de 1º grau, havendo nos autos pedido de reconsideração e agravo, reconsiderou decisão ou despacho do tipo referido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, 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, 20 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Costa Lima, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Costa Lima: A questão foi assim relatada e decidida pelo Dr. Hélio Kerr Nogueira, em sentença proferida em 19-12-79:

Dilma Camargo Ferreira da Silva e Denis de Moura Camargo, qualificados nos autos, a primeira originariamente e o segundo na qualidade de litisconsorte ativo, impetraram o presente mandado de segurança com a finalidade de serem desbloqueadas contas e saldos bancários.

Alega a impetrante originária, em suma, que é casada em comunhão de bens com Marcos Ferreira da Silva, cujas contas bancárias e cadernetas de poupança foram bloqueadas por Circular Confidencial do Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil/SP. A Circular Confidencial, diz a impetrante, é ilegal por inexistir no di-

reito brasileiro qualquer dispositivo possibilitando bloqueio de valores. O bloqueio, em especial, ofende — diz ele — o direito de propriedade assegurado pela Constituição Brasileira, bem como o princípio, também constitucional, do livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão. Atentaria, ainda, contra o art. 246 do CC, que permite à mulher o exercício de profissão lucrativa. Finalmente, a Lei nº 4.595/64 não enseja tal comportamento. Em resumo, falta à autoridade coatora um «due proces of law» para agir como agiu.

Foi requerida medida liminar, e a mesma resultou deferida (fls. 18 e verso), oficiando-se à autoridade e aos bancos (fls. 19, 20 e 21).

O Senhor Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil em São Paulo prestou as informações em tempo hábil (fls. 22/25), limitando-se a arguir a ilegitimidade passiva, a incompetência da Justiça Federal e a necessidade da suspensão liminar.

2. A liminar foi suspensa pelo titular do feito, que, muito embora reconhecesse a legitimidade da concessão, entendeu ser do Ministro da Fazenda o ato impugnado, e, por isso, incompetente a Justiça Federal de Primeira Instância.

O douto representante do Ministério Público Federal emitiu opinião pela manutenção da suspensão da liminar, também concordando com o declínio de competência (vide parecer de fls.).

A impetrante juntou novas peças (reconsideração e agravo de instru-

mento) e documentos (fl. 31 usque 46).

Oportunamente, ingressou na relação processual Denis de Moura Camargo na qualidade de litisconsorte. Admitindo o litisconsórcio (fls.). Processo apto para julgamento, já tendo ocorrido manifestação da autoridade dita coatora (fls.) e parecer do Ministério Público Federal (fls.). Decido:

3. Preliminarmente decidirei no concernente a duas preliminares: Ilegitimidade Passiva de Parte e Incompetência da Justiça Federal.

São tais preliminares de tal sorte vinculadas, que a ilegitimidade leva à incompetência, assim como a legitimidade conduz ao reconhecimento da competência. Entendo, *data venia*, da opinião respeitável manifestada na decisão retro (fls.) de outro Juiz que atuou no feito, — que é parte legítima passiva, no mandado de segurança, a autoridade que executa o ato. No caso, resulta comprovadíssimo que o ato foi praticado pelo Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil, uma autarquia federal. Aliás, nesse passo, é pacífico no E. Tribunal Federal de Recursos o entendimento de que

«autoridade coatora — é aquela que pratica o ato, e não o superior que o recomenda através da norma» (Rel.: Min. Jarbas Nobre, Ag. nº 39.095, xerox DJ juntada à fl. 36, in DJU — de 22-8-79).

Recente decisão do E. Tribunal Federal de Recursos, aliás, põe uma pá de cal no assunto, e calha como uma luva a questão em pauta. Leia-se a seguinte ementa de lavra do autorizado Min. Washington Bolívar de Brito, *verbis*:

«... Coatora é a autoridade que executa a norma e não aquela que a editou... (in DJU de 16-5-1979, página 3794)».

Ora, se o ato atacável é da autoridade que o executou, e na hipótese o foi através do Chefe do Dept. Regional do Banco Central do Brasil, passa a Justiça Federal de primeira instância a ser a competente para julgar este «writ». O fundamento está no item 8º do art. 125 da Constituição da República.

4. No mérito, melhor não é a sorte da impetrada.

Na verdade, basta ler as informações da digna autoridade coatora, para se constatar que não se referem em nenhum momento a eventual direito que possa ter; restringindo-se a questões meramente processuais. Isto é, não refutou em nada os argumentos postos na inicial, admitindo-os pelo silêncio formal!

É transparente que uma circular, confidencial ou não, não pode prevalecer em casos tais. Seria uma subversão completa ao princípio da hierarquia das normas jurídicas. Aliás, como bem dito na peça inaugural, dispositivo algum existe no ordenamento jurídico brasileiro permitindo uma sanção de tão grave alcance; há, pelo contrário, textos constitucionais e de legislação ordinária coibindo comportamento desse jaez.

5. Outrossim, o bloqueio, nas condições ocorridas, colide sem dúvida com os parágrafos: 2º (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei); 22º (é assegurado o direito de propriedade...); 23º (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão) e 13º (princípios da individualização e personalização da pena) do artigo 153 da Constituição da República, consagrando os direitos e garantias individuais.

Também é aplicável, *in casu*, o artigo 246 do Código Civil, pois, em sendo conjuntas as contas, isto é,

vinculada à do marido, fica a impetrante originária privada de exercer sua profissão de advogada, a prevalecer o bloqueio imposto pela autoridade impetrada. E também porque parte substancial das contas representa honorários advocatícios por ela percebidos no exercício da profissão, — o que se comprovou. Aliás, diga-se ainda, — por ser conjunta a conta e atingindo a circular apenas o seu marido, ela pode, indiscutivelmente, movimentá-la sem quaisquer restrições.

O sistema monetário nacional, com a legislação que lhe é própria não alberga tais medidas. Tanto que, se albergasse, a autoridade apontaria os dispositivos legais no corpo das informações, como é curial.

6. Mais grave é a situação do litisconsorte: depositou em dinheiro em sua conta pessoal, no Banco Brasileiro de Descontos S.A., importância relativa a um cheque emitido pela impetrante originária. Isto sob a vigência da liminar concedida (Ordem Judicial, portanto), tendo o estabelecimento bancário, sob a invocação de determinação da autoridade federal, bloqueado o saldo de Denis de Moura Camargo. Aplicam-se ao litisconsorte, aqui registro, os mesmos fundamentos jurídicos que beneficiam a impetrante originária (salvo o art. 246 do CC, relativo à mulher), em especial os de ordem constitucional.

7. Nessas condições, e considerando tudo o mais que dos autos consta, dou provimento à impetração para, reconhecendo a competência da Justiça Federal, julgar precedente o presente mandado de segurança, concedendo a ordem no sentido de determinar o imediato e definitivo desbloqueio das contas correntes, cadernetas de poupança e saldos da impetrante e litisconsorte, os quais podem, livremente,

movimentá-las, depositando valores ou os retirando, por força do direito de propriedade.

Oficie-se à autoridade coatora, que efetivamente coatora vem sendo, bem como aos bancos, com o objetivo do cumprimento da presente ordem, dado que em se tratando de **mandamus**, a execução tem natureza mandamental.

Remetam-se os autos, oportunamente, ao Tribunal Federal de Recursos para os devidos fins» (Fls. 61/65).

2. Inconformados, apelaram o Banco Central do Brasil (fls. 70/74) e o Ministério Público Federal (fls. 82/92). O 1º apelante limitou-se a insistir na preliminar de ilegitimidade passiva do chefe substituto de seu Departamento Regional de São Paulo, com a conseqüente incompetência da Justiça Federal de 1º grau, porque a referida autoridade se limitou a retransmitir aos estabelecimentos bancários a ordem que teria recebido do Ministro da Fazenda. Adianta que, no caso do litisconsorte, nem isto ocorreu, visto que o BRADESCO recebeu ordem direta da autoridade ministerial. Já o Ministério Público Federal, 2º apelante, começa por um histórico dos fatos, dizendo que o bloqueio da conta do marido da 1ª apelada, e conseqüentemente esta ação de mandado de segurança, tem íntima relação com o Inquérito Policial nº 530/79, da 3ª Vara Federal de São Paulo, onde o referido marido da 1ª Apelada está indiciado como responsável por graves irregularidades que teria praticado como Fiscal de Tributos Federais que é (fl. 83). Acrescenta que o dinheiro mantido em tais contas, embora em conjunto com a mulher, na verdade pertence ao varão, que o teria conseguido por meio das ditas irregularidades (fl. 83 e segs.). Acrescenta que no referido inquérito foi solicitado o seqüestro dos bens móveis e imóveis do referido cidadão o que, entretanto, foi negado, sendo que,

posteriormente, em inquérito administrativo, foi imposta ao funcionário a pena de demissão a bem do serviço público e ordenada, em circular confidencial do Ministro da Fazenda, o bloqueio de suas contas bancárias (fl. 88).

Finalmente, após referir-se à conduta do Dr. Juiz sentenciante, entra o douto órgão apelante no verdadeiro objetivo do recurso (fl. 91), sustentando que antes da sentença apelada outra fora proferida pelo Titular da Vara, declinando a competência para este Tribunal, pelo que o ato sob recurso é nulo, vez que o Juiz sentenciante não podia retomar o exame do feito. Termina reportando-se às razões do 1º apelante e pedindo a reforma da decisão.

Os impetrantes responderam com as razões de fls. 453/485, acompanhadas de documentos que vão até fl. 900, referentes ao exercício da advocacia por parte da 1ª apelada. Essa intensa advocacia provaria que a impetrante tem renda própria, sendo seu em maior parte o dinheiro depositado na conta conjunta. E que o bloqueio lhe prejudicaria o exercício da profissão.

3. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou a fls. 903/905, forte na preliminar de que o Juiz não podia decidir o feito depois que seu colega declinara a competência. Entende, inclusive, que a hipótese é de ausência dos pressupostos de constituição, desenvolvimento válido do processo e conclui:

«Assim posta a questão, despicindas se tornam incursões sobre o mérito do *mandamus*, cuja apreciação e julgamento importariam a convalidação das irregularidades apontadas.

9. Opinamos, por conseguinte, no sentido de que, a teor do disposto no art. 267, IV, da norma processual civil, seja declarada a extinção do processo, sem julgamento

do mérito, por lhe faltarem os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular, ressalvada aos apelados a faculdade prevista no art. 268 da lei adjetiva» (Fls. 904/905).

4. O processo teve desenvolvimento acidentado, sendo que da sentença apelada não foram remetidas comunicações a todas as agências bancárias. Isto deu motivo a diversos pedidos da impetrante, inclusive a impetração de mandado de segurança perante este Tribunal, não conhecido (fl. 934). Dirigiu-se então a apelada a este Relator (fl. 908). Sobre esse petição, mandei ouvir a douta Subprocuradoria-Geral, que se limitou a reiterar seu pronunciamento (fl. 938).

Exarei, então, o despacho de fl. 943, *in verbis* (lê, 943). Desse despacho não houve qualquer recurso. E a providência nele determinada se cumpriu.

E o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): Do relatório feito, resulta que os apelos se resumem a duas questões preliminares, já que, no mérito, ambos os apelantes se limitaram a vagas e tímidas alusões à falta de prova de direito líquido e certo, cuja inaceitabilidade não demanda, sequer, a mínima digressão, pois ninguém impugnaria a sério o direito de o titular de conta corrente bancária movimentá-la, salvo constrição judicial de bens, que não houve.

Enfrento, a primeira preliminar, consistente na ilegitimidade passiva do Banco Central ou de seu agente em São Paulo, com a conseqüente incompetência da Justiça Federal de 1º grau.

Peço destaque.

2. A impetrante tomou conhecimento do ato impugnado da maneira

mais insólita e, até, incivil que se possa imaginar. De repente, seus cheques começaram a ser devolvidos pelas agências bancárias com a simples observação: «Devolvido por determinação superior» ou «Devolução. Conta bloqueada por determinação do Banco Central do Brasil» (fls. 15/15v.). Procurando esclarecer os fatos, recebeu comunicação do BRADESCO, no sentido de que a determinação partira do Banco Central (fl. 16). À fl. 13, vê-se cópia de circular confidencial, pela qual o impetrado, Chefe Substituto do Departamento Regional do Banco Central do Brasil em São Paulo, retransmite aos Bancos «instruções» recebidas do Departamento de Fiscalização Bancária, «instruções» essas que se destinariam a todas as dependências de instituições financeiras em funcionamento na praça, e cujo teor é transcrito assim:

«Consoante recomendação superior do Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda em Telex número 875/80, de hoje, solicitamos suas imediatas providências no sentido de determinar o bloqueio de valores titulados pelo Fiscal de Tributos Federais Marcos Ferreira da Silva, CPF 005852468-15, identidade 2238686-SSP-SP, sejam na modalidade de Depósitos à Vista, Depósitos a Prazo, Depósitos em conta de poupança e/ou outras aplicações financeiras» (fl. 13).

3. Vê-se, que à impetrante, ou mesmo aos Bancos, não chegou qualquer ato ou decisão do Sr. Ministro da Fazenda mas, apenas, o ato do Sr. Chefe Substituto que, **ex autoritate propria** e atendendo a uma solicitação do Departamento de Fiscalização Bancária, **determinou** o bloqueio das contas. O documento é claro e não admite a interpretação que nas informações se quis dar. A determinação aos Bancos partiu do Chefe Substituto. E não cabe indagar — ou pelo menos não seria lícito exigir dos impe-

trantes que fossem indagar — se esse Chefe Substituto podia deixar de atender à solicitação. Ou se o Departamento, que a fez, podia deixar de fazê-la. O certo é que, do Sr. Ministro da Fazenda, nada chegou à esfera jurídica da impetrante, senão a simples notícia de uma «recomendação». Então, a coação que a impetrante estava a sofrer, de modo palpável, partiu, inegavelmente, da autoridade impetrada. Esta foi que, sem mesmo indagar dos fundamentos da «solicitação» recebida ou das conseqüências jurídicas, econômicas e até morais da drástica medida, determinou-a e, portanto, assumiu-lhe a responsabilidade.

4. É sabido, aliás, que o funcionário público não é obrigado a cumprir ordem manifestamente ilegal (art. 194, VII, da Lei nº 1.711/52), assim como ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição Federal, art. 153, § 2º). Destarte, o funcionário ou o particular que cumpre ordem manifestamente ilegal assume, com quem expediu tal ordem, a responsabilidade dela, porque não tem a seu favor a dirimente do exercício regular de direito ou do estrito cumprimento de dever legal, de que tratam os arts. 160, I, do Código Civil e 19, III, do Código Penal.

Ora, a ordem de bloqueio de conta bancária, sem prévia e judicial restrição de bens, é manifestamente ilegal, parta de quem partir. Portanto, mesmo que em tal sentido houvesse ordem do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda — e já se viu que os autos noticiam simples «recomendação» — os executores dela, seja o funcionário do Banco Central, sejam os próprios bancos onde a impetrante possuía depósito, lhe assumiriam a responsabilidade, como co-autores.

Por conseguinte, a impetração era cabível contra qualquer deles ou contra todos, em litisconsórcio passivo. Os bancos responderiam, neste caso,

como delegados do poder público, em nome do qual disseram agir.

5. A impetrante, tendo destarte ação mandamental contra todos ou qualquer deles, pois a hipótese é de litisconsórcio simples, escolheu o funcionário do Banco Central. Não há, assim, problema de ilegitimidade, nem de incompetência da Justiça Federal de 1º grau. E a solução é válida para o litisconsorte, envolvido depois da mesma cadeia de coação já depois de concedida a liminar à 1ª impetrante, quando outro banco, depois de tergiversar a respeito das causas de não pagamento de cheques por ele emitido, terminou por confessar que agira daquele modo por estar o saldo «bloqueado por ordem de autoridades federais» (fls. 58/59). A existência, posteriormente comprovada (fl. 75), de ordem do Sr. Ministro Interino da Fazenda neste caso, em nada modifica a conclusão. O raciocínio é o mesmo exposto acima.

É de ser rejeitada, portanto, a primeira preliminar.

6. Passando ao exame da 2ª e última preliminar, começo por transcrever, pelo mesmo desejo de clareza que me impôs igual providência com relação à sentença apelada, a decisão pela qual o Dr. Laurindo Minhoto Neto, tomando conhecimento do feito quatro (4) dias após a concessão da liminar, quando recebeu as informações do impetrado, houve por bem reformar a decisão de seu colega:

«Tomei conhecimento do presente feito, que me compete por livre distribuição, em data de ontem, através de despacho exarado em peticionado do Banco Central, constante de fls. 22 e seguintes.

A liminar foi concedida, nestes, através o r. despacho de fl. 18/18v. Baseou-se, tal decisão, obviamente, na documentação oferecida com a inicial. Em tese, pelo que ali consta, tal despacho parecia inatacável. Entretanto, fato novo qual a mani-

festação do Banco Central, através seu zeloso Chefe Substituto, Dr. An-tonor Arakem Caldas Farias, ilide a higidez daquele decisório.

Preliminarmente, informações prestadas por autoridade constituída, como é curial, revestem-se de uma presunção de veracidade, já pelas próprias conseqüências que acarretam. Ora, *in casu*, verifica-se que o ato impugnado, na realidade, emanou do Senhor Ministro da Fazenda. A autoridade local lotada junto ao Banco Central, foi mera executora dessa ordem, limitando-se a cumpri-la apenas. Iniludivelmente, o ato impugnado é do Ministro de Estado. Destarte, por força do mandamento constitucional, a competência originária para conhecer da presente segurança, é do egrégio Tribunal Federal de Recursos, devendo-se cassar a liminar.

Do exposto, afirmo incompetência, reconhecendo a do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo que casso a liminar concedida, remetendo-se com as cauteladas de estilo.

Proceda-se à compensação» (Fl. 26).

7. Sustentam os apelantes e a dou-ta Subprocuradoria-Geral que esse ato se conceitua juridicamente como sentença (art. 162, § 1º, do CPC), pelo que somente através de recurso poderia ser reformado, o que torna ilegal e nula a sentença apelada. Examinando esse argumento essencial. Os demais, de ordem manifestamente secundária e administrativa, dizem com recriminações à conduta do outro Juiz e da Secretaria, já devidamente submetidas ao egrégio Conselho da Justiça Federal por meio de representação (fl. 91), e com o fato de que o feito teria sido distribuído ao Dr. Laurindo Minhoto — o que não vejo nos autos, mas tenho por despicando, já que se tratava de compe-

tência cumulativa e manifesta era a urgência da questão.

8. Segundo o preceito legal invocado,

«sentença é o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa» (art. 162, § 1º, do CPC).

E o recurso cabível, do ato assim definido, é somente o de apelação (art. 513, do mesmo CPC, e 12 da Lei nº 1.533/51, na atual redação). Assim, do próprio comportamento das partes nestes autos já se concluiria não se tratar, no caso, de sentença. Com efeito, em primeiro lugar, do decisório em questão a impetrante pediu reconsideração (incabível de sentença), o Dr. Juiz mandou ouvir o Ministério Público e este defendeu o despacho, sem que se argüísse o descabimento formal do pedido (fls. 31/45). Em segundo, o próprio parecer da douta Subprocuradoria-Geral, conquanto lastreie sua tese no caráter sentencial do referido decisório, admite que, se houvera julgamento regular do agravo que dele interpusera a impetrante, a sentença apelada estaria formalmente bem. Eis o que diz o parecer:

«5. A singular «retratação» não se operou por força de julgamento regular do recurso de agravo interposto pela outrora impetrante (fl. 46 usque 52), e foi decidida sem a audiência da parte adversa: aquele recurso sequer foi processado, mercê de providencial desistência por perda de objeto (fl. 68)» (Fl. 904).

9. Disto resulta, portanto, que o próprio Ministério Público não está seguro do caráter sentencial que atribuiu ao referido decisório, somente assim o qualificando para procurar apoio para seu inconformismo. Em verdade, trata-se de matéria controvertida, como bem se vê pelas notas de Thetonio Negrão, que aponta decisões de tribunais estaduais, ora admitindo agravo, ora não admitindo

qualquer recurso da decisão do art. 113 (Veja-se, desse autor, «Código de Processo Civil e legislação processual em vigor», 10ª ed., pág. 77, Nota 3 ao art. 113). Mesmo a respeito da decisão que resolve a exceção da incompetência, afirma esse autor, peremptoriamente, não se tratar de sentença (Cf. mesma obra, pág. 129, Nota 2 ao art. 309).

Neste Egrégio Tribunal mesmo já é iterativo o conhecimento do agravo de decisão em exceção de incompetência. O que não seria possível se de sentença se tratasse.

10. A matéria é, pois, controvertida. E havendo nos autos pedido de reconsideração e agravo, ainda até então não apreciados, não se pode decretar a nulidade da decisão que a reexaminou. Tanto mais quanto sobre o pedido de reconsideração fala o Ministério Público sem lhe argüir o descabimento e, como penso haver mostrado em primeira preliminar, competente era mesmo a Justiça de 1º grau.

11. No mérito, como se viu, não se apontou fundamento legal para o ato através do qual a Administração, valendo-se do extraordinário poder do Banco Central do Brasil ou do temor que as instituições financeiras e bancárias têm a ele, quis substituir-se à Justiça, impondo aos bens do funcionário sob inquérito um sequestro judicial denegado, mas, de maneira totalmente infeliz, atingindo na arbitrariedade terceiros sem a menor relação com o caso. Se não se apontou qualquer base legal para essa medida, cujas conseqüências para a credibilidade da rede bancária e para o patrimônio material e moral da própria União nem sempre as paixões permitem medir, também não se conseguiu demonstrar que os impetrantes não tivessem direito certo e líquido à movimentação de suas contas, direito que é curial e cuja ausência é que deve ser provada.

12. Assim sendo, nego provimento aos recursos.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 89.710-SP — Rel.: O Sr. Min. Costa Lima. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara-SP. Aptes.: Banco Central do Brasil e Ministério Público. Apdos.: Dilma Camargo Ferréira da Silva e outros.

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento aos recursos, para confirmar a sentença, prejudicada a remessa de ofício (Em 20-9-83 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.761 — DF

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelante: União Federal

Apelada: Sociedade Extrativa Ribeiro Ltda.

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

#### EMENTA

##### Mandado de segurança.

O artigo 168 da Lei Maior firmou o princípio da separação entre a propriedade dos bens minerais e a propriedade dos imóveis onde eles se encontram. Constitucional a lei ordinária que dá exclusividade da exploração ao titular do domínio. Tal estatuição não negou o comando emanado da Constituição.

##### Inexistência de direito adquirido.

#### 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 casar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 17 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Sociedade Extrativa Ri-

beiras Ltda. impetrou mandado de segurança contra o ato do Sr. Diretor da Divisão de Fomento do DNPM que determinou o arquivamento do seu pedido de Alvará de Pesquisa.

A impetrante diz haver protocolizado, em 12 de julho de 1978, requerimento para obter Alvará de Pesquisa de Minério, que deu origem ao Processo nº DNPM 803.496/78, tendo pago, inclusive, as despesas de publicação do Alvará de Autorização e Pesquisa, atendendo todos os requisitos do Código de Mineração.

Todavia, por despacho fundado na Lei nº 6.567/78, foi o processo arquivado, o que não é possível, pois a aplicação da lei nova aos processos de autorização pendentes, contraria o princípio constitucional da irretroativi-

vidade das leis e fere o seu direito de prioridade, definido no art. 16 do Código de Mineração.

Sem liminar, foram solicitadas as informações, que as prestou a autoridade impetrada, esclarecendo que o indeferimento decorreu da aplicação do art. 13 da Lei nº 6.567/78, e que o direito de prioridade, não se confundiu com o direito de obter a autorização, e que a impetrante tinha apenas expectativa de direito e não direito adquirido como pretende, e, ainda, que uma lei não é inconstitucional por criar direito subjetivo não inscrito na Constituição (fl. 32).

O Ministério Público oficiou.

O Dr. Juiz Federal concedeu a segurança.

Além da Remessa Oficial, houve recurso voluntário.

Contra-arrazoou a impetrante.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento da apelação da União e da remessa.

E o relatório.

## VOTO

**O Sr. Ministro Adhemar Raymundo** (Relator): O artigo 13 da Lei nº 6.567, de 1978, determinou que os requerimentos de autorização de pesquisa de determinadas substâncias minerais, pendentes de decisão, fossem arquivados. E que, pelos artigos 1º e 2º da citada lei, o aproveitamento dessas substâncias ali indicadas, far-se-á por licenciamento, ao proprietário do solo.

Impressiona, pela sua argumentação, o alegado pelo impetrante de que a Lei Maior aboliu o privilégio do proprietário, e, dessa forma, o comando ali contido se atrita, flagrantemente, com o texto constitucional invocado. Data venia, o que se contém, na Constituição é a separação entre o domínio do solo e do subsolo. Ora, ao estatuir a Lei Ordinária nº 6.567 que

ao proprietário do solo se deve dar preferência no licenciamento, para fim de aproveitamento de individuais substâncias minerais, não afronta a Lei Maior, porque «não estabelece confusão entre o domínio do solo e do subsolo, afirmando sujeitos a um mesmo titular», como proclamou o culto e honrado Dr. Procurador, nas suas razões de recurso (v. folha nº 49). Não se elide o princípio maior, insito na Constituição, de que é autônomo o direito dominial sobre os bens minerais. A preferência pode ser dada ao proprietário, porquanto patente essa distinção entre esse direito e o do proprietário do solo. Logo, a lei pressupõe, necessariamente, essa distinção, sem que outorga especial fira a norma da Lei Maior. E o direito emanado da lei citada se acomoda ao espírito da Constituição, firme no assegurar a propriedade do solo é perfeitamente distinta da do subsolo.

Nem, de outro lado, se há de falar em direito adquirido. A aplicação imediata da lei nova, por envolver interesse de ordem pública, afasta-o, vez que, com o simples requerimento de pesquisa, não se consolidara uma situação, em prol do impetrante, a depender, portanto, de formalidades outras, que, posteriormente, possibilitariam a outorga do direito de explorar determinados minerais. Essa outorga de autorização, sim, teria o sinete da definitiva constituição do seu direito, após a formalização do requerimento de pesquisa. Este, simplesmente, como termo inicial de um procedimento administrativo especial, não legitima a afirmativa de que no patrimônio do impetrante se consolidara uma situação, resultante do exercício de um direito. Daí a correta observação da autoridade informante, ao dizer que, com o simples recebimento desse requerimento, existia simples expectativa de direito, e não direito adquirido propriamente dito.

Dou provimento à apelação, para cassar a segurança. Pague o impenhamento as custas do processo.

E como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 89.761/DF — Rel.: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apte.: União Federal. Apda.: Sociedade Ex-

trativa Ribeiro Ltda. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para cassar a segurança (Em 17-02-84. 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 EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.331 — AM

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Remetente: Juízo Federal no Amazonas

Apelante: Fundação Universidade do Amazonas

Apelado: Antônio Carlos Marinho Bezerra

#### EMENTA

Administrativo. Professor universitário. Concurso público. Edital. Normas a serem obedecidas.

As condições impostas em edital para a realização de concurso ficam obrigadas a Administração e o candidato que nele se inscreveu, pois o edital é a lei do concurso, através dele assegurando-se não só o requisito da publicidade, que é peculiar a todo ato administrativo, como também vinculando-se ao que nele se prescreveu, Administração e administrados.

Descabido, assim, ao término do concurso ao qual se submeteu, insurgir-se o candidato contra a aplicação de critérios estabelecidos no edital para o fim de desempate.

Sentença que se reforma para cassar a segurança por ela 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, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: O ilustre Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, Dr.

Ubiray Luiz da Costa Terra, assim sintetizou a controvérsia:

«O Dr. Antônio Carlos Marinho Bezerra pede segurança contra o magnífico Reitor e Presidente do Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade do Amazonas, para o fim de restabelecer decisão da comissão examinadora que lhe outorgou o direito de primeiro lugar na seleção para lecionar a matéria de civil naquela faculdade.

Esclarece que a comissão examinadora lhe deferiu a primeira colocação, embora empatados três candidatos, porque ponderou o *curriculum vitae* como elemento de desempate e julgou o seu melhor.

Entretanto, a terceira colocada recorreu, perseguindo a tese de que o critério de desempate fosse o exame do histórico escolar. A instância seguinte, o conselho departamental, manteve a classificação da comissão, porque os votos divergentes não atingiram *quorum* qualificado para a reforma.

Mas, ainda irresignada, a terceira colocada subiu novo recurso, desta vez, ao Egrégio Conselho de Ensino e Pesquisa, e aconteceu, então, de esse órgão determinar que o critério de desempate fosse o do histórico escolar, com o que o impetrante perdeu seu lugar para a segunda colocada.

Entende o ilustre impetrante que seu prejuízo brotou de uma decisão ilegal, por três aspectos.

No primeiro, porque o Conselho, ao marginalizar o *curriculum vitae* e perfilhar o histórico escolar, trouxe uma Resolução — a 2/79 — editada para vigorar apenasmente naquele exercício passado. Decidiu, portanto, à luz de uma norma, já inexistente no mundo jurídico.

No segundo porque competia tão-somente à comissão examinadora escolher o critério de desempate,

uma vez que a Resolução de regência (a 2/79) era silente e, no silêncio, se enfeixava no círculo de poderes da comissão examinadora a competência e a discreção para resolver, de forma inapelável e final, as omissões, segundo o art. 13 da resolução. A escolha, portanto, do *curriculum vitae* era, por isso, final e inapelável

No terceiro aspecto, entende o impetrante que mesmo se admitindo a possibilidade de se repristinar a Resolução 2/79, a boa interpretação dela, também ditaria que o critério de desempate seria o *curriculum vitae*, só se chamando o histórico escolar para a subsidiariedade de último caso.

S. Magnificência remeteu as informações de lei.

Inicialmente, ponderou a inidoneidade do mandado de segurança para se compor em resultados de provas e concurso ou para se debaterem questões de indagação.

No mérito, informou que a comissão examinadora se fixou nos títulos profissionais de cada concorrente para desequilibrar o empate, assim utilizando método estranho ao certame e confirmou que, por isso, o Egrégio Conselho de Ensino e Pesquisa fez prevalecer o critério do histórico escolar.

Preconizou a vigência da Resolução 2/79 porque sem embargo de programada para vigência temporária, ficou revitalizada por força do edital, que foi a lei do concurso e que foi aceita pelos concorrentes, e também por que o poder normativo da instituição poderia estabelecer as regras da concorrência.

Dessa forma, o método de desempate só poderia ser aquele do edital.

O Douto Ministério Público, fl. 68, encampa as informações da Magnífica Reitoria». (fls. 70/71).

Concedeu S. Exa. a segurança para o fim de restabelecer a decisão da comissão examinadora que havia assegurado ao impetrante o primeiro lugar na seleção para lecionar na vaga de Direito Civil.

Dessa decisão apelou a Fundação Universidade do Amazonas nas razões com que manifestou sua irresignação sustentando, em preliminar, que o pedido de segurança deveria ter sido de logo rejeitado, isso porque a jurisprudência dos nossos tribunais ter-se-ia pacificado no sentido de não ser possível ao Judiciário apreciar os critérios utilizados pela administração, relativamente à análise do resultado de concurso pelo que incabível se apresentava o **mandamus** para a correção de justiça ou injustiça em resultado de provas seletivas, escapando ao controle do citado poder o ato administrativo de mérito, consoante ensinamento de Cretella Junior, in RF 209/35/41.

No mérito procura a fundação demonstrar a inoportunidade, no ato impugnado, de qualquer abuso de poder ou de violação a direito líquido e certo do impetrante, os critérios adotados para a classificação dos candidatos constando do edital para seleção de auxiliares de ensino, o que não poderia ser ignorado por qualquer dos inscritos no concurso passara deste a ser lei a que vinculados estavam todos os candidatos inscritos.

E concluindo, «o que foi estatuído no edital, exteriorizou a vontade da apelante sobre as normas a serem aplicadas na seleção para o preenchimento da disciplina Direito Civil, sendo insuscetível de alteração posterior, pois já estavam prefixados, no edital, os requisitos para a habilitação final dos candidatos. Como quer que seja, o método a ser usado no caso presente, e, em especial, para o desempate, não poderia ser outro além do fixado no edital, porquanto a inobservância pura e simples deste

equiparar-se-ia à própria infringência da lei.

A concessão da segurança se apresentaria, assim, ao desamparo da lei de vez que nenhum direito líquido e certo do impetrante fora ferido. (fls.82/83).

Requeru sua habilitação como litisconsorte Neli Elisabeth Mandelins, a qual com a concessão da ordem passara do 1º para o 2º lugar na classificação. (fls. 86/87).

Entendeu, contudo, o ilustre Juiz monocrático que a hipótese não era de litisconsórcio, mas de mera assistência (interesse em ajudar a parte contrária), como tal admitindo o seu ingresso no processo (fls. 89/89vº), dessa decisão não recorrendo, o que certificado à fl. 90.

Contra-razões do apelado às fls. 91/92, pugnando pela confirmação da sentença e realçando que, no caso, não se discute a correção de justiça ou injustiça em resultado de provas seletivas, mas de incorreta aplicação e interpretação de normas de concurso». (fl. 92 in fine).

Nesta instância manifestou-se a douta Subprocuradoria pelo provimento da apelação, em parecer do ilustre Procurador da República, Dr. Nelson Parucker, aprovado pelo não menos ilustre Subprocurador-Geral Dr. Aristides Junqueira de Alvarenga. (fls. 96/97).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): A preliminar que suscitada fora nas informações de fls. 58/66 e veio a ser reproduzida nas razões do apelo não tem porque ser acolhida, é que, na hipótese sob exame, como bem ressaltado na sentença, ao enfrentá-la, não se pretendeu do Juízo que aferisse provas, melhorasse notas, ou valorasse o mérito de currículos, na impetração somente se

contestando a legalidade in procedendo ou a juricidade de forma da decisão do Conselho de Ensino e Pesquisa da Universidade do Amazonas ao tornar de imperativa a aplicação, como meio de fixar critérios de desempate dos candidatos aprovados nas provas de seleção de auxiliares de ensino, com lotação nos departamentos especificados no aviso junto por xerocópia à fl. 17, a Resolução nº 2/79, na inicial apontada como caduca, extinta e inexistente no mundo jurídico.

Não se revestiriam, outrossim, de complexidade os fatos focalizados na inicial, ou nas informações, de modo a obstar a sua dilucidação pela via mandamental.

Com acerto, portanto, repelidas foram pelo ilustre Juiz monocrático as preliminares.

No mérito, entendo assistir razão à apelante, que, com propriedade, examina aspectos pertinentes à malsinada resolução, para demonstrar que, muito embora em seu art. 2º, contivesse disposição limitando-lhe a vigência ao ano de 1979, tanto não poderia constituir irremovível obstáculo a que, na prática administrativa, se valesse a entidade pública dos métodos nela estabelecidos reativando-os com o fim de disciplinar o desempate em prova seletiva desde, é óbvio, que o fizesse sem surpresa para os candidatos, como norma previamente estabelecida, ou restabelecida, a vigorar para expressa aplicação no concurso a que eles fossem concorrer.

No caso objeto da impetração, mostra a apelante que no edital para seleção de auxiliares de ensino, ficou expresso que esta seria realizada tendo por base a Resolução nº 12/78:

«com as modificações introduzidas pela Resolução nº 2/79, ambas do Conselho Universitário»,...

Ampliava-se, assim, a toda evidência, a vigência da citada resolução, e

tantó não era defeso à Administração da Universidade,

Diz o aviso de seleção para auxiliar de ensino, verbis:

«A Reitoria da Universidade do Amazonas leva ao conhecimento dos interessados que no período de 13 a 27 de fevereiro corrente estará aberta a inscrição para a seleção de auxiliares de ensino, com lotação nos departamentos abaixo, devendo a seleção ser feita com base no conteúdo das matérias indicadas, e de conformidade com a Resolução nº 12/78, com as modificações introduzidas pela Resolução nº 2/79, ambas do Conselho Universitário...» (fl. 17)

Ora, como realçado nas informações prestadas pelo Reitor da Universidade do Amazonas, o edital em tais termos publicado, passou a ser a lei do concurso, vinculando integralmente às suas cláusulas os candidatos inscritos à seleção. Em tais condições, se contra o critério fixado no edital, a cujo cumprimento se obrigam a administração e os candidatos, se queria insurgir o impetrante, deveria tê-lo feito no momento da inscrição no concurso, mas não o fazendo concordou com as condições impostas no edital do processo seletivo em que expressamente repristinada foi a Resolução nº 2/79 do Conselho Universitário.

Dou, assim, provimento à apelação para reformar a sentença e cassar a segurança nos termos do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.331-AM — Rel.: Min. Hélio Pinheiro. Remte.: Juízo Federal no Amazonas. Apte.: Fundação Universidade do Amazonas. Apdo.: Antônio Carlos Marinho Bezerra.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança. (Em 23-3-84 — 3ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Carlos Madeira e Adhemar Raymundo.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.521 — DF

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Relator originário: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Requerente: Mário Soares Lima

Requerido: O Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia

#### EMENTA

Administrativo. Anistia. Empregados da PETROBRÁS. Lei nº 6.683, de 28-8-79. Decreto nº 84.143, de 1979.

I — O interesse da Administração, requisito a ser observado para o retorno ou reversão do servidor ao serviço ativo, fundamenta-se em pressupostos objetivos inscritos no Decreto nº 58.143/79, art. 17, I, (militares), ou artigo 17, § 3º (civis), já que a Administração autolimitou-se ao regulamentar o preceito legal, artigo 3º da Lei nº 6.683/79.

II — Segurança deferida, em parte.

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por maioria, conceder o mandado de segurança, nos termos do voto médio do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de abril de 1982. (Data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator (RI, art. 152 § 3º)

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Mário Soares Lima qualifi-

cado nos autos, impetra mandado de segurança contra ato do Excentíssimo Senhor Ministro de Estado das Minas e Energia, alegando, em síntese: que o impetrante foi admitido na Petróleo Brasileiro S.A. — Petrobrás —, em 17 de março de 1958; que realizou vários cursos de interesse da empresa sendo promovido, em 1960, a Operador-Chefe de Processamento na Refinaria Landulpho Alves; que, em 1962, foi eleito presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Destilaria e Refinaria de Petróleo do Estado da Bahia — SINDIPETRO; que, no mesmo ano, foi eleito Deputado Federal pelo Estado da Bahia, permanecendo, entretanto, a exercer a presidência do sindicato; que, em 2-4-64, foi preso por militares do Exército, na sede da 6ª Região Militar, em Salvador, e, posteriormente, transferido para o presídio de Fernando de Noronha, só sendo posto

em liberdade por força de habeas corpus concedido pelo Supremo Tribunal Federal; que, em 10-4-64, teve seus direitos cassados e suspensos por dez anos, e cassado seu mandato parlamentar, com base no Ato Institucional nº 1/64; que, igualmente, foi afastado da presidência do sindicato; que, quando era público e notório que o impetrante se encontrava preso a PETROBRÁS o demitiu por abandono de emprego; que, retirando-se para São Paulo, onde passou a residir após ser posto em liberdade, veio a saber que fora condenado, à revelia, pela Justiça Militar de 1ª Instância, em Salvador, como incurso no art. 33, V, do Decreto-Lei nº 510/69; que tão logo tomou conhecimento dessa decisão, apresentou-se, espontaneamente, à auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar, tendo sido recolhido à Casa de Detenção de Salvador, onde permaneceu detido mais de 14 meses; que, apreciando o recurso que o impetrante interpôs da decisão condenatória de primeiro grau, o Superior Tribunal Militar, por unanimidade, o absolveu, a 25-10-71; que, também condenado, em 10-12-70, pela mesma Auditoria de Salvador, à pena de 6 meses de reclusão, como incurso no art. 12 da Lei nº 1.802/53, obteve absolvição, por unanimidade, no Superior Tribunal Militar; que, ao advento da Lei nº 6.683/79, o impetrante requereu ao Ministro de Estado do Trabalho sua anistia na qualidade de dirigente sindical e, à autoridade impetrada, sua reintegração no cargo e funções que exercia na PETROBRÁS; que o Ministro do Trabalho declarou-o anistiado, mas a autoridade impetrada resolveu, à vista de falsas informações prestadas pela PETROBRÁS, não tomar conhecimento do pedido, ao fundamento de que o impetrante não havia sido punido com base na legislação revolucionária; que, posteriormente, apreciando recurso administrativo interposto pelo impetrante, reconsiderou-se o impetrado, para anistiá-lo,

reconhecendo-lhe tão-somente o direito à aposentadoria; que contra o ato administrativo que lhe negou o retorno à atividade e, apenas, lhe reconheceu o direito à aposentadoria, é que se insurge o impetrante; que esse ato, pelas razões que expende, é eivado de ilegalidade e foi praticado com abuso e desvio de poder, malferindo direito líquido e certo do impetrante de retornar à atividade, assegurado pela legislação vigente; que postula o impetrante seja a autoridade impetrada compelida a praticar os atos necessários para fazê-lo retornar ao cargo de Operador-Chefe de Processamento, que ocupava na PETROBRÁS, empresa vinculada ao Ministério das Minas e Energia.

Requisitadas as informações, prestou-as a autoridade impetrada, às fls. 56/58, em suma sustentando a inexistência de direito líquido e certo, à asseveração de que, nos termos da lei de regência, o retorno ou reversão de servidor anistiado depende da existência de vaga, e de atender ao interesse da Administração.

A Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 137/144, opina pela denegação da segurança.

E o relatório

#### VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O impetrante, punido com fundamento na legislação revolucionária, foi aposentado como servidor de Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRÁS —, ao abrigo da anistia concedida pela Lei nº 6.683, de 1979.

Inobstante, sustenta assistir-lhe direito líquido e certo não à aposentadoria, mas de retornar ao cargo de Operador-Chefe de Processamento, que, anteriormente, ocupava na referida empresa.

Daí a presente impetração que objetiva compelir a autoridade a promover os atos necessários à efetivação de seu retorno ao serviço ativo.

Em suma, argüi que a *mens legis* «é fazer reverter todos quantos queiram e possam, impondo como únicas condições a existência de vaga e interesse da administração». E, no seu caso, a par de não faltar vaga, a acolhida de sua pretensão atenderia ao interesse da empresa, de vez que preencheu aqueles requisitos relativos à capacidade física, idade e nível de escolaridade, exigidos no § 3º do art. 17 do regulamento da mencionada Lei de Anistia, Decreto nº 84.143, de 1979.

A esse enfoque, tem-se que a *quaestio juris* posta nos autos prende-se tão-só, ao exame da pretensão do impetrante, de retornar à atividade, uma vez que não se lhe nega o direito à aposentação.

Ora, a lei em tela condiciona o retorno ou a reversão dos que por ela foram beneficiados à existência de vaga e ao interesse da administração (art. 3º *in fine*).

O primeiro requisito — existência de vaga — é dado de verificação concreta. E, ademais, sem relevância, no caso, diante das normas do § 2º, item I, e § 4º do artigo 17 do regulamento baixado com o Decreto nº 84.143, de 1979.

Já o segundo — interesse da administração — constitui o cerne da controvérsia maior suscitada em torno da aplicação da anistia concedida pelo diploma legal em tela.

Neste Tribunal, a matéria já foi objeto de exame.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 90-780-DF, o ilustre relator, Ministro Moacir Catunda, após dissertar, com o brilho e a ponderação que lhe são peculiares, sobre o conceito de «interesse público», ressaltando seu aspecto altamente polêmico, terminou por concluir que esse interesse, tendo ficado no caso «delimitado, individualizado, e condicionado à satisfação dos requisitos e condições estatuídas no Decreto nº 84.143/79, art.

17, § 1º, I, perdeu a característica de indeterminação, a vaguidade, com a consequência de retirar o ato reclamado no campo de discricionariedade, para situá-lo na área dos atos vinculados».

Naquela ocasião, acompanhei Sua Excelência, por voto de mera adesão.

Agora, porém, ao repensar a questão à luz dos textos legais e dos princípios de direito que lhe são aplicáveis convenci-me de que a tese então sustentada não refletia, data venia, o espírito e o alcance da lei.

Com efeito.

O interesse da administração, tal como posto no contexto do diploma legal em comento, situa-se, iniludivelmente, no campo do poder discricionário que o legislador reservou à Administração, em ordem a assegurar-lhe a oportunidade de decidir-se, pelo retorno ou reversão, segundo sua própria conveniência. A avaliação dos motivos informativos dessa opção escapam, à evidência, ao crivo do Judiciário, preservando-se o ato que a consubstancia, desde que não importe em frustrar os objetivos da lei.

Não há, afigura-se-me, como admitir venha a norma regulamentar limitar esse poder, retirando o ato da área da discricionariedade para a faixa dos atos vinculados. Se assim fosse, teríamos o regulamento sobrepondo-se à lei, para restringir-lhe o alcance, o que constituiria a violação dos cânones de direito ordenadores da aplicação e execução das normas legais. Na realidade, em nenhum passo definiu o regulamento o interesse da Administração. E, ao exigir do anistiado, para implemento do retorno ou da reversão, requisitos de saúde, idade e escolaridade, apenas reiterou exigências de ordem pessoal, obviamente reclamadas para o desempenho dos encargos funcionais. Vale dizer: a par da conveniência da administração no retorno

do servidor, mister se faz, também, atenda ele àquelas condições básicas ao exercício da função pública, impostas a todos os servidores, de modo geral. E o que se infere da exegese do texto legal.

E, neste ponto, registro «en passant» a desnecessidade mesma dessa norma regulamentar.

De fato, é ela supérflua, perfeitamente dispensável, visto como as condições que enumera constituem exigências essenciais ao desempenho de atividade pública, pois o exercício dos cargos públicos, guardadas as particularidades de cada caso, depende, necessariamente, do estado de saúde do servidor, de sua idade e habilitação.

Portanto, nada acrescentou o regulamento, no particular, senão que repetiu prescrições básicas já preexistentes no ordenamento administrativo. Reafirmou, tão-somente, aquelas condições indispensáveis sem as quais o retorno à atividade, ainda que pretendido pela administração, não se poderia efetivar. E, ao fazê-lo, não interferiu, de qualquer modo, com o conceito de interesse da administração. O legislador, quando quis condicionar esse interesse, procedeu de modo expresso, ao estabelecer no § 4º, do artigo 3º, da citada lei de anistia:

«O retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor».

Essa, a única limitação ao poder discricionário concedido à administração. Outra condição não estabeleceu a lei a esse poder, não sendo crível, nem se justificando, que o fizesse o regulamento.

A essas considerações, tenho que, na espécie, o exercício do poder discricionário não transbordou as lindes da legalidade.

Com efeito, de uma parte, inegável a competência da autoridade para a

prática do ato de aposentação, como alternativa que se lhe afigurou corresponder melhor à finalidade legal. Neste passo, note-se a improcedência da assertiva do impetrante, de que a PETROBRÁS teria «ultrapassado ilegalmente sua específica finalidade para arvorar-se em decidir sobre a conveniência ou não do retorno de seus funcionários anistiados». E que, na realidade, a empresa nada decidiu a respeito, mas apenas pronunciou-se, e era lógico que o fizesse, sobre o seu interesse no retorno pretendido. Essa sua manifestação, contudo, valeu e não podia deixar de ser, como simples elemento de informação sem qualquer conteúdo impositivo. A autoridade impetrada, ao definir-se pela aposentação, é que na realidade decidiu que não havia interesse da administração no retorno do impetrante à atividade.

De outro lado, como já explanado, o fato de preencher o impetrante as condições de saúde, limite de idade e capacidade técnica, não basta, por si só, para autorizar seu retorno à atividade. Faz-se preciso haja, também, conveniência nesse retorno, além daquelas exigências regulamentares. E é livre a administração, repetimos, definir-se quanto essa conveniência, salvo se o servidor foi punido por improbidade, hipótese em que estará condicionada no exercício dessa faculdade discricionária. A propósito, enfatiza a Subprocuradoria-Geral da República:

«Percebe-se, claramente, que tanto a existência de vaga quanto os requisitos de ordem pessoal fixados para a concessão do retorno ou da reversão consubstanciam limites à atuação da administração, vinculando-as aos ditames da lei.

O mesmo não ocorre, porém, com o «interesse», referido nos dois diplomas legais eis que, para a sua apreciação está o Poder Público investido da discricionariedade que

resulta, exatamente, da incerteza e da generalidade de seu conceito.

Somente a Administração poderá, pois, dizer o que é ou não do seu interesse e, na hipótese em tela, determinar se está interessada no retorno ou reversão do anistiado».

E, no caso, não tendo havido interesse da Administração em fazer retornar o impetrante ao serviço ativo, a consequência que se impunha era sua aposentadoria. Com isso, assinale-se, por derradeiro, não se frustrou a lei, mas, ao invés, atendeu-se, plenamente, à sua finalidade, com a exata aplicação da norma do seu art. 4º, *in verbis*:

«Art. 4º. Os servidores que, no prazo fixado no artigo 2º, não requererem o retorno ou a reversão à atividade ou tiverem seu pedido indeferido, serão considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão».

Em face do exposto, denego a segurança.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 93.521-DF — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Ferrante. Requerente: Mário Soares Lima. Requerido: Ex-mo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia.

Decisão: A Sessão Plenária, após os votos dos Srs. Ministros Relator e José Cândido denegando o mandado de segurança, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Pedro Acioli. Aguardam os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezini, Aldir G. Passarinho, Jesus Costa Lima, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymun-

do, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva, Sebastião Reis. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Peçanha Martins, Washington Bolivar e Américo Luz. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre 4-3-82 — Pleno.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Após o voto do Senhor Ministro-Relator denegando o Mandado de Segurança nº 93.521-DF — no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro José Cândido — pedi vista dos autos para melhor análise da espécie, considerando as correntes divergentes já conhecidas neste Tribunal, em torno do tema jurídico que foi objeto de discussão no MS nº 90.780-DF.

No relatório — que leio para melhor situar a controvérsia — assim se resume a espécie: Lê (fls. ).

Reza o art. 3º da Lei de Anistia:

«O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração».

No caso, é irrelevante o requisito da vaga. Ver a propósito o Parecer nº N-27, de 28 de março de 1980, da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Senhor Presidente, in DOU de 7 de abril de 1980, págs. 5894/5898. Assim, o ponto saliente da controvérsia constitui o tema do interesse da administração. Neste ponto é que me atenho.

No entender do Senhor Ministro Relator:

«O interesse da administração, tal como posto no contexto do diploma legal em comento, situa-se, ini-

ludivelmente, no campo do poder discricionário que o legislador reservou à administração, em ordem a assegurar-lhe a oportunidade de decidir-se, pelo retorno ou reversão, segundo sua própria conveniência. A avaliação dos motivos informativos dessa opção escapam, à evidência, ao crivo do Judiciário, preservando-se o ato que a consubstancia, desde que não importe em frustrar os objetivos da lei».

E acrescenta:

«Não há, afigura-se-me, como admitir venha a norma regulamentar limitar esse poder, retirando o ato da discricionariedade para a faixa dos atos vinculados».

O voto do Senhor Ministro-Relator, portanto, é no sentido de que o «interesse da administração», como posto no art. 3º já mencionado, situa-se no campo do poder discricionário e o decreto que regulamentou a Lei de Anistia não tem a força de retirar esse poder da administração, por isso mesmo denega a segurança.

O Senhor Ministro Moacir Catunda, que foi Relator do MS nº 90.780-DF, não entende assim: para ele a administração se auto-regulamentou através do Decreto nº 84.143/79, art. 17, § 1º, item I, «retirando o ato reclamado do campo da discricionariedade». Com essa tese formou-se outra corrente, à qual, dentre outros, adere o Senhor Ministro William Patterson, para quem a

«Administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislador. A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constitui o poder discricionário. Até aí, nenhuma peia jurídica poderia estancar sua concepção, criativa, sendo defeso, até mesmo ao Judiciário, opor dificuldades na opção de seus objetivos. Porém, desde que ela própria, na escolha, preferiu especificar os critérios do

art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas. Ajusta-se como uma luva à hipótese a feliz expressão do saudoso professor Marcelo Caetano, comentando o assunto, *verbis*:

A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação (ob. cit., pág. 442).

E, mais adiante, arremata, com inegável lucidez:

A Lei confia no órgão, admitindo como expressão correta da vontade legal qualquer solução dada no caso concreto, desde que vise ao fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência.

O fim do ato é, pois, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionário significa «livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim». O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial, cuja falta impede a validade do ato administrativo» (ob. cit. págs. 442/443).

Esse esquema metodológico de interpretação, ao meu ver, é o caminho que conduz a uma melhor decisão. Aliás, o modelo interpretativo proposto por Marcelo Caetano tem a ver com a dinâmica da ordem jurídica ou, mais precisamente, da estrutura escalonada da norma, de que fala Kelsen. A norma superior pode fixar apenas o órgão que produzirá a norma inferior e deixar ao critério deste tanto a determinação do processo como a determinação do conteúdo da norma a produzir. Assim, a lei pode autorizar, expressa ou implicitamente, a elaboração mais pormenorizada, por via de decreto regulamentar, do comando normativo, ou autorizar a fixação de limites objetivos do conteúdo de uma norma anterior e supe-

rior. (Cf. Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, págs. 309 e ss., 4ª edição portuguesa, Coimbra — 1976).

Nessa linha de idéia, permite-se que uma regra inferior ou igual possa limitar uma proposição jurídica concebida em termos gerais ou com vaguedade, desde que o faça sem fugir do plano da legalidade. Assim, mediante uma segunda proposição jurídica a regra primeiramente dada, formulada com ambigüidade, se restringe ou se esclarece, facilitando a sua aplicação. A função dessa segunda proposição consiste em precisar ou esclarecer o conteúdo da anterior, sem prejuízo da legalidade. São as proposições explicativas ou restritivas de que trata Karl Larenz, in Metodologia da Ciência do Direito, 2ª edição, pp. 232 e ss., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa — 1969. Esse encadeamento das proposições jurídicas é uma característica da estrutura vertical do ordenamento juridico-positivo.

Noutro passo, poderia perguntar-se se o Decreto nº 84.143/79, desenhando uma delimitação do interesse da administração, não estaria além do limite de aplicação da prescrição formulada pelo legislador. A mim me parece que tal não ocorre. Com efeito, o legislador, no art. 3º da Lei de Anistia, deixou à Administração uma liberdade de agir. Mas foi a própria Administração, através do seu chefe maior — o Senhor Presidente da República — que, de logo, resolveu delimitar o seu campo de ação. E tinha, como tem, habilitação legislativa para tanto. Daí a Administração ter abdicado do seu poder discricionário, elegendo a instância vinculativa para se orientar no seu proceder. Fê-lo através de decreto regulamentar, como lhe era adequado. E isto faz lembrar a distinção de Carré de Malberg entre «reglamentos presidenciais espontâneos e reglamentos (presidenciais) que presuponem una habilitación legislativa.» (In Teoria Gene-

ral del Estado, versão espanhola, pp. 589 e ss., Fundo de Cultura Económica, México, 1948).

Acrescente-se que «discricionariedade é a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador...» ou a «liberdade dentro da lei, nos termos dela e exclusivamente para dar exato atendimento às finalidades estipuladas», na conceituação do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello (Ato Administrativo e Direito dos Administrados, pág. 66, Editora Revista dos Tribunais — São Paulo, 1981). E, na concepção de Laubadère, o poder que permite conciliar o principio da legalidade com a necessidade de uma certa liberdade de ação da administração (Manuel de Droit Administratif, 1968, pág. 88). Ora, se o legislador permitiu à Administração, agir num plano de discricionariedade, a Administração, através da regra do art. 17 do decreto regulamentar, usou esse poder discricionário para ela mesma, delimitando o seu proceder. Isso é perfeitamente compreensível e se insere nos lindes da legalidade. Por isso, dizer-se que, neste caso, a norma regulamentar estaria sobrepondo à lei, ou restringindo-lhe o alcance, significa, data venia, um desvio de percepção lógica.

A autoridade coatora, só para argumentar, não motivou o seu ato, ora atacado. Podia fazê-lo na oportunidade das informações. Se não me enganar, Laubadère ou Rivero defende que não ostentando o ato o motivo ou a sua fundamentação, a autoridade poderá revelar ou deverá declinar, na necessária oportunidade, os motivos que o inspiraram. E a autoridade tenta explicar o seu ato, tecendo as considerações de que «um ex-servidor que ocupava função técnica de «operador de processamento» afastado há mais de 17 (dezessete) anos de sua função, encontra-se absolutamente desreciclado, desatualizado e desconhecedor da evolução tecnológica» (fl. 61). Ora, isso nada justifica. Fos-

se assim, a Lei de anistia seria frustrada nos seus fins e a PETROBRAS não teria reaproveitado 7 (sete) dos quarenta e quatro anistiados.

Toda decisão judicial, que é aplicação de direito, supõe, ao menos em certa medida, um esquema prévio de interpretação. Esse esquema que apóia a conclusão pode não ser o melhor num contexto, ou pode ser o ponto de apoio de uma decisão comprometida com uma ideologia, ou uma concepção de valor que ao julgador pareça a mais correta, a mais justa, ou que tenha em mira a solução dos conflitos de maneira que melhor atenda ao fim do Direito, numa perspectiva sociológica.

O requerente, que ingressou inicialmente no quadro de pessoal da PETROBRAS com privilegiada classificação, quer voltar ao trabalho, e lhe é mais vantajoso trabalhar do que se aposentar, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista psicológico. Conceder a segurança é prestigiar o direito ao trabalho, inspirado nas razões de dignidade humana, de economia pública e de paz social, segundo o pensamento de Garcia Oviedo (Tratado Elemental de Derecho Social); um direito ao trabalho protegido pelas Constituições modernas, a partir da de Weimar, e tão assinalado pela Encíclica **Laborem Eercens** do Papa João Paulo II. Conceder a segurança, é dar uma chance ao impetrante para que, com 43 anos e ainda com aptidão para o trabalho, integre a comunidade operária trabalhando na construção deste Brasil, contribuindo para afirmar o papel da indústria petrolífera brasileira; é permitir-lhe perceber melhores ganhos para que, igualmente, ofereça o melhor à sua família.

Por tudo isso, Senhor Presidente, o meu voto é para conceder a segurança.

## EXTRATO DA MINUTA

MS nº 93.521-DF — Rel. p/Acórdão: Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. Rel. originário: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Requerente: Mário Soares Lima. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Pedro Acioli concedendo o mandado de segurança, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Américo Luz. Aguardam os Srs.. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezini, Jesus Costa Lima, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva e Sebastião Reis. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Washington Bolívar. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre. 18-3-82 — Pleno.

## VOTO VISTA VENCIDO, EM PARTE

O Senhor Ministro Américo Luz: Depois dos votos proferidos pelos eminentes Ministros Relator, Miguel Ferrante, José Cândido e Pedro Acioli, os dois primeiros denegando o «writ» e o último concedendo-o, pedi vista dos autos, notadamente para verificar a existência ou não do alegado direito líquido e certo à impenetrabilidade, negada nas informações e no Parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República. E que, em se tratando de relação de emprego entre o impetrante e a PETROBRAS, sociedade de economia mista, disciplinado o pacto laboral pelas normas da CLT, pareceu-me, *prima facie*, mais apropriado à solução da controvérsia o rumo da reclamação trabalhista e, consequen-

temente imprópria a via do remédio heróico.

Verifica-se, contudo, ao exame dos autos, da legislação especial que rege a matéria (Lei da Anistia) e da natureza do ato ministerial apontado como coator, que o mandado de segurança tem pleno cabimento, in casu, tanto mais que na peça informativa e no pronunciamento do Ministério Público argüiu-se, apenas, preliminar de ausência de direito líquido e certo para o exercício da ação mandamental (ut fls. 139/142).

Analiso, portanto, o mérito do pedido.

Comprovam os elementos constantes do processado que o impetrante foi admitido na Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, em 17-3-1958, aprovado em primeiro lugar em concurso público, passando a exercer as funções de Operador de Processamento e depois de Operador-Chefe de Processamento da Refinaria Landulpho Alves. Em 2-4-1964, quando exercia a presidência do Sindicato de sua categoria profissional e mandado de Deputado Federal, foi preso na 6ª Região Militar em Salvador (BA), onde permaneceu até 12 de agosto do mesmo ano, quando o transferiram para o presidio de Fernando de Noronha, posto em liberdade no dia 4 de dezembro seguinte, em decorrência de habeas-corpus concedido pelo Superior Tribunal Militar.

Da peça vestibular ressaem, ainda, os seguintes eventos, todos corroborados pela prova documental e não contestados nas informações (fls. 3/7):

1. Em 10-4-64 foi atingido pelo Ato Institucional de 9-4-64 que, depois, tomou o número 1, tendo seus direitos políticos cassados e suspensos por dez anos e cassado seu mandato parlamentar (doc. nº 4);

Em 6-4-64 o sindicato que presidia sofreu intervenção, sendo afastado de seu cargo (doc. nº 5);

Em 25-8-64 foi demitido da PETROBRÁS, sem disso poder tomar conhecimento pois estava preso em Fernando de Noronha;

2. Soube depois que a PETROBRÁS publicara notificações na imprensa de Salvador intimando-o a apresentar-se ao serviço, quando era pública e notória sua situação de preso à disposição de autoridades militares;

3. O impetrante era Deputado Federal e Presidente do SINDIPE-TRO, não sendo razoável aceitar-se que a Petrobrás desconhecesse seu paradeiro, que era constantemente mencionado na imprensa (doc. nº 6).

Em 27-8-64 nova notificação é publicada, agora para dar ciência da demissão ao impetrante e outros, na qual alegava a PETROBRÁS que as demissões foram por justa causa, motivadas por abandono de emprego, já que não foram encontrados nos locais de trabalho, nem nos seus endereços registrados nos arquivos da Empresa (...)» (doc. nº 6A, 6B e 6C);

4. Em 26-9-69 foi condenado à revelia pela Justiça Militar de primeira instância em Salvador, como incurso no art. 33, inciso V do Decreto-Lei nº 510/69. O impetrante sequer sabia da existência do processo pois estava residindo em São Paulo e, muito antes, fora beneficiado por habeas corpus concedido pelo Supremo Tribunal Federal que considerou incompetente a Justiça Militar para processá-lo e julgá-lo (doc. nº 3).

Tão logo tomou conhecimento da decisão judicial, apresentou-se espontaneamente à Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar, sendo no mesmo dia - 31 de agosto de 1970 - recolhido à Casa de Detenção de Salvador, onde permaneceu detido mais quatorze (14) meses.

Apreciando recurso interposto contra a decisão de primeiro grau, o Egrégio Superior Tribunal Militar, em decisão unânime, absolveu o im-

petrante em 25 de outubro de 1971 (doc. nº 7).

Em 10-12-70 foi condenado pela mesma auditoria à pena de seis (6) meses de reclusão como incurso no art. 12 da Lei nº 1.802/53, decisão reformada pelo Egrégio Superior Tribunal Militar para absolvê-lo, por unanimidade, em 05-7-71;

5. Concedida anistia pela Lei nº 6.683/79, «imaginou o impetrante estivesse terminado o longo calvário que viveu por tantos anos, nada lhe sendo poupado no que diz respeito a sofrimentos, perseguições, injustiças, humilhações e prisões. Ledo engano!»

Dentro do prazo legal requereu ao Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho sua anistia na qualidade de dirigente sindical e ao Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia sua reintegração ao cargo e função exercidos na PETROBRAS e readquiridos por força da Lei de Anistia.

O Exmo. Sr. Ministro do Trabalho declarou-o anistiado por decisão republicada no DOU de 1 de julho de 1980, determinando a remessa do processo ao Ministério das Minas e Energia para decidir sobre o retorno ao serviço ativo «por se tratar de reintegração em entidades de Administração Pública Indireta», não vinculadas àquela pasta (doc. nº 8).

Por sua vez, o Exmo. Sr. Ministro das Minas e Energia, apreciando o pedido de retorno ao serviço ativo, decidiu não tomar conhecimento do pedido, «por não ter sido o requerente punido com base em Ato Institucional ou Complementar, nem quaisquer outros dispositivos da legislação pertinente».

Tal decisão foi publicada no DOU de 4 de julho de 1980, pág. 13.379.

Inconformado, o impetrante interpôs recurso administrativo à mesma autoridade que, em ato publicado no DOU de 9-4-81, pág. 2929, reconside-

rou sua decisão anterior para anistiá-lo, mas só lhe reconheceu o ato ministerial direito à aposentadoria.

Rememorados esses lances, estou em que o voto do inclito Ministro Pedro Aciole, fundamentado, em parte, na decisão deste Egrégio Tribunal (sessão de 15-10-1981), nos autos do MS nº 90.780-DF, relatado pelo eminente Ministro Moacir Catunda, deu à questão sub-judice o adequado tratamento legal, ao proclamar que a Administração se auto-regulamentou através do Decreto nº 84.143/79, artigo 17, § 1º, item I, «retirando o ato reclamado do campo da discricionariedade».

São asseverações do Ministro Aciole:

«Com essa tese formou-se outra corrente, à qual, dentre outros, adere o Senhor Ministro William Patterson, para quem a «Administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislador». A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constitui o poder discricionário. Até aí, nenhuma peia jurídica poderia estancar sua concepção criativa, sendo defeso, até mesmo ao Judiciário, opor dificuldades na opção de seus objetivos. Porém, desde que ela própria, na escolha, preferiu especificar os critérios do art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas. Ajusta-se como uma luva à hipótese a feliz expressão do saudoso professor Marcelo Caetano, comentando o assunto, verbis:

«A vontade livre da resolução, é vinculada na formação» (ob. cit., pág. 422).

E mais adiante, arremata, com inegável lucidez:

«A lei confia no órgão, admitindo como expressão correta da vontade legal qualquer solução

dada no caso concreto, desde que vise ao fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência.

O fim do ato é, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionário significa «livre dentro dos limites» permitidos pela realização de certo fim. O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial, cuja falta impede a validade do ato administrativo» (ob. cit. págs. 442/443).»

A questão subsume-se a aspectos jurídicos inter-relacionados no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo. No que concerne ao primeiro, entendo que o motivo invocado pela PETROBRÁS para rescindir o contrato de trabalho celebrado com o impetrante (abandono de emprego) torna esse ato nulo de pleno direito, porquanto descaracterizado o *animus abandonandi*, pelo simples fato de que a interrupção na prestação de serviço ocorreu por circunstâncias inteiramente alheias à vontade do empregado, que estava preso nas épocas já mencionadas. Nos termos do artigo 471, parágrafos 3º, 4º e 5º da CLT (lê), tal ato não se justificava.

Comentando tais normas, Mozart Victor Russomano preleciona:

«O Decreto-Lei nº 3, de 27 de janeiro de 1966, acrescentou matéria nova e que merece algumas considerações.

Em primeiro lugar, teve o referido decreto-lei em mira o problema resultante de determinado trabalhador, no exercício de suas funções, tornar-se nocivo à segurança nacional, por qualquer forma de atividade subversiva: desde a propaganda ideológica, até os atos de sabotagem e terrorismo.

Em segundo lugar, para enfrentar o problema, o legislador admi-

tiu que a autoridade competente (competente em matéria de segurança nacional e, não em matéria de fiscalização do trabalho) provocou o afastamento do empregado do serviço ou do local de trabalho (parágrafo 3º), o que deveria, ser feito mediante representação fundamentada e com audiência prévia do Ministério Público do Trabalho (parágrafo 4º). Ao órgão da Procuradoria Regional do Trabalho caberá promover, de imediato, a instauração de inquérito administrativo (parágrafo 4º, parte final).

Tudo indica que esse inquérito, por ser administrativo, se desenvolverá na área do Poder Executivo, perante os órgãos encarregados da segurança do País e, não, perante a Justiça do Trabalho, visto que o litígio não resulta da relação de emprego.

Em terceiro lugar, finalmente, essas normas firmaram certos conceitos originais. O parágrafo 3º, parte final, quando admite o afastamento do empregado do local de trabalho ou do serviço que ele desempenha na empresa, timbra em acentuar que, nesse caso não se configura suspensão do contrato.

Qual a situação jurídica criada?

Se houver mero afastamento do serviço atribuído ao empregado, na verdade, se terá procedido à alteração do contrato.

Se ocorrer afastamento do local de trabalho, não há, também, suspensão do contrato, porque o parágrafo 5º, expressamente, diz que, durante o período de afastamento, o empregador continuará pagando salário ao empregado. Isso equivale a dizer que, na espécie, verifica-se interrupção do contrato, com todas as suas consequências, inclusive quanto à contagem do tempo de serviço do empregado.

Mas, o pagamento do salário do trabalhador afastado se limita ao

prazo máximo de noventa dias (parágrafo 5º). E, por isso, perguntamos ainda qual a situação jurídica resultante do fato de, escoado esse prazo, perdurar o entendimento de que a presença do trabalhador na empresa continua sendo nociva à segurança nacional.

Concluimos que, dentro desse prazo, deverá estar obrigatoriamente julgado o inquérito administrativo. Se no inquérito se concluir pela existência efetiva de atos atentatórios contra a segurança nacional, o trabalhador será despedido, na forma do atual parágrafo único, do art. 482, da Consolidação.

Inexistindo configuração de falta, deve o trabalhador voltar ao serviço.

Vamos além: como o legislador fixou aquele prazo, é de se sustentar, inclusive, que, após o mesmo, não pode perdurar o afastamento do empregado para fins de inquérito. Trata-se (ao contrário dos inquéritos judiciais contra empregado estável) de afastamento do trabalhador do serviço por prazo máximo fixado em lei (noventa dias).

Caso contrário, admitir-se-ia a possibilidade de se impor ao empregado afastamento do serviço sem prova de falta grave e sem remuneração, o que iria esbarrar, particularmente, no art. 474, que veda a suspensão do empregado do serviço por mais de trinta dias consecutivos.

Na verdade, a regra do art. 474 foi excepcionada pelos parágrafos acrescidos ao art. 472. Em nosso pensamento, esses parágrafos deveriam estar ao pé do art. 474.

A matéria exposta possui muita relevância pela situação política criada, no país, pela Revolução de 31 de março de 1964, a que se seguiram atos de violência e terrorismo em todo o território nacional. Apesar disso, não temos conhecimento

da aplicação efetiva dessas normas, que parecem ter funcionado, sobretudo, como advertência aos trabalhadores e como instrumento - utilizável a qualquer tempo - contra os processos de subversão da República.» («Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho», 8ª edição — Konfino — vol. VII, págs. 689/690»).

Embora o Decreto-Lei nº 3 se refira a portuários, a lição merece meditação acurada, por sua relevância jurídica.

Tem-se, portanto, que, *ex vi legis*, o contrato de trabalho entre o impetrante e a PETROBRAS sofreu interrupção, jamais poderia ser reputado rescindido no período em que aquele se viu impedido, por ato da autoridade pública, de comparecer ao local do emprego. Se assim é, e não há de negar-se, cessados os motivos da mencionada interrupção, assistia-lhe o direito de ao mesmo retornar. Não se pode cogitar sequer da prescrição desse direito, de vez que, para o impetrante, o lapso prescricional só começou a fluir a partir da Lei da Anistia e a *actio nata*, o termo inicial da contagem desse mesmo prazo, surgiu à data do ato indeferitório do seu pedido, que é o atacado na impetração.

Se é interrupção do pacto laboral que se cuida, quando entrou em vigor a Lei nº 6.683, de 22-8-1979, o impetrante já era estável, admitido que foi em 17-3-1958, desde 17-3-1968. Nesse caso, a sua dispensa pela PETROBRAS deveria ter sido precedida de inquérito administrativo, se não o previsto na legislação revolucionária, o de que trata o próprio Digesto Trabalhista (artigos 492 e seguintes e 853 a 855).

A essas considerações formuladas com apoio no Direito do Trabalho, haverão de juntar-se as pertinentes ao Direito Administrativo, tão bem desenvolvidas nos votos a que me re-

feri inicialmente, dos eminentes Ministros Moacir Catunda e Pedro Acioli, a cujas conclusões me associo. Quero, todavia, invocar o magistério do professor Hely Lopes Meirelles, a respeito de ato discricionário e da denominada teoria dos motivos determinantes («Direito Administrativo Brasileiro», 8ª edição, págs. 56, 143 e 145), *in verbis*:

«A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois o certo é falar-se em poder discricionário da Administração.»

«Discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir. Em tema de fins a lição é de Bonard - não existe jamais, para a Administração, um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar. O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente.»

«Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do Juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.»

Ao discorrer sobre a teoria dos motivos determinantes, o festejado jurista patricio, citando o magistério do saudoso Francisco Campos e atendo-se à doutrina de Ranelletti, assevera (ob. cit., págs. 175 e 176/177):

«A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e sujeitam-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.»

«Por aí se conclui que, nos atos vinculados, a motivação é obrigatória; nos discricionários, é facultativa, mas, se for feita, atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados, como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado.»

O ato impugnado pelo impetrante padece, a meu ver, do vício da ilegalidade, por não levar em conta os antecedentes factuais e jurídicos no campo da legislação trabalhista e por refugir aos lindes estabelecidos no artigo 17, § 3º, do Decreto nº 84.143/79.

Acolho, destarte, os argumentos da petição inicial e, *data venia* dos ilustres Ministros Relator e José Cândido, acompanho o voto do Senhor Ministro Pedro Acioli.

Concedo a segurança, nos termos do pedido.

#### VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, após o brilhante voto do eminente Relator, denegando a segurança, e dos não menos brilhantes votos dos Srs. Ministros Pedro da Rocha Acioli e Améri-

co-Luz, todos eles aprofundados em citações e no exame doutrinário da matéria, seria razoável e até prudente que pedisse vista dos autos. Não o farei, contudo. Não o farei porque acredito ser desnecessário postergar mais ainda o exame de uma matéria que, por sua natureza, é urgente, qual seja o mandado de segurança.

Dispensou-me no exame da contravérsia de abordar a questão sob o aspecto trabalhista. Adstrinjo-me a ter em conta os textos legais de índole administrativa e previstos na lei de anistia.

O art. 3º da Lei nº 6.883, de 28 de agosto de 1979, estabelece: (lê).

«O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração.»

De logo decorre, do texto legal lido, que a volta do anistiado ao serviço ativo enseja, sem dúvida alguma, a prática de ato discricionário, vez que o exame do interesse da administração não foi vinculado a nenhum aspecto legal. Afirma-se que, através do decreto que regulamentou a matéria, teria a administração autolimitado o exercício do seu poder discricionário. Assim, citando o § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 30 de outubro de 1979, aduz-se que tal texto, ao dizer que o retorno ou reversão do servidor civil fica sujeito à prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica, à observância do limite de idade estabelecido em lei e, se necessário, à comprovação de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego, estaria a criar condicionantes que, pela aplicação da teoria dos motivos determinantes, teriam o condão de transformar o ato originariamente

discricionário em ato vinculado. Mas, se se verificar as referências constantes do texto regulamentar, ver-se-á que todas elas decorrem de lei. Isso se dá, quanto à prova de capacidade, à observância do limite de idade e comprovação do nível de escolaridade. Portanto, como é possível conceber que um texto regulamentar, que nada mais faz do que repetir exigências decorrentes de lei, tenha o condão de transformar o ato discricionário em vinculado?

Mais ainda. Se bem me recordo, o eminente Ministro Pedro da Rocha Acioli, em seu douto voto, inclusive, indagou a razão pela qual a Administração, nas informações, não deu os motivos ensejadores da prática do ato? A resposta, a meu ver, é muito simples. Não o fez porque, se ela assim procedesse, estaria a torná-lo vinculado e, portanto, estaria sujeita às conseqüências decorrentes da aplicação da teoria dos motivos determinantes.

Por tais razões, com a devida vênia, entendo que, no caso, o exame da matéria pelo Poder Judiciário há de adstringir-se apenas ao aspecto da legalidade. Não pode, na espécie, o Judiciário examinar a questão do merecimento, acerca da conveniência ou não da prática do ato maisinado, através desta via mandamental.

Diante de tal entender, reportando-me a voto em que examinei a matéria, embora de maneira resumida, isto é, ao proferido no Mandado de Segurança nº 90.780, DF, peço vênia para acompanhar o eminente Ministro-Relator e, portanto, denegar a segurança.

#### VOTO

O Sr. Ministro Aldir G. Passarinho: Sr. Presidente, data venia do voto do Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli, agora reiterado pelo Sr. Ministro Américo Luz e demais Ministros que o acompanharam, fico com o voto do

ilustre Relator. Primeiramente, é lembrar a situação focalizada em dois votos do Sr. Ministro Moacir Cautunda, referentemente a aplicação da Lei da Anistia. No primeiro deles, referente a militar e que, anistiado, pretendia voltar ao serviço ativo, o Tribunal entendeu que os requisitos estabelecidos no art. 17, parágrafo único, II, do ato regulamentário, consubstanciados no Decreto nº 84.143/79, tinham fixado parâmetros únicos para a Administração. O requisito de interesse da Administração a que se referia o art. 3º da Lei nº 6.683, de 28-8-79, ter-se-ia, deste modo, como atendido, se as exigências previstas no ato regulamentário fossem atendidas.

Naquela ocasião, discordei de S. Exa., ficando vencido, porque entendia que aquelas exigências eram apenas as mínimas, as essenciais, sem as quais sequer se tornava necessário o prosseguimento de exame quanto ao interesse da administração, até porque o decreto falava em requisitos essenciais, o que significava que permanecia o poder discricionário da Administração para o exame da conveniência e oportunidade do retorno do servidor ao serviço ativo. Sustentei, eu, então, que as disposições regulamentares haviam de ser consideradas em harmonia com a lei regulamentada, e não como restringindo-a, ou com ela conflitante. Aliás, em qualquer dos casos, prevaleceria, como é óbvio, a disposição legal.

No segundo caso, tratava-se de servidores da PETROBRAS e, pelo que posso lembrar, não foi admitida no *mandamus* a volta dos então impetrantes àquela entidade, mas sim apenas lhes foi reconhecido o direito à Lei de Anistia, devendo em face disso a Administração aposentá-los se não fosse o caso de não aproveitá-los.

Quanto ao mandado de segurança impetrado por militar, aliás, posteriormente, em face de embargos de

declaração, que foram recebidos, veio a ser considerada intempestiva a impetração e, por isso, reformado o Acórdão concessivo da segurança.

Na espécie em exame, como salientou o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, não se pode ter como limitado o interesse da Administração que se situa, realmente, no poder discricionário, àquelas exigências que são até as essenciais para o próprio desempenho do cargo e fixadas no seu regulamento, conforme o § 3º do art. 17 do Ato Regulamentário. Diz o aludido § 3º:

«O retorno ou reversão de servidor civil fica sujeito a prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica, à observância do limite de idade estabelecido em lei, e, se necessário, à comprovação de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.»

Ora, não se pode, a meu ver, confundir esses requisitos, que são os básicos: limite de idade fixado em lei, inspeção médica, a comprovação de nível de escolaridade compatível com o que está dito no art. 3º da Lei nº 6.683/79, o qual estipula:

«O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.

E tanto isso é verdade que as exigências não podem ser apenas as do § 3º, e não houve essa delimitação do Ato Regulamentário, que o § 4º do mesmo art. 17 do decreto diz:

«Em se tratando de servidor civil que ocupava cargo técnico ou científico em setor ou repartição onde a nomeação ou contratação não seja subordinada à existência de vaga, será considerado, para o retorno ou reversão ao serviço ati-

vo, exclusivamente o interesse da Administração.

As duas hipóteses foram previstas. A necessidade de vaga é uma exigência que se encontra no art. 3º da Lei nº 6.683 e quando não houver necessidade de vaga, nos casos de cargos técnicos e científicos, então a reversão se condiciona, exclusivamente, ao interesse da Administração. Isso, a mostrar que aqueles requisitos do § 3º, não podem ser considerados como os únicos exigíveis para que se tenha como atendido aquele amplo e fundamental de interesse da Administração a que se refere o art. 3º, § 4º da lei. Nem se compreenderia mesmo limitação dessa natureza contra todas as lições doutrinárias, quanto ao que se considera interesse da Administração.

Na interpretação dos textos legais, há de procurar-se sempre que possível considerá-los como harmônicos e não conflitantes. E, com mais razão, não há de se ter o texto regulamentário como conflitante ou mesmo restritivo da norma regulamentada.

Assim, Sr. Presidente, entendo que continua a existir a necessidade de ser considerado o interesse da Administração, além do atendimento dos requisitos de idade, capacidade física e grau de escolaridade para que possa haver o retorno ao serviço do servidor anistiado, pois aquelas exigências do § 3º do art. 17 do ato regulamentário, são apenas os requisitos mínimos, essenciais, e não os únicos.

Com estas considerações, acompanho o eminente Ministro-Relator.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 93.521-DF — Rel. p/Acórdão: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Rel. Originário: Sr. Ministro Miguel Ferrante. Requerente: Mário Soares Lima. Requerido: o Sr. Min. de Estado das Minas e Energia.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Américo Luz, Flaquer Scartezini e Jesus Costa Lima concedendo o mandado de segurança e dos Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite e Torreão Braz denegando o pedido, pediu vista dos autos, o Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Aguardam os Srs. Ministros Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Ademar Raymundo, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva e Sebastião Reis. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Washington Bolívar e Lauro Leitão. Impedido o Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre (25-3-82 — Tribunal Pleno).

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: o impetrante, que era servidor da PETROBRAS, desta foi demitido, relacionada tal demissão com crime a que se refere a Lei nº 6.683, de 28-8-79 (v. despacho do Sr. Ministro das Minas e Energia, de 2-4-81, transcrito nas informações, fl. 60). Requereu, então, com base na mencionada Lei de Anistia, Lei nº 6.683, de 1979, o seu retorno ao cargo e função exercidos na PETROBRAS. Foi-lhe reconhecida a anistia; todavia, por decisão do Sr. Ministro das Minas e Energia, foi-lhe negado o retorno ao cargo, lhe tendo sido concedida, entretanto, a aposentadoria. Contra essa decisão, insurge-se o impetrante, para o fim de obter retorno ao cargo de Operador-Chefe de Processamento, que ocupava na PETROBRAS.

#### II

Sustenta o Ministro de Estado que a lei facultou à Administração decidir sobre o retorno, condicionado à

existência de vaga e ao interesse da administração. Escreve fl. 57):

«3. A competência do Titular de cada Ministério, ficou circunscrita à decisão de retorno ou reversão ao serviço ativo, condicionados aos pressupostos da existência de vaga e ao interesse da Administração, nos termos dos arts. 2º e 3º, da referida Lei nº 6.683/79.

4. Todos os requerentes que satisfizeram os pressupostos do art. 1º, da Lei nº 6.683/79, tiveram reconhecidos os seus direitos, alguns com o retorno ao serviço e outros com o reconhecimento à aposentadoria, face à falta de interesse da Administração, em decorrência de alguns motivos, destacando-se, dentre eles: a idade avançada, absoluta desatualização de conhecimentos da tecnologia desenvolvida no último decênio e dificuldade de absorção com aproveitamento razoável em cursos de reciclagem.»

.....  
(fl. 57).

Mais (fl. 61):

.....  
«Um ex-servidor que ocupava função técnica de «Operador de Processamento», afastado há mais de 17 (dezessete) anos de sua função, encontra-se absolutamente desreciclado, desatualizado e desconhecedor da evolução tecnológica.

Por outro, a Administração Pública sofrendo cortes em seus orçamentos, notadamente as Empresas Públicas destacando-se a PETROBRAS face às contingências determinadas pela crise mundial com sensível redução de suas metas e, conseqüentemente, dispensa de pessoal.

15. A lei facultou à Administração Pública no caso de acolhimento do pedido, a liberdade de deferir o retorno ou a aposentadoria.» (fl. 61).

.....  
III

O eminente Ministro-Relator denegou a segurança. Para S. Exa., a Administração cabe decidir, discricionariamente, a respeito do retorno, tendo em vista o interesse da administração. Acompanhou-o o Sr. Ministro José Cândido. O Sr. Ministro Pedro Acioli, em longo e substancioso voto, após pedido de vista, deferiu a segurança, argumentando que a Administração autolimitou-se através do Decreto nº 84.143, de 1979. Reportou-se, no particular, ao decidido por esta Egrégia Corte no MS nº 90.780-DF. O Sr. Ministro Américo Luz, em voto-vista, acompanhou o Sr. Ministro Acioli, por entender que «o ato impugnado pelo impetrante padece,... do vício da ilegalidade, por não levar em conta os antecedentes factuais e jurídicos no campo da legislação trabalhista e por refugir aos lindes estabelecidos no artigo 17, § 3º, do Decreto nº 84.143/79.» Votaram, em seguida, pelo deferimento do «writ», os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Em sentido contrário, indeferindo a segurança, os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Aldir Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite e Torreão Braz.

Pedi vista dos autos, porque fiquei em dúvida a respeito da questão de direito e porque desejava conferir a decisão do Tribunal tomada no MS nº 90.403-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro M. Catunda, e de interesse de ex-empregados da PETROBRAS.

IV

No caso, ao impetrante foi reconhecida a anistia. Não se lhe reconheceu, sim, o retorno ao serviço, mas a aposentadoria, ao argumento de que o retorno não era do interesse da Administração.

Dispõe a Lei nº 6.683, de 28-8-79, Lei da Anistia, artigo 3º:

«Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.»

O Decreto nº 84.143, de 30-10-79, que regulamentou a mencionada Lei nº 6.683/79, estabeleceu:

«Art. 17. O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1º No caso de militar, observar-se á o seguinte:

- I — .....
- II — .....
- III — .....

§ 2º No caso de servidores civis, observar-se-á o seguinte:

- I — .....
- II — .....
- III — .....
- IV — .....
- V — .....

§ 3º O retorno ou reversão de servidor civil fica sujeito à prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica, à observância do limite de idade estabelecido em lei e, se necessário, à comprovação de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.

§ 4º Em se tratando de servidor civil, que ocupava cargo técnico ou científico em setor ou repartição onde a nomeação ou contratação não seja subordinada à existência de vaga, será considerado, para o retorno ou reversão ao serviço ativo, exclusivamente o interesse da Administração .»

## V

A questão a ser decidida é exclusivamente esta: a Lei de Anistia, Lei nº 6.683, de 1979, condiciona, no artigo 3º, **caput**, o retorno ou a reversão ao serviço ativo à existência de dois requisitos, desde que não ocorrente a proibição de retorno ou reversão inscrita no seu § 3º:

- a) existência de vaga;
- b) interesse da Administração.

Superada a questão no tocante à existência de vaga, indaga-se: teria a Administração se autolimitado referentemente ao requisito «interesse da Administração», ao baixar o regulamento da Lei de Anistia, que foi aprovado pelo Decreto nº 84.143, de 1979?

Noutras palavras, tendo a lei facultado à Administração o poder de fixar os pressupostos em que se assentaria o seu interesse, teria ela, Administração, condicionado esse seu interesse, no que toca aos servidores civis, à existência dos requisitos ou pressupostos inscritos no § 3º, do artigo 17, do Decreto nº 84.143, de 1979?

## VI

Estabelece o § 3º, do art. 17, do Decreto nº 84.143, de 1979, que o retorno ou reversão de servidor fica sujeito:

- a) prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica;
- b) limite de idade estabelecido em lei;
- c) comprovação, se necessário, de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.

Quando do julgamento do MS nº 90.780-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda, de interesse de um Oficial da Marinha, o Tribunal entendeu que a Administração se autolimitara através do Decreto nº 84.143/79, artigo 17, § 1º, I.

Na oportunidade, manifestou-se o eminente Ministro William Patterson, assim:

«A Administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislador. A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constitui o poder discricionário. Até aí, nenhuma pela jurídica poderia estancar sua concepção criativa, sendo defeso, até mesmo ao Judiciário, opor dificuldades na opção de seus objetivos. Porém, desde que ela própria, na escolha, preferiu especificar os critérios do art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas. Ajusta-se como uma luva à hipótese, a feliz expressão do saudoso Professor Marcelo Caetano, comentando o assunto, verbis:

«A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação.» (ob. cit. pág. 442).

E, mais adiante, arremata, com inegável lucidez:

A lei confiou no órgão, admitindo como expressão correta da vontade legal qualquer solução dada no caso concreto desde que vise o fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência.

O fim do ato é, pois, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionário significa «livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim». O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial cuja falta impede a validade do ato administrativo» (ob. cit. pags. 442/443).

No mesmo sentido: Themístocles Brandão Cavalcante (RDA vol. 10, pág. 101); O. A. Bandeira de Mello

(«Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, pág. 420); Hely Lopes Meirelles («Direito Administrativo Brasileiro» págs. 64/67; Afonso Rodrigues Queiró (ob. cit. in RDA, vol. 6, pág. 58).

Assim considerando, restaria indagar se o impetrante atendeu, além daquelas condições legalmente vinculadas (art. 3º, da Lei nº 6.683, de 1979), as demais exteriorizadas na regulamentação (art. 17, do Decreto nº 84.143, de 1979).

Na oportunidade, votei no sentido de que a Administração fixara os pressupostos ou os requisitos dentro nos quais esse «interesse da Administração» deveria ser entendido e interpretado, ao regulamentar o preceito inscrito no art. 3º, da Lei nº 6.683/79.

Disse eu, então:

«Senhor Presidente, o art. 3º, da Lei nº 6.683, de 28-8-79, denominada Lei da Anistia, estabeleceu:

«Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.

No caso, o requisito «vaga», ao que apreendi, não se discute.

Discute-se, sim, se o termo «interesse da Administração» pode ser interpretado de forma a mais discricionária possível, ou se a Administração estaria jungida a certos limites.

Em Estado de Direito, é um truismo a afirmativa no sentido de que vale a vontade da lei, não vale a vontade do administrador, não vale a vontade dos governantes, formulação de James Harrington, no Século XVII, e que a Constituição de Massachusetts de 1780

apreendeu e consagrou na expressão: «um governo de leis e não de homens», conforme dá notícia John P. Roche, no livro «Courts and Rights», editado no Brasil, em 1967 pela Forense, sob o título «Tribunais e Direitos Individuais», pág 10.

Sendo assim, em causa direito subjetivo de um individuo, o «interesse da Administração» há de basear-se em dados objetivos que devem ser buscados na lei.

No caso, a Administração, ciente de que esse seu interesse não poderia ser encarado de forma subjetiva, mas objetivamente, deixou expressos os pressupostos ou os requisitos dentro dos quais esse «interesse da Administração» deveria ser entendido e interpretado, ao regulamentar o preceito inscrito no art. 3º da Lei nº 6.683/79.

Assim autolimitou-se a Administração, ao estabelecer no Regulamento da Lei nº 6.683/79, artigo 17 do Decreto nº 84.143, de 30-10-79:

«Art. 17. O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1º No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — no interesse da Administração, exigir-se-á que o requerente atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força, e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo, previstas no artigo 102, itens I, II, III, IV e V da Lei nº 5.774, de 23-12-71».

II — .....

III — .....

Ao que se verifica, o «interesse da Administração» assenta-se nos requisitos essenciais de «aptidão física, conceito profissional e mo-

ral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força, e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo.

As informações da autoridade apontada coatora, o Sr. Ministro de Estado da Marinha, nada dizem em relação à aptidão física do impetrante.

O impetrante satisfaz, então, tal requisito.

No que diz respeito ao conceito profissional e moral do requerente, também nada consta, nas informações, ao que pode apreender do relatório do eminente Ministro-Relator, em sentido desabonador; algo que pudesse desautorizar a afirmativa no sentido de que o impetrante tem, objetivamente, bom conceito profissional e moral, não consta das informações.

No que concerne, aliás, ao conceito profissional, ao que ouvi e apreendi, trata-se o impetrante de um engenheiro que, ao entrar para a Força Naval, foi mandado servir numa Base de importância. O seu desligamento da Marinha não ocorreu em razão de incompetência ou negligência profissional. A causa, ficou esclarecido, foi outra, foi política, que a Lei de Anistia perdou e mandou que fosse esquecida.

No que tange ao conceito moral, que há de ser visualizado de forma objetiva, as informações, conforme já falamos, não apontam dados desabonadores.

Dir-se-á que o impetrante foi preso e submetido a processo, causa, aliás, da punição política que sofreu.

Todavia, deve ser considerado que o impetrante, submetido a processo, foi absolvido pela Justiça Militar, tanto pela Auditoria como pelo Egrégio Superior Tribunal Militar.

Dir-se-á que, inobstante absolvido, dependendo dos termos da sentença absolutória, poderiam existir resíduos administrativos que deporiam contra o conceito moral do impetrante.

O argumento, entretanto, não prevaleceria, no caso, por isso que a autoridade apontada coatora silenciou-se, a respeito, vale dizer, não transmitiu ao Tribunal a informação no sentido da existência da falta administrativa residual.

Em face de tudo isso, **data venia**, não seria razoável buscar conceitos subjetivos para a conceituação do «interesse da Administração.» É que, no caso, os requisitos essenciais que a Administração entendeu necessários à conceituação do seu interesse, estão atendidos. Fora daí, **data venia**, seria fazer valer não a vontade da lei, mas a vontade do administrador. E isto, já falamos, não é possível em Estado de Direito.

Destarte, com estas breves considerações, dou minha adesão ao lúcido voto do eminente Ministro Moacir Catunda, Relator, com a vênia devida ao não menos eminente Ministro Aldir G. Passarinho, cujas opiniões temos o costume de respeitar.

Defiro, em parte, o «writ», nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.»

.....  
Não tenho razões para me reconsiderar.

Tem-se, no caso, um pedido de retorno ou reversão de um servidor civil.

Em tal caso, os pressupostos do interesse da Administração estão inscritos no § 3º, do art. 17, do Decreto nº 84.143, de 1979, retromencionados:

a) prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica;

b) limite de idade estabelecido em lei;

c) comprovação, se necessário, de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.

## VII

Conferi o julgamento desta Egrégia Corte, havido no MS nº 90.403-DF, Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda, de interesse de diversos empregados da PETROBRÁS.

Decidiu este Egrégio Tribunal:

«Ementa: Constitucional. Administrativo. Anistia. — Lei nº 6.683, de 28-8-79 — art. 1º.

Destina o benefício da anistia, entre outros, a servidores da Administração direta ou indireta, punidos com fundamento em atos institucionais e complementares.

Servidores da PETROBRÁS dispensados dos seus empregos por força de recomendação da Comissão de Investigações, instalada na empresa, e órgãos correlatos, que julgavam inconveniente a permanência deles na empresa.

A interpretação sistemática do documentário dos autos, ao enfoque dos atos institucionais e complementares, demonstra a existência de irremovível nexos causal entre estes e aqueles, — o que é bastante a justificar a incidência da Lei nº 6.683/79, sobre os atos de dispensa dos empregos, baixados por motivos políticos, todos eles, e não com base na legislação trabalhista.

Mandado de segurança concedido para que a ilustre autoridade impetrada conheça dos pedidos de retorno à atividade, ou se outro for o interesse da administração, os considere aposentados. (Lei nº 6.683/79 — artigo 4º).»

.....  
Nesse caso, MS nº 90.403/DF, os impetrantes, que foram empregados da PETROBRÁS, foram demitidos

após o movimento revolucionário de 1964. Com o advento da anistia, Lei nº 6.683/79, requereram, ao Ministro de Estado das Minas e Energia, o retorno ao serviço ativo. O Ministro de Estado, todavia, deixou de tomar conhecimento do pedido, por não terem os requerentes sido punidos com base em ato institucional ou complementar nem quaisquer outros dispositivos da legislação pertinente. Pediram a segurança, então «para que a autoridade impetrada conheça dos pedidos de retorno para deferi-los ou, se outro for o interesse da Administração, para aposentar os requerentes». (Conf. notas taquigráficas do julgamento, relatório do Sr. Ministro Catunda, Relator).

O Tribunal, com base no r. voto do Sr. Ministro-Relator, entendeu que os impetrantes estavam abrangidos pela Lei de Anistia, Lei nº 6.683/79, pelo que a segurança foi concedida «para que a ilustre autoridade impetrada conheça dos pedidos de retorno deles à atividade, ou, se outro for o interesse da Administração, os considere aposentados, de acordo, em sua maior parte, com os dois pareceres da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República».

Como se verifica, a questão aqui discutida — vale dizer, se teria a Administração se autolimitado com a edição do Decreto nº 84.143/79, art. 17 § 3º — não foi objeto de discussão por ocasião do julgamento do MS nº 90.403/DF, mesmo porque a segurança foi lá pedida «para que a autoridade conheça dos pedidos de retorno para deferi-los ou, se outro for o interesse da Administração, para aposentar os requerentes». O Tribunal, então, deferiu a segurança tal como pedida (o pedido foi julgado prejudicado com relação a alguns impetrantes e denegado com relação a outros, não interessando ao presente caso, entretanto, tais decisões). Concluiu, então, por afirmar que o decidido no MS nº 90.403-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda, não se

relaciona com o caso ora em julgamento.

## VIII

O presente mandado de segurança não pode, todavia, data venia, ser deferido nos termos do pedido.

É que, conforme vimos de ver, há requisitos, aqueles inscritos no § 3º, do art. 17, do Decreto nº 84.143, de 1979, que precisam ser satisfeitos.

O impetrante, aliás, disso está ciente, tanto que pediu a juntada de um atestado médico que comprovaria estar ele em gozo «de perfeita saúde física e mental».

A prova, entretanto, de capacidade, inscrita no § 3º, do art. 17, do Decreto nº 84.143/79, é feita mediante inspeção médica.

A segurança deve ser deferida, em parte, para que o Sr. Ministro de Estado mande processar o pedido de retorno ou reversão do impetrante e o defira, se atendidos os requisitos inscritos no § 3º, do art. 17, do Decreto nº 84.143, de 1979.

Defiro, pois, em parte, o «writ.»

## APARTE

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** A fundamentação do voto de V. Exa. reside basicamente em que a Administração teria autolimitado o exercício do seu poder discricionário e, por isso, teria ficado vinculada aos lindes que ela própria se impôs. Nesse sentido, V. Exa. invoca o § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 30 de outubro de 1979.

Ocorre que todas as exigências impostas pelo § 3º mencionado decorrem de texto legal expresso. Por isso a Administração não se autolimitou. Ela apenas se adstringiu a repetir exigências legais. A Administração se autolimita quando, podendo utilizar-se da amplitude de todo poder discricionário, cria um condicio-

namento específico. Por exemplo: a Administração pode demitir ao seu alvedrio um ocupante de cargo de confiança. Não precisa motivar. Mas se ela motiva — demite, porque praticou ato de improbidade — então fica vinculada a essa motivação, que seria desnecessária para demissão. Agora, no caso — e é para isso que chamei a atenção quando votei — as exigências estabelecidas no decreto regulamentar não são autolimitações, porque não autolimitam o preceito legal. Não há isso. O que fazem é repetir exigências legais, conforme V. Exa. próprio realçou. Prova de capacidade do requerente: exigência legal. Observância de limite de idade estabelecida em lei: exigência legal. Comprovação de nível de escolaridade exigido para desempenho de cargo e emprego: exigência legal. Daí a indagativa: quando a Administração, num decreto regulamentar, apenas resume, apenas repete exigências legais, estará a autolimitar-se? Esse é o aspecto a que respondi contrariamente a V. Exa., mesmo respeitando, mesmo adotando a doutrina invocada por V. Exa., tão bem exposta por Marcelo Caetano, por Seabra Fagundes, pelos administrativistas de um modo geral, inclusive já sufragada pelas nossa jurisprudência.

#### ADITAMENTO

**O Sr. Ministro Carlos Mário Veloso:** Agradeço os esclarecimentos prestados pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro. Como sempre, trazem luz ao debate. Permito-me, todavia, com a devida vênia, perseverar no entendimento: se a Administração escolheu requisitos já constantes da lei, merece elogio; quer dizer que a Administração não foi buscar requisitos impossíveis de serem cumpridos. Assim, se a Administração Pública, repito, escolheu requisitos legais, procedeu com acerto. Dizia eu ao eminente Ministro Aldir Passarinho, na última Sessão: essas reversões ao serviço, esses retornos deve-

riam, na verdade, ocorrer sem a exigência de requisitos que não os normais.

E que esses homens foram punidos politicamente. Foram afastados do seu trabalho mediante uma punição política. É justo, pois, que uma lei de anistia, que representa perdão, autorize, sem ambages, o retorno desses homens. Ou se perdoa ou não se perdoa. E a lei de anistia é uma lei de perdão, que não deve ser interpretada restritivamente.

Assim, com a devida vênia e inobstante os esclarecimentos de V. Exa. trazerem luz ao debate, Sr. Ministro Pádua, persevero no entendimento. A Administração, que não precisava autolimitar-se, mas que, usando da faculdade que lhe concedeu a lei, autolimitou-se, buscando requisitos já inscritos na lei, procedeu com acerto e merece com isto elogios, porque pôs-se dentro da *ratio legis* da Lei de Anistia, que quer dizer perdão.

Mantenho o meu voto, *data venia*.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Justino Ribeiro:** Sr. Presidente, ponho-me de inteiro acordo com a jurídica fundamentação do voto que acaba de proferir o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, só discordando de S. Exa. no tocante à conclusão do seu pronunciamento.

Entendo, com o ilustre Ministro, que a anistia constitui um perdão total. Não condicionemos tal medida, de alto-relevu social e político, a questiúnculas de somenos importância, mormente na fase de redemocratização do País em que se encontra vivamente empenhado o governo da nação.

Sobreleva acentuar que, no caso, trata-se de um profissional que deu sobejas demonstrações de sua capacidade ao obter o primeiro lugar nos concursos a que se submeteu.

Assim sendo, como disse, adoto a fundamentação do voto do Ministro

Carlos Mário Velloso, mas vou além de S. Exa.; concedo a segurança.

#### QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente: Pedi a V. Exa. para aditar o voto proferido na última sessão. Como V. Exa. prosseguiu tomando os votos dos demais colegas, peço nova vista para fazer o aditamento de que necessito.

#### QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, submeto à consideração de V. Exa. a questão de ordem que ora acaba de ser apresentada, qual seja, a de uma segunda vista dos autos.

A meu ver, isto é algo inusitado, pois vista só se pede uma vez. Não tenho conhecimento de que tenha ocorrido precedentes em sentido contrário.

Peço apenas ligeiro tempo para que possa consultar o Regimento. Se não me falha a memória, recordo-me de que é permitida apenas uma vista dos autos, a fim de proporcionar ao Ministro vogal oportunidade de apreender a matéria debatida em todas as suas circunstâncias. É aliás, o que se depreende do parágrafo único do art. 555 do Código de Processo Civil.

Acredito que possa qualquer Ministro, no curso da votação, aditar fundamento novo ao seu voto, mas jamais pedir nova vista dos autos.

#### QUESTÃO DE ORDEM

O Exmo. Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, o Regimento Interno não permite o pedido de vista fora do momento adequado. (RI, art. 152). Assim, acho que o julgamento deve prosseguir; em seguida ao término, S. Exa., o Sr. Ministro Américo Luz, poderá pedir a palavra. Deverão ser tomados, destarte,

os votos dos Srs. Ministros, obedecida a ordem regimental (RI, artigo 152).

É como voto.

#### QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Jarbas Nobre: O art. 150 do Regimento Interno assim dispõe:

«Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais de uma vez, se for o caso, para explicar a modificação de voto. Nenhum falará sem que o Presidente lhe conceda a palavra e nem interromperá quem desta estiver usando».

Ao que ouvi, o Sr. Ministro Américo Luz está pedindo vista para proferir voto de retificação.

Concedo a vista requerida.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 93.521-DF — Rel.: Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Requerente: Mário Soares Lima. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, concedendo em parte o mandado de segurança e dos Srs. Ministros Moacir Catunda e Lauro Leitão denegando-o e do Sr. Ministro Justino Ribeiro concedendo a segurança nos termos do voto do Sr. Ministro Pedro Acioli, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Américo Luz, para aditamento ao voto proferido na Sessão de 25 de março de 1982. Aguardam os Srs. Ministros Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Romildo Bueno de Sousa, Pereira de Paiva e Sebastião Reis. Impedidos os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre. 1-4-82 — Tribunal Pleno.

## ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Em sessão passada, ao apartear, respeitosamente, o Ministro Torreão Braz, admiti, em princípio, a competência da ilustre autoridade impetrada para a prática do ato impugnado pelo impetrante, e de que resultou a decretação da sua aposentadoria no emprego que ocupava na PETROBRAS.

Entretanto, tendo examinado melhor a Lei nº 6.683/79 e o Decreto nº 84.143/79; que a regulamentou, verifiquei disporem os artigos 2º, inc. I, 3º e 7º da primeira, artigos 1º, 2º, 8º, I e 9º, parágrafo único do segundo, sobre a situação dos anistiados, servidores de empresas públicas ou de sociedades de economia mista. Tal situação, tanto na lei como no decreto regulamentar, é especialíssima, diversa da ostentada por funcionários públicos, servidores civis e militares.

Leio a redação das normas supramencionadas:

Lei nº 6.683/79

«Art. 2º Os servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, poderão, nos cento e vinte dias seguintes à publicação desta lei, requerer o seu retorno ou reversão ao serviço ativo:

I — Se o servidor civil ou militar, ao respectivo Ministro de Estado:»

.....  
 «Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração.»

.....  
 «Art. 7º É concedida anistia aos empregados das empresas priva-

das que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, hajam sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.»

Note-se que essa norma não exclui empregados despedidos e que tenham sido porventura indenizados, abrangendo todos aqueles que perderam o emprego em decorrência de sanção revolucionária.

Decreto nº 84.143/79

«Art. 2º É concedida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, hajam sido despedidos do trabalho ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.»

«Art. 8º O requerimento de retorno ou reversão ao serviço ativo, contendo o nome do requerente, o cargo que exercia à data da punição, bem como a data do ato punitivo, será dirigido:

I — pelo servidor militar civil da Administração direta e indireta, bem como de Fundação vinculada ao Poder Público, ao respectivo Ministro de Estado:»

«Art. 9º Quando a decisão sobre o provimento do cargo ou emprego não for de sua competência, a autoridade prevista no artigo anterior, à qual tenha sido dirigido o requerimento promoverá sua instrução com o parecer da comissão respectiva e o encaminhará à autoridade competente para a decisão.

Parágrafo único. Em se tratando de servidor de entidade da Administração indireta ou de Fundação vinculada ao Poder Público, o deferimento do pedido deverá ser precedido de manifestação do res-

pectivo Ministro de Estado, Governador ou Prefeito.»

Observa-se, portanto, que a lei deu tratamento específico aos empregados anistiados, cuja situação disciplinou no artigo 7º, independentemente, daquelas outras cogitadas nos artigos 2º e 3º. Estas duas últimas regras cuidam dos servidores civis e militares demitidos e a do citado artigo 7º dos empregados das empresas privadas. Ora, a competência para apreciar os pedidos, dessa categoria profissional não é cometida, na lei da anistia, ao Ministro de Estado, competente, sim, nos estritos termos do artigo 2º, I, para decidir sobre requerimentos de servidores civis e militares. Os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista não são considerados servidores civis, expressão que qualifica, com exclusividade, funcionários públicos e pessoal das autarquias, regidos por normas estatutárias ou celetistas.

Assim sendo, apenas o decreto regulamentar conferiu ao Ministro de Estado competência para manifestar-se sobre requerimentos formulados por empregados, como o é o impetrante, regidos pela CLT, inovando a lei, ampliando-a, pois em tal sentido ela não contém qualquer dispositivo. Dir-se-ia que essa competência estaria implícita nos textos legais retromencionados.

Contudo, é consabido que a competência, além de constituir pressuposto inarredável de validade do ato administrativo, há de defluir, obrigatoriamente, de disposição expressa de lei, em sentido formal e material.

Finalmente, o argumento aduzido pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso em seu brilhante voto, proferido na sessão anterior, de que «a segurança não pode, todavia, data venia, ser deferida nos termos do pedido», não me convence, S. Exa., por quem tenho o maior apreço e admiração, concede o «writ» em parte, apenas porque o impetrante deveria

submeter-se à verificação, pela entidade competente, de satisfação dos requisitos inscritos no § 3º do artigo 17 do decreto regulamentar, notadamente a inspeção médica. Entretanto, os termos do pedido formulado na peça vestibular, afastam esse pressuposto. Ao contrário, são bastante claros (fl. 21 dos autos):

«... que seja julgada procedente a presente ação para, concedida a segurança pleiteada, ser a digna autoridade impetrada colocada no dever de praticar os atos necessários para fazê-lo retornar ao cargo de Operador-Chefe de Processamento, que ocupava na PETROBRAS, empresa vinculada ao Ministério das Minas e Energia».

Não vejo, assim, como se possa restringir tal postulação.

Em face de tais considerações, que se me afiguram relevantes à decisão da causa, adito o meu voto, para reputar eivado do vício da incompetência administrativa o ato apontado como coator e, conseqüentemente, reiterando as razões que aduzi na última sessão, também por estas conceder o mandado de segurança.

#### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente, devidamente esclarecido, acompanho, na conclusão, o voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

Concedo em parte a segurança.

#### VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Impressionam-me certos dados pessoais do impetrante, a serenidade com que enfrentou a fase adversa, a confiança permanente na Justiça e a circunstância de haver perdido o seu cargo ou emprego por abandono do serviço quando sabidamente se encontrava encarcerado.

Tenho, porém, que examinar o caso sob ângulo diferente.

O Estado exercita a sua atividade através dos três poderes, cada um com privatividade no âmbito de suas atribuições específicas.

Dentro desses parâmetros, o Judiciário não tem competência para apreciar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos, de penetrar no seu merecimento. Cabe-lhe, tão-só, o exame da legalidade do ato.

A Lei da Anistia, ao tratar do retorno ou da reversão ao serviço ativo, fixou as condições ou limites em que a medida poderá ser concedida. Dispõe o seu art. 3º:

«O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data do seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração».

Há, no dispositivo, duas expressões que, por si só, revelam o verdadeiro alcance da anistia no particular:

1ª. somente será deferido e

2ª condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.

São esses os requisitos essenciais.

Com a devida vênia, entendo que o decreto regulamentador não poderá alterar a parte substancial da lei que regulamenta e, na verdade, não introduziu qualquer modificação a esse respeito.

Se o decreto pudesse mudar a essência da lei, dar-se-ia, na prática, a absorção pelo Poder Executivo de uma atribuição que, tradicionalmente, em nosso Direito Público, é da competência exclusiva do Legislativo. Demais, não é lógico nem admissível, mesmo que o procedimento fosse legítimo, a suposição de que o Executivo, por vontade própria, renunciasse a faculdade de analisar o

retorno do servidor, sem levar em conta a existência de vaga e, sobretudo, o interesse da Administração.

Ocorre, no entanto, que, ao contrário dos que brilhantemente defendem tese oposta — opinião que respeito — o Decreto nº 84.143, de 30 de novembro de 1979, no seu art. 17, manteve expressamente os requisitos essenciais impostos na lei.

Reza o cit. art. 17, no seu **caput**:

O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração».

É, a rigor, a reprodução do art. 3º suso transcrito.

Com efeito, é regra inconteste de hermenêutica que as normas inseridas nos parágrafos, itens, números e alíneas devem ser interpretados em consonância e harmonia com o disposto no **caput** do artigo, que contém o comando geral da norma.

Não nos parece racional que um parágrafo possa dispor de modo a anular ou eliminar totalmente o que determina o **caput** do artigo que integra.

Deste modo, além dos citados requisitos essenciais da lei e reiterados no decreto regulamentador, a parte fundamental da concessão da medida política da anistia, o § 3º do aludido art. 17, explicita que é necessária também a satisfação de outras condições, de caráter puramente funcional, impostas a todos que, anistiados ou não, desejem ingressar ou reingressar no serviço público.

Em obediência aos preceitos expressos da lei e aos requisitos segundo os quais a anistia foi concedida, acompanho o Sr. Ministro-Relator e nego a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, entendo que a hipóte-

se se identifica com aquela, objeto do MS nº 90.780-DF.

O poder discricionário da Administração exauriu-se na regulamentação aprovada pelo Decreto nº 84.143 de 1979, onde os pressupostos para o retorno ou reversão foram expressamente estabelecidos (art. 17), sem lugar para ampliações desautorizadas.

Não colhe argumentar, por outro lado, que a disposição do § 3º, do citado preceito, assinala requisitos da legislação vigorante, o que torna descabido o argumento sobre autolimitação da discricionariedade.

Com a devida vênia, assim não entendendo. As condições ali previstas pertinem com a investidura inicial do servidor e não com o retorno ou reversão. Jamais se exigiu nível de escolaridade para reingresso à função pública, pelos caminhos indicados, como, agora, faz-se explícito. Nenhuma censura cabe à escolha deste ou qualquer outro requisito, no momento da formulação regulamentar, que consubstancia o chamado «poder discricionário». O que não se concebe, consoante assinalai no voto que proferi no MS nº 90.780-DF (cópia anexa), é permitir a transcendência da discricionariedade, ou seja, a ação governamental, ao próprio poder que lhe conferia a lei e que foi usado sem peias.

Ante o exposto, acompanho o voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, por isso que esclareceu Sua Excelência inexistir comprovação, nos autos, do preenchimento das condições requeridas no citado regulamento.

#### VOTO VISTA

**O Sr. Ministro William Patterson:** O presente mandado de segurança objetiva a reversão ao serviço ativo, com suas consequências funcionais, do Capitão-Tenente, Engenheiro Naval da Reserva Remunerada, José Miguel Camolez, com fulcro nas dis-

posições da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia).

Duas correntes formaram-se, até o momento, acerca do pedido. A primeira, liderada pelo eminente Relator, Ministro Moacir Catunda, que recebeu adesão dos Srs. Ministros Peçanha Martins, Carlos Madeira, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e Justino Ribeiro, concede, em parte, a medida, para assegurar ao impetrante os direitos vindicados nas alíneas a e b, do item 8, da inicial. A segunda, comandada pelo ilustre Ministro Aldir G. Passarinho, com apoio dos Srs. Ministros José Dantas e Lauro Leitão, denega o «writ».

Na verdade, o tema nuclear, submetido à discussão, diz respeito à certeza e liquidez do direito, no que tange à possibilidade de reversão, do impetrante, ao serviço ativo da Marinha, vale dizer, circunscreve-se ao exame da legalidade do ato que indeferiu o pedido de retorno ou ao abuso de poder naquele contido, pressupostos únicos da admissibilidade da ação mandamental. A análise desses pontos estará, decerto vinculada ao confronto entre os textos jurídicos e a ação governamental, o que, agora, cabe fazer.

Com efeito, dispõe o art. 3º, da chamada Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28-8-79):

«Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração».

Vê-se, de pronto, que contém o preceito duas espécies de comandos: uma, de natureza objetiva, vale dizer, vinculativa expressa nas determinações de que o retorno ou a reversão se dê no mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que ocupava

o civil ou militar, na data de seu afastamento, condicionado à existência de vaga; a outra, de concepção subjetiva, isto é, discricionária, é aquela pertinente ao «interesse da Administração».

Não há o que se discutir acerca do procedimento vinculado, porquanto resulta este do princípio da legalidade, de submissão da Administração à lei, ou como denomina Marcelo Caetano, «administração condicionada» (in «Manual de Direito Administrativo», pág. 29). Assim, a existência de vaga e o reingresso no mesmo posto que ocupava na data do afastamento são requisitos imprescindíveis, no particular. Isto porém é incontroverso, pois a negativa não se funda em tais elementos.

A dificuldade a ser enfrentada está na cláusula legislativa «interesse da Administração», que reflete, sem dúvida, uma proposição em aberto, ajustável e ajustada ao campo da discricionariedade, que se move, «em uma zona livre», privativa da Administração (cfr. Vitor Nunes Leal, in RDA, vol. 14 pág. 64).

Em primeiro lugar distinção há de ser feita entre poder discricionário e «ato discricionário». Nesse passo, filio-me à corrente que não concebe a última expressão, considerando a existência, tão-somente, de «poder discricionário», o qual, segundo Bernatzik, citado por L. Lopes Rodó (RDA, vol. 35, pág. 43), consiste na apreciação subjetiva que a Administração deve fazer quando se acha em presença e um conceito impreciso, indeterminado, ou, no dizer de Afonso Rodrigues Queiró («O Poder Discricionário da Administração», 2ª Edição, pág. 56), consiste «na necessária parcela de autonomia do órgão executor ou aplicador do direito, em face de relativa abstração das normas a aplicar». Todavia, há respeitáveis tratadistas que não encontram obstáculos em rotular essa parcela da atividade pública de «ato discri-

cionário», entre os quais merecem destaque Marienhoff, Garcia Oviedo, D'Alessio e Sayagués Laso.

O certo é que, deixando o legislador ordinário, na competência administrativa, a cláusula condicionante do seu «interesse» deu azo ao exercício do «poder discricionário», que pode não ser alvo de interferência do Judiciário, para o exame da escolha dos caminhos. Porém, desde que feita a opção, os seus limites não estarão imunes ao exame do Poder Judiciário, consoante assinalado por Vitor Nunes Leal, citando, Fritz Fleiner; nessa afirmação:

«La cuestión de saber dónde empieza el dominio del poder discrecional y dónde termina, es por sí misma, una cuestión jurídica y no una cuestión de apreciación» e (RDA, vol. 14, pág. 65).

Na mesma linha de conduta pautou-se Caio Mário da Silva Pereira, quando, arrimando-se no magistério de Haurieu («Précis de Droit Administratif», pág. 429), acentuou que:

«Todo poder discricionário contém, entretanto, a categorização da medida jurídica. O órgão executivo decide se age ou se não age; delibera quando deve agir. Mas não o faz para satisfação de uma vontade absoluta, senão condicionada a uma razão imanente, que é a causa jurídica da conduta escolhida». (Parecer nº D-22, CGR).

Na mesma linha de raciocínio estão os ensinamentos de Rodrigues Queiró («A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo», vol. nº 6, pág. 58); M. Waline («Droit Administratif», págs. 449 e segs.). André de Laubadère («Traité Élémentaire de Droit Administratif», págs. 212 e segs.); Renato Alessi («Principi di Diritto Amministrativo, vol. I, pág. 199 e segs.)

Neste caso, a escolha da Administração, quanto ao momento, fins e

meios, no que tange aos esclarecimentos sobre o seu «interesse» veio com a regulamentação aprovada pelo Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979, exposta nestes termos:

«Art. 17. O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1º No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — no interesse da Administração, exigir-se-á que o requerente atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força, e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo, previsto no art. 102, itens I, II, III, IV e V da Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971;

II — a reversão ao serviço ativo e a colocação no Quadro obedecerão ao disposto no § 4º do art. 18 da Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971;

III — a situação do militar, após a reversão, obedecerá ao disposto na legislação em vigor».

A Administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislador. A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constitui o poder discricionário. Até aí, nenhuma peia jurídica poderia estancar sua concepção criativa, sendo defeso, até mesmo ao Judiciário, opor dificuldades na opção de seus objetivos. Porém, desde que ela própria, na escolha, preferiu especificar os critérios do art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas. Ajusta-se como uma luva à hipótese, a feliz expressão do saudoso Professor Marcelo Caetano, comentando o assunto, *verbis*:

«A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação» (ob. cit. pág. 442).

E, mais adiante, arremata, com inegável lucidez:

A lei confiou no órgão, admitindo como expressão correta da vontade legal qualquer solução dada no caso concreto desde que vise o fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência.

O fim do ato é, pois, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionário significa «livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim». O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial cuja falta impede a validade do ato administrativo» (ob. cit. págs. 442/443).

No mesmo sentido: Themistocles Brandão Cavalcanti (RDA vol. 10, pág. 101); O. A. Bandeira de Mello («Princípios Gerais de Direito Administrativo», vol. 1, pág. 420); Hely Lopes Meirelles («Direito Administrativo Brasileiro» págs. 64/67); Afonso Rodrigues Queiró (ob. cit. in RDA, vol. pág. 58).

Assim considerando, restaria indagar se o impetrante atendeu, além daquelas condições legalmente vinculadas (art. 3º, da Lei nº 6.683, de 1979), as demais, exteriorizadas na regulamentação (art. 17, do Decreto nº 84.143, de 1979).

Os autos dão notícia de que os requisitos arrolados no ordenamento jurídico pertinente (existência de vaga, mesmo posto, aptidão física, conceito profissional e moral, idade-limite ou tempo de permanência no serviço ativo) não são empecilhos ao deferimento do pedido. Aliás, todos esses aspectos foram, magistralmente, demonstrados no voto do eminente Relator, Ministro Moacir Catunda, através do qual assinala: «Pelos au-

tos, conta ele, impetrante, 38 anos atualmente. Suas alegações, e provas, sobre o cumprimento dos requisitos do item I, do § 1º, do art. 17, não foram impugnados, nem desfeitos pela alta autoridade impetrada, que se restringiu à isolada afirmativa de falta de interesse, sem nada justificar ao passo que o impetrante demonstrou cumpridamente a concorrência dos referidos requisitos que são de natureza objetiva, o que conduz à conclusão de que o interesse da administração acha-se cabalmente caracterizado, no caso.

Ante o exposto, concedo a segurança, em parte, para assegurar a reversão requerida (Alínea a, do parágrafo nº 8, da inicial), negando-a em relação aos demais itens, por não encontrarem amparo na legislação aplicável.

#### VOTO

O Sr. Ministro Pereira de Paiva: Sr. Presidente, da outra vez que nós julgamos aqui o mandado de segurança, ao que parece de nº 90.780, tive oportunidade de conceder a segurança *in totum*. Todavia, no presente caso, após ouvir o voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, verifico que a segurança tem que ser concedida em parte, porque, efetivamente, o retorno do funcionário ao serviço de origem a que ele pertencia está sujeito a exame médico feito pela repartição a que pertencia.

Concedo o mandado de segurança em parte, nos termos do voto do Ministro Carlos Mário Velloso.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 93-521-DF — Rel. p/Acórdão: O Sr. Min.: Carlos Mário Velloso. Rel. originário: Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Requerente: Mário Soares Lima. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia.

Decisão: O Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por maioria, concedeu o mandado de segurança, nos termos do voto médio do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, vencidos em parte os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Flaquer Scartezzini, Justino Ribeiro e Lauro Leitão, que concediam o mandado de segurança na forma do pedido e, vencidos integralmente os Srs. Ministros Relator José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Moacir Catunda e Wilson Gonçalves que denegavam o mandado de segurança. 15-4-82 — T. Pleno.

Votaram com o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso os Srs. Ministros Pereira da Paiva, Romildo Bueno de Souza, Sebastião Reis, Otto Rocha, Jesus Costa Lima e William Patterson. Impedidos os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Washington Bolívar. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Lavrará o Acórdão o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.943 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara

Apelante: Banco Central do Brasil

Apelados: Frontemar — Importadora e Exportadora Ltda. e outros

#### EMENTA

Tributário e Processual Civil.

IOF/câmbio para importação de mercadoria.

Embargos de declaração opostos ao Acórdão que nega provimento à apelação.

Alegação de obscuridade ou ponto duvidoso na decisão, por não atentar devidamente para aspectos dos fatos que emergem dos autos e argumentar sobre fatos outros, neles não demonstrados.

Admissibilidade dos embargos de declaração, para tal efeito.

Provimento, em parte, do recurso, a fim de ajustar o julgamento às características da causa.

Manutenção, contudo, da decisão embargada, por fundamentos outros.

Os Decretos-Leis n.ºs 1.783 e 1.844, de 1980, ao diligenciarem, com sentido de urgência, pelo equilíbrio da balança de pagamentos do Brasil e para tanto exigirem o recolhimento do IOF quando do fechamento de câmbio para importação de mercadorias, não ofendem regras do Tratado de Montevidéu. Ademais, não são, por essa razão, inconstitucionais.

## ACORDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso e cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator para o Acórdão.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Frontemar — Importadora e Exportadora Ltda. contra o Chefe do Departamento Regional do Banco Central do Brasil em São Paulo, alegando, em síntese, ha-

ver importado mercadoria estrangeira de país-membro da ALALC quando pretendeu fechar o respectivo contrato de câmbio, para pagamento da mercadoria ao exportador, foi-lhe exigido o recolhimento do imposto sobre operações de câmbio, conforme previsto nos Decretos-Leis n.ºs 1.783/80 e 1.844/80, à alíquota de 25%, o que considera ilegítimo «por afrontar o Tratado de Montevidéu de 1960, promulgado no país pelo Decreto n.º 50.656 de 24-5-61...». Diz que esse Tratado, ainda em vigor, enquanto não for ratificado o de 1980, veda, em seu artigo 21, a diferença de tratamento, pelas leis do país, entre bens estrangeiros oriundos de signatários do acordo e produtos nacionais similares, sendo a disposição em tudo semelhante à existente no art. III, do GATT, que tem sido freqüentemente objeto de análise pelos Tribunais Superiores. É nesse sentido a Súmula n.º 575 do Egrégio STF, que faz referência expressa aos referidos tratados. Alude ao RE n.º 90.824-SP (Pleno), em que foi vencedor o voto do Sr. Ministro Moreira Alves, onde este examina o conceito de gravame dado pe-

lo art. 3º do acordo. Com arrimo nesse artigo, sustenta que «os únicos encargos de caráter fiscal que podem onerar as importações, direta ou indiretamente, são os tributos vinculados, isto é, as taxas tais como definidas no art. 77, do Código Tributário Nacional». Entendendo que a exigência do IOF, no presente caso, fere direito líquido e certo da impetrante, requer lhe seja concedida segurança.

«para que possa liquidar o contrato de câmbio relativo à importação descrita na guia de importação em anexo, sem que seja compelida a pagar o imposto sobre operações de câmbio...»

Compareceram os autos (fls. 20/23) Comercial e Importadora Escócia Ltda., Agrobom Comércio Exterior Ltda., Indústria e Comércio Quimetal Ltda., Coppersanto Importação e Exportação Ltda. e Ferreira Bento e Cia. Ltda., pedindo seu ingresso no feito como litisconsortes ativas, por se encontrarem em idênticas situações de fato e de direito.

A autoridade apontada coatora prestou as informações de fls. 77/81, sustentando que, ainda que a legislação do IOF, estivesse em desacordo com as disposições do GATT ou do Tratado de Montevidéu, não ficaria, desde logo, caracterizada infração aos tratados, à vista do que prevê o art. XXIII do GATT, segundo o qual, a parte contratante que se julgar prejudicada por atos de outra, deverá dirigir representação ou proposta visando a obter solução satisfatória para a questão. Além disso, a incorporação do tratado à ordem jurídica interna também não resulta em direito subjetivo para a impetrante, em primeiro lugar, porque as normas do texto considerado são programáticas, voltadas para o legislador ordinário, não se refletindo nas relações jurídicas concretas, e, em segundo lugar, porque, em matéria de legislação interna, vigora o princípio de que a lei posterior revoga a anterior.

Com referência ao Tratado de Montevidéu, pode-se dizer o mesmo, porquanto os tributos internos são disciplinados pelo art. 21 (Capítulo V) e não pelo art. 3º (Capítulo 11), como pretende a impetrante. Os arts. 23, 24, 25 e 26 (Capítulo VI) tornam evidente que o art. 21 não gera direito subjetivo para particulares. No mérito, diz que está descartada qualquer infração ao art. III do GATT, que prevê um mecanismo que impeça a discriminação entre produtos nacionais e estrangeiros por meios que não a tarifa aduaneira, e o IOF, não é discriminatório, tal como definido e cobrado atualmente sobre as operações de câmbio, já que não afeta as mercadorias estrangeiras e nem favorece as nacionais. O IOF incide sobre operações de câmbio e não sobre a operação que pode ter dado origem ao contrato de câmbio. No que tange ao Tratado de Montevidéu, o art. 21, que dispõe sobre os tributos internos, refere-se expressamente ao tratamento fiscal de produtos, e não de operações financeiras. A Súmula nº 575 do STF, citada pela impetrante, diz respeito ao ICM, imposto real, que atinge o próprio bem, quando de sua circulação.

A sentença (fls. 91/94), ao cabo, concedeu a segurança, confirmando a medida liminar anteriormente concedida e determinou a subida dos autos ao Egrégio TFR, tendo em vista o princípio legal do duplo grau de jurisdição.

Argumentou:

«Inicialmente, esclareça-se que a impetrante e litisconsortes estribam seu pedido no Tratado de Montevidéu, que instituiu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Entretanto, em suas informações, faz a ilustre autoridade impetrada alusão ao «General Agreement on Tariffs and Trade», (GATT). Como são tratados diversos, isso em nada auxilia o magistrado em sua decisão.

Rejeito a preliminar de carência de ação, por inexistência de direito líquido e certo a amparar o pedido da requerente, argüida pelo impetrado em suas informações. Com efeito, somente o exame do mérito do pleito é que dirá da existência, ou não, de tal direito.

No mérito, entendem as impetrantes que o imposto sobre operações de câmbio, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, não pode ser aplicado às importações de produtos originários de países-membros da ALALC, sob pena de ofensa ao Tratado de Montevidéu. Examinou a afirmação.

O Tratado de Montevidéu, que criou a Associação Latino-Americana de Livre Comércio ganhou foros de legislação interna por força do Decreto nº 50.656, de 24 de maio de 1961. Dois artigos dessa importante avença internacional apresentam especial interesse à solução desta lide e faço a sua transcrição literal para a boa compreensão do assunto. O primeiro é o artigo 3º, assim redigido:

«Art. 3º Durante o período indicado no artigo 2º (12 anos), as Partes Contratantes eliminarão, gradualmente, para o essencial de seu comércio recíproco, os gravames e as restrições de toda ordem que incidam sobre a importação de produtos originários do território de qualquer parte contratante.

Para os fins do presente tratado, entende-se por gravames os direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes — sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial — que incidam sobre as importações.

O disposto neste artigo não é aplicável às taxas ou encargos análogos, que correspondam ao custo dos serviços prestados».

Vê-se, por aí, que as partes contratantes se comprometem a, no prazo de 12 anos, eliminar gradualmente os gravames, inclusive de ordem cambial, à exceção das taxas ou encargos que correspondam à indenização de serviços prestados. Ora, se o compromisso é de eliminar os gravames, resulta, a contrário senso, que as partes contratantes não podem aumentar esses encargos, sob pena de tornar letra morta aquele tratado internacional.

O outro dispositivo do Tratado de Montevidéu que apresenta interesse à solução desta contenda é o artigo 21, redigido com as seguintes palavras:

«Art. 21. Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários de território de uma parte contratante gozarão, no território de outra parte contratante, de tratamento não menos favorável que o aplicado a produtos similares nacionais».

Ora, entendido por gravame qualquer encargo de caráter fiscal, monetário ou cambial, por força do artigo 3º, supratranscrito, resulta que o produto importado de país-membro da ALALC não pode ser onerado por um imposto que não incide sobre nenhum dos produtos nacionais e que, na verdade, não existia à época da assinatura do Tratado de Montevidéu.

Assim, parece-me que o imposto sobre operações de câmbio não pode incidir sobre as remessas de divisas para pagamento de importações originárias de países-membros da ALALC, sob pena de ofensa aos artigos 3º e 21 do respectivo tratado.

Assinale-se, por fim, que o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, não revogou dispositivos do Tratado de Montevidéu, como pode parecer à primeira vista, impedido que se en-

contra pelo artigo 98 do Código Tributário Nacional, que consagra o primado dos tratados e convenções internacionais sobre o direito interno».

(fls. 92/94).

Inconformado, apelou o Banco Central do Brasil (fls. 98/102), propugnando pela reforma da r. sentença, que deixou «de examinar pontos relevantes para a decisão da matéria». Sustenta que «a alegada integração mecânica e automática do Tratado de Montevidéu/1980 não pode ser entendida senão em termos». Pelo exame do art. 3º, do Tratado de Montevidéu/1960, que criou a ALALC, fica nítido que a mencionada disposição tem caráter programático, dizendo que a eliminação de barreiras alfandegárias será gradual. Na implementação do acordo, surgiram algumas dificuldades, o que tornou necessário novo pacto latino-americano, em 1980, criando a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), que substituiu a ALALC. A r. sentença recorrida não levou em conta nenhum desses fatos: «julgou que não há como o Brasil disciplinar suas importações dos países da América Latina signatários do Acordo de Montevidéu. Se assim fosse, de fato, já estava totalmente concluída uma espécie de «Zollverein» prussiana no contexto latino-americano». Repisa, no mais, as razões da informação de fls. 77/81.

Resposta da apelada às fls. 104/108.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não se manifestou no prazo regimental (RI, art. 234).

É o relatório.

«Tributário. IOF — Câmbio — ALALC/ALADI. Decreto-Lei nº 1.783, de 1980. Decreto-Lei nº 1.844, de 1980. Decreto nº 85.893, de 1981.

I — O IOF/câmbio, incidente sobre operação de câmbio, com a fi-

nalidade de tornar efetiva uma importação, não incide no caso de tratar-se de importação de produtos oriundos de países-membros da ALALC, seja porque a incidência indireta do IOF seria violadora do disposto no art. 21 do Tratado de Montevidéu, que diz respeito à diferença de tratamento, pelas leis brasileiras, entre bens oriundos da ALALC e produtos nacionais, similares, seja porque, não existindo similar nacional, tratando-se de produto negociado nas listas de concessões, deve ser evitado que os tributos que se apliquem resultem na anulação ou redução de qualquer concessão ou vantagem já obtida (Tratado, artigo 22).

II — Na forma do disposto no artigo 48, do Tratado de Montevidéu, não seria possível a instituição de um gravame novo, o IOF/câmbio, por isso que entende-se por gravame os direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes, sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial, que incidam sobre as importações, observada a cláusula — «para cada um dos produtos que forem objeto de concessões às demais Partes Contratantes».

III — Tratando-se o IOF/câmbio de um gravame à importação, gravame novo, não poderá incidir sobre operações de câmbio que tem por escopo o pagamento de importação da área da ALALC/ALADI, desde que o produto objeto da importação esteja incluído na lista nacional. Tratado de Montevidéu, artigos 3º e 4º.

IV — Recurso desprovido».

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Primeiro que tudo, cumpre examinar se, em matéria tributária, seria possível sustentar o primado do direito internacional sobre o direito interno.

É que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 80.004-SE, Relator p/Acórdão o Sr. Ministro Cunha Peixoto, decidiu que a Convenção de Genebra, que previa 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 83/809).

Acontece, todavia, que essa decisão não foi tomada em matéria tributária. Nesta, há norma específica, o artigo 98 do CTN, lei complementar, no particular (CF, art. 18, § 1º), 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 do 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). Recurso Extraordinário conhecido e provido» (RTJ, 95/350).

Destarte, pelo menos no que se refere à legislação tributária, face ao disposto no art. 98, CTN, é possível sustentar, no Brasil, o primado do direito internacional sobre o direito interno.

## II

O Tratado de Montevidéu, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 50.656, de 24-5-1961, estabelece uma zona de livre comércio e institui a Associação Latino-Americana de Livre Comércio, cuja sede é a Cidade de Montevidéu, na República Oriental do Uruguai (artigo 1º). No Capítulo II, o Tratado de Montevidéu cuida do programa de liberação do intercâmbio, no sentido de que a zona de livre comércio se aperfeiçoará num período não superior a 12 anos (artigo 2º). O programa, pois, a ser aperfeiçoado num período não superior a 12 anos, assim se efetivaria, segundo os artigos 3º e 4º do Tratado:

«Art. 3º

Durante o período indicado no artigo 2º as partes contratantes eliminarão, gradualmente, para o essencial do seu comércio recíproco, os gravames e as restrições de toda ordem que incidam sobre a importação de produtos originários do território de qualquer parte contratante.

Para os fins do presente tratado, entende-se por gravames os direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes — sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial — que incidam sobre as importações.

O disposto neste artigo não é aplicável às taxas ou encargos análogos, quando correspondam ao custo dos serviços prestados».

Art. 4º

O objetivo previsto no artigo 3º será alcançado por meio de negociações periódicas que se realizarão entre as partes contratantes e das quais deverão resultar:

a) Listas Nacionais, com as reduções anuais de gravames e demais restrições que cada parte contratante conceda às demais partes

contratantes, de acordo com o disposto no artigo 5e.

b) uma Lista Comum, com a relação dos produtos cujos gravames e demais restrições as partes contratantes se comprometem, por decisão coletiva, a eliminar integralmente para o comércio intrazonal, no período do referido no artigo 2º, obedecidas as percentagens mínimas fixadas no artigo 7º e o processo de redução gradual estabelecido no artigo 5º».

Estabeleceu-se, então, que, no prazo não superior de 12 anos, seriam eliminados, gradualmente, para o essencial de seu comércio recíproco, os gravames e as restrições de toda ordem que incidam sobre a importação de produtos originários do território das partes contratantes, esclarecendo-se que, por gravames se entendem direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes, sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial que incidem sobre as importações. E este objetivo seria alcançado por meio de negociações periódicas, de que resultariam listas nacionais e lista comum.

Nesta parte, pois — Capítulo II — visa o tratado a liberação do intercâmbio, no sentido da gradual eliminação de restrições ou gravames à importação.

Numa outra parte — Capítulo IV, artigos 18 a 20 — o acordo cuida do «tratamento da Nação mais favorecida» ao estabelecer que «qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio, aplicado por uma parte contratante, em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produto similar originário de, ou destinado ao território das demais partes contratantes».

Uma terceira parte do tratado — Capítulo V — versa a respeito do «tratamento em matéria de tributos internos», estabelecendo o artigo 21 que, «em matéria de imposto, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de uma parte contratante gozarão, no território de outra parte contratante, de tratamento não menos favorável que o aplicado a produtos similares nacionais».

Como se verifica, essas três partes — a) Programa de Liberação do Intercâmbio (Capítulo II, artigos 2º e segs.) b) Tratamento da Nação mais Favorecida (Capítulo IV, artigos 18 e segs.) e, c) Tratamento em Matéria de Tributos Internos (Capítulo V, arts. 21 e 22), ostentam caracteres autônomicos.

Isto posto, examinemos a questão.

### III

O IOF/câmbio tem como hipótese de incidência a efetivação de uma operação de câmbio, pela entrega da moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este CTN, artigo 63, II.

Verifica-se, pois, que o IOF/câmbio não incide, diretamente, sobre a mercadoria importada. Essa incidência, todavia, se faz de modo indireto. Ao ser importada, por exemplo, uma partida de vinhos, a operação de câmbio com vistas ao pagamento, em moeda estrangeira, dessa mercadoria, sofrerá a incidência do IOF/câmbio, incidindo, assim, indiretamente, sobre a mercadoria. Por isso, essa incidência, posto que indireta, aplica maus tratos no princípio inscrito no artigo 21 do Tratado. É que o produto importado de país-membro da ALALC estaria sendo onerado por um tributo que não inci-

diria sobre o produto similar nacional.

A regra diz respeito à diferença de tratamento, pelas leis brasileiras, entre bens oriundos da ALALC e produtos nacionais similares. Nesse sentido a Súmula nº 575, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

A aplicação da regra, todavia, fica na dependência da prova de existência do produto similar nacional. Tal prova não foi feita, aqui.

#### IV

Indaga-se, então: e não existindo similar nacional? Isto ocorrendo, tem aplicação a regra do artigo 22 do Tratado:

«Art. 22.

No caso dos produtos incluídos no programa de liberação que não sejam produzidos ou não se produzam em quantidades substanciais em seu território, cada parte contratante tratará de evitar que os tributos ou outras medidas internas que se apliquem, resultem na anulação ou redução de qualquer concessão ou vantagem obtida por qualquer parte contratante no curso das negociações.

Se uma parte contratante se considerar prejudicada pelas medidas mencionadas no parágrafo anterior, poderá recorrer aos órgãos competentes da Associação, com o fim de que seja examinada a situação apresentada e formuladas as recomendações cabíveis».

A regra do art. 22, acima transcrita, só incide, é verdade, no caso de tratar-se de produto negociado nas listas de concessões. Na hipótese, sustentaram as impetrantes que os produtos objeto da importação em causa foram objeto de concessões, o que resultou sem impugnação por parte da autoridade impetrada.

#### V

A questão merece exame, também, sob a ótica do art. 48 do Tratado de Montevidéu, que estabelece:

«Art. 48.

Nenhuma alteração introduzida por uma parte contratante no regime de imposição de gravames a importação poderá implicar um nível de gravames menos favorável que o vigente antes da alteração para cada um dos produtos que forem objeto de concessões às demais partes contratantes.

Fica excetuada da exigência estabelecida no parágrafo anterior a atualização da pauta de valor mínimo («afôro») para a aplicação de direitos aduaneiros, sempre que esta atualização corresponda exclusivamente ao valor real da mercadoria. Nesse caso, o valor não inclui os gravames aduaneiros aplicados à mercadoria».

Conforme se verifica do disposto no art. 48, a única alteração que é permitida, no regime de imposição de gravames à importação oriunda da ALALC, diz respeito à pauta de valor mínimo. Sendo assim, não seria possível a instituição de um novo gravame — o IOF/câmbio — porque entende-se por gravame, na forma do art. 3º, do Tratado, «os direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes — sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial — que incidam sobre as importações». Vale, no particular, para boa compreensão da tese, o decidido pela Corte Suprema, no RE nº 90.824-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves (RTJ, 95/350).

#### VI

De outro lado, convém lembrar que o IOF/câmbio, incidente sobre uma operação de câmbio com a finalidade de tornar efetiva uma importação, constitui gravame à importação. O

Tratado de Montevidéu, conforme já vimos, recomendou a eliminação gradual de gravames incidentes sobre a importação de produtos originários do território de qualquer parte contratante, certo que gravame é não só o imposto de importação, mas, também, «quaisquer outros encargos de efeito equivalente sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial — que incidam sobre as importações». Excluindo-se, apenas, as «taxas ou encargos análogos quando correspondam ao custo dos serviços prestados». (Tratado, artigo 3º). O objetivo previsto no artigo 3º — eliminação gradual de gravames à importação — seria alcançado através da adoção de providências administrativas recíprocas das partes contratantes, ou, noutras palavras, através de negociações sobre listas nacionais e lista comum relativas à importação (Tratado, artigo 4º).

Destarte, sendo o IOF/câmbio um gravame à importação, gravame novo, força é concluir que não poderá incidir sobre operações de câmbio que têm por escopo o pagamento de importação originária de país-membro da ALALC, desde que o produto objeto da importação esteja incluído na lista nacional. A interpretação harmônica dos artigos 3º e 4º, do Tratado de Montevidéu, conduz, inegavelmente, a essa conclusão.

Por mais isto, no caso, é de ser deferida a segurança.

#### VII

Diante do exposto, confirmo a sentença.

Nego provimento ao recurso.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, na sessão de 25-8-82, pedi vista destes autos, após haver V. Exa. concluído por negar provimento à apelação interposta pelo Banco Central do Brasil (fl. 98), inconfor-

mado com a sentença do MM. Juiz Federal da 6ª Vara de São Paulo, concessiva do mandado de segurança.

#### I

2. A impetração se funda na alegada ilegalidade da exigência de imposto sobre operações financeiras em razão do fechamento de contrato de câmbio para importação de mercadorias.

Afirmam-se ofendidas pelos Decretos-Leis nºs 1.783/80 e 1.844/80 as regras dos arts. 3º, 21, 22 e 48 do Tratado de Montevidéu, de 1960, em consequência do tratamento discriminatório dispensado por esses diplomas legais à mercadoria originária do território de outro país contratante, eis que a incidência do tributo pela alíquota de 25% sobre o contrato de câmbio reduzida em necessária agravacão do custo da mercadoria importada, fato que não pode deixar de repercutir desfavoravelmente no mercado interno, ao comprometer a competitividade comercial do produto no Brasil, a despeito de negociado, nos termos do tratado, como afirmado pela impetrante, sem contestação da autoridade coatora.

3. A sentença se reporta de modo especial ao art. 3º do Tratado de Montevidéu, *verbis*:

«Art. 3º Durante o período indicado no artigo 2º (12 anos), as partes contratantes eliminarão, gradualmente, para o essencial de seu comércio recíproco, os gravames e as restrições de toda ordem que incidam sobre a importação de produtos originários do território de qualquer parte contratante.

Para os fins do presente tratado, entende-se por gravames os direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes — sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial — que incidam sobre as importações.

O disposto neste artigo não é aplicável às taxas ou encargos análogos, que correspondam ao custo dos serviços prestados».

A seguir, detêm-se no disposto no art. 21, deste teor:

«Art. 21. Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários de território de uma parte contratante gozarão, no território de outra parte contratante, de tratamento não menos favorável que o aplicado a produtos similares nacionais».

E conclui:

Ora, entendido por gravame qualquer encargo de caráter fiscal, monetário ou cambial, por força do artigo 3º, suprátranscrito, resulta que o produto importado de país-membro da ALALC não pode ser onerado por um imposto que não incide sobre nenhum dos produtos nacionais e que, na verdade, não existia à época da assinatura do Tratado de Montevidéu.

Assim, parece-me que o imposto sobre operações de câmbio não pode incidir sobre as remessas de divisas para pagamento de importações originárias de países-membros da ALALC, sob pena de ofensa aos artigos 3º e 21 do respectivo Tratado.

Assinale-se, por fim, que o Decreto-Lei nº 1.783, de 18-4-80, não revogou dispositivos do Tratado de Montevidéu, como pode parecer à primeira vista, impedido que se encontra pelo artigo 98 do Código Tributário Nacional, que consagra o primado dos tratados e convenções internacionais sobre o direito interno».

## II

4. Em seu douto voto de Relator, V. Exa., Senhor Presidente, inicialmente acentua que não teria adequação à espécie aqui controvertida a

decisão do Pretório Excelso no RE nº 80.004-SE, de que foi Relator para o Acórdão o Senhor Ministro Cunha Peixoto (RTJ 83/809), ao entender que a Convenção de Genebra, prevendo lei uniforme sobre títulos cambiais, «embora tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País».

E isto, porquanto a matéria de que ora se cuida é de direito tributário, diversamente do que ocorria no caso versado pelo precedente.

Nestes autos, frisou V. Exa., impõe-se atentar para o art. 98 do CTN, ao determinar a preponderância de disposições de tratado sobre normas do direito nacional.

A seguir, argumenta:

«Conforme se verifica do disposto no art. 48, a única alteração que é permitida, no regime de imposição de gravames à importação oriunda da ALALC, diz respeito à pauta de valor mínimo. Sendo assim, não seria possível a instituição de um novo gravame — o IOF/câmbio — porque entende-se por gravame, na forma do art. 3º, do Tratado, «os direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes — sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial — que incidam sobre as importações». Vale, no particular, para boa compreensão da tese, o decidido pela Corte Suprema, no RE nº 90.824-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves (RTJ, 95/350).

De outro lado, convém lembrar que o IOF/câmbio, incidente sobre uma operação de câmbio com a finalidade de tornar efetiva uma importação, constitui gravame à importação. O Tratado de Montevidéu, conforme já vimos, recomendou a eliminação gradual de gravames incidentes sobre a importação de produtos originários do território de qualquer parte contratante, certo que gravame é não só o im-

posto de importação, mas, também, «quaisquer outros encargos de efeito equivalente sejam de caráter fiscal, monetário ou cambial — que incidam sobre as importações» excluindo-se, apenas, as «taxas ou encargos análogos quando correspondam ao custo dos serviços prestados». (Tratado, artigo 3º). O objetivo previsto no artigo 3º — eliminação gradual de gravames à importação — seria alcançado através da adoção de providências administrativas recíprocas das partes contratantes, ou, noutras palavras, através de negociações sobre listas nacionais e lista comum relativas à importação (Tratado, artigo 4º).

Destarte, sendo o IOF/câmbio um gravame à importação, gravame novo, força é concluir que não poderá incidir sobre operações de câmbio que têm por escopo o pagamento de importação originária de país-membro da ALALC, desde que o produto objeto da importação esteja incluído na lista nacional. A interpretação harmônica, dos artigos 3º e 4º, do Tratado de Montevideu, conduz, inegavelmente, a essa conclusão.

Por mais isto, no caso, é de ser deferida a segurança».

### III

5. Depois de refletir sobre o tema, passo a proferir meu voto, desde logo ressaltando o apreço com que tenho ponderado sobre as premissas que inspiram os julgados de primeiro grau, concessivos de mandado de segurança em casos tais; e, mui especialmente, as doutas razões do respeitável voto proferido por V. Exa., como Relator.

### IV

6. Não obstante, não posso deixar de ater-me, na apreciação da espé-

cie, ao ponto único que me parece juridicamente decisivo; razão pela qual me dispense, a fim de fundamentar meu voto, de considerações outras que (interessantíssimas, embora) não influem, contudo, significativamente e com o mesmo peso sobre o rumo do julgamento.

7. Em verdade, para conceder a segurança, tenho como certo que a sentença de primeiro grau não poderia deixar de afirmar, incidentemente, a inconstitucionalidade dos diplomas legislativos atacados pela impetração, nos quais a administração pública se baseia para exigir o discutido crédito.

A sentença, no entanto, deixou de declarar a inconstitucionalidade dos citados decretos-leis.

E se é certo que a petição inicial não vai ao ponto de afirmar de modo explícito tal inconstitucionalidade, não é menos exato que o reconhecimento desse máximo defeito da norma legal era do estrito dever do magistrado, para julgar a causa na consonância desse entendimento, caso se convencesse da existência de direito certo e líquido da impetrante, a merecer a providência impetrada.

8. Na verdade, quando do julgamento do incidente de prejudicial de inconstitucionalidade do art. 3º, III, do Decreto-Lei nº 1.438/75 (ISTR), suscitado, aliás, por V. Exa. na AMS nº 89.825-RJ, procurei justificar, em voto preliminar proferido no Egrégio Plenário, que não seria mister a declaração da inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, desde que o mesmo, na verdade, se insurgia contra o art. 68, I, do CTN, assim havido como lei complementar da Constituição pela jurisprudência predominante, razão pela qual poderia bastar a declaração de incompatibilidade do preceito ali impugnado com o do CTN. Nesse entendimento, tive a honra de ser acompanhado pelo Senhor Ministro Sebastião Reis (Tribunal Pleno, 9-12-82, DJ de 10-3-83).

O Egrégio Plenário, no entanto, fixou, por expressiva maioria, a orientação (que hoje percebo, de fato, a mais correta), ou seja, a de que, na verdade, se achava em causa a inconstitucionalidade da norma legal. E que, ainda mesmo em matéria tributária, o conflito único efetivamente relevante entre normas legais (não me refiro a decretos) é aquele em que qualquer delas possa achar-se com a própria Constituição. Em outras palavras, predominou o entendimento de que o conflito entre lei ordinária e lei complementar se qualifica como inconstitucionalidade e, não, como simples incompatibilidade.

## V

9. É o critério que, penso, há de agora também prevalecer, a saber: não há como negar aplicação aos decretos-leis hostilizados pela impetrante mercê, simplesmente, de incompatibilidade de suas disposições com as do tratado, à luz, meramente, do art. 98 do CTN: afinal, a Corte há de guardar coerência (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio...*).

O que cumpre, necessária e inarredavelmente, é reconhecer, em primeiro lugar, a inconstitucionalidade desses diplomas.

Não há, *data maxima venia*, para se negar aplicação às normas dos decretos-leis, outro caminho.

10. A alegação de inconstitucionalidade, contudo, foi já afastada pelo Egrégio Plenário, por expressiva maioria, por ocasião do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado na AMS nº 91.322-SP (DJU de 18-2-82).

11. Tenho, pois, como impossível o reconhecimento da alegada ofensa a dispositivos do tratado, perpetrada pela lei subsequente; igualmente, não me convenço, pelo argumento da impetração, de inconstitucionalidade outra, útil para o êxito do pedido, a

atingir os citados diplomas legislativos.

Não me animo, por conseguinte, a suscitar novo incidente de inconstitucionalidade, da qual, aliás, não me acho convencido.

## VI

12. Em outra ordem de idéias, convém ter em vista que o Tratado de Montevideu, em cujas disposições se apóia a impetração, admite e prevê, a despeito da regra do art. 21, já transcrito, meios pelos quais cada uma das altas partes contratantes possa dar providências unilaterais e imediatas, julgadas necessárias para resguardar o equilíbrio de seu balanço de pagamentos, mesmo (note-se bem) quando tais medidas possam afetar o comércio intrazonal.

Acentue-se que, «em caráter de urgência», a aplicação de tais medidas (por assim dizer, de autodefesa) deve ser objeto de comunicação posterior ao Comitê, para que, se julgar necessário, convoque sessão extraordinária da Conferência.

É o que se lê nos artigos 24 e 25, que vale transcrever, na íntegra (Decreto nº 50.656, de 24-5-61):

«Art. 24. As partes contratantes poderão autorizar igualmente uma parte contratante que haja adotado medidas para corrigir o desequilíbrio do seu balanço global de pagamentos, a estender tais medidas, em caráter transitório e em forma não discriminatória, ao comércio intrazonal de produtos incorporados ao programa de liberação.

As partes contratantes procurarão fazer com que a imposição de restrições em virtude da situação do balanço de pagamentos não afete, dentro da Zona, o comércio de produtos incorporados ao programa de liberação».

Art. 25. Quando as situações contempladas nos artigos 23 e 24 exigirem providências imediatas a parte contratante interessada a poderá, em caráter de emergência e **ad referendum** das partes contratantes, aplicar as medidas previstas naqueles artigos, devendo comunicá-las imediatamente ao Comitê, a que se refere o artigo 33, o qual, se julgar necessário, convocará uma sessão extraordinária da Conferência».

13. Penso que, nesta altura, dificilmente será negado o fato público e notório do desequilíbrio do balanço global de pagamentos do Brasil.

Por outro lado, não se discutiu sobre a comunicação ao Comitê: e tenho para mim que não se impõe decidir o que não constitui questão da lide (CPC, arts. 459 e 468).

14. Ademais, se, de uma parte, reconheço, ao divergir de valiosos e respeitáveis precedentes desta Corte (AMS nº 93.940 DJ, 16-12-82, Rel.: o Sr. Min. Pedro Acioli, e AMS nº 96.205 — DJ, 16-12-82, Rel.: o Sr. Min. Miguel Ferrante), que as providências unilaterais (e inequivocamente emergenciais) do Brasil nesta matéria, consubstanciadas nos discutidos diplomas, acarretam, indubiosamente, sensíveis dificuldades de comercialização, no mercado interno brasileiro, dos produtos importados dos territórios de países subscritores do tratado; contudo, de outra parte, assinalo que essa consequência se reveste de caráter geral: na verdade, não afeta a comercialização de mercadorias procedentes do território de um dos países do tratado; nem exclui, de modo abrangente, mercadorias originárias de territórios de países alheios à ALALC.

Assim, tais diplomas não determinam discriminações condenadas no ajuste internacional.

15. Enfim, não se tem notícia de que os órgãos previstos no tratado te-

nam acionado os instrumentos nele previstos, «a fim de procurar eliminar as restrições adotadas», nos termos do art. 26, **verbis**:

«Art. 26. Se a aplicação das medidas previstas neste Capítulo se prolongar por mais de um ano, o Comitê proporá a Conferência, a que se refere o artigo 33, por iniciativa própria ou a pedido de qualquer parte contratante, o início imediato de negociações, a fim de procurar eliminar as restrições adotadas.

O disposto no presente artigo não modifica a norma constante do artigo 8º».

16. São estas as considerações que, sem quebra da honrosa tradição do Brasil de pontual cumprimento das cláusulas ajustadas em pactos internacionais, me levam a afastar qualquer impugnação dirigida aos Decretos-Leis nºs 1.783 e 1.844, de 1980, sobre o fundamento de se oporem ao acordo invocado na impetração.

No âmbito da América Latina é, sem dúvida, especialmente penoso que providências como as determinadas por estes diplomas se mostrem inevitáveis, na presente conjuntura: não se apresentam, por isso, inconstitucionais; não ofendem regras expressas no próprio tratado; e, afinal, não vejo como possa a lei complementar (repito) estabelecer atribuições do Poder Legislativo... tal se arvorou fazer o art. 98 do CTN.

Com a devida vênia, dou provimento à apelação, denego a segurança, casso a liminar e condeno as impetrantes nas custas.

#### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Tendo em conta a orientação do Excelso Pretório no sentido de que o IOF não estabelece discriminação entre os produtos importados e seus

similares nacionais, pois não incide sobre produtos, mas sobre operações de câmbio, acompanho o voto do Sr. Ministro Bueno de Souza, pelas suas conclusões.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 93.943-SP — Rel.: O Sr. Min. Carlos M. Velloso. Rel. para o Acórdão: o Sr. Min. Bueno de Souza. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara. Apte.: Banco Central do Brasil. Ap-

dos.: Frontemar — Importadora e Exportadora Ltda. e outros.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, deu provimento ao recurso e cassou a segurança. Redigirá o Acórdão o Sr. Ministro Bueno de Souza. (Em 23-11-83 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Bueno de Souza e Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos M. Velloso.

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.730 — DF

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Requerente: Sindicato dos Professores do Município do Rio de Janeiro

Requeridos: O Sr. Ministro de Estado do Trabalho e outro

#### EMENTA

Mandado de segurança. SENAC. Competência. Intempestividade.

Competência originária deste Tribunal, a teor do art. 122; item I, letra c da Constituição Federal. Extinto, na espécie, o direito de requerer a segurança pleiteada a destempo. Impetração não conhecida.

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, não conhecer do mandado de segurança por intempestivo, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de abril de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **Jarbas Nobre**, Presidente — Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**, Relator.

#### RELATÓRIO

O Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:

O Sindicato dos Professores do Município do Rio de Janeiro, na qualidade de representante legal da Categoria Profissional no Plano da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura (Categoria Diferenciada ex vi da Portaria nº 3.441, de 23-12-1974, do Ministério do Trabalho), impetrou, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, mandado de segurança contra ato do Conselho Nacional de Política Salarial e do Conselho Regional do SENAC/ARRJ, consubstanciado na Resolução CR-14/79, de 13 de setembro de 1979, publicada a 17 daquele mês e ano, do Presidente do Conselho Regional no Estado do Rio de Janeiro, de Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial.

Em suma, alega e requer, afinal: que pela Resolução CR-14/79, do Presidente do Conselho Regional no Estado do Rio de Janeiro, do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, o impetrante tomou conhecimento do Regulamento do Pessoal, do Regulamento de Cargos (Escalas de Classes e Graus Salariais e Quadro de Pessoal) e das Normas de Enquadramento de Pessoal; que o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, Administração Regional no Estado do Rio de Janeiro, que já mantém, com o Sistema Oficial de Ensino, convênio para o ensino profissionalizante, pretende, pelo novo Quadro de Pessoal, substituir professores devidamente registrados e habilitados, por Agentes de Formação Profissional I, II e III, criando condições de trabalho que violam a regulamentação da profissão e outros dispositivos legais, estreitando o mercado de trabalho, e ao mesmo tempo, desestimulando o aperfeiçoamento profissional e tudo o que preconiza a Lei nº 5.692/71; que, examinando os requisitos e atribuições dos Agentes de Formação Profissional I, II e III, vê-se como são desrespeitados, de um só golpe, vários preceitos que dizem respeito à profissão de Professor, regulamentada pela Lei nº 5.692/71, no que tange às condições para o exercício do Magistério, bem como à orientação ditada, a propósito, pelos órgãos competentes; que, agravando os aspectos de descaracterização da Profissão de Professor, o Quadro de Pessoal pretendido pelo SENAC/ARRJ, parte de uma generalizada redução de salário dos Professores e Instrutores Profissionais (transformados em Agentes de Formação Profissional) do antigo Quadro de Pessoal do SENAC no ex-Estado da Guanabara, e que congrega a maioria dos servidores da entidade; que o SENAC/ARRJ entende que o salário devido aos seus professores é o que ele paga e não aquele que a lei manda pagar; que, com o

novo Quadro de Pessoal, o SENAC/ARRJ passou a exercer coação para que, renunciando a seus direitos, os professores e instrutores façam opção de vez que, mesmo sendo inferior ao devido, arditosamente, oferece uma salário que é pouco superior ao que é pago ao arrepio da Lei; que, assim, expressamente requer o impetrante a suspensão liminar de vigência da Resolução CR-14/79, de 13 de setembro de 1979, do Presidente do Conselho Regional no Estado do Rio de Janeiro do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial e dos instrumentos a ela anexos, e, afinal, a concessão definitiva da segurança, a fim de ser decretada nulidade do mencionado ato, tudo pelas razões que expende.

Sob fundamento de incompetência absoluta do Juízo a segurança foi de pleno indeferida, pelo despacho de fl. 2, mantido a fl. 99, ao exame de pedido de reconsideração.

Irresignado, recorreu o impetrante ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que declarou a incompetência da Justiça Estadual para apreciar e decidir a matéria determinando a remessa dos autos à Justiça Federal.

Por seu turno, o MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, a quem os autos foram distribuídos, declinou de sua competência para este Tribunal, à consideração de que o Conselho Nacional de Política Salarial é cargo privativo de Ministro de Estado (fl. 210). Esse despacho foi mantido à fl. 203, à invocação do julgamento da AMS nº 87.704/RJ, que deu pela competência desta Corte para julgar mandado de segurança contra resoluções do Conselho Interministerial de Preços — CIP — integrado por Ministro de Estado.

Distribuídos os autos ao Ministro Peçanha Martins, Sua Excelência indeferiu a liminar.

Pedidas informações, prestaram-nas os impetrados a fls. 200/217, e folhas 286/294. O Senhor Ministro de Estado alegou, em preliminar: a) caducidade do prazo para requerer a segurança; b) falta de legitimidade do impetrante, visto como a doutrina e a jurisprudência vedam a representação em ação mandamental de interesse de grupos profissionais pelos respectivos sindicatos; c) ilegitimidade passiva do Ministro de Estado, no caso, dado que pela Lei nº 5.617, de 1979, que reorganizou o Conselho de Política Salarial, o SENAC, cuja Resolução CR-14/79, é objeto da impetração, não mais se inclui no elenco dos órgãos e entidades que lhe são subordinadas para efeitos de pronunciar-se sobre reajustamentos, revisões ou acordos de caráter coletivo. No mérito, argüi que não se configura, na hipótese, a vulneração de direito líquido e certo, pressuposto essencial ao recurso à via mandamental.

A fls 296/301, a douta Subprocurador-Geral da República, em parecer da Dra. Iduna E. Weinert, sustenta preliminarmente, a intempestividade da impetração, a ilegitimidade ativa *ad causam*, a ocorrência de segurança contra a lei em tese, e, no mérito, a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na Resolução impugnada, concluindo pela não concessão da segurança, ante a ausência de seus pressupostos essenciais.

Com a aposentadoria do nosso ilustre colega, Ministro Peçanha Martins, os autos me foram redistribuídos.

E o relatório.

### VOTO

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** Em primeiro lugar, afasto a alegação do Senhor Ministro de Estado da Fazenda de que não pode ser apontado, no caso, como autoridade

coatora, em razão de haver a Lei nº 5.617, de 15 de outubro de 1979, desobrigado o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial — SENAC — do controle do Conselho Nacional de Política Salarial, que preside. E que, como pondera com propriedade a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, a Resolução CR-17/79, do SENAC, contra a qual investe o impetrante, datada de 13 de setembro de 1979 e publicada a 17 daquele mês e ano, é anterior ao referido diploma legal, e foi expedida, como se vê de seus *consideranda*, com base nas alterações dos instrumentos de que trata a Resolução CR-5/79, de 30 de abril de 1979, aprovadas pelo mencionado Conselho Nacional de Política Salarial, em sua reunião de 23 de agosto de 1979.

Destarte, fixada a competência originária deste Tribunal, a teor do art. 122, item I, letra c, da Constituição Federal, e em consonância com orientação jurisprudencial aqui assente, por envolver a impetração ato de colegiado presidido por Ministro de Estado, passo, de imediato, a examinar a prejudicial relativa a intempestividade do *mandamus*.

E, nesse particular, à conferência dos autos considero extinto, na espécie, o direito de requerer a segurança.

Realmente.

O prazo de 120 dias, assinado, para o efeito, no art. 18 da Lei nº 1.533, de 1972, com início no dia posterior ao da publicação do ato impugnado, 18 de setembro de 1979, veio a findar-se a 15 de janeiro de 1980, uma terça-feira, enquanto a petição vestibular somente foi protocolada na Divisão de Distribuição da Corregedoria da Justiça Estadual, dois dias depois, precisamente a 17 daquele mês e ano. Portanto, irremediavelmente, a destempo.

Daí porque, não conheço da impetração.

É como voto, preliminarmente.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 94.730-DF — Rel.: O Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Requerente: Sindicato dos Professores do Município do Rio de Janeiro. Requeridos: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho e outro.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do mandado de segurança por intempestivo. (Em 29-4-82 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Wilson Gonçalves, William Patterson, Pereira de Paiva, Sebastião Reis. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Aldir G. Passarinho, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Otto Rocha, Romildo Bueno de Souza, Adhemar Raymundo e José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Jarbas Nobre.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.810 — BA

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Apelante: BASF Química da Bahia S/A

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Remessa de numerário para o exterior. Súmula nº 585 do STF: validade mesmo após a edição do Decreto-Lei nº 1.418, de 3-9-75. Inconstitucionalidade do citado decreto-lei e do Decreto-Lei nº 1.446, de 13-2-76, não configurada.

I — Os requisitos de «urgência» e de «interesse público relevante», reclamados pelo artigo 55 da Constituição, para fins de edição de decretos-leis, são de índole política, cabendo o seu exame ao Presidente da República e ao Poder Legislativo, no exercício das suas atribuições, e não ao Poder Judiciário.

II — Na consonância da jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, os tributos podem ser instituídos ou ter as suas alíquotas aumentadas através de decreto-lei.

III — Não incide o imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento de serviços prestados no exterior, por empresa que não opera no Brasil, continuando a subsistir a Súmula nº 585 do Excelso Pretório, mesmo após a vigência do Decreto-Lei nº 1.418/75.

IV — 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 à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 132-133):

1. «BASF Química da Bahia S.A. impetra mandado de segurança, em caráter preventivo, visando a livrar-se da prática de ato do Delegado da Receita Federal, que pretende obrigá-la a reter imposto de renda na fonte, em virtude do pagamento da importância devida à BASF Aktiengesellschaft, sediada na Alemanha, pela prestação de serviços técnicos especializados.

2. Alega haver contratado com a empresa alemã a instrução e treinamento de pessoal, com a finalidade de alcançar técnicas de produção mais desenvolvidas, obrigando-se a remunerar esses serviços em ações de sua emissão, figurando o respectivo valor como investimento de capital da empresa contratada. E como tenha de efetuar parte desse pagamento, quer a segurança, posto que se acha na iminência de sofrer exigência tributária por parte da autoridade impetrada.

2.1 Sustenta a ilegitimidade dos Decretos-Leis nºs 1.418/75 e 1.446/76, em que, pretensamente, se estribaria a autoridade impetrada

para a prática do ato preventivamente impugnado, seja porque, expedido pelo Poder Executivo, não se acham fundamentados em qualquer dos motivos previstos no art. 55-II da Constituição, seja porque há invasão de competência legislativa, por haver disposto sobre matéria estranha às exceções do art. 153, § 29 da Constituição: diz da inidoneidade desses atos para elidirem o princípio da territorialidade, previsto no Código Tributário Nacional, hierarquicamente superior bem assim à regra de sobredireito do art. 9º § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, em que se baseia a Súmula nº 585 do Supremo Tribunal Federal.

3. A autoridade impetrada prestou informações, alegando que não é de sua alçada a prática do ato noticiado na inicial, mas do Banco Central, que exige a prova da retenção do tributo na fonte, para autorizar a remessa de divisas, mas junta parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, a título de informar sobre a matéria jurídica da pendência. Nesse parecer, é invocada a ilegitimidade ativa para a ação, por isso que seria a empresa alemã o sujeito passivo da relação tributária, não cabendo à impetrante pedir segurança em face de direito subjetivo de outrem. Quanto ao mérito, diz da incidência do tributo na hipótese ventilada, porquanto o Brasil adotou o princípio de fonte, depois de rebater as arguições preliminares da impetrante a respeito da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.418/75.

4. O Ministério Público opina no sentido de ser concedida a segurança, atento à vigência da Súmula nº 585, que interpreta a norma que disciplina a espécie, isto depois de ter considerações sobre as preliminares levantadas pela impetrante e pela autoridade impetrada que o levam a opinar por sua rejeição.»

Apreciando a controvérsia o MM. Juiz Federal a quo denegou a segurança, argumentando (fls. 133/135):

5.1. «Rejeito as arguições de ilegitimidade ativa e passiva, formuladas pela autoridade impetrada, por isso que, a técnica de substituição legal tributária, no caso de imposto de fonte, erige como contribuinte de direito a empresa impetrante, que seria a pagadora da disponibilidade financeira adquirida pela empresa alemã e, quanto à segunda, por não estar o Banco Central situado como arrecadador do tributo que, eventualmente, incidir sobre a mesma disponibilidade, senão como órgão de controle cambial.

5.2. Não há a alegada inconstitucionalidade dos decretos-leis citados pela impetrante, posto que vício de falta de motivação não possuem. A boa técnica legislativa, no particular, tem por aperfeiçoada a motivação desses atos com a só menção ao dispositivo constitucional em que se baseiam e, uma vez que foram esses atos aprovados pelo Congresso Nacional, não se há de mais invocar ausência de fundamentação fática da sua emissão pelo Poder Executivo. Demais disto, a declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, embora seja curial que os órgãos judicantes menores podem e devem deixar de aplicar normas que reconheçam como eivadas desse vício, o maior de todos.

5.2.1. Não procede, por igual, a arguição de que os mencionados atos legislativos excedem os limites do art. 153, § 29 da Constituição, porquanto as exceções ali consignadas dizem respeito ao princípio de anualidade tributária, nenhuma repercussão podendo ter na atribuição prevista no art. 55, que versa matéria de todo diferente, qual seja a excepcional emissão de Decreto-

lei sobre matérias especificamente definidas.

5.3. O art. 77 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958 altera redação do Regulamento do Imposto de Renda, que dispunha sobre alíquotas do imposto de renda, enquanto que o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.418, de 3 de setembro de 1975, cria hipótese de incidência nova do tributo, valendo a referência à disposição da citada lei de 1958 apenas à definição de qual a alíquota a recair sobre a disponibilidade auferida. Não se trata de simples norma interpretativa daquela disposição modificativa de norma inferior, mas de regra que define como susceptível de incidência do tributo disponibilidades oriundas de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes, derivados do Brasil e recebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada» (Grifei).

5.3.1. O Decreto-Lei nº 1.446, de 13 de fevereiro de 1976, estabelece isenção para serviços prestados no exterior, expressamente previstos no seu art. 2º e sob as condições do art. 1º, não se achando entre os serviços aqueles a que se reporta a inicial, ou seja, instrução e treinamento de pessoal. E, presente o princípio de exegese restritiva das normas de isenção, possível não seria estender a esses serviços a excludente tributária.

5.4 Tenho, assim, por tributável, mediante retenção na fonte pagadora, a disponibilidade financeira auferida pela empresa alemã, até porque a forma desse pagamento, que nenhuma influência tem quanto à incidência do imposto, se apresenta como maneira que não consulta os interesses de desenvolvi-

mento do país, necessitado do aporte de capitais estrangeiros efetivamente transferidos para aqui, pois que mais parece com distribuição disfarçada de lucros, por parte da empresa impetrante para a sede da multinacional que integra.»

Apelou a impetrante (fls. 137/152). Sustenta a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n.ºs 1.418, de 3-9-75, e 1.446, de 13-2-76, ao argumento de que, por não motivarem nem especificarem os casos de urgência ou de interesse público relevante que justificariam as suas edições, desobedeceram o *caput* do art. 55 da Constituição. Acrescenta que decreto-lei não pode criar ou aumentar tributos. Teme judiciosas considerações sobre os Decretos-Leis n.ºs 1.418/75 e 1.446/76, com apoio em precedentes desta Corte e do Excelso Pretório, para concluir pela sobrevivência da Súmula n.º 585, da Suprema Corte, mesmo após a edição do primeiro decreto-lei retromencionado. Procura, a seguir, demonstrar, refutando a sentença, que, no caso, não há identificar distribuição disfarçada de lucros. Conclui por pedir a sua reforma, com a concessão da segurança, aduzindo (fls. 151/152):

«Diante de todo o articulado; diante do exposto na inicial, que aqui se reitera e ratifica; em face ao caráter meramente interpretativo dos Decretos-Leis n.ºs 1.418/75 e 1.446/76; e em face à sua carência de força hierárquica para mudar o princípio da territorialidade de obrigações e direitos adotado por normas de sobredireito e complementares como o art. 101, do Código Tributário Nacional e o *caput* do art. 9.º e seu § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, assim não considerados pelo MM. Juízo a quo, que deu por legítimos os atos de cobrança do tributo mencionado pela autoridade coatora, a apelante vem perante V. Exas. para, reconhecendo a incapacidade destes

decretos-leis de servirem de base à exigência tributária em violação ao princípio da territorialidade, darem provimento ao presente apelo reformando a r. sentença de primeiro grau, a fim de que seja assegurado à apelante o direito líquido e certo seu ameaçado pela Autoridade, concedendo-se a segurança em caráter definitivo, a fim de que possa a apelante efetuar o pagamento da Fatura n.º 901/81076990, de 16-2-81, no valor parcial de DM 759.260,00, sob a forma de investimento de capital estrangeiro, sem a exigência formulada pela autoridade do recolhimento do Imposto de Renda na Fonte, porque não incide este tributo quando do pagamento de serviços prestados no exterior, por pessoa lá domiciliada, por ser um ato da mais ilibada justiça».

Contra-arrazoado o recurso (fls. 165/168), subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação do decisório de primeiro grau (fls. 175/178).

E o relatório.

VOTO

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Não diviso as alegadas inconstitucionalidades dos Decretos-Leis n.ºs 1.418/75 e 1.446/76. Com efeito, não há necessidade de o Presidente da República, ao baixá-los, justificar a ocorrência de urgência ou de interesse público relevante, pois tais requisitos já estão compreendidos no *caput* do art. 55 da Constituição em que aquela ilustre autoridade se apoiou para editá-los. À vista dos argumentos que expendem e da jurisprudência que colacionou a propósito, parece que a impetrante está a confundir fundamentação de ato administrativo com funda-

mentação de ato legislativo. Tanto assim que os precedentes invocados concernem à necessidade de fundamentação de resoluções do CPA. No que toca aos decretos-leis penso que não cabe ao Poder Judiciário apreciar os requisitos concernentes à configuração de urgência ou de ocorrência de interesse público relevante, necessários, pelo texto constitucional, para ensejar a sua edição. Isso porque tal assunto é de índole manifestamente política, cabendo o seu exame ao Presidente da República e ao Poder Legislativo, no exercício das suas atribuições.

De outra parte, pacífico é o entendimento desta Corte no sentido de que os tributos podem ser instituídos ou ter a sua alíquota aumentada através de decreto-lei. A respeito, já se manifestou, o seu Plenário, quando do julgamento das arguições de inconstitucionalidade suscitadas nas AMS nºs 91.322-SP, 91.148-RJ e 92.313-SP, ocasião em que concluiu pela constitucionalidade da criação do imposto sobre operações financeiras (IOF), através de decreto-lei.

Repilo, pois, as arguições de inconstitucionalidade.

## II.

No mérito, esta Egrégia 4ª Turma já teve oportunidade de examinar a questão controvertida, fazendo-o em sentido diverso do sustentado na doutra sentença recorrida. Nesse sentido, assim decidiu na consonância da seguinte ementa, ao julgar a AMS nº 86.322-RJ, Relator para o acórdão o eminente Ministro Carlos Mário Veloso:

«Mandado de Segurança. Autoridade coatora. Banco Central do Brasil. Tributário. Imposto de Renda. Remessa de numerário para o exterior. STF, Súmula nº 585.

I — Mandado de Segurança. Legitimidade passiva do Banco Central do Brasil para figurar na ação

de segurança em que o contribuinte deseja remeter numerário para o exterior sem o pagamento do imposto de renda.

II — Não incide o imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento de serviços prestados no exterior, por empresa que não opera no Brasil. Aplicação da Súmula nº 585, do STF, mesmo após a vigência do Decreto-Lei nº 1.418, de 30-9-75.

III — Recurso desprovido.»

Aduzo que, quanto à matéria de fundo, o voto que então proferi, na qualidade de Relator originário, foi unanimemente adotado por este Egrégio Colegiado. Naquele ensejo, disse:

«Contudo, examinando a sentença sobre o aspecto do duplo grau de jurisdição, discordo da tese do citado parecer em prol da inaplicabilidade da Súmula nº 585 do Excelso Pretório, a partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.418/75, cujo art. 6º dispõe:

«O imposto de 25% de que trata o artigo 77 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, incide sobre os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhante derivados do Brasil e recebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada».

A meu ver, o transcrito preceito só se refere a rendimentos de serviços técnicos cuja fonte de produção esteja localizada no Brasil.

Outra interpretação violaria o princípio da territorialidade fiscal, pois a exigência do Fisco estaria a coagir a quem paga e não a quem recebe o rendimento no exterior.

Na verdade, o de que se cuida, no caso, é de importação de serviços, prestados exclusivamente no exterior e por empresa lá sediada, que não possui dependência no Brasil.»

Tal entender já era o desta Egrégia 4ª Turma, em sua composição anterior, segundo se depreende da ementa do Acórdão proferido na AMS nº 79.897-SP.

«IR — Remessa de divisas.

A superveniência do Decreto-Lei nº 1.418/75, art. 60, não altera a subsunção da espécie na Súmula nº 585, do STF.»

Em seu voto, o ilustre Relator, Ministro José Dantas, argumentou, com objetividade:

«Senhor Presidente, no concernente ao caráter meramente interpretativo do art. 6º do Decreto-Lei nº 1.418/75, no notório casuísmo de sua edição contrária à consolidada jurisprudência do STF sobre o imposto de renda nas remessas de divisas para o exterior (Súmula nº 585), tenho voto proferido na Egrégia 3ª Turma (Sessão de 27-6-77 — AMS nº 78.797, feito ainda pendente de vista ao Ministro Aldir Passarinho, após o meu voto com adesão ao Ministro Rollemberg).

Desde ali, entendi que a Súmula nº 585 foi elaborada no sentido mais genérico possível em conta de que o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não admite a compreensão de, em matéria contratual, remover-se para aqui a fonte tributária de rendimentos oriundos da prestação de serviços no exterior por empresas que não operam no Brasil. Essa construção jurisprudencial se impôs em face do direito positivo vigente desde há muito, segundo os mais vários textos, dentre os quais a própria súmula faz referência ao Decreto nº 58.400/66. Logo, quando a norma superveniente — o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.418/75 — tenha reproduzido

em tese o comando daquela tributação, certo parece que ainda aí se impõe a jurisprudência maior de que se trata, mesmo que se dê à lei nova o caráter de instrumento interpretativo. É que dita norma, traçada no idêntico propósito dos textos anteriores, de igual modo haverá de ser interpretada nos limites do preceito introdutório dantes considerado para a regência da matéria, consoante a expressa referência da examinada súmula.»

Por esclarecedor, convém transcrever o voto-vista proferido, naquela assentada, pelo eminente Ministro Carlos Madeira:

«O mandado de segurança foi impetrado para livrar da incidência do imposto de renda as remessas de dinheiro para o exterior, em pagamento de serviços ali prestados, por empresa estrangeira, à firma impetrante.

O Dr. Juiz Federal, ressaltando seu ponto de vista anterior contrário à remessa, indeferiu a segurança, em face do que dispõe o art. 6º, do Decreto-Lei nº 1.418, de 3-9-75, pelo qual o imposto de 25% de que trata o art. 77, da Lei nº 3.470/58, incide sobre os rendimentos de serviços e assistência técnica, administrativa e semelhantes, derivados do Brasil e recebidos por residentes ou domiciliados no exterior.

A impetrante argumenta, na apelação, que, sendo o Decreto-Lei nº 1.418, de setembro de 1975, só teve vigência a partir de 1976, não incidendo a regra do seu art. 6º ao contrato com ela firmado com firma alemã em 30-10-75. Ademais, o Decreto-Lei nº 1.446, de 13-2-76, prevê a isenção do tributo.

Na verdade, o Decreto-Lei nº 1.446/76 isentou do imposto de renda os serviços previstos na Portaria nº 184-GB, de 1966, desde que, entre outros requisitos, tais servi-

ços sejam prestados no exterior e decorram de contratos averbados no INPI e registrados no Banco Central do Brasil, anteriormente à vigência do Decreto-Lei nº 1.418/75. A isenção para remessas posteriores será autorizada pelo Senhor Ministro da Fazenda, no caso de empreendimentos de relevante interesse nacional.

A tributação de remessas para pagamento de serviços prestados no exterior tem origem curiosa.

Antes do Decreto-Lei nº 5.844, de 23-9-43, predominou o entendimento fiscal de que só eram tributáveis os rendimentos auferidos por não residentes, quando proviessem de atividade exercida no Brasil. Com o Decreto-Lei nº 5.844/43, passou a prosperar o entendimento de que, tendo sido expressamente excluídas da tributação na fonte as comissões pagas pelos exportadores de café a seus agentes no exterior, dever-se-ia reputar sujeita ao tributo toda remuneração remetida em razão de qualquer outro serviço. A incidência tributária foi assim interpretada a **contrario sensu** da explicitação de uma isenção na lei.

O Decreto-Lei nº 24.239, de 22-12-47, veio tornar mais nítida a nova orientação fiscal, pois, ao isentar também as comissões pagas pelas empresas de navegação a seus agentes no exterior, fê-lo pela forma de exceção, de sorte que os rendimentos auferidos por não residentes no Brasil, que não foram exceтуados, ficaram sujeitos a tributação.

Como esclarece Gilberto de Ulhoa Canto, de cujo estudo foram extraídos os dados acima, antes das mudanças de textos legislativos inicialmente indicadas, havia tácito entendimento de que a lei, ao aludir a «rendimentos percebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes

ou domiciliadas no estrangeiro», pressupunha que tais rendimentos fossem resultantes de negócios ou atividades radicados no Brasil. (Problemas de Direito Tributário, vol. I, pág. 96). A exegese dos novos textos tem como irrelevante o local onde a atividade é exercida para determinar a competência tributária, bastando que a fonte pagadora esteja situada no Brasil para que incida o imposto.

Viu o mesmo festejado autor na Portaria nº 184, de 8-6-66, do Senhor Ministro da Fazenda, a virtude de ter deixado claro que não incide imposto algum sobre rendimentos auferidos mediante a prestação de serviços exclusivamente no estrangeiro, ainda que a interessada residente ou com domicílio no Brasil, e daí seja feita a remessa. (Estudos e Pareceres de Direito Tributário, pág. 90). Na verdade, a portaria reconhecia a não incidência apenas sobre as remessas para pagamento de determinados serviços, o que ensejou interpretação restritiva das autoridades fiscais. O Decreto-Lei nº 1.418/75 revogou as normas liberalizantes e o Decreto-Lei nº 1.446/76, apenas veio confirmá-lo com reconhecer a isenção apenas aos rendimentos relativos a contratos registrados antes da vigência do dispositivo revogatório.

Ricardo Mariz de Oliveira, em seus Fundamentos do Imposto de Renda, assim se manifesta a propósito do Decreto-Lei nº 1.418:

Todavia, esse decreto-lei é inconstitucional, em se tratando de atividade exercida fora do país. À vista do artigo 101 do Código Tributário Nacional, que, combinado com o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, consagra o direito territorial, não podendo ser tributados neste país os rendimentos de serviços prestados além de sua fronteira.

E adiante:

o que não pode ser olvidado é que essa matéria de competência da lei, ou seja, de sua vigência temporal e espacial, é, por sua própria natureza, de cunho constitucional e complementar. Dai não ser possível, em qualquer desses assuntos, alterações através de legislação de cunho ordinário, nem fixação ou alterações de orientação fazendária através de atos administrativos. (Págs. 278 e 281).

A questão da constitucionalidade da lei não tem procedência, até porque a tributação das remessas para o exterior vem sendo tratada como exercício legítimo do poder impositivo, dentro dos limites de nossa soberania. O que ocorre é uma inversão do momento da tributação. Como é sabido, a doutrina distingue o momento da **produção** dos rendimentos do da sua **realização**. Produz-se o rendimento quando se exerce alguma atividade ou algum direito, que gere algum ganho. Realiza-se o rendimento, quando esse ganho é pago. Ora, a produção do rendimento é que é tributável e não a sua realização. No caso, a produção do rendimento é a prestação dos serviços, no exterior; a realização corresponde ao pagamento, ou seja, à remessa de divisas.

A luz dessa construção doutrinária, que se alicerça em Vincenzo Sampiero Mangano, deve ser lido o § 2º do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil: a obrigação resultante do contrato, isto é, a prestação de serviços, reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Pertinente e sábia é assim, a invocação dessa norma de sobredireito, nos fundamentos da Súmula nº 585 do Supremo Tribunal Federal.

É de manter-se, portanto, o entendimento jurisprudencial sumu-

lado que melhor atende à própria dogmática do tributo.»

### III

O argumento da sentença, consistente na ocorrência de distribuição disfarçada de lucros, foi, no caso, muito bem refutado pelo apelante (fls. 149/151):

«Salvo melhor juízo, entende a impetrante não haver nos autos qualquer elemento concreto que pudesse equiparar o pleiteado na inicial a uma remessa disfarçada de lucros.

Para que se possa decidir sobre a existência de remessa disfarçada de lucros, há necessidade que elementos e provas trazidas aos autos pela autoridade coatora venham traduzir esta certeza. A pressuposição não basta!

Ademais, não se trata de remessa disfarçada de lucros e nem se posiciona a forma de pagamento «como maneira que não consulta os interesses de desenvolvimento do país», **data maxima venia**.

Não é assim porque o negócio mencionado na inicial faz parte de um projeto industrial de extrema importância para implantação do parque industrial na Cidade de Camaçari, Estado da Bahia, para o qual foram investidos cerca de Cr\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros) para a produção de metilaminas e dimetilformamidas, o que tornara imperioso o treinamento de pessoal para alcançar as técnicas de produção mais desenvolvidas no âmbito mundial.

Para que se pudesse desenvolver estes investimentos vultosíssimos recebeu a impetrante autorização do Ministério da Indústria e do Comércio, tendo recebido inclusive incentivos na área fiscal, conforme Certificado nº 5.992, Conselho de Desenvolvimento Industrial (doc. 2).

Consoante disposições legais atinentes à matéria, todo e qualquer pagamento de transferência de tecnologia e outros, decorrentes deste projeto de investimento aprovado pelo CDI, deveria ter a prévia e expressa autorização do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) do Ministério da Indústria e do Comércio e do Banco Central do Brasil.

Atendendo a estas disposições legais, a impetrante submeteu o contrato de prestação de serviços de onde se originou a fatura a ser paga, sem o recolhimento do imposto de renda conforme se pleiteia, (docs. n.ºs 4 a 43 e 47 a 54 da inicial) ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial do Ministério da Indústria e do Comércio (INPI) o qual, não só decidiu pela necessidade e conveniência desta contratação, como aprovou a forma de pagamento dos serviços prestados mediante o aporte de capital, tendo fornecido o competente certificado de averbação n.º 9.210/79 (doc. n.º 44, da inicial).

Ainda atendendo às disposições legais, a impetrante, ato contínuo, solicitou e obteve o registro no Banco Central do Brasil, o qual forneceu o Certificado de Registro n.º 389/1503 (docs. n.ºs 45 e 46 da inicial).

Esta operação, como se vê, atende perfeitamente aos interesses nacionais e não concretiza distribuição disfarçada de lucros, porque, para todos os seus passos, deu conhecimento às e obteve autorização das autoridades competentes, atendendo as disposições legais.»

Sobre o tema, também já se pronunciou esta Egrégia 4ª Turma, na sua antiga composição. É o que se depreende da ementa que encima o Acórdão proferido na AMS n.º 79.931-SP, Relator o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite:

«Imposto de renda, Remessas de divisas como remuneração de serviços produzidos no exterior, por empresa que não opera no País. Comprovados os pressupostos legais da isenção, descabe suspeitar ou presumir fraude. Aplicação, à hipótese, da Súmula n.º 585, do STF. Recurso provido e sentença reformada.

O voto daquele ilustre Relator está assim redigido (fls. 88-90):

«O Dr. Juiz a **quo** está convencido de que a firma beneficiária, no estrangeiro, representa a própria impetrante, havendo, pois, intenção de burla à lei, pelo não pagamento do imposto de renda.

É ler-se:

«Em caso análogo, deneguei a segurança. O agente comprador, sediado no estrangeiro, representa a própria impetrante. Confunde-se com a empresa nacional e a distinção estabelecida no contrato constitui um meio adotado pelo interessado em descumprir a lei, subtraindo o imposto de renda devido em função da aquisição de bens no exterior. Não se trata, assim, de serviço prestado fora do país. Configura-se a compra de mercadoria pela própria impetrante através de um artifício representado pelo agente ou por um escritório sediado no exterior.»

Não vejo, **data venia**, como chegar-se a essa conclusão tão-só à vista do contrato de agenciamento de compra, que reputo revestido dos euremas legais, em ambos os textos (fls. 10/19), e adequado nas suas finalidades ao negócio da impetrante, tradicional empresa do ramo.

Descabe ao julgador suspeitar ou presumir a fraude, **data venia**, ou mesmo a existência de negócios indiretos, daqueles que se fazem ao lado da lei, fiduissariamente, mas

nunca contra ela, abertamente, como é do sistema.

Ao Banco Central do Brasil caberia esse papel, de fiscal, e é sabido nos autos que agiu, ao permitir o registro daquele Contrato de Agenciamento de Compra, sob o nº 289/461, antigo, de 5 de novembro de 1974, conforme se vê à fl. 9, e também às fls. 20/21.

Sobre essa parte, sequer falou a autoridade informante, limitando a sua impugnação ao fundamento do art. 6º, do Decreto-Lei nº 1.814/75, que, a seu ver, determina a tributação da remessa abordada e arreda os precedentes judiciais permissivos (fls. 25/26).

Quanto ao direito da impetrante, não há como negá-lo em face da Súmula nº 585, do Supremo Tribunal Federal, porque não incide o imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento de serviços prestados no exterior, por empresa que não opera no Brasil.

Essa situação é diversa da exposta na Súmula nº 586, que cogita da remessa de juros, com base em contrato de mútuo (art. 11, Decreto-Lei nº 401/68). E também diversa da hipótese da Súmula nº

587, quando os serviços, embora contratados no exterior, têm execução no Brasil.

Dou provimento ao recurso da impetrante e reformo a sentença, para conceder o «writ».

#### IV

Em resumo: em face dos princípios legais aplicáveis à espécie, continua a subsistir a Súmula nº 585 do Excelso Pretório, mesmo após a edição do Decreto-Lei nº 1.418. Por assim entender, dou provimento à apelação para reformar a sentença e conceder a segurança.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 94.810-BA — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Basf Química da Bahia S.A. Apelada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 31-10-83 — 4ª Turma).

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

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.659 — PE

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelantes: Maria Regina Azevedo dos Santos e outros

Apelado: IAPAS

#### EMENTA

##### Mandado de segurança.

Ascensão funcional. Pelo artigo 2º do Decreto nº 85.645/81, no processo seletivo interno, só se admitem servidores de uma mesma autarquia ou órgão. A referência à possibilidade de concorrerem servidores do mesmo Ministério pressupõe, na hipótese, serem eles integrantes da administração direta. Os órgãos da Previdência Social constituem autarquias, vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistên-

cia Social. A ascensão funcional há de obedecer a esse critério, restrita a cada uma delas.

### 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, 11 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

### RELATÓRIO

**O Sr. Ministro Adhemar Raymundo** (Relator): Maria Regina Azevedo dos Santos e outras impetraram mandado de segurança, com pedido de medida liminar, contra ato do Sr. Coordenador Regional de Pessoal do INPS pelo qual aquela autoridade lhes indeferiu pedido de inscrição em processo seletivo, para ascensão funcional ao cargo de psicólogo.

Alegaram que eram funcionárias do INPS, e, com o advento do Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social — SINPAS, instituindo o INAMPS, IAPAS e INPS, as impetrantes, sem poderem optar, ficaram no IAPAS, embora provenham seus contratos e carteiras de trabalho, até hoje, do INPS.

Entretanto, com a adoção do Plano de Classificação de Cargos, permite ao servidor a ascensão funcional, as impetrantes tentaram se submeter a processo de ascensão para o cargo de psicólogo, no INPS, mas lhes foram indeferidas as inscrições.

Instruindo a peça vestibular vieram os documentos de fls. 6/64.

Deferida a liminar, foram solicitadas as informações, que as prestou a autoridade impetrada, esclarecendo que as impetrantes requereram inscrição em processo seletivo, para ascensão ao cargo de psicólogo, sendo-lhes indeferidas, por imposição do disposto no art. 8º, letra a, do Decreto nº 85.645/81, e Instrução Normativa DASP nº 119/81.

O Ministério Público opinou pela denegação do «writ».

Por sentença o Dr. Juiz Federal denegou a segurança e cassou a liminar.

Apelaram as impetrantes.

Contra-arrazou o impetrado.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

### VOTO

**O Sr. Ministro Adhemar Raymundo** (Relator): Idêntica pretensão já foi apreciada por esta Turma, na AMS nº 95.447, do Rio Grande do Sul, por mim relatada.

Naquela oportunidade, proferi o seguinte voto, que transcrevo, por sua adequação à espécie:

«Quando o artigo 2º do Decreto nº 85.645, de 1981, fala na possibilidade de servidores do mesmo Ministério concorrerem ao processo seletivo de ascensão funcional, pressupõe, necessariamente, pertencerem eles à administração direta. Evidentemente, têm esse direito assegurado pelo diploma legal apontado. Mas, quando ao Ministério, como no caso da Previdência Social, se agregam autarquias, como o IAPAS, INAMPS, INPS e outras, vinculadas àquela, a ascensão funcional terá, necessariamente, de obe-

decer a esse critério, qual o de que somente os servidores de cada órgão ou autarquia poderem concorrer, como estatuído no decreto citado. Como salientado pelo Dr. Subprocurador, no seu lúcido parecer, tais autarquias conservam a sua autonomia, sem que a sua vinculação ao Ministério da Previdência e Assistência Social lhes retire a sua condição de órgãos da administração indireta. As entidades criadas pela Lei Federal nº 6.439, de 1977, têm quadros distintos, com competência fixada na lei, tabelas de pessoal próprias, de modo que, por lei, são, na realidade, autônomas. É claro que o regime jurídico é o mesmo, sem que isso signifique que integram o mesmo órgão. Ao contrário, os servidores passaram, como diz a lei, a ter, automaticamente, exercício nas novas entidades.

Do ponto de vista jurídico, são órgãos da administração indireta. Mas, por integrarem os seus servidores órgãos diversos, dentro do sistema previdenciário, têm, necessariamente, quanto à ascensão funcional, de respeitar a preceituação do Decreto nº 85.645, que manda só poderem eles concorrer nesse concurso interno, quando pertencentes à mesma entidade autárquica.

Nem pode vingar, *data venia*, o argumento do douto Juiz, quando o ilustre magistrado assinala que inaplicável à espécie o Decreto nº 85.645 para os servidores que, na data da Lei nº 6.439/77, já trabalhavam na Previdência. É que, a situação anterior desses servidores foi alterada com a edição dessa lei, que determinou, expressamente, no art. 21, que eles, transferidos que foram para as novas entidades do SINPAS, passaram, automaticamente, a ter exercício nas novas entidades, integrando os novos órgãos, desconstituídas as situações anteriores».

Aqui, a diferença é que nego provimento à apelação, para manter a sentença, cujas conclusões se afinam com o voto transcrito.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 95.659-PE — Rel.: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apelantes: Maria Regina Azevedo dos Santos e outros. Apelado: IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (3ª Turma, em 11-11-83).

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

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.223 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Cândido  
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara  
Apelante: CREA-RJ  
Apelado: Murilo Otávio de Barros Júnior

#### EMENTA

**Mandado de segurança. Direito de engenheiro de manter autorização provisória para exercício da profissão, perante o CREA-RJ, até a decisão do Conselho Federal de Educação sobre o reconhecimento do curso.**

Se o MEC reconhece o curso, a apelação do CREA-RJ perde seu objeto, visto que a sentença do mandado de segurança assegurava ao profissional o direito de revalidação de autorização provisória para o exercício da profissão, até a solução do caso na área administrativa.

### 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 voluntário e a remessa necessária, para confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 7 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente, Ministro José Cândido, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, no Rio de Janeiro — CREA-RJ, apelou da sentença de fls. 38/42, proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que assegura a Murilo Otávio de Barros Júnior, impetrante, o direito de revalidação da autorização provisória concedida pelo CREA para exercício da profissão e do pagamento de anuidades, até que o Conselho Federal de Educação decidisse definitivamente sobre o reconhecimento do Curso Complementar da Engenharia, da Universidade Santa Úrsula, assunto do Processo nº 2.195-MEC.

À fl. 53, consta a cópia da Portaria nº 551, de 2-10-81, do Exmº Sr. Ministro da Educação e Cultura, reconhecendo aquele curso.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de fl. 61, para

que se julgue prejudicado o recurso pela perda de objeto.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Cândido, (Relator): O pedido formulado pelo impetrante, em 8-9-81, data do ajuizamento do «writ» era para que o Sr. Presidente do CREA-RJ revalidasse a autorização provisória concedida anteriormente para exercício da profissão de Engenheiro e recebesse as anuidades devidas, enquanto o Conselho Federal de Educação, órgão do MEC, decidia sobre o curso de Engenharia da Universidade Santa Úrsula, cujo processo corria sob nº 2.195, naquela repartição.

Com a Portaria, de fl. 53, do Exmº Sr. Ministro de Estado da Pasta, há perda de objeto da apelação, pois o curso foi reconhecido.

Nego provimento ao apelo e à remessa necessária.

É o meu voto.

### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.223-RJ — Rel.: O Sr. Ministro José Cândido. Remte.: Juízo Federal da 7ª Vara. Apte.: CREA-RJ. Apdo.: Murilo Otávio de Barros Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e a remessa necessária, para confirmar a sentença. (Em 7-2-84 — 2ª Turma).

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

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA  
EX OFFICIO Nº 96.936 — AM**

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Reis

Embargante: União Federal

Embargado: V. Acórdão de fl. 97

**EMENTA**

**Administrativo e processual civil. Isenção fiscal. Art. 111 do CTN. Interpretação.**

A interpretação adotada resulta da conjugação dos textos legais pertinentes, método que não contraria o disposto no art. 111 do CTN.

Dito artigo não consagra o «gramaticalismo rígido», condenado na literatura geral e especializada de hermenêutica, não impedindo a harmonização dos sistemas de interpretação estrita e sistemática.

A orientação rígida só se compadece com o princípio já superado de que a isenção fiscal seria um odioso privilégio pessoal ou de classe, prevalecendo hoje a tese de que a franquia tributária só se inspira, objetivamente, no interesse público; a interpretação não se fraciona em gramatical e lógica, sendo uma só, embora se instrumente através de elementos lógicos, gramaticais, sociológicos e teleológicos.

Os incentivos fiscais se afinam com a interpretação sistemática e teleológica.

**Rejeitaram-se os embargos.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo partes integrantes do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de agosto de 1983 (Data do julgamento). — Ministro Sebastião Reis, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Sebastião Reis (Relator): A União Federal, oferece os presentes embargos de declaração ao

Acórdão de fl. 97, apontando-o como omissão, no particular que indica, fazendo-o nesses termos (fl. 100):

«Entende a embargante que o v. Acórdão embargado negou vigência, entre outros dispositivos, ao art. 111, II, do CTN, que impõe ao aplicador da legislação tributária sobre isenção o dever jurídico de interpretá-la literalmente. Isto porque, apesar da existência de tal preceito, estendeu, indevidamente, à isenção prevista no Decreto-Lei nº 1.435/75 o mesmo prazo de trinta anos do Decreto-Lei nº 288/67.

Ocorre que sobre este ponto não se pronunciou a ilustrada 5ª Turma, omissão que, se não for devidamente sanada através do acolhimento dos presentes embargos,

prejudicará a embargante, impossibilitando-a, nos termos da Súmula nº 356 — STF, de, por falta de prequestionamento, invocar no recurso extraordinário, a negativa de vigência também ao citado art. 111, II do CTN.

Releva notar, por outro lado, que o artigo em causa, além de ser essencial para o correto deslinde da controvérsia, foi suscitado de modo expresso no parecer de fls. 81/85, circunstâncias que demonstram com nitidez a existência da omissão, tornando, por conseguinte, cabíveis os presentes embargos de declaração, nos termos do art. 535, II do CPC».

O aresto embargado apresenta a seguinte ementa (fl. 97):

Tributário — Isenção — IPI — Zona Franca.

Irrecusável a unidade programática e sistemática dos Decretos-Leis nºs 288/67, 340/67, 356/68 e 1.435/75, segundo se colhe, inclusive, das remissões constantes de seus preâmbulos, seja porque a isenção cogitada, pela sua onerosidade, na dúvida, deve ser considerada como sujeita a prazo, no contexto da legislação pertinente, não me parecendo civil, por tudo isso, destacar-se aquela franquia do regime básico do Decreto-Lei nº 288/67, matriz de todo o sistema, em particular, do seu art. 42, explícito, quanto ao prazo de 30 anos, o que reúne, em favor da impetrante, os requisitos da irrevogabilidade de que fala o art. 178 do Código Tributário Nacional.

Isenção reconhecida por Resolução regular do órgão competente. A inaplicabilidade do art. 34, II, do Decreto-Lei nº 1.593, de 25-12-77, no tocante às bebidas de fabricação da impetrante».

Como se infere da ementa transcrita que reproduz com fidelidade a fundamentação do voto que então proferi como Relator, a conclusão ali adotada resulta da conjugação dos textos legais pertinentes, método que não contraria o disposto no art. 111 do CTN.

Frise-se que o art. 111 referido não consagra o «gramaticalismo rígido», condenado na literatura geral e especializado de hermenêutica (Recaséus Siche — Tratado General de Filosofia Del Derecho pág. 654/55), Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito; Souto Maior Borges — Isenções Tributárias pág. 143/7; Paulo Barros de Carvalho — Elementos de Dir. Tributário — conferência, págs. 234/6; Válder Barbosa Correia — RDA 73/444), não impedindo a harmonização dos sistemas de interpretação estrita e sistemática.

Acentue-se que a orientação rígida só se compadece com o princípio já superado de que a isenção fiscal seria um odioso privilégio pessoal ou de classe, prevalecendo hoje a tese de que a franquia tributária só se inspira, objetivamente, no interesse público; de outro lado, já Carlos Maximiliano ensinava que a interpretação não se fraciona em gramatical e lógica, sendo uma só, embora se instrua através de elementos lógicos, gramaticais, sociológicos e teleológicos, tese prestigiada por Souto Maior, Paulo Barros, Válder Barbosa, Washington Coelho (Código Tr. Nac. Int. pág. 112), sendo de enfatizar-se, ainda, que estamos no campo das chamadas isenções extrafiscais, ou incentivos tributários.

Por todos esses aspectos assinalados, desacolho a tese dos embargos, por importar *data venia* em interpretação isolada, fracionada, e dispositivos legais incidíveis, indissociáveis, tendente à política de estímulo à Amazônia.

Rejeito os embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

E Decl REO nº 96.936-AM — Rel.: O Sr. Ministro Sebastião Reis. Embte.: União Federal. Embdo.: V. Acórdão de fl. 97.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos. (Em 10-8-83 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral, votaram de acordo com o Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis.

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.987 — DF

Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Requerente: Proenco Engenharia e Comércio Ltda.

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Fazenda

#### EMENTA

Constitucional. Tributário. FINSOCIAL. Contribuição. Natureza jurídica. Princípios da legalidade e da anterioridade: CF artigos 21, § 2º, I; 163, parágrafo único. Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82.

1. É assente, no STF, que, observados os requisitos estabelecidos no art. 55, da Constituição Federal, decreto-lei pode criar ou majorar tributos. A orientação pretoriana, conquanto em dissonância com autorizada corrente doutrinária, afasta, inclusive, a discussão acerca do requisito da urgência, e que este parâmetro, posto em confronto com a anterioridade da lei, não enseja inconstitucionalidade. A positividade da regra jurídica constitucional, no contexto dessa interpretação, exprime um poder jurídico efetivo que vincula a todos os destinatários, de sorte a excepcionar o modelo de decidibilidade proposto por respeitável doutrina, a qual traduz, de certa forma, considerável parcela da consciência jurídica nacional.

2. Quer se trate de contribuição para atender à intervenção no domínio econômico, quer se afeiçoe a imposto — dada a materialidade do fato qualificado pela norma como apto a ensejar a sua exigência, o certo é que a cobrança da contribuição do FINSOCIAL está condicionada ao princípio da anterioridade (CF, art. 153, § 29), por se tratar de espécie de tributo in genere.

3. A afetação do produto da arrecadação a um fundo insere-se no círculo do fenômeno financeiro, sendo desinfluyente à relação jurídico-tributária; defeso ao contribuinte, por isso mesmo, invocar as regras dos artigos 62, § 2º, e 63 da CF a modo de pretexto para se eximir da obrigação fiscal.

4. Ultrapassadas as preliminares de conhecimento, concede-se em parte a segurança tão-somente para declarar inconstitucional a cobrança da contribuição do FINSOCIAL no exercício de 1972, em que foi criada.

#### 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, parcialmente, os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza que deferiam o mandado de segurança nos termos do pedido para julgar inconstitucional o Decreto-Lei n.º 1.940/82 e, integralmente os Srs. Ministros Costa Lima, Leitão Krieger, Lauro Leitão, Washington Bolívar e Miguel Jerônimo Ferrante que indeferiam o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Pedro Acioli, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Proenco Engenharia e Comércio Ltda., qualificada na inicial, requereu mandado de segurança com o fito de excluir-se da obrigação de recolher a chamada contribuição para o FINSOCIAL — Fundo de Investimento Social, instituída pelo Decreto-Lei n.º 1.940, de 1982.

Aduz a impetrante que através da Portaria n.º 119, de 22 de junho de 1982, do Ministro da Fazenda, indicado como autoridade coatora, concretizaram-se os efeitos da hipó-

tese de incidência da contribuição instituída, estabelecendo-se naquele ato ministerial que as empresas que realizam venda de serviços — como é o caso da requerente — recolhem uma contribuição de 5% «sobre o valor do imposto de renda devido, inclusive adicionais», a partir do dia 20 de julho do exercício de 1982, determinando-se, inclusive, o destino da arrecadação e as sanções a que se sujeitam os infratores. Tornando-se concreta a obrigação estabelecida para os contribuintes que realizam vendas de serviços com a portaria ministerial, legitima-se a autoridade que a expediu como coatora no presente mandado de segurança.

A segurança, no mérito, foi requerida aos seguintes fundamentos:

a) não configuração como imposto da contribuição do FINSOCIAL, nem se adequando à matéria de finanças públicas;

b) infringência do princípio da legalidade, eis que o tributo em apreço não poderia ser instituído e disciplinado por decreto-lei e portaria; e

c) sendo imposto, fora infringido o princípio da anterioridade.

O Ministro Aldyr Passarinho, então Relator, indeferiu o requerimento de liminar, por não caracterizados os pressupostos que a justificam, posto que efetuado o recolhimento da contribuição impugnada não decorreria daí a ineficácia da segurança se afinal fosse concedida (fls. 58/59). Solicitadas as informações, prestou-as o Senhor Ministro da Fazenda, servindo-se de parecer elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em que se contraditam os fundamentos da impetração, além da

arguição das preliminares de ausência de pressupostos processuais de admissibilidade do «writ», ilegitimidade passiva da autoridade impetrada e impetração contra lei em tese (fls. 62/137).

Sobreveio o parecer da Subprocuradoria-Geral da República que, opinando pelo julgamento da irrelevância da arguição de inconstitucionalidade das normas fustigadas e pela denegação da ordem à mingua de amparo legal, conclui, em resumo:

«I — Preliminarmente: Reconhecer a competência originária do Egrégio Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar todos os mandados de segurança impetrados com motivo de impugnação do FINSOCIAL.

II — O FINSOCIAL é contribuição previdenciária ou social, compreendido nas exações parafiscais, e portanto insuscetíveis de sujeitarse o seu enquadramento como tributo.

III — A dirimência da vexta questão, há de ser encontrada com observância da plena metodologia interpretativa, afastando-se a radicalização da doutrina tributarista.

IV — Precedentes jurisprudenciais do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e do Colendo Supremo Tribunal, convergem para se firmar o Direito Pretoriano, no sentido afirmado no item II.» (fl. 166).

O julgamento do presente feito foi protelado em face de haver, pendentes de julgamento no Plenário deste Tribunal, dois casos em que se discutiam teses idênticas.

Ê o relatório.

(ANEXO)

MSnº 97.775-DF

MSnº 97.775-DF (anexo).

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): Senhor Presidente, os casos a

que me referi dizem respeito aos Mandados de Segurança de nºs 97.775 (Registro nº 3.396.525) e 99.552 (Registro nº 3.443.302), ambos do Distrito Federal, relatores os Ministros Armando Rollemberg e Carlos Madeira, respectivamente, julgados, em definitivo, na sessão dos dias 9 e 16 de junho deste ano.

Nos casos indicados, decidiu o Plenário, por maioria, conhecer do pedido e, igualmente por maioria, julgar inconstitucional apenas a cobrança da contribuição do FINSOCIAL no mesmo exercício em que foi instituída. O meu voto, em ambos os precedentes, coincidiu com o resultado da decisão.

Juntando cópia do voto proferido e invocando os fundamentos da decisão proferida em ambos os precedentes, também conheço do presente mandado de segurança e, declarando apenas a inconstitucionalidade da cobrança do tributo no exercício de 1982, concedo parcialmente a ordem, data venia dos votos em contrário.

Ê o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Senhor Presidente, há três pontos salientes que interessam à solução da controvérsia: (I) a questão de criação de tributo mediante decreto-lei, (II) a discussão sobre a natureza jurídica da exação de que se cuida e (III) a intervenção no domínio econômico através de decreto-lei.

A parte o meu entendimento pessoal, merece salientar-se, no que concerne ao primeiro ponto, a tendência da jurisprudência brasileira, assim registrada pelo Ministro José Néri:

«Ê assente, no STF, que, observados os requisitos estabelecidos no art. 55, da Constituição, decreto-lei pode criar ou majorar tributos. Ainda na vigência da Constituição de 1967, — diz S. Excelência — redação original, assim decidiu «A Corte, no RE nº 74.096, Relator o

ilustre Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 62/819). Explicitamente, no art. 55, II, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tal se prevê. Recentemente, nessa linha, reafirmou-se o entendimento, em se versando matéria idêntica à presente, dentre outros, no RE nº 99.698 (2ª Turma) e nos RREE nºs 99.702 e 99.714 (1ª Turma).»

(Despacho no Ag. nº 92.423-0-RJ, datado de 16 de maio de 1983, publicado no DJ de 26-5-83).

Assim, dispensamos outras considerações para afastar a eiva de inconstitucionalidade sob esse prisma alegada.

## II

Filio-me à corrente doutrinária do Prof. Geraldo Ataliba (Cf. Hipótese de Incidência Tributária), no que diz respeito ao critério de classificação dos tributos. Aquela doutrina — estou convencido — é a que apresenta maior segurança. Devo dizer, entretanto, que, a nível do direito positivo brasileiro delineado pelo texto constitucional, tal doutrina sofre exceção.

Vejam que, a aplicar-se mencionada doutrina, sem restrições, no direito brasileiro, teríamos de declarar inconstitucionais vários decretos-leis que, ao longo dos anos, têm redimensionado a exigência das contribuições devidas à Previdência Social.

Sem ilusão, não há afastar, postas à margem as dissensões ideológicas, que o legislador constituinte tudo pode; bastante o seu querer para derrogar toda uma biblioteca.

## III

Defendo que, no direito brasileiro, além das (autênticas) contribuições existem as contribuições especiais contempladas nominalmente na Constituição.

A distinção das várias espécimes tributárias reveste-se de importân-

cia, em face da rigidez que marca o nosso sistema tributário.

O texto constitucional traça faculdades e limitações ao poder de tributar, de aplicação geral ou restrita a determinada espécie tributária. Assim, válida é a lição do Prof. Geraldo Ataliba, no sentido de que «os institutos jurídicos são instrumentais e não podem desservir às finalidades para as quais foram criadas» (ob. cit., 2ª ed., 3ª tiragem, pág. 176).

A Constituição prevê a figura da contribuição (artigo 20, § 2º, I, 43, X; 163, parágrafo único; 165, XVI, 166, § 1º; e 178). É bem verdade que sob o crivo da classificação seguida pelo Prof. Ataliba, tais contribuições são imposto ou taxa, conforme a referibilidade da estrutura da sua hipótese de incidência.

A positividade da regra jurídica constitucional, no sentido de que a sua existência exprime um poder jurídico efetivo que vincula a todos os destinatários — tal como colocado por Otto Bachof com apoio em Hippel («Normas Constitucionais Inconstitucionais?», versão portuguesa, pág. 42) — excepciona o modelo doutrinário.

Por isso que, no meu sentir, estamos diante, no caso vertente, de uma contribuição especial instituída para custeio de serviços e encargos decorrentes de intervenção no domínio econômico.

## IV

A intervenção na ordem econômica e social pode ser entendida como a participação do Estado previdenciário ou social no veio do processo econômico, nas suas diferentes etapas: produção e distribuição de riquezas (desenvolvimento e justiça social).

Em consideração à parte, merece ponderar que um tribunal não pode converter-se num foro político de

aprovação ou homologação dos atos do governo. Conquanto o ingrediente político (no bom sentido), possa, em dada situação, permear a convicção do julgador, tal elemento pode atuar — não há negar — porém subsidiariamente, predominando sempre os critérios jurídicos, isto é, os marcos legais ou instrumentais, úteis à solução dos litígios submetidos a julgamento.

## V

Dir-se-ia que a intervenção no domínio econômico só se dá mediante lei federal. Concordo. A expressão «lei federal», entretanto, há de ser entendida em oposição a lei estadual ou municipal. Quero dizer que é possível dar-se a intervenção no domínio econômico mediante decreto-lei do Presidente da República, desde que observados os requisitos do art. 55 da CF e observada a competência exclusiva do Congresso Nacional no trato de matéria específica.

A intervenção no domínio econômico autorizada pelo Decreto-Lei nº 1.940/82, consiste:

— na criação e cobrança de uma espécie tributária, com vinculação do produto da arrecadação a um «Fundo de Investimento»; e

— em «investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor» (arts. 1º e 3º).

Quem recusaria ao Presidente da República tal poder jurídico, em face da jurisprudência da Suprema Corte inicialmente registrada?

É bem verdade que a Constituição veda a vinculação de qualquer tributo a determinado fundo, ressalvadas as exceções constitucionais e as esta-

belecidas em lei complementar (art. 62 § 2º), como também «Nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento ...» (art. 62, § 3º). Essas regras, porém, não são suficientes a desautorizar a exigência tributária, isto é, não têm força de inibir o poder tributário do Presidente da República, na quantidade sustentada pela Suprema Corte em face do comando normativo do art. 55 da Carta Política.

No caso em apreço, pois, o contribuinte não pode opor a norma do § 2º do art. 62 da CF para eximir-se da obrigação tributária. As normas de direito financeiro do mencionado art. 62 dizem respeito ao bom uso da receita pública, cuja inobservância material somente pode resultar em crime de responsabilidade.

Assim, ressalvado o meu ponto de vista manifestado na assentada do julgamento da Arg. de Inconstitucionalidade na AMS nº 91.322, DJ de 18-2-82, julgo válida a instituição da contribuição do FINSOCIAL.

## VI

Referida contribuição, contudo, não escapa ao princípio da anterioridade, posto que a exceção prevista no art. 21, § 2º, I, da CF não se estende à sua instituição.

A esse respeito, diz o Ministro Carlos Mário Velloso:

«as contribuições do art. 21, § 2º, I, da Constituição, podem, por ato do Poder Executivo, ter alteradas as suas alíquotas ou bases de cálculo, nos limites prefixados em lei (CF, art. 21, I, ex vi do disposto no item I, do § 2º, do art. 21). Tem-se, com isto, uma exceção parcial ao princípio da legalidade (parcial, porque a exceção não diz respeito à criação do tributo, mas, apenas, à

alteração da alíquota e da base de cálculo, observados, porém, as condições e os limites estabelecidos em lei). Essa exceção parcial ao princípio da legalidade, entretanto, não implica na derrogação do princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29). As contribuições estão, portanto, sujeitas ao princípio da anterioridade.»

Pelo exposto, julgo inconstitucional a cobrança da contribuição do FINSOCIAL no exercício em que foi instituída, 1982, em face do que defiro, em parte, o «writ».

#### VOTO

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** «Sr. Presidente, meu entendimento, nas assentadas anteriores, coincide com o do eminente Ministro-Relator. Por isso, acompanho S. Exa.»

#### VOTO VENCIDO

**O Sr. Ministro Jesus Costa Lima:** Senhor Presidente, coerente com o voto proferido nos precedentes invocados pelo eminente Ministro-Relator, denego a ordem.

Na oportunidade das notas taquigráficas farei juntar meu voto.

(ANEXO)

MSn.º 97.775-DF

#### VOTO

**O Sr. Ministro Costa Lima:** Senhor Presidente, o julgamento que prossegue nesta assentada teve início na sessão plenária de 11-11-82, com voto do decano da Corte, o eminente Ministro Armando Rollemberg, concedendo o **mandamus**.

Seguiram-se diversos pedidos de vista, a partir do eminente Ministro Moacir Catunda, que veio a concluir tratar-se o chamado FINSOCIAL de genuíno imposto, concedendo, em parte, o «writ» a fim de anular a cobrança durante o exercício de 1982.

Apresento excusas aos outros não menos eminentes Colegas que, em eruditos votos, seqüenciaram o julgamento, de não nomeá-los e nem sinalar o que concluíram, pois acabam de ser rememorados pelos eminentes Ministros Sebastião Reis e Pádua Ribeiro.

Vejo no fato, ainda uma vez, o cuidado, o zelo, o senso de responsabilidade com que se portam os Ministros desta Casa que, crescendo em número de seus pares, não se arredou de suas altas finalidades, mantendo-se fiel à sua gloriosa tradição.

Peço vênias para concluir com os eminentes Ministros Washington Bolívar e Miguel Jerônimo Ferrante, denegando a segurança ao entender que, no caso, não se trata de tributo, porém de contribuição que se destina ao custeio de programas vitais para a população brasileira, mormente os assalariados, hoje tão atormentados com o que comer, o vestir, o habitar, o transporte e a saúde.

O «Jornal do Brasil», que circulou hoje, registra:

«Para pouco mais da metade dos brasileiros (51%) o salário, ou ganhos mensais, acaba antes do final do mês, ou seja, não é suficiente para cobrir todas as despesas. Para um quarto da população, o dinheiro chega exato até o final do mês, sem sobrar nada, o que ocorre apenas com os 25% restantes. Os percentuais levam à conclusão de que três em cada quatro brasileiros (75%) não têm condições de poupar.»

Daí por que entendo tratar-se de contribuição de finalidade de assistência social, dever do Estado e contribuição da comunidade nacional para o bem comum.

A propósito, lembro lições encontradas em Mozart Victor Russomano (Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social — 2ª ed., RT, págs. 18/19 e 20).

«O mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.

Não é exato que, no mundo atual, tenhamos direito, apenas, ao que nos pertence. Há necessidades profundas, que precisam ser satisfeitas em nome da dignidade do homem, em função das quais a comunidade e o nosso próximo podem ser compelidos a abrir mão de seus privilégios e, até mesmo, de seus próprios bens.

Se organizássemos o Estado moderno segundo os modelos e as formas da legislação de Justiniano, ele existiria em proveito das minorias, que retêm as vantagens tradicionais e o poder, e, não, como ocorre nos Estados substancialmente democráticos, em função das grandes maiorias, que formam os tecidos mais importantes da sociedade contemporânea.

A organização justa da comunidade, cada vez mais, parece depender do desenvolvimento econômico, cultural e moral, ou seja, de um desenvolvimento globalista que serve ao homem, como homem e como trabalhador, através de critérios equânimes de melhor distribuição das riquezas nacionais, de oportunidades idênticas para todos e de participação geral nos deslumbramentos e no conforto da civilização.

Não pode haver comunidade justa enquanto perdurarem a miséria popular e o subdesenvolvimento, sem que as necessidades mínimas do povo e do homem possam ser satisfeitas. Mas, quando puderem ser

satisfeitas tais necessidades e não o forem, a sociedade não será justa e será imoral.

A sociedade justa — escreveu Mário de La Cueva — é, em última análise, aquela que incorpora em si, em níveis honrosos e honrados, a larga parcela dos trabalhadores que a compõem (*Derecho Mexicano del Trabajo*, 1.º vol., pág. 12, 1943).

Em nome desses princípios e desses sentimentos, sobretudo com o advento da economia industrial, procurou-se criar um sistema nacional de assistência aos necessitados.

Em princípio, todos somos necessitados. Carecemos — através dos anos — de assistência física, econômica, moral e educativa.

Mas, em determinadas situações especialíssimas, por motivos eventuais ou insuficiências de natureza pessoal, essa assistência se torna agudamente indispensável para livrar o homem de seus males físicos, para adaptá-lo ao exercício útil da profissão e, inclusive, para ajudar o desempregado a obter novo emprego.

O liberalismo político, ao contrário do liberalismo econômico, nunca esqueceu os direitos inalienáveis do povo e, inclusive, o dever do Estado de defender esses direitos populares. O art. 21 da Declaração dos Direitos do Homem, por isso mesmo, definiu como dívida sagrada do Estado os socorros públicos em geral, afirmando que a sociedade deve ao cidadão apto para o trabalho a garantia do emprego e, bem assim, deve a subsistência àquele que não esteja em condições de exercer nenhum ofício.

Da idéia de assistência passou-se à idéia de previdência social. A distinção foi traçada, entre nós, dizendo-se que, na primeira, tem-se como preocupação imediata a pes-

soa do trabalhador, enquanto a previdência social cuida do futuro de quem vive à custa da profissão e procura, inclusive, proteger a sua família (Alonso Caldas Brandão — op. cit., págs. 5 e 6; Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira — Noções de Legislação de Previdência e do Trabalho, págs. 77, 937).

A tendência atual da doutrina não é, precisamente a exposta pelos autores brasileiros. A assistência social — devida, indiscriminadamente, a qualquer pessoa necessitada — pressupõe o fato da necessidade insatisfeita e, sem qualquer consideração quanto à situação profissional da pessoa, procura dar-lhe amparo e recursos para sobreviver.»

O momento difícil que atravessa o país envolve de modo muito mais forte, sem dúvida, aqueles irmãos nossos que menos ganham ou nada ganham. A contribuição FINSOCIAL foi instituída como forma de intervenção no domínio econômico precisamente visando a custear serviços e encargos de assistência e de previdência social. Portanto, de evidente natureza extrafiscal, pelo que se extrai do disposto no art. 43, X, c/c 21, § 2º, I, da Constituição.

Com essas breves considerações, denego a ordem, rendendo minhas homenagens aos ilustres Colegas que entendem diversamente.

#### VOTO VENCIDO PARCIALMENTE

**O Sr. Ministro Armando Rollemberg:** Sr. Presidente, defiro a ordem, embora por fundamento diferente do argüido da Tribuna, pelo nome advogado. Entendo que a contribuição para o FINSOCIAL se destina, em grande parte, a atividades de intervenção no domínio econômico e, por isso mesmo, estou convencido, somente poderia ser instituída se o órgão ao qual foi atribuída a sua aplicação, houvesse sido criado por lei.

No caso concreto, aliás, a hipótese não seria propriamente de criação e sim de alteração do objeto do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ao qual foi cometida dita aplicação.

#### VOTO VENCIDO PARCIALMENTE

**O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso:** Sr. Presidente, nos termos do voto que proferi no Mandado de Segurança nº 97.775-DF, cuja cópia faço anexar, defiro a ordem em maior extensão, na forma do voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg.

(ANEXO AO MS Nº 97.987-DF)

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.775 — DF

«Tributário. FINSOCIAL. Contribuição. CF art. 21, § 2º, I, art. 163, parágrafo único. Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82.

I — As contribuições, todas elas (CF art. 21, § 2º, I e art. 43, X), têm natureza tributária, constituem espécie tributária, sem existência autônoma, assim sujeitas ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional.

II — A contribuição do FINSOCIAL destina-se à intervenção no domínio econômico. CF, art. 21, § 2º, I e art. 163, parágrafo único. A intervenção no domínio econômico so se dá mediante lei federal (CF, art. 63), que não pode ser substituída por decreto-lei. Impossibilidade, por isso, de ser cobrada a contribuição do FINSOCIAL. No caso, ademais, tem-se tributo com vinculação da respectiva arrecadação a determinado fundo. Por isso, só por lei complementar poderia ser instituído, tendo em vista o disposto no art. 62, § 2º, da Constituição.

III — Mandado de Segurança deferido.»

## VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Na sessão em que o julgamento se iniciou, assim relatou a espécie o eminente Ministro Armando Rollemberg, Relator:

«Cobesca Manchester Atacadista de Produtos Farmacêuticos S.A. e outras, requereram mandado de segurança para se livrarem da obrigação de recolhimento de 0,5% sobre a receita bruta de cada mês, a título de contribuição para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Indicaram como autoridade coatora o Sr. Ministro da Fazenda, argumentando que, criada a contribuição referida pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, em 22 de junho a autoridade referida baixara portaria que tomara o número 119 estabelecendo que o recolhimento respectivo deveria processar-se até o dia 20 do mês subsequente à apuração da receita bruta e que, para o exercício de 1982, ditos recolhimentos seriam devidos a partir do mês de julho, calculada a contribuição, nesse caso, sobre a receita bruta do mês de junho.

Com tal ato, sustentaram, tornara-se concreta a obrigação estabelecida para os contribuintes que realizam vendas de mercadorias, como eles impetrantes, assistindo à autoridade que o baixara, portanto, legitimidade para figurar como coatora em mandado de segurança.

Sustentaram depois que:

a) a criação do FINSOCIAL somente poderia se dar por lei elaborada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, não sendo possível fazê-lo, como ocorre, por via de decreto-lei porque não ajustável às hipóteses de que trata o art. 55, inciso II, da Consti-

tução, por não estar a matéria ali regulada compreendida na expressão finanças públicas;

b) que, também não se ajusta a obrigação criada pelo Decreto-Lei nº 1.940 ao art. 21, § 2º, da Carta Magna, e, portanto, não poderia ser regulada por decreto-lei;

c) que o Decreto-Lei nº 1.940 não estabelecera «os critérios e prazos para o recolhimento do tributo» o que fora feito pela portaria do Sr. Ministro da Fazenda, o que, mais uma vez, desatendeu ao princípio da reserva legal;

d) que, se afastadas tais alegações, o tributo não poderia ser cobrado no exercício de 1982, em atenção ao princípio de anualidade;

e) que, para fugir a tal proibição fora afirmado em parecer, sem procedência, que a imposição impugnada não era imposto e sim contribuição, e como tal não estava sujeita ao princípio de anualidade.

Indeferi a liminar requerida ao final da petição, por não ser o ato impugnado daqueles cuja execução tornaria ineficaz o mandado de segurança se afinal deferido e solicitei informações, prestadas pelo Sr. Ministro da Fazenda com o envio de parecer do coordenador de Representação e Defesa, do Ministério, Dr. Lindemberg da Mota Silveira, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sustentando:

a) não assistir legitimidade à autoridade impetrada para figurar na relação processual, pois o Sr. Ministro da Fazenda se circunscrevera a baixar portaria regulamentando decreto-lei, e, portanto, a editar norma geral aplicável a quantos estejam sujeitos ao pagamento da contribuição para o FINSOCIAL, ato que, acrescentou «é lei em sentido material em que pese não a ser formalmente». Assim sendo, concluiu, a impetração se dirigira con-

tra a lei em tese, finalidade para a qual não se presta o mandado de segurança;

b) descabimento do pedido por ser a contribuição «receita pública derivada, decorrente do poder impositivo estatal», e, conseqüentemente, abrangida no campo das finanças públicas, com o que poderia ser criada, como fora, na forma autorizada pelo artigo 55, II, da Constituição;

c) improcedência da alegação de submissão da contribuição instituída ao princípio de anualidade pelas razões de parecer, do qual transcreveu o trecho seguinte:

«No Sistema Constitucional e Legal Brasileiro, paralelo aos tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria), coexistem inúmeras imposições pecuniárias obrigatórias, entre as quais as contribuições do FINSOCIAL;

a contribuição do FINSOCIAL, na sua essência, nada tem de tributo, pois constitui, insofismavelmente, uma contribuição social, na acepção da Constituição e do Código Tributário Nacional, inserida no contexto mais amplo de Seguridade Social, exigida das empresas públicas e privadas (Decreto-Lei nº 1.940, de 1982), para custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor;

tal contribuição, por não ser tributo, mas imposição pecuniária obrigatória, amparada pelo Sistema Constitucional e Legal Brasileiro, não se submete ao chamado princípio da anterioridade, nem, tampouco, ao preceito constitucional que veda a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo;

admitida, apenas **ad argumentandum**, que a contribuição

do FINSOCIAL de tributo se tratasse, ainda assim não estaria adstrita ao princípio da anterioridade, uma vez que, por força da ressalva do inciso I, § 2º, artigo 21, da Constituição, aplica-se-lhe o mesmo tratamento deferido ao imposto sobre importação de produtos estrangeiros;

ademais disso, os preceitos do art. 55, da Constituição, que dispõem sobre a figura do decreto-lei em face de seus pressupostos de urgência e relevante interesse público, excepcionam não só o processo legislativo ordinário clássico, como também o princípio da anterioridade;

assim sendo, resta uma última conclusão, qual seja: a perfeita adequação da contribuição do FINSOCIAL ao figurino constitucional pátrio, inexistindo, portanto, direito, muito menos líquido e certo, amparável pela via augusta do mandado de segurança, à abstenção do respectivo recolhimento.»

Com vista dos autos a Subprocuradoria ofereceu parecer pelo conhecimento do pedido por entender que com a Portaria do Ministro da Fazenda se caracterizara «um ato administrativo de natureza impositiva.»

Discorreu depois, largamente, sobre o mérito, e concluiu:

«De todo o exposto chega-se às seguintes conclusões resumidamente:

I — Preliminarmente: Reconhecer a competência originária do Eg. Tribunal Federal de Recursos para conhecer e julgar todos os mandados de segurança impetrados com motivo de impugnação do FINSOCIAL.

II — O FINSOCIAL é contribuição previdenciária ou social, compreendido nas exações para-

fiscais, e portanto insuscetível de sujeitar-se o seu enquadramento como tributo.

A dirimência da **vexta questão**, há de ser encontrado com observância da plena metodologia interpretativa, afastando-se a radicalização da doutrina tributarista.

IV — Precedentes jurisprudenciais do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e do Colendo Supremo Tribunal, convergem para se firmar o Direito Pretoriano, no sentido afirmado no item II.

Isto posto, reconhecendo a competência originária do Tribunal Federal de Recursos, opinamos pelo conhecimento do **mandamus**, para, no mérito, julgar irrelevante a inconstitucionalidade das normas legais fustigadas, e, conseqüentemente, denegar a ordem por faltar-lhe o amparo dos pressupostos de liquidez e certeza do direito contestado.» (fls. 163/166).

Superada a preliminar de conhecimento do **mandamus**, o eminente Ministro-Relator votou no sentido de deferir o «writ» nos termos do pedido. Já o Sr. Ministro Moacir Catunda votou pelo deferimento parcial do pedido, vale dizer, para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício de 1982, acompanhando-o os Srs. Ministros José Dantas, Carlos Madeira e Gueiros Leite. O Sr. Ministro Washington Bolívar votou pelo indeferimento do pedido. Votou, em seguida, o Sr. Ministro Torreão Braz, concedendo, em parte, a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982, na linha do voto do Sr. Ministro Catunda.

Assim o voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator:

«O Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio do ano corrente, foi baixado pelo Sr. Presidente da República no uso de atribuição conferida pelo

art. 55, inciso II, e tendo em vista o disposto no parágrafo 2º do art. 21 da Constituição, que rezam:

«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:

.....  
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

«Art. 21. ....

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

A primeira objeção que é feita ao diploma legal citado reside na afirmação de que não seria possível, por via de decreto-lei, criar-se a contribuição nele prevista, «destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor», argüição que não procede, porque, mesmo para os que entendem não ser a contribuição um tributo, estaria a sua instituição por via de decreto-lei acobertada pela referência feita pelo constituinte a finanças públicas, que compreendem, sem dúvida, a receita pública, seja qual for a sua origem.

De outro lado, não há como se ter por contrária à Constituição a instituição da contribuição para o FINSOCIAL em si, porque prevista, expressamente, no art. 21, par. 2º, do texto constitucional, pois pode se entender como intervenção no domínio econômico, considerando especialmente o momento que vive a nação brasileira, investimentos

de caráter assistencial em alimentação, habitação popular e amparo ao pequeno agricultor, não sendo possível fazê-lo quanto à educação e saúde por já serem objeto da atuação normal da União.

Obstáculo que me parece intransponível para admitir-se a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.940, está em outro ponto, que, embora não relativo à contribuição propriamente, nele se reflete.

A contribuição criada tendo em vista a intervenção do domínio econômico, se destina, como estabelecido no parágrafo único do art. 163 da Constituição, ao custeio de serviços e encargos referentes a tal intervenção, e, portanto, ao instrumento por via do qual é executada que, estabelece o **caput** do mesmo art. 163, somente pode ser criado mediante lei federal, não sendo possível fazê-lo, conseqüentemente, por decreto-lei, como ocorreu com o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL.

Tem-se, assim, que, embora a contribuição estabelecida no Decreto-Lei nº 1.940, pudesse ter sido instituída pela forma por que o foi, a sua cobrança contraria a Constituição porque destinada ao custeio de órgão criado com desatenção à norma constitucional expressa.

Por assim considerar voto concedendo o mandado de segurança nos termos do pedido.»

O voto do Sr. Ministro Torreão Braz tem o seguinte teor:

«Senhor Presidente, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-1982, em torno do qual gira a presente contenda, estatui no art. 1º e seus parágrafos 1º e 2º:

«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 vendas 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.»

O ilustre tributarista Luiz Mélega em estudo sobre a matéria estampado na «Resenha Tributária,» nº 16, páginas 279 e seguintes, após analisar as modificações introduzidas nos arts. 21, § 2º e 43 da Constituição pela Emenda nº 8/977, escreve:

«O art. 43 reza que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente aquelas elencadas nos seus incisos enumerados de I a IX, agora de I a X, por força de alteração introduzida pela referida Emenda Constitucional nº 8/77. É interessante notar que no inciso I estão mencionados os «tributos, arrecadação e distribuição de rendas»; agora, com o enxerto decorrente da Emenda Constitucional nº 8/77 (inciso X), ficou incluída na competência específica da União a instituição de contribuições sociais para o custeio de encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º e 178.

A primeira observação que ocorre ao intérprete é que o legislador quis efetivamente retirar às

contribuições enumeradas no inciso X a sua natureza tributária, já que no inciso I se referiu a tributos e no inciso X aludiu a contribuições, numa clara indicação de que estas não estão compreendidas naqueles. Aceita essa interpretação, presentemente fazem parte do sistema tributário nacional somente as contribuições instituídas tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, e bem assim aquelas cobradas para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

Essa exegese me parece inconstrastável, considerada a rigidez do sistema tributário brasileiro, que implica afastar do seu círculo tudo o que não esteja incluído, a tal título, na Carta Magna, a despeito da conceituação doutrinária sobre certos tipos de ingresso público.

Feita esta digressão, indaga-se: a exação criada pelo citado Decreto-Lei nº 1.940/82 possui a natureza jurídica de contribuição social, seja de caráter tributário, seja de caráter não tributário?

Inserem-se na primeira, isto é, de feição tributária, as contribuições previstas no art. 21, § 2º, da Constituição, relacionadas com a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais, bem assim as que objetivam atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

Integram a segunda, de cunho não tributário, as contribuições referidas no art. 43, inciso X, do Estatuto Político, que são:

- salário-família (art. 165, II);
- integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros (art. 165, V);

— fundo de garantia ao trabalhador (art. 165, XIII);

— previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez, e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade (art. 165, XVI);

— aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho (art. 165, XIX);

— contribuição para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais (art. 166, § 1º);

— assistência à maternidade, à infância e à adolescência e educação de excepcionais (art. 175, § 4º);

— salário-educação para empregados e seus filhos (art. 178).

A contribuição ao FINSOCIAL, como se percebe ao primeiro lance de vista, não corresponde a qualquer das que vêm de ser arroladas, pertençam elas à primeira ou à segunda categoria. E sendo exaustivo o elenco das contribuições sociais, conforme entendimento indiscrepante, segue-se que a União não poderia criar uma outra, fora da previsão constitucional.

Não apresenta ela vinculação alguma com o custeio da previdência social a cargo da União, nem com o interesse de categorias profissionais, este, aliás, já atendido pela contribuição sindical. Quanto à intervenção no domínio econômico, seria mister, antes de tudo, que ela se efetivasse mediante lei e em setor próprio da iniciativa privada, nos termos do art. 163 da Constituição.

Registre-se, aliás, que existe no nosso ordenamento jurídico a maioria das contribuições assinaladas no prefalado art. 43, X, tais como o salário-família, o PIS, o FGTS, o salário-educação e outras integradas no sistema previdenciário.

De outra parte, consoante a lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Tributária», 2ª ed., 1981, pág. 164), — e o dado aqui é de suma importância — sem referibilidade indireta e mediata entre o obrigado e a atividade estatal, não se pode falar em contribuição. Diz ele, após dissertar sobre a distinção entre esta e a taxa: «Nas contribuições pelo contrário, não basta simples atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado.»

Qual a relação, no caso, entre uma empresa ou um comerciante e a atividade estatal de prestação de assistência ao pequeno agricultor?

Partindo de tais premissas, — não inclusão da exação questionada no elenco do art. 43, X, da Constituição, que é exaustivo, e ausência de referibilidade entre o contribuinte e a atividade estatal específica — Hamilton Dias de Souza, em excelente estudo («Resenha Tributária», nº 18, págs. 307 e seguintes), concluiu pela criação, na hipótese de dois impostos: um, que não se confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre a receita bruta, e tem arrimo na competência residual da União, ex vi dos arts. 18, § 5º e 21, § 1º, da Constituição, outro, que se pode conceituar como adicional do imposto de renda.

A propósito, leciona o conhecido jurista:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base impositiva, pois esta, quando não se

trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base impositiva. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo.»

E, linhas adiante:

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um adicional do imposto sobre a renda. De fato, o § 2º do art. 1º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do imposto de renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional.»

Dentre todas, esta me pareceu a melhor exegese do texto em discussão, por isso que a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las a denominação e a destinação do produto da arrecadação. Demais disso, a obrigação

aqui tem por fato impositivo uma situação relativa ao contribuinte, independente de qualquer atividade específica estatal (CTN, arts. 4º e 16), que corresponde aos tipos acima mencionados.

Em se tratando de imposto, a cobrança da «contribuição» ao FINSOCIAL há de afeiçãoar-se ao princípio da anterioridade, inscrito no art. 153, § 29, da Constituição, porquanto não está compreendida nas ressalvas ali expressamente referidas.

À vista do exposto, concedo em parte a segurança, tão-somente para eximir as impetrantes do recolhimento do tributo no exercício financeiro de 1982.»

Pedi vista dos autos e os trago, hoje, com observância do prazo inscrito no art. 151 do Regimento Interno, para que seja retomado o julgamento da causa.

## II

Abrindo o debate, deixo expresso que a contribuição, seja que nome tenha, constitui tributo. É que sustento, na linha do entendimento do saudoso Rubens Gomes de Sousa, que «a contribuição é um gênero de tributo suscetível de subdivisão em várias espécies. É isso em face do que dispõem (genericamente) a Constituição Federal no art. 21, § 2º, I e (especificamente) a mesma Constituição Federal nos artigos 163, parágrafo único, 165, XVI e 166, § 1º, e o CTN no art. 217, nºs I a V.» (Rubens Gomes de Sousa, «Natureza Tributária da Contribuição do FGTS», RDA, 112/27; RDP 17/305). Assim, as contribuições não são somente as de melhoria. Estas, as contribuições de melhoria, são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição.

É certo que alguns autores, como Geraldo Ataliba, classificam a contribuição ou como imposto, ou como

taxa, presente a divisão dos tributos em vinculados e não vinculados (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», RT, 1973 pág. 193; «Sistema Const. Trib. Brasileiro», 1968, págs. 184 e segs.; Marco Aurélio Greco, «A chamada contribuição previdenciária, caráter tributário,...», RDP 19/385). No mesmo sentido, a lição de Alfredo A. Becker, para quem o tributo ou é imposto ou é taxa («Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 2ª ed., pág. 346).

A conclusão a que chegam esses eminentes doutores, com base na divisão dos tributos em vinculados e não vinculados a uma atuação estatal (Geraldo Ataliba), o que se verifica mediante a análise da hipótese de incidência, está embasada em dados científicos. Entretanto, acho que, diante do direito positivo brasileiro, as contribuições, que são tributos, podem e devem ser classificadas ou como contribuição, ou como contribuições especiais ou parafiscais, observada, todavia, a lição do preclaro Ataliba:

«A designação contribuição parafiscal não retira a um tributo seu caráter tributário. Qualquer que seja o nome com se batize, «toda obrigação pecuniária, ex lege em benefício de pessoa pública ou com finalidade de utilidade pública», é tributo e se submete ao chamado regime tributário...» («Hipótese de Incid. Trib.», cit., pág. 201).

Esse caráter tributário da contribuição é, hoje, assinalado pelos melhores doutrinadores do Dir. Constitucional Tributário. É conferir, por exemplo, além dos autores já citados: Sacha Calmon Navarro Coelho (Rev. da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pág. 455), Aliomar Baleeiro («Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar», 5ª ed., Forense, págs. 279 e 281), Amílcar de Araújo Falcão («Introdução ao Dir. Tributário», Ed. Rio, pág. 43), Fábio Fanuc-

chi («Curso de Dir. Tributário Brasileiro,» Ed., Res. Trib., 4ª ed., I/55), Ilves J. de Miranda Guimarães («A Situação Atual da Parafiscalidade no Dir. Tributário», J. Bushatsky Editor, pág. 89), Manoel Gonçalves Ferreira Filho («Comentários à Constituição Brasileira», Saraiva, III/181).

Retomando o fio do raciocínio anteriormente expandido, quando divergiamos dos autores que reduzem os tributos a imposto e taxa, e que entendem que a contribuição ou é imposto ou é taxa, já que sustentamos a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição (v. meu «A decadência e a prescrição do crédito tributário — As contribuições previdenciárias ...», in Rev. de Dir. Tributário, nºs 9-10, p. 181), invoco o saudoso e eminente Ministro Rodrigues Alckmin, que lecionou: «Assim, critério classificatório sem dúvida jurídico, embasado na hipótese de incidência ou fato gerador, conducente à dicotomia — taxa, imposto — pode ser afastado pelas normas legais, que adotem classificação outra, com preponderante influência na aplicação do direito.» (Rodrigues Alckmin, «Os Tributos e sua Classificação», coedição Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Ed. Res. Trib., São Paulo, 1975). No julgamento do RE nº 75.972-SP, em que uma empresa liberada constitucionalmente do pagamento de impostos queria forrar-se ao recolhimento da chamada Taxa de Renovação da Marinha Mercante, a Corte Suprema considerou esse adicional ao frete como uma contribuição decorrente da intervenção da União no domínio econômico e não como imposto, pelo que a empresa teria que pagá-la, porque somente de imposto se achava livre. Esclarece o Ministro Rodrigues Alckmin a respeito desse julgamento:

«Ponderou um dos votos — o do Ministro Baleeiro que

«à primeira vista, isso esdruxulamente chamado de «adicional ao

frete» é imposto federal sobre transportes intermunicipais, previsto no art. 21, VII, da Emenda 1/69. Nesse caso, a União pode exigí-lo de todos exceto dos que gozam de imunidade, como os editores de jornais e livros, os Estados e Municípios, enfim os beneficiados pelo art. 19, III, da CF. Teria razão a recorrida.

Mas, desde a CF de 1967, ficou expresso que a União pode decretar contribuições especiais ou parafiscais, princípio hoje consagrado pelos arts. 21, § 2º, I; 163, parágrafo único; 165, XVI; e 166, § 1º, da Emenda 1/69. É isso que nos coloca em posição absolutamente diversa daquela dos RMS nºs 18.742 e 18.224, RTJ nº 46/64 e 57/742, quando diferente se apresentava nosso Direito Constitucional na espécie.»

E concluiu por admitir que o tributo reclamado era de classificar-se, constitucionalmente, como contribuição, pelo que fugia, a sua exigência, à vedação constitucional» (Rodrigues Alckmin, ob. cit. pág. 50/51).

Relembre-se, todavia, para evitar dúvida, que a divisão triparte do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição não autoriza a afirmativa no sentido de que estas últimas, sob a denominação parafiscais, teriam sistema fiscal autônomo. Não e não. As contribuições, como espécie tributária, estão sujeitas às regras tributárias inscritas na Constituição e no Código Tributário Nacional.

Nesse ponto, aliás, é bom esclarecer que o parecer da Ilustrada Subprocuradoria-Geral da República cita, erradamente, o Ministro Sebastião Reis, dando a entender que este ilustre magistrado e tributarista teria sustentado que a contribuição parafiscal não se sujeita ao regime tributário (parecer, fls. 155/156). Isto, *data venia*, não é correto. O eminente Ministro Sebastião Reis apenas sus-

tenta a divisão triparte do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição, tal como também o fazemos. S. Exa. deixa claro, entretanto, que a contribuição está sujeita às regras do regime tributário. Confira-se, por exemplo, os EAC nº 41.126-MG, de que foi S. Exa. relator, cuja ementa do Acórdão contém lição de mestre:

«Previdenciário — Execução — Prescrição — Contribuições Previdenciárias.

Sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69, artigo 21, nº I, as contribuições, os interesses, da previdência social, passaram a integrar o sistema tributário nacional expressamente, de outro lado, a melhor doutrina brasileira é no sentido de que, a partir do Decreto-Lei nº 27/66 que introduziu o art. 217 ao Código Tributário Nacional, as contribuições — espécie unitária do gênero «tributo» — passaram a integrar a Lei nº 5.172/66, incluindo-se no seu tratamento, como se vê do amplo estudo de Rubens Gomes de Souza sobre a matéria (RDP nº 17/306; RDA nº 112/43 de Aliomar Baleeiro — Direito Tributário Brasileiro, pág. 640).

Outrossim, é doutrina hoje generalizada a divisão tripartite do tributo nas espécies imposto, taxa e contribuição, todas subdivisíveis em subespécies, compreendidas nas últimas, ao lado das contribuições de melhoria, outras modalidades, entre as quais a contribuição previdenciária, de outra parte, a existência autônoma da parafiscalidade preconizada por Morrelli é repelida, praticamente, por toda a doutrina autorizada, inserindo-se a mesma em uma das espécies tributárias comentadas.

O perfil técnico-doutrinário da contribuição previdenciária se insere no conceito unitário de «contribuições», espécie do gênero «tributo», e à luz do direito positivo brasi-

leiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66 que introduziu no Código Tributário Nacional o art. 217, a modalidade «contribuições» ali referida, em que se inclui a contribuição previdenciária, incorporou-se ao sistema do codificado, sendo irrecusável a sua subsunção no conceito técnico legal do art. 3º da Lei nº 5.172/66, princípio que veio a ser sancionado no art. 21, § 1º, nº I da Emenda Constitucional nº 1/69, saliente-se, ainda, que descabe qualificar a contribuição previdenciária como simples decorrência da intervenção do Estado na ordem econômica, no regime da Emenda aludida de um lado, pela sua inserção no capítulo do sistema tributário, de outro, porque a previdência social é hoje em quase todos os países um serviço público, e, no Brasil, resulta de um compromisso constitucional com trabalhadores exigível, assim, em serviço essencial do Estado.

Precedente da Egrégia Segunda Seção deste Tribunal.

Controvérsia, nesta altura, entre a ocorrência ou não da prescrição.

Prescrição reconhecida de acordo com o voto vencedor na apelação.

Rejeitaram-se os embargos.»

### III

Examinemos, agora, a espécie tributária objeto do presente mandamus.

O Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, instituiu a contribuição objeto deste mandado de segurança e criou o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL). Ao editá-lo, o Chefe do Poder Executivo baseou-se no art. 55, II, da Constituição, invocando, ademais, o disposto no art. 21, § 2º, da Constituição.

Estabelecem os artigos 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e artigo 3º:

«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, mas condições estabelecidas 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.»

.....

#### IV

Além da contribuição de melhoria (CF, art. 18, II), a Constituição admite as seguintes outras contribuições: a) as destinadas à intervenção no domínio econômico (CF, art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafos único); b) as de interesse de categorias profissionais, denominadas contribuições sindicais (CF, art. 21, § 2º, I, e artigos 43, X, e 166, § 1º); c) para atender diretamente à parte da União no custeio da Previdência Social (CF, art. 21, § 2º, I);

d) salário-família (CF, art. 43, X, e art. 165, II); e) integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros, a contribuição para o PIS (CF, art. 43, X, e art. 165, V); f) FGTS (CF, art. 43, X, e art. 165, XIII); g) previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes de trabalho e proteção da maternidade, que são as contribuições previdenciárias (CF, art. 43, X, e art. 165, XVI); h) aposentadoria para a mulher, aos 30 anos de trabalho, contribuição já existente, porque englobada na contribuição previdenciária (CF, art. 43, X, e art. 165, XIX); (as contribuições sindicais, art. 43, X, e art. 166, § 1º, nós já a mencionamos, sob b, acima); i) assistência à maternidade, infância e adolescência e educação de excepcionais (CF, art. 43, X, e art. 175, § 4º); j) salário-educação para empregados e seus filhos menores, contribuição já existente (CF, art. 43, X, e art. 178).

Não custa repetir, para bom entendimento da questão que todas as contribuições acima mencionadas, sem exceção são espécies tributárias, têm natureza tributária, estão, por isso mesmo, submetidas ao regime tributário da Constituição e Código Tributário Nacional.

#### V

A contribuição do FINSOCIAL, parece-nos evidente, não se inclui entre as mencionadas no artigo 43, X, da Constituição.

Ela se inclui, em verdade, no art. 21, § 2º, I, da Constituição, o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, que a instituiu, reporta-se, aliás, expressamente, ao artigo 21, § 2º, da Constituição.

O art. 21, § 2º, I, da Constituição, conforme já falamos, acima, prevê a instituição de três contribuições: a) a contribuição destinada à intervenção no domínio econômico — CF, art. 163,

parágrafo único; b) a de interesse de categorias profissionais — a contribuição sindical, CF, art. 43, X, e art. 166, § 1º; c) a contribuição para atender diretamente à parte da União no custeio da Prev. Social.

A contribuição do FINSOCIAL destina-se a atender a intervenção no domínio econômico (CF, art. 21, § 2º, I, e artigo 163, parágrafo único).

É, pois, a contribuição do FINSOCIAL, uma contribuição, espécie tributária.

## VI

Apesar de ter eu ponto de vista pessoal no sentido de que o princípio da legalidade tributária exige lei, em sentido formal, para a instituição de tributo, rendi-me à jurisprudência desta Casa e da Corte Suprema, que admite a criação de tributo através de decreto-lei (RE nº 99.697-RJ, Relator o Sr. Ministro Soares Muñoz, DJ 6-5-83).

Em linha de princípio, pois, poderia o Poder Executivo, com base no art. 55, II, da Constituição, instituir o tributo.

Acontece, entretanto, que a citada contribuição destina-se a atender a intervenção no domínio econômico. Mas a intervenção no domínio econômico só se faz mediante lei federal (CF, art. 163).

A Constituição exige, no particular, lei, lei em sentido formal, que não pode ser substituída por decreto-lei.

Quando do julgamento do MS nº 90.245-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro José Dantas, sustentei que, quando a Constituição menciona que determinada matéria será definida em lei, ou será regulada em lei, exige a Constituição lei em sentido formal, vale dizer, lei votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, na forma estabelecida no processo legislativo (CF, art. 46 e segs.).

O decreto-lei, não obstante ter força de lei, não segue, todavia, no processo de sua elaboração, as regras do processo legislativo atinentes à lei. Por exemplo: no exame do decreto-lei remetido ao Congresso, nos termos do § 1º, do art. 55, da CF, o Congresso poderá, apenas, aprová-lo ou rejeitá-lo, não podendo emendá-lo. Só isso, ao que penso, demonstra que o decreto-lei não substitui a lei, quando a Constituição expressamente exige lei.

A interpretação harmônica do art. 55, II, e do artigo 163, ambos da Constituição, afastaria a competência do Presidente da República para editar decreto-lei regulador da intervenção no domínio econômico.

Concordo, pois, com o Sr. Ministro Armando Rollemberg, no particular, pelo que o «writ» é de ser deferido.

## VII

Mas há mais.

Tem-se, no caso, tributo com vinculação da respectiva arrecadação a determinado fundo.

Sendo assim, ensina Ricardo Mariz de Oliveira, «o instrumento requerido não é nem a lei ordinária, mas, sim, a lei complementar, por expressa exigência do art. 62, § 2º, da CF» («Aspectos Constitucionais da «Contribuição» ao FINSOCIAL...», in RT Informa», 308/3).

Em verdade, só por lei complementar seria possível a instituição da contribuição em apreço, porque vinculado o produto de sua arrecadação a um determinado fundo (CF, art. 62, § 2º). Exatamente por isso é que a contribuição do PIS foi instituída pela Lei Complementar nº 7, de 1970.

Também por esse motivo o «writ» deve ser deferido, integralmente.

## VIII

Todavia, se ficar eu vencido no deferimento integral do pedido, meu vo-

to conduzirá ao deferimento parcial, que é o voto médio, no sentido de que a cobrança do tributo não poderá ocorrer no exercício de sua instituição, 1982, assim nos termos do voto do Sr. Ministro Catunda, porque as contribuições estão sujeitas ao princípio da anterioridade (CF, art. 153, § 29).

De feito.

É verdade que as contribuições do art. 21, § 2º, I, da Constituição, podem, por ato do Poder Executivo, ter alteradas as suas alíquotas ou bases de cálculo, nos limites prefixados em lei (CF, art. 21, I, ex vi, do disposto no item I, do § 2º, do art. 21). Tem-se, com isto, uma exceção parcial ao princípio da legalidade (parcial, porque a exceção não diz respeito à criação do tributo, mas, apenas, à alteração da alíquota e da base de cálculo, observados, porém, as condições e os limites estabelecidos em lei). Essa exceção parcial ao princípio da legalidade, entretanto, não implica na derrogação do princípio constitucional da anterioridade (CF, art. 153, § 29). As contribuições estão, portanto, sujeitas ao princípio da anterioridade.

## IX

Diante do exposto, defiro o «writ» nos termos do pedido, tal como o faz o Sr. Ministro Armando Rollemberg, Relator.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, estou de acordo com o Relator, reportando-me a voto que, no particular, proferi em decisão anterior, cuja cópia farei juntar.

(ANEXO)

MS nº 97.775-DF

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Controverte-se nos autos em torno da legitimidade constitucional do

Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82, que objetiva instituir contribuição social e criar o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL), alegando as impetrantes, em substância a prevalência *in casu* do princípio da legalidade estrita, do primado da lei formal, seja porque a matéria, ali regulada, não tem sede nos domínios das finanças públicas, não se lhe aplicando, o art. 55, II da Constituição Federal, seja porque exorbita do quadro do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei Maior, ao lado de estruturar defeituosamente a exação criada bem como a inidoneidade da Portaria Ministerial baixada, para, na espécie, suprir omissões ou estabelecer penalidade, invocando, ainda, alternativamente, o cânone como da anterioridade da lei, teses contrariadas doutamente nas informações e no parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, firmado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Geraldo Andrade Fonteles.

Até esta altura, três posições já se afirmaram, neste Plenário, a liderada pelo Relator, Ministro Armando Rollemberg, no sentido da inidoneidade constitucional do decreto-lei para instituir a contribuição em foco, pela circunstância particular de que aquele diploma encerra intervenção na ordem econômica, só legitimável através de lei formal, inobservância procedimental que, por via reflexa, macula a exação instituída; já o Ministro Washington Bolívar, após admitir a adequação do decreto-lei para instituir a contribuição em apreço, sustenta que o «standard» da urgência, ocorrente na espécie, é incompatível com o princípio geral da anualidade, consagrado na primeira parte do § 29 do art. 153, da Lei Máxima, e, à luz desse raciocínio, conclui que a hipótese se insere na exceção compreendida na cláusula «demais casos previstos nesta Constituição», negando, por fim, *in totum* a segurança; a terceira corrente defere em

parte a segurança, para afastar a cobrança respectiva apenas no exercício de 1982, ano da edição do diploma em causa, aplicando ao caso o princípio da reserva da lei anterior.

Assinalo que o Ministro Carlos Veloso, ao filiar-se à tese do Ministro Rollemberg, fê-lo aditando a violação do art. 62, § 2º da Constituição Federal, por tratar-se de instituição de Fundo, só viável através de lei complementar, no que foi acompanhado pelo Ministro Bueno de Souza, e que a terceira posição, até agora, se bifurca em duas tendências, a que descharacteriza a contribuição em tela para imposto, tendo à frente o Ministro Moacir Catunda, e a que qualifica a exação instituída como contribuição social, enquadrável no campo da parafiscalidade, no círculo das finanças públicas, do Direito Financeiro, como se vê dos votos dos Ministros José Dantas e Carlos Madeira, resguardada, no entanto, a regra da anterioridade da lei instituidora, para efeito de cobrança, considerando o princípio da universalidade do orçamento e tratar-se de «fundo» dirigido pela administração direta, aplicáveis seus recursos mediante diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República, com subvenção de dotações orçamentárias da União.

Posicionando-me no contexto da controvérsia, inicialmente, acentuo que, embora a parafiscalidade, na sua origem, se tenha apresentado como expediente técnico-político para acudir aos novos compromissos sociais e econômicos assumidos pelo Estado para com a sociedade, posto haja surgido como uma finança paralela, paraorçamentária como uma ruptura com dogmas das finanças clássicas, em particular, com o princípio da universalidade do orçamento público, sem embargo de sua vocação histórica para um regime jurídico de maior flexibilidade, o certo é que todo esse material elaborado

pela ciência das finanças só vale juridicamente nos limites em que for recebido pelo direito positivo de cada país.

No direito brasileiro, a partir do Decreto-Lei nº 27/66, para uns, ou da inovação trazida com o inciso II da letra b do art. 21 pela Emenda Constitucional nº 1/69, para outros, a doutrina e a jurisprudência passaram a revelar nítida tendência em afirmar a integração das contribuições econômicas e sociais na temática tributária consagrada constitucionalmente e só agora com a nova redação dada àquele inciso e com a enunciação do art. 43, inciso X, veiculadas pela Emenda Constitucional nº 8/77, voltou-se a discutir acerca do acolhimento pelo direito positivo brasileiro de uma parafiscalidade, de fisionomia técnica própria, fora dos quadros da tributação, como uma categoria antes de direito financeiro que de direito tributário, uma exação não tributária, mas simplesmente financeira.

Feitas tais considerações prévias, centrando-me na Constituição Federal vigente, vê-se que o nosso Estatuto Maior ao lado das figuras tributárias tradicionais do imposto, da taxa e da contribuição de melhoria, no inciso I do § 2º do seu artigo 21, no capítulo do sistema tributário, alude a contribuições, tendo em vista a 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 e no seu artigo 43, item X, no capítulo seguinte, refere-se a contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 114, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 168 § 1º, 175 § 4º e 178, preceito esse em que se insinua a tese da parafiscalidade.

Na espécie, pretende o legislador do Decreto-Lei nº 1.940/82 instituir «contribuição social, destinada a cus-

tear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.» (art. 1º).

Nesse particular, mesmo que se admita a tese de que, após a Emenda Constitucional nº 8/77, as contribuições sociais ali referidas, passaram a categorias estritamente financeiras ou paratributárias, o certo é que, como o demonstram os votos do Ministro Torreão Braz, e Carlos Mário Velloso, a contribuição sob exame não se identifica com qualquer das figuras ali elencadas.

Tenho que a enumeração respectiva constitui **numerus clausus**, taxativo, quer a consideremos exação tributária ou não-tributária, o certo é que representam prestações coativas, limitadoras da propriedade, e por isso, devem ser catalogadas em quadro fechado e não aberto a demais, de outro, porque, se pretendesse dar-lhe alcance exemplificativo teria adotado o critério do Decreto-Lei nº 27/66 que, após enumerar várias modalidades de contribuições, completa o rol adotando a cláusula aberta «e outras contribuições sociais criadas por lei.»

A toda sorte, pretendesse o constituinte brasileiro dar ao conceito de contribuição um elástico aberto à sua inventiva e às necessidades crescentes do Tesouro, ter-se-ia, válido, autorizadamente, do ensinamento originário de Rubens Gomes de Souza, quando definiu as contribuições por exclusão, conceituando-as como a exação que não se identifica nem com taxa, nem com imposto. Acrescente-se que mesmo tecnicamente, a doutrina dominante é no sentido de que a hipótese de incidência da contribuição particulariza-se por uma atuação estatal indireta e mediadamente referida ao obrigado (Geraldo Ataliba — Hipótese de Incidência — 2ª ed. 1981 — pág. 194); Edvaldo Brito em «Contribuições Sociais e Econômicas: Natureza Jurídica e Prescrição» — co-edição 1976 —

Editora Resenha Tributária — São Paulo, Ives Gandra da Silva Martins em «As Contribuições Especiais numa Divisão Quinquipartida dos Tributos — co-edição 1976 — Editora Resenha Tributária — São Paulo, sendo certo, segundo assinalou o voto do Ministro Moacir Catunda, qualquer vinculação entre o contribuinte in casu por exemplo, as impetrantes — e a atuação estatal consistente em prestar assistência ao pequeno agricultor.

Demonstrado não se cuidar de uma contribuição social, poder-se-á opor que, sem embargo da referência expressa a essa conta, tratar-se-á de espécie criada com fundamento na intervenção no domínio econômico, na forma prevista no art. 163 e seu parágrafo único da Constituição Federal tendo em vista em especial a invocação expressa do seu art. 21, § 2º e não ser caso das duas outras modalidades ali previstas.

Detendo-me nessa objeção que tem por si o prestígio dos Ministros Rollemberg, Velloso e Bueno de Souza, transcrevamos o art. 163, e seu parágrafo da Constituição Federal.

«Art. 163. São facultadas 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.

Parágrafo único. Para atender à intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer».

Como se extrai do texto transcrito, aqui são previstas duas formas de ingerência do Estado na esfera econô-

mica, a interventiva, efetuada por via indireta, por regulamentação legal, e a monopolística, em que o poder público aparece como sujeito ativo da atuação empresarial.

Celso Antônio Bandeira de Melo, em trabalho da melhor qualidade sobre o tema, ensina:

«Do exposto, é forçoso concluir que o art. 163 contempla, de um lado, a possibilidade do Estado intervir, isto é, disciplinar e fiscalizar a atividade econômica, podendo instituir contribuições para custeio dos encargos e serviços relativos ao cumprimento da missão que lhe seja constitucionalmente irrogada.

Assim, os órgãos e entidades que crie ou serviços que ponha em ação para assegurar tal controle serão suportados por estes recursos compulsoriamente exigidos.

De outro lado, o art. 163 contempla a possibilidade do Estado monopolizar dada indústria ou atividade, se isso for requerido, por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa eficazmente desenvolver-se, em regime de competição de liberdade de iniciativa.» (RDA 143/45).

No mesmo sentido, Carlos Ayres Brito, (A Intervenção Estadual no Domínio Econômico *vox legis* nº 148), Tarcio Sampaio Ferraz Jr. (Fundamentos e Limites Cons. da Intervenção do Estado no Domínio Econômico (RDP vols. 47/48 pág. 270), Fábio Konder Comparato (Intervenção no Domínio Econômico, Sociedade de Economia Mista — RDA 142/170).

De outro lado, acentuemos que a primeira hipótese do comando constitucional — a intervenção indireta — tem fundamentado ampla legislação entre nós, disciplinadora de livre iniciativa, como se vê na repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº 4.137/62), a Lei Delegada nº 4/62, autorizativa do tabelamento de preços e serviços, o Decreto-Lei nº 808/69, le-

gitimador do Conselho Interministerial de Preços (Celso Antônio Bandeira de Melo Rev. Cit. pág. 48).

Delineada, assim, a área de influência do art. 163 da Constituição Federal, afastada de logo, a segunda modalidade — a direta, a monopolística — centremos as atenções na primeira, a indireta, a disciplinadora da atividade econômica, com vista à realização dos objetivos e princípios referidos no artigo 160 antecedente, e, para esse efeito, confrontemos aquele comando constitucional com Decreto-Lei nº 1.940/82:

«Art. 1º É instituído, 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 vendas 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».

Como se infere da transcrição, o diploma normativo em foco, no que interessa ao ponto ora em debate, restringe-se a criar recurso para investimento de caráter assistencial, nas áreas que indica, não pretendendo disciplinar a iniciativa privada, nos setores mencionados, nem fixar limites de sua intervenção, para as-

segurar o cumprimento dos objetivos do art. 160 anterior, não comportando a sua linguagem amplamente indeterminada a sua qualificação técnica de instrumento regulador da atividade econômica; outrossim, os setores em que os investimentos — despesa pública — vão atuar não são reservados à iniciativa privada tais como, saúde, educação, amparo, sobretudo, numa perspectiva meramente assistencial.

Em face de tudo quanto já foi debatido, concluo que a exação em apreço não se identifica com as contribuições sociais arroladas exaustivamente no item X do art. 43 da Constituição Federal, nem se qualifica como contribuição em razão da ingerência na ordem econômica, por não se encontrar vinculada à interferência indireta, regulatória da iniciativa privada, bem como não reúne os requisitos que condicionam tecnicamente essa figura tributária — a referibilidade indireta, mediata, entre a atuação estatal e o obrigado — princípio hoje sistematizado doutrinariamente, como se vê, em especial, em Geraldo Ataliba (Hipótese de Incidência — 2ª ed. págs. 164/195), desinfluyente o **nomem juris** dado pelo legislador.

Não se configurando na espécie o perfil técnico-jurídico da contribuição, cabe discutir-se, após a análise feita, se a exação em tela perde por tudo isso consistência jurídica ou se pode subsistir, juridicamente, sob outro título enquanto prestação pecuniária compulsória, exigida mediante procedimento administrativo, em função do fato gerador respectivo, no contexto dos arts. 3º e 4º do CTN.

Nas hipóteses identificáveis com o chamado «imposto disfarçado», a jurisprudência do Alto Pretório tem-se orientado no sentido de desprezar a roupagem formal, o **nomem juris** para deter-se na consistência material da norma, no fato-tipo ali desenhado, nas suas várias dimensões, admitin-

do, nesse contexto, a sua sustentação jurídica, sob outra qualificação, em ordem a legitimar a exação, em limites próprios, bastando, para tanto, lembrar as decisões tomadas no RE nº 53.052 e RE nº 64.040, ao propósito das denominadas Taxa de Recuperação Econômica e de Assistência Hospitalar de Minas Gerais, legitimadas como imposto adicional de competência estadual, princípios que vieram a ser estruturados nas Súmulas nºs 144 e 306.

À luz desses pressupostos, cabe examinar-se se a exação em apreço é qualificável, como imposto, e a esse propósito a minha posição coincide com a do eminente Ministro Moacir Catunda, com os desdobramentos postos pelo Ministro Torreão Braz, calcados, nessa parte, em estudo amplo e excelente análise, de Hamilton Dias de Sousa, constante da publicação «Direito Tributário Atual» — Ed. Resenha Tributária, onde concluiu pela criação, na hipótese, de dois impostos, um, que se não confunde com o imposto sobre vendas, visto como incide sobre receita bruta, com arrimo na competência residual da União (art. 18 § 5º e 21 § 1º da CF), outro, conceituável como Adicional ao Imposto de Renda.

A esse respeito, destaco do estudo referido:

«Tendo em conta que a hipótese de incidência tem vários elementos, é fundamental analisar o quantitativo, isto é, a base imponible, pois esta, quando não se trata de tributo fixo ou com alíquotas fixas, define a espécie tributária. Assim, no caso presente, as referências a «vendas de mercadorias» e «receita bruta» devem ser confrontadas com a base imponible. Fosse ela o resultado das vendas ou o faturamento de mercadorias, seria imposto sobre vendas. Como não é, sendo calculado sobre a receita bruta, que compreende as vendas e

os serviços, pensamos tratar-se de tributo novo.»

«Outro ponto a ser considerado refere-se à incidência que o decreto-lei em exame reserva às empresas públicas e privadas que só realizam venda de serviços, a qual corresponde a 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou como se devido fosse.

À parte a crítica que pode ser feita à expressão «venda de serviços» posto que o contrato de prestação de serviços não se confunde com o de venda, nítido é o enquadramento desta incidência como um Adicional do Imposto sobre a Renda. De fato, o § 2º do artigo 1º fixa a contribuição em 5% calculados sobre o valor do Imposto de Renda. Esta é a clássica figura tão conhecida da doutrina e que implica em aumento indireto da alíquota do imposto principal (IR) (46). Uma vez que o fato gerador do tributo em exame, para esta hipótese, é ter imposto de renda a pagar, não há como negar sua natureza de adicional». (fls. 111/112).

Estou de acordo com o enfoque desse autorizado jurista, visto como a identificação do tributo se define pelo fato gerador correspondente, irrelevante a denominação e a destinação do produto da arrecadação, perspectiva que reduz o fato jurígeno a uma situação relativa ao contribuinte, independente de atividade estatal específica (CTN, arts. 4º e 16).

De outro lado, qualificada a exação como imposto, a sua instituição por decreto-lei tem apoio da jurisprudência deste Tribunal e do Alto Pretório, reportando-me a essa conta ao voto que proferi na matéria constitucional suscitada na AMS nº 91.322, apreciada por este Plenário, de que extraio:

«Posicionando-me diante das teses em conflito, inicialmente devo, data venia antecipar o meu enten-

dimento de que com a adição da cláusula «inclusive normas tributárias» ao art. 55 da Constituição Federal introduzida pela EC nº 1/69, quis o legislador constituinte erigir o decreto-lei em instrumento formal hábil a instituir tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo afastando-se assim, sob esse aspecto, do critério anterior de compreensão do princípio da legalidade, no seu perfil clássico, estrito, rígido, construído sobre uma realidade histórica e jurídica, sobre uma dinâmica econômica e social, hoje profundamente transformadas.

No particular, afigura-se-me que reduzir o alcance da cláusula referida apenas à edição de normas procedimentais de direito tributário será esquecer-se que essa área se insere nos domínios do direito administrativo formal, e, de outro lado, subtrair-lhe a outorga de competência para criar tributo ou modificar-lhe a alíquota ou base de cálculo será esvaziá-la de conteúdo e minimizar a inovação constitucional introduzida.

Em que pesem autorizadíssimas opiniões em contrário, a partir de mestre Baleeiro (Dir. Trib. Bras. pág. 406 — 1ª ed. Limitações Const. ao Poder de Tributar — pág. 49, 5ª ed.) passando pelos professores Manuel Gonçalves — Curso de Dir. Cons. 4ª ed., pág. 210 Gerd Rottman — RDA 109/11, Geraldo Ataliba — O Decreto-Lei na Constituição Federal de 1967 e em palestra na Universidade Católica de São Paulo) o certo é que, no momento, o constitucionalismo positivo brasileiro, ultrapassou o princípio da legalidade estrita, como o reconhecem Hamilton Dias de Sousa (Estrutura do Imposto de Importação no CTN, pág. 55), Américo Lacombe — (Imposto de Importação, pág. 82) Fabio Fanucchi (Incentivos Fiscais às Pessoas Físicas, pág. 8), Valter

Streicker (RDP 24/110), Alberto Xavier (Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, pág. 22 e segs).

Aliás, Hamilton Dias de Sousa, em excelente trabalho de direito comparado, constante da coletânea «Comentário ao CTN,» vol. I/28, cap. Sistema Tributário Nacional, desenvolvendo idéias já antecipadas na monografia antes citada, mostra amplamente o evoluer do princípio da legalidade tributária da sua feição rígida para a flexível, e da prevalência dessa segunda postura, sob pena de estabelecer-se um vazio entre seu conceito doutrinário e a prática observada na realidade jurídica, adiantando que países que adotam a formulação rígida, na prática legislativo-tributária, consagram a adequação do decreto-lei ao contexto da legalidade tributária.»

Embora reconheça que o princípio da lei formal represente a nossa tradição constitucional desde o Império e, pessoalmente, me identifiquei com essa orientação, não posso fugir à realidade de que hoje o direito brasileiro oferece uma ordem tributária amplamente construída sobre decretos-leis e, nessa altura, a rejeição desse instrumento poderá acarretar verdadeiro vácuo legislativo nesses domínios.

Interfere com tal conclusão, a postura assumida pelo Ministro Washington Bolívar, no sentido da inconciliabilidade entre o parâmetro da urgência e o princípio da reserva da lei anterior e, a esse respeito, peço licença para ponderar que o raciocínio desenvolvido, a construção formulada, embora de relevo, entra em manifesto atrito com a orientação deste Tribunal e do Alto Pretório, em particular, nos arestos que mandaram aplicar ao IOF o mesmo princípio da reserva da anterioridade da lei tributária quanto ao exercício de cobrança.

Por fim, reconheço que o Fundo respectivo não tendo sido previsto na Constituição, só poderia ter sido instituído por lei complementar, insuficiente para tanto o decreto-lei, como deflui do art. 62, § 2º, do diploma constitucional, estando, assim, ineficaz a vinculação ali estabelecida.

No particular, no entanto, **maxima** venia devida aos que pensam em contrário, entendo que a destinação do produto arrecadado e sua conseqüente vinculação a um fundo não influenciam a relação tributária, para interessar somente à área da despesa, estranha ao círculo do fenômeno tributário, louvando-me, para tanto, no ensinamento autorizado de Alfredo Becker, em sua consagrada obra «Tema Geral do Direito Tributário», pág. 261.

Esse é, por igual, o ensinamento do consagrado mestre Rubens Gomes de Sousa:

«A afetação das receitas públicas a determinadas finalidades é evidentemente sem influência para lhes definir a natureza jurídica. Digo «evidentemente» porque aquela afetação logicamente pressupõe a prévia arrecadação da própria receita, isto é, a extinção da relação jurídica que deu origem a sua cobrança. Logo, não poderia atuar sobre aquela relação jurídica, a ponto de integrar-se na definição do tributo, ou do preço público, ou do contrato, ou de qualquer modalidade de atuação do Estado, que lhe tenha dado origem. Em resumo, a destinação da receita é uma providência de tesouraria relacionada com a despesa pública e não com a própria receita, por isso mesmo enquadrada em outro ramo do direito — o financeiro ou orçamentário — mas não no direito tributário. Aliás, precisamente por esses fundamentos, isso é hoje, entre nós, matéria de lei: o art. 4º nº II do CTN dispõe que «a destinação legal do produto da arrecadação» é irrelevante para

qualificar a natureza jurídica específica do tributo de que provinha» (RDA Vol. 112/41 — 1973).

Em face de todas as considerações postas, qualifico a exação examinada como imposto e como tal, sujeito ao princípio da reserva da lei anterior, estipulada no § 29 do art. 153 do nosso Estatuto Político, por tratar-se de hipótese ali não excepcionada.

Assim, defiro, em parte, a segurança, para eximir as impetrantes do recolhimento respectivo, tão-só no exercício de 1982.

#### VOTO VENCIDO

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** Sr. Presidente, data venia das manifestações em contrário, denego a ordem, nos termos do voto que proferi no julgamento do Mandado de Segurança nº 97.775-DF, cuja cópia farei anexar oportunamente.

(ANEXO)

**MS nº 97.775-DF**

#### VOTO VOGAL

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** Dispõe a Constituição Federal:

«Art. 21.

.....  
§ 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 à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.»

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

.....  
II — finanças públicas, inclusive normas tributárias.»

Com respaldo nesses dispositivos, foi expedido o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982, que institui contribuição destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

O assento constitucional desse diploma legal — § 2º, I, do art. 21 — define inquestionavelmente, a natureza extrafiscal da contribuição que cria tendo em vista a intervenção no domínio econômico, num quadro de graves dificuldades da vida nacional.

Como observa o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a intervenção no domínio econômico «é inerente ao Estado-providência» («Com. à Const. Bras.», 3ª edição, 1938, pág. 675).

Com esse caráter é ela ampla tanto quanto necessária para manter padrões sociais e frear, ou pelo menos minimizar os efeitos cruéis das disparidades econômicas sobre as classes menos favorecidas. O comportamento do Estado, na conjuntura, traduz-se na tutela do bem-estar da população, sob variadas facetas, de modo a evitar o rompimento do equilíbrio social, que dá a tônica do Estado de direito. De fato, o conceito de bem-estar social resume-se dizia Agamemon Magalhães, a propósito do art. 147 da Carta de 1946 — «no dever do Estado de adotar todas as providências que atenuem as dificuldades que os economicamente fracos sofrem na sociedade capitalista» (apud Zacarias Amaral Vieira, na Rev. Forense — vol. 162, pág. 349). No mesmo sentido pronunciou-se Aliomar Baleeiro:

«Mas no art. 147 a meu ver, o conceito de «bem-estar social» está vinculado à necessidade democrática da mais justa distribuição dos bens econômicos com igual oportunidade para todos. Está expresso no texto, sem margem a dúvidas» (ibidem).

Pois, no resguardo desse bem-estar do povo, pressões políticas e sociais levam o Estado à intervenção que a Lei Maior prevê e disciplina. E o Decreto-Lei nº 1.940, de 1982 nada mais faz do que, nos limites constitucionais, operar essa intervenção no propósito de preservar a ordem pública e a segurança nacional dos percalços de uma crise econômica sem precedentes, que nos aflige.

A essa constatação — porque esse diploma legal traduz intervenção no domínio econômico — de plano torna-se sem relevo a alegação de que a contribuição por ele instituída fere o princípio da anterioridade, insito no art. 153, § 2º da Lei Básica, endereçada a tributos.

Deveras, a uma por se cuidar de contribuição que não é imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

A duas porque, mesmo que se lhe queira emprestar a natureza de tributo, o seu pressuposto constitucional autoriza seja instituída com suporte na faculdade assegurada no item I do art. 21 da Carta Magna, que retira do regime da anterioridade o imposto sobre importação de produtos estrangeiros.

De outra parte, não comungo, **da venia** com a respeitável opinião dos que sustentam que essa contribuição só poderia ser criada mediante lei federal (lei em sentido formal) a teor do disposto no art. 163 **caput** da Constituição da República.

Com efeito, ao aludir o texto constitucional de modo genérico a «lei federal» a meu ver manifestamente não exclui de sua abrangência o decreto-lei.

Cabe aqui recordar a oportuna observação de Victor Nunes Leal: «Continua verdadeira a asserção de que a lei é a norma editada pelo Poder Legislativo, mas Poder Legislativo não significa, neste caso, um órgão específico, mas uma competência consti-

tucional» («Problemas de Direito Público», Forense, 1ª ed., 1960, pág. 68).

A propósito, trago à colação a lição do saudoso Professor Fábio Fanucchi:

«O decreto-lei possui o mesmo efeito da lei de tributação. A diferença entre esta e aquele reside na ordem da apreciação que sofrem por parte do Poder Legislativo. A lei, enquanto projeto, é apreciada pelo Legislativo que aprova a redação e a submete ao Executivo para sanção. Se este aceita o seu texto como conveniente, sanciona a deliberação do Legislativo e surge a lei, se não concorda com a deliberação, o Executivo veta o texto ou não se manifesta tempestivamente sobre ele, podendo o Legislativo substituí-lo na providência, erigindo o texto em lei, através da promulgação. O decreto-lei, por sua vez, surge no mundo jurídico por deliberação inicial do Executivo, que só posteriormente submete o seu texto à apreciação do Legislativo, que pode aprová-lo ou negar-lhe aprovação, sem quaisquer emendas.

Então, a priori, a diferença fundamental entre a lei e o decreto-lei reside no detalhe da apreciação prévia ou posterior, respectivamente, que sofrem seus textos por parte do Poder Legislativo». («Curso de Direito Tributário Brasileiro», 3ª ed. Editora Resenha Tributária, 1975, pág. 135).

Sobre o tema discorre Alberto Xavier, no seu excelente «Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação»:

«Sem dúvida que a «lei» por excelência é a lei ordinária, dimanada do Poder Legislativo, de tal sorte que a ela compete basicamente a criação dos tributos (Const., art. 43, I). Deve, porém, notar-se que, ao contrário do que noutras Constituições sucede, a Constituição brasi-

leira não reserva expressamente a matéria tributária à competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 44), o que desde logo enseja a dúvida de saber se também os decretos-leis poderão instituir ou majorar tributos» (Editora Revista dos Tribunais São Paulo, 1978, pág. 22).

E, após focar a corrente doutrinária que defende o caráter limitado do decreto-lei (Aliomar Baleeiro, Geraldo Ataliba, Ferreira Filho, G.W. Rothmann, Cezar Vieira de Rezende e Paulo de Barros Carvalho), isto é, que «normas tributárias suscetíveis de ser objeto de decreto-lei são todas aquelas que se não traduzem em «instituir ou aumentar tributo», acrescenta:

«Pela nossa parte — acompanhados por Antonio Roberto Sampaio Dória, Fábio Fanucchi, Hamilton Dias de Sousa, W. E. Streicher e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — não nos convencemos com esta tese, inobstante a autoridade dos que a defendem. Com efeito, o ordenamento constitucional brasileiro conferiu ao decreto-lei, força de lei, introduzindo assim uma exceção ao princípio da rigorosa separação de poderes, nos termos do qual o Poder Legislativo é exercido apenas pelo Congresso Nacional. A função legislativa pode, pois, ser exercida pelo Poder Executivo dentro dos limites e condições que a esse exercício traça a Constituição no seu art. 55, fazendo-o depender de urgência ou de interesse público relevante e submetendo-o à aprovação a posteriori do Congresso.

Ora que esse exercício da função legislativa pelo Poder Executivo abrange matéria tributária está a revelá-lo bem claramente o próprio nº II do art. 55 cuja nova redação não se limita a mencionar «finanças públicas», antes acrescenta expressamente «inclusive normas tri-

butárias». Tal acrescentamento não faria sentido se dessas normas tributárias estivessem precisamente excetuadas as que visam à instituição e majoração dos tributos, e isto por várias razões distintas. Uma, a de que as normas situadas para além do círculo dos elementos essenciais do tributo são, em bom rigor, de «direito administrativo» ou de «direito financeiro» e não de «direito tributário» propriamente dito. Outra, a de que as razões de urgência ou interesse público que condicionam a sua emissão far-se-ão sentir em matéria de criação ou de majoração dos tributos, não se compreendendo facilmente que estejam presentes na regulação dos aspectos acessórios ou instrumentais. Enfim, pode ainda observar-se que a lei constitucional não teria utilizado a expressão genérica, «inclusive normas tributárias» se pretendesse restringi-la, excetuando do seu âmbito as normas tributárias por excelência, que são precisamente as que criam tributos ou regem o seu núcleo essencial.

Não concordamos com G.W. Rothmann quando este afirma que, sendo esta a interpretação proposta, «a nada, pelo menos quase nada, se reduz a garantia individual da legalidade da tributação, quando ao Poder Executivo encarregado da cobrança dos tributos, se permite ao mesmo tempo legislar sobre a matéria.» Por um lado, há que ter presente que tal faculdade é estritamente excepcional, estando sempre dependendo da verificação efetiva das cláusulas de urgência e interesse público relevante, que o próprio Poder Executivo deve interpretar criteriosa e restritivamente, enquanto pressuposto do exercício de uma sua competência de exceção. Por outro lado — e este ponto é fundamental — a função de garantia individual decorrente da participação do órgão representati-

vo é desempenhada pela necessária intervenção a posteriori do Congresso, o qual poderá aprovar ou rejeitar o decreto-lei.» (Obr. cit. fls. 23/27).

Esse entendimento de que o decreto-lei equipara-se à lei ordinária na criação ou instituição de tributos, vem sendo acolhido pela jurisprudência tanto desta Corte como do Supremo Tribunal Federal. Tem-se decidido, reiteradamente, que a aferição dos pressupostos de «urgência» ou de «interesse público relevante» por assumir caráter político, está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso (RE nº 62.739-SP — Pleno, Rel.: Min. Aliomar Baleeiro, RTJ, 44/54; RE nº 62.731-GB-Pleno, Rel.: Min. Aliomar Baleeiro — RTJ 45/559; — RE nº 74.096-SP — 1ª Turma — Rel.: Min. Oswaldo Trigueiro. RTJ 62/819).

Recentemente, no julgamento, a 8 de abril do corrente ano, do RE nº 99.696-6-RJ, assentou a Suprema Corte à unanimidade que a instituição de tributo por via de decreto-lei não fere o princípio da reserva da lei. O Acórdão está assim ementado:

«Decreto-lei e princípio da legalidade em matéria tributária (§ 29 do art. 153 da Constituição da República). Na espécie, não houve ofensa ao art. 97 do CTN. Falta de prequestionamento da matéria relativa ao art. 98 do CTN. Precedentes. Recurso extraordinário não conhecido.»

Por oportuno, transcrevo o voto do Relator, o eminente Ministro Djaci Falcão:

«O que se discute nos presentes autos não é a cobrança do IOF, Imposto sobre Operações Financeiras, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.783/80 e exigido no mesmo exercício da sua criação, desaten-

dendo, assim, o princípio da anualidade do tributo, mas a impossibilidade da criação ou aumento de tributo por meio de decreto-lei.

O v. Acórdão ao entender legítima a instituição ou majoração do tributo através do Decreto-Lei nº 1.783/80, orientou-se no mesmo sentido da decisão que veio a ser proferida por esta Turma, no RE nº 99.698, em 22-3-83, relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, em aresto assim ementado:

«O decreto-lei e o princípio constitucional da legalidade em matéria tributária (§ 29 do artigo 153 da Constituição).

Em nosso sistema constitucional vigente, observados os requisitos estabelecidos pelo artigo 55 da Constituição, decreto-lei pode criar ou majorar tributos.

Inexistência de ofensa ao artigo 97 do CTN.

Falta de prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356).

Recurso extraordinário não conhecido».

Dentro dessa mesma diretriz os RREE nºs 99.705 e 99.715, também relatados pelo Ministro Moreira Alves.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.»

Com essas breves considerações, denego a segurança, data venia das doutas manifestações em contrário.

E o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Presidente): A se cuidar de matéria constitucional, tem voto o Presidente.

Daí que, em acompanhando a conclusão do voto do Sr. Ministro-Relator, reporto-me aos fundamentos que expendi ao votar no MS nº 97.775 — DF (xerox anexa), relativo à

mesmíssima espécie constitucional ora discutida.

(ANEXO)

MS nº 97.775-DF

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Dantas (Vogal): Senhor Presidente, vencido na preliminar, quanto à questão de mérito, sigo os que distinguem nuances próprias nas contribuições sociais, remetendo-as para o campo maior da parafiscalidade, de círculo autónomo, embora que concêntrico ao dos tributos, na mesma concentricidade que harmoniza os círculos do Direito Financeiro e do Direito Tributário; filio-me aos que definem a parafiscalidade como tendência moderna das finanças públicas, de alargar a noção clássica das entradas orçamentárias para admitir as contribuições especiais como fonte de financiamento direto da despesa, atreladas à destinação específica de certos serviços económicos ou sociais do Estado, estes como beneficiários distintos, mas ultimados a favor do interesse geral; dos que as apontam como participantes da natureza do tributo, sem possuírem, no entanto, todos os seus caracteres.

Donde as contribuições parafiscais escaparem a princípios mais rígidos, os quais resultam como que derogados a seu respeito, a rigor da necessidade da intervenção pública no estabelecimento imediato da cotização requerida pelo empreendimento visado (Cf. Louis Trotabas, *Droit Fiscal*, pág. 98, Dalloz, Paris, 1977); mesmo porque, decorrentes da atividade financeira do Estado, ditas contribuições não se fundam, porém, na capacidade contributiva, mas em princípios éticos da solidariedade social (magistério de Morselli, *apud* Baleeiro — *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, pág. 285).

A partir dessa perspectiva ontológica da parafiscalidade, até o seu trato específico no direito positivo

brasileiro (inaugurado com a Carta de 67), tenho para mim, com a devêda vênia da doutrina nacional contrariamente direcionada, que as contribuições sociais foram postas à distância dos tributos propriamente ditos, desde o texto constitucional de origem, pois que antes dele, no regime da Constituição de 46, sequer se cogitou a indagada correlação.

Na verdade, significado algum teria o art. 18 da Carta de 67 — vindo da EC nº 18/65 à Constituição de 1946, e reproduzido no art. 18, incisos I e II, da EC nº 1/69 —, significado não teria o comando em relacionar os ingressos assemelhados aos impostos, para fins de qualificação do sistema tributário, se houvesse o constituinte de também igualar àquela limitada relação dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, todas as demais exações das finanças públicas de fins sociais ou económicos; significado não teria a letra a do § 2º do art. 21 da EC nº 1/69, primitiva ou alterada pela EC nº 8/77, se, à longa distância daquela tríplice relação dos tributos, voltasse o constituinte a estabelecer como tipo tributário, indistintamente, ambos os encargos listados nos incisos I e II do dito parágrafo — encargos discriminados entre si mesmos, pois que somente em apreço ao empréstimo compulsório mandou aplicar as disposições constitucionais relativas aos tributos e as normas gerais de direito tributário; se tributos fossem, ainda que por equiparação constitucional, lógico seria que as contribuições do primeiro inciso igualmente se recomendassem à aplicação das disposições constitucionais tributárias, da forma como recomendada expressamente o foi a figura do segundo inciso, isto é, o empréstimo compulsório.

Dizer-se insignificante esse peculiar tratamento da letra constitucional brasileira, a pretexto de que somente o empréstimo compulsório, por força conceptual, exigiria a assinalação da correlação tributária.

parece-me especioso, *data maxima venia*. Deveras, repita-se, cuidadas ao largo da tipicidade tributária sediada no art. 18, certo seria que para assemelhá-las aos tributos, por necessidade sistêmica que fosse, o constituinte teria dado às prefaladas contribuições financeiras a mesmíssima recomendação expressa de sujeição às disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário.

A partir dessas despretensiosas considerações, que na verdade nada acrescentam ao erudito debate de tão palpitante tema, no entanto, no plano objetivo, desejo ajudar a compreensão do caso concreto. É que, visualizada através da Portaria nº 110/82, do Ministro de Estado da Fazenda, a contribuição para o FINSOCIAL, na destinação assistencial a que se refere, se me afigura indene do vício de forma e incidência, irrogado pelos impetrantes sob o analisado prisma.

De fato, quanto à forma da instituição do gravame, inicie-se por ver a natureza substancial da espécie, segundo a sua indiscutível inerência com as finanças públicas, como inerentes a estas já se disse que o são as contribuições para-fiscais, no seu caráter de financiamento específico dos empreendimentos da solidariedade social que as inspira; conseqüentemente, mesmo em não sendo tributo, esta natureza própria do gravame justifica, por si, a sua imposição por meio de decreto-lei, na exata previsão do art. 55, II, da Constituição, também concernente às finanças públicas. Daí que, em relação à contribuição em causa, ainda que proceda delinear-se o seu conceito somente pela nota de intervenção no domínio econômico, à qual alude o art. 163 e parágrafo da Constituição, tenho para mim, com a devida vênua do Senhor Ministro-Relator, que no caso restou satisfeito o princípio da legalidade estrita, através da autorizada forma do decreto-lei.

Por sua vez, quanto à incidência da exação, no ponto malsinado pelos impetrantes, verifique-se que o respectivo comando impositivo retrata-se completo no Decreto-Lei nº 1.940, art. 1º e seus §§, ali estabelecido o quadri-nômio — sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquota.

Se a indigitada portaria, como norma de caráter secundário e complementar, chegou a cometer excesso regulamentar, sem dúvida que o fez apenas no particular da multa, à qual se referiu sem que a lei a tivesse previsto como carga da mora (item V, *in fine*). Na verdade, estabelecendo-se a multa da mora através de uma simples portaria, violou-se às claras a garantia da reserva legal, oferecida aos contribuintes em nível de direito individual.

Desse modo, mais não caberia socorrer aos impetrantes, nas suas acusações ao impugnado ato do Ministro da Fazenda, senão que nesse único ponto da multa, taxaçaõ evidentemente não prevista no texto-matriz, e que não se compreende implícita na dívida fiscal, como assim se compreendem os juros e a correção monetária a teor, respectivamente, da Lei nº 4.357/64, art. 7º, e da Lei nº 5.421/68, art. 2º.

Entretanto, se o exame da espécie vai além dos termos da portaria ministerial, que foi indicada como ato coator, estendendo-se à exigência fiscal em si mesma, como pediram as partes e consentiu o Senhor Ministro-Relator —, por esse exame mais largo, ainda tenho que acrescentar à conclusão, pondo-a, agora, sob outro ângulo de visão.

Deveras, inobstante a distinta regularidade da imposição da analisada contribuição através de decreto-lei, vislumbro mácula na sua vigência imediata: vejo-a endereçada à formação de um Fundo, somente instituído nos meados do exercício de 1982!

Daí, dever-se considerar que, por sua natureza própria, por manterem-se no círculo definido do Direito Financeiro, naquela concêntrica conotação com o Direito Tributário, não havia a Constituição de deixar ao descontrolé os investimentos dos fundos sociais mantidos pela União. Quis, pois, o legislador constituinte, à força mesmo do princípio da universalidade do orçamento — matéria financeira por excelência —, quis que os ditos fundos também ficassem vinculados à previsão orçamentária anual.

Consulte-se o art. 62 da Carta vigente, na veemência com que estabelece que o orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento.

Relembre-se o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o dispositivo com esta invejável síntese:

«Consagra o texto em exame um dos princípios orçamentários básicos, o princípio da universalidade. Importa este na inclusão de todas as receitas e de todas as despesas na lei orçamentária (cf. Alberto Deodato, op. cit. pág. 360). Conforme se depreende do texto, do orçamento farão parte a receita estimada não só da União como de todas essas entidades, tenham elas personalidade própria ou não. Com isso visa-se impedir seja subtraída do controle da representação popular qualquer fração do dispêndio público.

Abre, porém, o texto uma exceção. Não farão parte do orçamento a receita e a despesa de entidades públicas que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento. Portanto, as entidades que

não recebam qualquer auxílio ou dotação seja para sua manutenção, seja como investimento (vide Lei nº 4.320/64, art. 12, §§ 2º e 6º)». Os grifos são da transcrição — Comentários à Constituição Brasileira, 2º volume, pág. 75 — Ed. Saraiva, S. Paulo, 1977.

Dissecando a hipótese do FINSOCIAL, em face da analisada norma convenha-se que: a) de «fundo» se trata, conforme rótulo de própria norma de criação; b) dirigido pela administração indireta, ou quiçá pela própria administração direta, pois que apesar da estrutura descentralizada do BNDES — órgão administrador —, a aplicação de seus recursos será gerida por diretrizes estabelecidas diretamente pelo Presidente da República — Decreto-Lei nº 1.940, art. 6º, e parágrafo; c) subvencionado por recursos de dotações orçamentárias da União, di-lo o art. 4º, II, do citado decreto-lei, donde o FINSOCIAL não se comportar na exceção constitucional acima grifada.

Nesse quadro, penso que a colocada norma constitucional impede que o Fundo de Investimento Social tenha ação sobre qualquer de seus recursos, enquanto não arrolado ele próprio para o controle orçamentário, por via da devida previsão anual. Possível não é deixá-lo ao largo dos mecanismos da condução orçamentária, a que estão sujeitas todas as taxações compulsórias, fiscais ou extrafiscais; como impossível é deixar os fundos em geral «intocáveis à vigilância do Poder Legislativo», segundo a observação de Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, pág. 112 — Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1970); ou consentir noutra forma de fiscalização que não seja ancilar da competência do Tribunal de Contas da União, ao querer do art. 74 da Lei nº 4.320/64, norma geral de Direito Financeiro.

Daí que, se a imposição das rendas que lhe dariam vida antecedeu a

obrigatória incorporação à receita de orçamento deste exercício de 1982, não pode o fundo intitular-se legítimo exator da respectiva contribuição social — sob pena de intolerável retorno à antiquíssima indistinção entre o erário e o chamado bolsinho imperial» (De Plácito e Silva — Vocabulário Jurídico — Tomo II, verbete FISCO).

E não se diga que a remissão ao inciso I, parte final, do art. 21, da Constituição, o libere do regramento orçamentário, de fato, livre de maiores peias das limitações de tributar, não quer dizer que a permitida alteração de alíquotas, deixada ao arbitrio do Executivo, alcance o próprio ato de instituição da imposição parafiscal, pois que, pela lógica mais simples, só se pode alterar aquilo que se encontra preestabelecido!

Por conseguinte, e apesar de louvável a sua criação, no plano da grande mensagem de paz social contida na destinação de seus recursos — valor que não há negar-se ao FINSOCIAL, por feliz lembrança, endereçado, inclusive, ao amparo da sofrida classe do pequeno agricultor —, a meu pensar, é condição *sine qua non* de sua execução financeira a reclamada previsão orçamentária; desta previsão não poderá esquivar-se a autoridade dirigente, sem que contrarie os mais respeitáveis interesses públicos protegidos pelo vetusto «princípio do consentimento», precursor do moderno princípio da universalidade orçamentária — o qual, no Estado de Direito democraticamente orientado, se alimenta da harmônica diluição do poder pelos seus três grandes canais condutores.

Em suma, por via de abrangência plena, vem ao caso o princípio da anualidade, óbice a que no mesmo ano da criação do FINSOCIAL, jejuno de previsão orçamentária, possa a União arrecadar-lhe e aplicar-lhe a contribuição.

A partir daí, convenha-se no direito líquido e certo oponível pelo contribuinte à exigência da precitada exação, mal posta em antecipação à obrigatória previsão orçamentária, à qual está sujeita porque constitui receita de um fundo subvencionado à conta do orçamento (parcial ou integralmente subvencionado, não o distingue a Constituição, art. 62).

Só por esse ângulo de visualização da hipótese, do qual não tenho a pretensão de convencer o Egrégio Tribunal, é que, — a par da inconstitucionalidade da multa instituída pela examinada portaria ministerial (item V, *in fine*) — findo por declarar inconstitucional também a expressão «e produzirá efeitos a partir de 1º de junho de 1982», constante da parte final do art. 7º do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-5-82; pelo que concedo, em parte, o mandado de segurança, para livrar os impetrantes da exigência parafiscal em causa, apenas neste mesmo ano de sua instituição sem previsão orçamentária.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 97.987-DF — Rel.: Sr. Min. Pedro Aciole. Reqte.: Proenco Engenharia e Comércio Ltda. Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: «O Tribunal, por maioria, concedeu, em parte, o mandado de segurança para julgar inconstitucional a cobrança do tributo no exercício da sua instituição, vencidos, parcialmente, os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza que deferiam o mandado de segurança nos termos do pedido para julgar inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.940/82 e, integralmente, os Srs. Ministros Costa Lima, Leitão Krieger, Lauro Leitão, Washington Bolívar de Brito, e Miguel Jerônimo Ferrante que indeferiam o pedido». Sustentaram, oralmente, os Drs. Marcos Jorge Caldas

Pereira e Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República. (Em 18-8-83 — Tribunal Pleno).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo, Se-

bastião Reis e José Dantas votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Jarbas Nobre, José Cândido, Flaquer Scartezzi, Hélio Pinheiro e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.383 — DF

Relator originário: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Relator designado: O Sr. Ministro Pedro Acioli

Requerente: Amaury de Souza Mello

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Justiça

### EMENTA

Administrativo. Anistia. Retorno ou reversão ao serviço ativo. Servidor civil. Lei nº 6.683, de 28-8-79. Decreto nº 84.143, de 31-10-79.

O interesse da administração, previsto no art. 3º da Lei nº 6.683/79 como condição do retorno ou reversão ao serviço ativo, funda-se nos pressupostos objetivos inscritos no art. 17, I (militares) ou art. 17, § 3º (civis), do Decreto nº 84.143/79, aos quais a própria administração, conquanto livre na lei, se vinculou pelo Regulamento. Precedentes.

Ato administrativo carente de motivos, ignorados, estes, nas oportunidades em que se fazia necessário conhecê-los. — Nulidade insusceptível de sanção.

Segurança concedida.

### ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por maioria, conhecer do mandado de segurança, vencido os Srs. Ministros Relator e Armando Rollemberg. No mérito, também por maioria, o Tribunal deferiu o pedido nos termos do voto do Sr. Ministro Pedro Acioli, vencidos os Srs. Ministros Relator, José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima e Hélio Pinheiro,

que deferiam a segurança em menor extensão, 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 setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Pedro Acioli, Relator Designado.

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Amaury de Souza Mel-

lo, qualificado nos autos, impetra o presente mandado de segurança contra ato do Senhor Ministro da Justiça, consubstanciado no indeferimento do seu pedido de reversão ao serviço público, com base na Lei nº 6.883, de 1979.

Em suma, alega: que o impetrante ingressou na carreira do Ministério Público do Distrito Federal, por concurso, e nela ascendeu, por duas promoções, ao cargo de Promotor Público; que, a 13-10-69, viu-se abruptamente aposentado, com proventos proporcionais, pela Junta Militar que então ocupou o Poder, e sob a invocação do Ato Institucional nº 5/69; que nunca soube do motivo de sua aposentadoria, nem jamais foi ouvido em investigação revolucionária ou procedimento criminal a respeito de qualquer acusação que lhe houvesse sido feita; que, revogados os Atos Institucionais e sobrevivendo a Lei de Anistia, o impetrante requereu, tempestivamente, a sua reversão ao serviço ativo; que, todavia, o Senhor Ministro da Justiça indeferiu-lhe a pretensão com base no parecer emitido pela comissão instituída pela Portaria Ministerial nº 1.147, de 1979; que a vista do despacho ministerial, o impetrante requereu à autoridade impetrada certidão do mencionado parecer adotado como motivação do indeferimento do seu pedido de reversão, sem contudo lograr êxito; que, somente há poucos dias, chegou, informalmente, às mãos do impetrante uma cópia do citado parecer, a qual, porque não autenticada, não pode servir de base para a certidão; que, fiando-se nessa cópia, de cuja autenticidade não tem razões para duvidar, o impetrante formula este pedido de segurança; que, no caso, não há decadência do direito de requerer a segurança, porquanto não tomou o impetrante ciência da fundamentação do ato impugnado; que o parecer da Comissão de Anistia, transformado em fundamentação do ato, não foi publicado; que, assim de vez que não

tomou ciência dessa motivação, não se pode ter como consumado o ato impugnado, para efeito de fluência do prazo para requerer segurança; que o parecer, fundamento do ato impugnado, não contém qualquer motivação, mas mera petição de princípio; que, simplesmente, entendeu a Comissão não interessar o retorno do impetrante ao serviço ativo; que o retorno ou reversão é um direito do anistiado, e sua denegação só se legitima quando ocorre algum dos pressupostos negativos discriminados na lei; que, no caso, o indeferimento da reversão do impetrante é ato despido de motivação e também carecedor de motivo juridicamente adequado à decisão; que, em conclusão, confia o impetrante seja concedida segurança para ordenar à digna autoridade que lhe defira a reversão ao cargo de Promotor Público, contados os efeitos do ato desde a data da Lei de Anistia, inclusive para assegurar-lhe as promoções por antigüidade a cargos superiores que hajam vagado desde então.

Instruem o pedido os documentos de fls. 19/135.

Solicitadas as informações prestou-as a autoridade impetrada, às fls. 140/147 (lê:).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 149/153, argúi, preliminarmente, a caducidade do direito de requerer a segurança e, no mérito, opina pela sua denegação.

É o relatório.

#### ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O Egrégio Tribunal Pleno, decidindo questão de ordem a 4 de agosto próximo passado, deliberou retirar de pauta os processos suspensos em razão da vista solicitada ao tempo da presidência do Ministro Jarbas Nobre, para renovação dos respectivos julgamentos, com ressalva, apenas, das causas nas quais se

houvesse concluído o julgamento de matéria preliminar.

Entre os feitos alcançados por essa medida, encontrava-se o presente mandado de segurança, cujo julgamento, iniciado a 25 de maio do corrente ano, com apreciação de matéria preliminar, fora suspenso, em virtude de vista pedida pelo ilustre Ministro Leitão Krieger.

Destarte, em atenção a deliberação da Corte, foi retirado de pauta e, a seguir, nela incluído, para renovação do julgamento.

Anotese que após a vista pedida pelo Ministro Leitão Krieger, foi mandado juntar, por linha, petição do impetrante, acostada de documentos, a saber: a) cópia de requerimento dirigido ao Senhor Ministro da Justiça, datado de 3-11-80, do seguinte teor (lê:); b) protocolo do citado requerimento — Cartão de Protocolo do Ministério da Justiça — DA/Divisão de Comunicações, de 3-11-80.

### VOTO PRELIMINAR

**O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República no seu parecer argúi a extemporaneidade do mandamus.

E a meu ver com inteira razão.

Com efeito.

O ato atacado — indeferimento do pedido de reversão do impetrante — foi publicado a 3 de julho de 1980, enquanto o ajuizamento da impetração ocorreu em 3 de janeiro do corrente ano, portanto quando de há muito vencido o prazo para requerer mandado de segurança, previsto no art. 18 da Lei nº 1.533, de 1951.

É verdade que a peça vestibular se alonga em demonstrar a tempestividade do pedido. Alega-se que, em sendo essencial, no caso, a motivação do ato atacado, somente com a ciência desta ao impetrante, através de regular publicação, teria emergido o

termo inicial do referenciado prazo de decadência. Aduz-se a propósito:

«A motivação, contextual ou não — quando exigida ou, ainda que não o seja, sempre que explicitada (em face da teoria da vinculação aos motivos determinantes) — é elemento integrante do ato administrativo, cuja comunicação ao interessado visa precisamente a possibilitar a provocação do exame judicial de sua validade, inclusive através do mandado de segurança.

O corolário é iniludível: quando a lei subordina o direito à impetração de segurança a um prazo de decadência contado da ciência do ato impugnado, este termo a quo só se há de reputar consumado, a partir do conhecimento da motivação que o integra».

Inobstante o brilho dessa argumentação, tenho que não há como afastar a alegada decadência.

Na realidade, como obtempera a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, a «alegada omissão do indeferitório em não transcrever a motivação do Parecer em que se estribou, não torna invalidada a data de sua publicação para fluência da decadência prevista em lei». Até porque, em face de recusa ou omissão da autoridade em fornecer certidão do parecer em que se arrimou o indeferimento da reversão não estaria o impetrante impedido de obtê-la por requisição do Poder Judiciário, como providência cautelar, com apoio na própria lei do mandado de segurança (§ único do art. 6º).

Daí porque, não conheço da impetração, ressalvando a impetrante as vias ordinárias.

É como voto, preliminarmente.

### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro José Cândido:** Sr. Relator, como está redigido o despacho de S. Exa., o Sr. Ministro da Justiça?

**O Sr. Ministro Miguel Ferrante (Relator):** Está publicado no *Diário Oficial* de 3-7-80: (lê).

**O Sr. Ministro José Cândido:** Sr. Presidente, sou rigoroso quanto ao cumprimento de prazo. Especialmente, na decadência expressa pelo art. 18, da Lei nº 1.533/51. O despacho atacado não revela a negativa ao pedido do autor. Tenho-o como dúbio, impreciso. Não define bem o pensamento da autoridade coatora. Disso decorreu a dúvida do peticionário. E na dúvida há de se favorecer o impetrante.

Só após o conhecimento do teor do documento em debate, era que a parte podia-se convencer de que houve indeferimento ou não.

Com esses fundamentos, conheço do pedido, data vênua.

#### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro José Cândido:** No primeiro julgamento, coloquei-me em posição contrária ao ilustre Relator. Agora, reafirmo o meu voto. Entendo que não havendo o impetrante tomado conhecimento da motivação do ato, se contrário ou não ao seu pedido, dele não podia recorrer. Diante desta dúvida, parece-me que não incidu a decadência.

Sendo assim, conheço da impetração.

#### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Pedro Acioli:** Senhor Presidente, afasto a preliminar de decadência para conhecer do pedido. Faço-o tendo em conta os elementos trazidos aos autos, concernentes à fundamentação do ato atacado, os quais esclarecem a data em que efetivamente o impetrante veio tomar conhecimento do conteúdo do ato, em toda sua integridade.

Assim, com a vênua do eminente Ministro Miguel Ferrante, Relator, acompanho o voto do preclaro Minis-

tro José Cândido para conhecer do mandado de segurança.

É o voto.

#### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Américo Luz:**

Sr. Presidente.

Foi invocado no Memorial apresentado pelo nobre advogado do impetrante precedente, de que fui relator, neste Plenário: Mandado de Segurança nº 90.041, de cujo Acórdão leio a ementa:

«Mandado de segurança. Pedido de certidão regularmente formulado à autoridade administrativa. Direito assegurado na Constituição Federal (art. 153, § 35). Segurança concedida».

O resultado do julgamento foi no sentido de deferir o writ, por unanimidade. No caso presente, como afirmou o ilustrado Subprocurador-Geral da República, publicado o ato indeferitório da pretensão do impetrante, ele não exerceu o direito de socorrer-se do Judiciário, para obter a certidão do despacho que indeferiu a sua pretensão. A lei de mandado de segurança, no já mencionado § 1º do art. 6º, dava-lhe, inclusive, a faculdade de impetrar a segurança, para que, por solicitação do relator à autoridade, fosse pedido o documento fundamental ao julgamento do mérito.

**O Sr. Ministro José Cândido:** Se V. Exa., havendo requerido algo semelhante ao Senhor Ministro da Justiça, lesse o *Diário Oficial*, no Rio de Janeiro, com esse despacho, teria alguma dúvida sobre o indeferido do seu pedido?

**O Sr. Ministro Américo Luz:** Não teria dúvida, porquanto, segundo leitura procedida pelo eminente Ministro-Relator, foi determinada a remessa do processo à autoridade competente, para cômputo do tempo de serviço, para efeito de aposentadoria. Se requeiro à administração a

minha readmissão no cargo de que fui despojado, e a autoridade remete o processo à autoridade competente, para calcular o tempo para efeito de aposentadoria, subentende-se aí o indeferimento. Este motivo não é interruptivo do lapso decadencial, na espécie.

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Sr. Presidente, a regra da contagem do prazo de mandado de segurança é consubstanciada no art. 18 da Lei nº 1.533, de 1951, que estabelece o *diebus a quo* como aquele da ciência do interessado do ato impugnado. O parágrafo único do art. 6º permite que se faça a impetração e se peça ao Juiz que determine à autoridade o fornecimento de certidão acerca de documentos necessários à prova do alegado. Conjugando esses dois preceitos é necessário que se situe numa posição intermédia, ou seja, é fundamental, no caso, saber se o impetrante, no prazo de 120 dias, com a antecedência necessária, ingressou com o requerimento, solicitando o parecer a que se reporta o ato impugnado. Esse aspecto é fundamental porque, se assim ele procedeu, não terei dúvida alguma em adotar uma posição mais liberal. Partirei do pressuposto de que ele não se achou devidamente instruído com os elementos necessários para a defesa do seu direito na via mandamental.

Segundo ouvi do relatório, houve esse requerimento, mas não sei quando ele foi protocolizado no Ministério da Justiça: se foi no prazo de 120 dias, ou se foi além do prazo de 120 dias. Por isso indago ao eminente Ministro-Relator se há prova nos autos quanto à data em que o requerimento pedindo os elementos complementares foi protocolizado no Ministério da Justiça?

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante (Relator):** Não há informação precisa da data que V. Exa. pede. Mas, pelos documentos que aqui se encontram, há presunção de que o impetrante teria feito o requerimento dentro do prazo de 120 dias.

Digo isso pelo seguinte: o despacho foi publicado a 3 de julho de 1980; em 28 de janeiro de 1981, concluíam-se aqui várias informações falando desse requerimento e autorizando a entrega da certidão. Isso faz supor que ele teria requerido dentro do prazo de 120 dias. De fato, ele deveria ter requerido antes para que a sua apreciação viesse fluir aqui a janeiro de 1981. De julho de 1980 a fevereiro de 1981 deve mediar 7 meses.

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Sr. Presidente, com a devida vênia do eminente Relator, não há que presumir-se prazo de impetração. Este há de ser demonstrado objetivamente nos autos, porque é um dos requisitos da lei do mandado de segurança.

**O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:** Não falei em mandado de segurança; pelos elementos que estão nos autos, a presunção é de que ele requereu dentro de 120 dias este pedido de certidão.

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Consoante o eminente Relator, as informações da autoridade impetrada nada esclarecem sobre a tempestividade do pedido de fornecimento da certidão, tampouco a inicial.

Diz S. Exa. que há um despacho no Ministério da Justiça favorável à concessão dessa certidão e que esse despacho dataria de 28 de janeiro de 1981. Daí conclui, por presunção, que o requerimento foi ajuizado atempadamente.

**Data vênia,** não chego a esse raciocínio de S. Exa., o Sr. Ministro-Relator, pelo seguinte: este dado é apenas um indicio. É um elemento

que, por via de raciocínio lógico, poderia conduzir a uma presunção. E o caso que se dá quando alguém comparece perante um cofre onde se guardam valores e este cofre está aberto encontrando-se dentro um botão que pertence a João. Este botão é um indício. Por raciocínio lógico, leva-se à conclusão de que João pode ter comparecido àquele cofre e efetivado o furto.

No caso concreto, esse elemento está solto nos autos. Não há outro elemento com que se possa conjugá-lo de maneira a permitir se conclua que o requerimento de certidão se deu antes do prazo de 120 dias.

Parece que o eminente advogado tem alguma matéria de fato a expor acerca do assunto.

**O Sr. Advogado:** V. Exa. me permite? Não sei se na cópia que juntei do pedido de certidão anexei também o cartão do protocolo do Ministério da Justiça. O requerimento é datado de 3 de novembro, quando foi protocolado no Ministério da Justiça. Aparentemente, 2 dias após; na verdade, no último dia do prazo. A publicação do ato ministerial é de 3 de julho, 5ª feira. Na época, como era notório, e o Tribunal sempre adotou para os seus prazos, o Diário da União circulava no dia seguinte. Por conseguinte, trata-se de ato publicado na 6ª feira, dia 4 de julho, começando o curso do prazo em 7 de julho; em 3 de novembro foi protocolado.

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Sr. Presidente, lamento profundamente, mas resulta esclarecido que na verdade não consta dos autos prova no sentido de que o requerimento pedindo a certidão do parecer a que se reporta o ato impugnado ocorreu no prazo de 120 dias. Através de presunção, não encontro elementos para chegar à conclusão de que o requerimento foi atempadamente protocolizado. Por isso, não vejo outra alternativa senão acompanhar o

eminente Ministro-Relator e concluir pelo não conhecimento da impetração.

### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:** Senhor Presidente, como na última assentada assinaei no meu voto, a regra da contagem do prazo de mandado de segurança é a consubstanciada no art. 18 da Lei nº 1.533/51, que estabelece o **dies a quo** como aquele da ciência ao interessado do ato impugnado. O parágrafo único do art. 6º permite que se faça a impetração e se peça ao juiz que determine à autoridade o fornecimento de certidão acerca de documentos necessários à prova do alegado. Conjugando esses dois preceitos, é necessário que se situe numa posição intermediária, ou seja, é fundamental, no caso, saber se o impetrante, no prazo de 120 dias, com a antecedência necessária, ingressou com o requerimento solicitando o parecer a que se reporta o ato impugnado. Este aspecto é fundamental, porque, se assim ele procedeu, não terei dúvida alguma em adotar uma posição mais liberal. Partirei do pressuposto de que ele não se achou devidamente instruído com os elementos necessários para defesa do seu direito na via mandamental.

Depois de certas colocações sobre o tema, assim conclui o meu voto:

«Senhor Presidente, lamento profundamente, mas resulta esclarecido que, na verdade, não consta dos autos prova no sentido de que o requerimento pedindo a certidão do parecer, a que se reporta o ato impugnado, ocorreu no prazo de 120 dias. Através de presunção, não encontro elementos para chegar à conclusão de que o requerimento foi atempadamente protocolizado. Por isso, não vejo outra alternativa senão acompanhar o eminente Re-

lator e concluir pelo não conhecimento da impetração».

Ocorre, no entanto, que, no curso do pedido de vista, o eminente Ministro-Relator autorizou a juntada nos autos do protocolo, acompanhado do requerimento ao Ministério da Justiça, para que lhe fosse deferida uma certidão do Parecer em que se apoiou o ato impugnado. Por isso, à vista dessa documentação e na consonância da fundamentação do voto que anteriormente proferi, conheço da segurança.

#### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Costa Lima:** Senhor Presidente, também denego a segurança e o faço pelos mesmos fundamentos que acaba de proferir o eminente Ministro Pádua Ribeiro. Realmente, não havia nos autos nenhuma prova. Todavia, permitiu o eminente Relator que a alegativa do Impetrante fosse suprida, com o que, agora, pode-se concluir pela tempestividade da impetração.

#### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Hélio Pinheiro:** Sr. Presidente, conheço da segurança.

#### VOTO PRELIMINAR VENCIDO

**O Sr. Ministro Armando Rollemberg:** Sr. Presidente, tenho como feliz a sugestão do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no sentido de que em casos como o de que tratam os autos, em que o ato impugnado não dá os motivos que o informaram, dever-se-ia considerar, para o efeito de verificação de decadência, se ditos motivos foram perquiridos pelo interessado através de pedido de certidão dentro do prazo de impetração do mandado de segurança. Verifico, dos autos, aliás, que o ato impugnado foi publicado no Diário Oficial de 3 de julho de 1980 e, em 3 de novembro do

mesmo ano, no último dia do prazo do mandado de segurança, foi requerida a certidão do parecer em razão do qual fora ele baixado.

A certidão realmente foi solicitada ainda no prazo. Mas, para admitir a construção do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, parece-me, não se poderá ir mais longe de que considerar que, a partir do pedido de certidão, dever-se-á contar o prazo para impetração do mandado de segurança e, já aí, requerê-lo o interessado não mais contra o ato impugnado apenas, mas, também, em relação ao fato de não lhe haver sido dado conhecimento da motivação do mesmo ato através do fornecimento de certidão.

Ora, o mandado de segurança só veio a ser requerido em 20 de dezembro de 1982, mais de dois anos depois, portanto.

Apesar de reconhecer, como disse, fundamento à construção do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, meu voto é acompanhando o eminente Ministro-Relator, não conhecendo do mandado de segurança.

#### VOTO PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Carlos Madeira:** Sr. Presidente, conheço do mandado de segurança, porque, a partir do requerimento não atendido, houve ato omissivo, e de ato omissivo não corre prazo.

#### VOTO VOGAL PRELIMINAR

**O Sr. Ministro Gueiros Leite:** Sr. Presidente, data venia do eminente Ministro-Relator, não me parece irrelevante o fato de o impetrante haver requerido a certidão ao apagar das luzes do prazo de 180 dias, pois, se, na verdade, até a data do requerimento da certidão, o impetrante não tinha conhecimento dos motivos do ato, essa falha iria ser suprida. Se a autoridade impetrada não lhe forneceu a certidão, permaneceu ele ignorando,

pelo menos oficialmente, os motivos do ato. Seguindo, pois, a linha do voto do eminente Ministro Carlos Madeira, é indubitoso que a autoridade impetrada se omitiu.

Conheço do mandado de segurança.

É como voto.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, a doutrina de Direito Administrativo é no sentido de que o ato administrativo se compõe de elementos, a saber: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. O Direito Administrativo, todos sabemos, não está codificado. No particular, entretanto, a partir da edição da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulamenta a ação popular (art. 2º), estes elementos não são somente de doutrina, são de direito positivo. Faltando um desses elementos, o ato administrativo não existe. Ficou demonstrado, à saciedade, que a motivação do ato administrativo, ora atacado, nunca veio a lume. Assim, a impetração foi tempestiva.

Conheço do mandado de segurança, acompanhando, destarte, o voto do Sr. Ministro José Cândido data venia.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Senhor Presidente, diante da prova trazida aos autos, no sentido de que o requerimento de certidão do teor da decisão impugnada fora apresentada ainda no prazo decadencial, com a devida permissão do eminente Relator, conheço também da segurança.

Anteriormente votava no sentido de que, na forma do art. 3º da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, combinado com o art. 17 do Decreto nº 84.143, de 31 de novembro do mesmo

ano, a expressão «ao interesse da administração» ficava ao arbitrio da autoridade competente. Embora atribua a esse requisito a maior importância, a bem mesmo do interesse público, que deve predominar, rendo-me à substancial e autorizada doutrina que exige a motivação expressa, em cada caso, do interesse da administração pública. Essa é a razão da modificação do meu entendimento.

#### VOTO PRELIMINAR VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Senhor Presidente, o despacho do Exmo. Sr. Ministro da Justiça, ao acolher e encampar o parecer do Departamento Técnico, adotou não apenas suas conclusões mas, também, os seus motivos e fundamentações. A partir desse momento, estaria obrigado a dar conhecimento ao interessado do inteiro teor desse documento ou por meio de publicação, na íntegra, no Diário Oficial, ou intimando-o pessoalmente para ciência, nos autos. Não o fazendo, incorreu em omissão, como bem acentuou o eminente Ministro Carlos Madeira, descabendo, assim, falar-se em decurso de prazo.

Portanto, também conheço da impetração.

#### VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Senhor Presidente, também afastado a preliminar por entender que o motivo, isto é, os pressupostos de direito e de fato do ato administrativo constituem requisito essencial à sua perfeição, à sua inteireza.

A literatura de direito administrativo no Brasil é hoje uniforme no sentido de que o motivo é pressuposto ou requisito, que compõe a validade do ato administrativo (Celso Antônio Bandeira de Melo — Elementos de Dir. Adm., pág. 44; Regis Fernandes

de Oliveira — Ato Administrativo, pág. 56; Seabra Fagundes — Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, pág. 38, Hely Meirelles — Dir. Adm. Bras. pág. 127).

Antônio Carlos de Araújo Cintra em monografia sobre a matéria (Motivo e Motivação do Ato Administrativo) leciona, ao propósito:

«Entendemos, portanto, como motivos do ato administrativo, o conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que lhe constitui o fundamento. Isto significa que para nós, os motivos do ato administrativo compreendem, de um lado, a situação do fato que lhe é anterior e sobre a qual recai a providência adotada, e, de outro lado, o complexo de normas jurídicas por ele aplicadas àquela situação (pág. 97)».

Aliás, esse é o entendimento acolhido pelo direito positivo nacional, como se vê do art. 2º e parágrafo único, letra d da Lei nº 4.717/65, quando dispõe serem nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades ali mencionadas, nos casos de inexistência de motivos, compreendendo-se como tal, «quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

De outro lado, representando o mandado de segurança uma garantia constitucional, o seu exercício deve ser assegurado plenamente, em ordem a não ser frustrado, por via oblíqua, ao dificultar a sua sustentação adequada ou o acesso aos motivos do ato impugnado.

Nesse contexto, o meu entendimento, de ordem geral, é o de que o impetrante tem direito à ciência do ato impugnado nos seus requisitos essenciais, entre esses, o pressuposto do motivo.

No caso concreto, ao que recolhi do debate, o motivo respectivo pressu-

postos de direito e de fato que embasam o ato atacado.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Sobre a questão posta nos autos já me manifestei, ao ensejo do julgamento do MS nº 93.521-DF.

Naquela ocasião, em voto vencido, que proferi na qualidade de Relator e cuja cópia farei juntar, aduzi (lê:).

Essas razões de decidir, data venia da opinião contrária da douta maioria, dão, a meu ver, tratamento mais adequado à matéria em debate, ajustado à inteligência da Lei de Anistia e com respaldo na tradição do nosso direito administrativo.

Daí porque a elas me reportando, nesta oportunidade, denego a segurança.

(ANEXO)

MS nº 93.521-DF

#### VOTO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O impetrante, punido com fundamento na legislação revolucionária, foi aposentado como servidor da Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRAS —, ao abrigo da anistia concedida pela Lei nº 6.683, de 1979.

Inobstante, sustenta assistir-lhe direito líquido e certo não à aposentadoria, mas de retornar ao cargo de Operador-Chefe de Processamento, que, anteriormente, ocupava na referida empresa.

Daí a presente impetração que objetiva compelir a autoridade a promover os atos necessários à efetivação de seu retorno ao serviço ativo.

Em suma, argüi que a mens legis «é fazer reverter todos quantos queiram e possam, impondo como únicas condições a existência de vaga e interesse da administração». E, no seu caso, a par de não faltar vaga, a acolhida de sua pretensão atenderia ao interesse da empresa, de vez que preencheu aqueles requisitos relati-

vos à capacidade física, idade e nível de escolaridade, exigidos no § 3º do art. 17 do Regulamento da mencionada Lei de Anistia, Decreto nº 84.143, de 1979.

A esse enfoque, tem-se que a *quaestio juris* posta nos autos prende-se tão-só, ao exame da pretensão do impetrante, de retornar à atividade, uma vez que não se lhe nega o direito à aposentação.

Ora, a lei em tela condiciona o retorno ou a reversão dos que por ela foram beneficiados à existência de vaga e ao interesse da administração (art. 3º, *in fine*).

O primeiro requisito — existência de vaga — é dado de verificação concreta. E, ademais, sem relevância, no caso, diante das normas do § 2º, item I, e § 4º do artigo 17 do Regulamento baixado com o Decreto nº 84.143, de 1979.

Já o segundo — interesse da administração — constitui o cerne da controvérsia maior suscitada em torno da aplicação da anistia concedida pelo diploma legal em tela.

Neste Tribunal, a matéria já foi objeto de exame.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 90-780-DF, o ilustre Relator, Ministro Moacir Catunda, após dissertar, com o brilho e a ponderação que lhe são peculiares, sobre o conceito de «interesse público», ressaltando seu aspecto altamente polêmico, terminou por concluir que esse interesse, tendo ficado no caso, «delimitado, individualizado, e condicionado à satisfação dos requisitos e condições estatuidas no Decreto nº 84.143/79, art. 17, § 1º, I, perdeu a característica de indeterminação, a vaguidade, com a consequência de retirar o ato reclamado do campo de discricionariedade, para situá-lo na área dos atos vinculados».

Naquela ocasião, acompanhei Sua Excelência, por voto de mera adesão.

Agora, porém, ao repensar a questão à luz dos textos legais e dos princípios de direito que lhe são aplicáveis, convenci-me de que a tese então sustentada não refletia, *data venia*, o espírito e o alcance da lei.

Com efeito.

O interesse da administração, tal como posto no contexto do diploma legal em comento, situa-se, iniludivelmente, no campo do poder discricionário que o legislador reservou à administração, em ordem a assegurar-lhe a oportunidade de decidir-se, pelo retorno ou reversão, segundo sua própria conveniência. A avaliação dos motivos informativos dessa opção escapam, à evidência, ao crivo do Judiciário, preservando-se o ato que a consubstancia, desde que não importe em frustrar os objetivos da lei.

Não há, afigura-se-me, como admitir venha a norma regulamentar limitar esse poder, retirando o ato da área da discricionariedade para a faixa dos atos vinculados. Se assim fosse, teríamos o regulamento sobrepondo-se à lei, para restringir-lhe o alcance, o que constituiria a violação dos cânones de direito ordenadores da aplicação e execução das normas legais. Na realidade, em nenhum passo definiu o regulamento o interesse da administração. E, ao exigir do anistiado, para implemento do retorno ou da reversão, requisitos de saúde, idade e escolaridade, apenas reiterou exigências de ordem pessoal, obviamente reclamadas para o desempenho dos encargos funcionais. Vale dizer: a par da conveniência da administração no retorno do servidor, mister se faz, também, atenda ele àquelas condições básicas ao exercício da função pública, impostas a todos os servidores, de modo geral. E o que se infere da exegese do texto legal.

E, neste ponto, registro «en passant» a desnecessidade mesma dessa norma regulamentar.

De fato, é ela supérflua, perfeitamente dispensável, visto como as condições que enumera constituem exigências essenciais ao desempenho de atividade pública, pois o exercício dos cargos públicos, guardadas as particularidades de cada caso, depende, necessariamente, do estado de saúde do servidor, de sua idade e habilitação.

Portanto, nada acrescentou o Regulamento, no particular, senão que repetiu prescrições básicas já preexistentes no ordenamento administrativo. Reafirmou, tão-somente, aquelas condições indispensáveis sem as quais o retorno à atividade, ainda que pretendido pela administração, não se poderia efetivar. E, ao fazê-lo, não interferiu, de qualquer modo, com o conceito de interesse da administração. O legislador, quando quis condicionar esse interesse, procedeu de modo expresso, ao estabelecer no § 4º do artigo 3º da citada lei de anistia:

«O retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor».

Essa, a única limitação ao poder discricionário concedido à administração. Outra condição não estabeleceu a lei a esse poder, não sendo crível, nem se justificando, que o fizesse o Regulamento.

A essas considerações, tenho que, na espécie, o exercício do poder discricionário não transbordou as lindes da legalidade.

Com efeito, de uma parte, inegável a competência da autoridade para a prática do ato de aposentação, como alternativa que se lhe afigurou responder melhor à finalidade legal. Neste passo, note-se a impropriedade da assertiva do impetrante, de que a PETROBRÁS teria «ultrapassado ilegalmente sua específica finalidade para arvorar-se em decidir sobre a conveniência ou não do retorno de

seus funcionários anistiados». É que, na realidade, a empresa nada decidiu a respeito, mas apenas pronunciou-se, e era lógico que o fizesse, sobre o seu interesse no retorno pretendido. Essa sua manifestação, contudo, valeu e não podia deixar de ser, como simples elemento de informação sem qualquer conteúdo impositivo. A autoridade impetrada, ao definir-se pela aposentação, é que na realidade decidiu que não havia interesse da administração no retorno do impetrante à atividade.

De outro lado, como já explanado, o fato de preencher o impetrante as condições de saúde, limite de idade e capacidade técnica, não basta, por si só, para autorizar seu retorno à atividade. Faz-se preciso haja, também, conveniência nesse retorno, além daquelas exigências regulamentares. E é livre à administração, repetimos, definir-se quanto a essa conveniência, salvo se o servidor foi punido por improbidade, hipótese em que estará condicionada no exercício dessa faculdade discricionária. A propósito, enfatiza a Subprocuradoria-Geral da República:

«Percebe-se, claramente, que tanto a existência de vaga quanto os requisitos de ordem pessoal fixados para a concessão do retorno ou da reversão consubstanciam limites à atuação da administração, vinculando-as aos ditames da lei.

O mesmo não ocorre, porém, com o «interesse», referido nos dois diplomas legais, eis que, para a sua apreciação está o Poder Público investido da discricionariedade que resulta, exatamente, da incerteza e da generalidade de seu conceito.

Somente a administração poderá, pois, dizer o que é ou não do seu interesse e, na hipótese em tela, determinar se está interessada no retorno ou reversão do anistiado».

E, no caso, não tendo havido interesse da administração em fazer re-

tornar o impetrante ao serviço ativo, a consequência que se impunha era sua aposentadoria. Com isso, assinala-se, por derradeiro, não se frustrou a lei, mas ao invés, atendeu-se, plenamente, à sua finalidade, com a exata aplicação da norma do seu art. 4º, *in verbis*:

«Art. 4º Os servidores que, no prazo fixado no artigo 2º, não quiserem o retorno ou a reversão à atividade ou tiverem seu pedido indeferido, serão considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão».

Em face do exposto, denego a segurança.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente, Ihering teve a oportunidade de dizer que todo poder de exceção, por mais rígido que seja, gravita em torno de uma ordem jurídica, que, na hipótese dos autos, é a própria ordem emanada da revolução. O impetrante foi punido pelo Ato Institucional, depois revogado. Uma lei de anistia permitiu o regresso de muitos dos que foram cassados. Como legislação da mesma origem revolucionária, a anistia foi apenas parcial. Ela permite o retorno, a reversão do funcionário, subordinado ao interesse da administração. É um direito do Estado, quando pretende proteger-se através do seu poder discricionário. Não vejo ofensa a direito líquido e certo a ser protegido pelo *mandamus*.

Assim, acompanho o voto do eminente Relator.

#### VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): Senhor Presidente, o que se ob-

serva, na espécie, é que o ato atacado está desamparado de motivação.

Quando a decisão administrativa deve repousar sobre um motivo, a falta ou ausência de motivação expressa não invalida, necessariamente, o ato, se existe motivo eficiente que pode ser oferecido ou exteriorizado a posteriori. Significa dizer, pois, que ainda que não seja o motivo manifestado com o ato, pode a motivação ser dada a conhecer por via de exposição, contemporânea ou não ao ato, quando se fizer necessário, mesmo porque a motivação pode ser contextual ou não contextual (Fragola, «Gli atti amministrativi», 2ª ed., pp. 33/34, Napoli, 1964). O tema mereceu de Oswaldo Bandeira de Mello a seguinte consideração: «mesmo que falte a motivação, e ainda que a lei expressamente a exija, a sua ausência não invalida o ato, se provado, em juízo, que se conformou absolutamente com as prescrições legais» (in Principios de Direito Administrativo, vol. I, p. 527). Semelhante entendimento pode ser visto em Renelletti, «Teoria degli atti amministrativi speciali», 7ª ed., pp. 101/102, Milano, 1945.

No caso, os motivos do ato ficaram ignorados até mesmo nas informações prestadas pela autoridade coatora. Daí se vê o desprestígio do ato, que sofre de vício já insanável.

Sobre dizer que a administração se autolimitou, ao regulamentar a Lei nº 6.683/79 (art. 3º), no ponto concernente ao seu interesse (Decreto nº 84.143/79, art. 17), no MS nº 93.521-DF, reg. 3309738, DJ de 16-9-82, ofereci a minha total adesão a esse entendimento.

Assim, reportando-me aos fundamentos expostos no voto (junto por cópia) que proferi no precedente acima referido, concedo a segurança, data venia dos respeitáveis entendimentos em contrário.

É como voto

(ANEXO)  
**AMS 93.521-DF**  
**VOTO VISTA**

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Após o voto do Senhor Ministro-Relator denegando o Mandado de Segurança nº 93.521-DF — no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro José Cândido — pedi vista dos autos para melhor análise da espécie, considerando as correntes divergentes já conhecidas neste Tribunal, em torno do tema jurídico que foi objeto de discussão no MS nº 90.780-DF.

No relatório — que leio para melhor situar a controvérsia — assim se resume a espécie: lê (fl. 4).

Reza o art. 3º da lei de anistia:

«O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração».

No caso, é irrelevante o requisito da vaga. Ver a propósito o Parecer nº N-27, de 28 de março de 1980, da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Senhor Presidente, in DOU de 7 de abril de 1980, págs. 5894/5898. Assim, o ponto saliente da controvérsia constitui o tema do interesse da administração. Nesse ponto é que me atenho.

No entender do Senhor Ministro-Relator:

«O interesse da administração, tal como posto no contexto do diploma legal em comento, situa-se, inicialmente, no campo do poder discricionário que o legislador reservou à Administração, em ordem a assegurar-lhe a oportunidade de decidir-se, pelo retorno ou reversão, segundo sua própria conveniência. A avaliação dos motivos

informativos dessa opção escapam, à evidência, ao crivo do Judiciário, preservando-se o ato que a consubstancia, desde que não importe em frustrar os objetivos da lei».

E acrescenta:

«Não há, afigura-se-me, como admitir venha a norma regulamentar limitar esse poder, retirando o ato da discricionariedade para a faixa dos atos vinculados».

O voto do Senhor Ministro-Relator, portanto, é no sentido de que o «interesse da administração», como posto no art. 3º já mencionado, situa-se no campo do poder discricionário e o decreto que regulamentou a lei de anistia não tem a força de retirar esse poder da administração, por isso mesmo denega a segurança.

O Senhor Ministro Moacir Catunda, que foi Relator do MS nº 90.780-DF, não entende assim: para ele a Administração se auto-regulamentou através do Decreto nº 84.143/79, art. 17, § 1º, item I, «retirando o ato reclamado do campo da discricionariedade». Com essa tese formou-se outra corrente, à qual, dentre outros, adere o Senhor Ministro William Patterson, para quem a

«Administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislador. A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constitui o poder discricionário. Até aí, nenhuma peia jurídica poderia estancar sua concepção criativa, sendo desfeito, até mesmo ao Judiciário, opor dificuldades na opção de seus objetivos. Porém, desde que ela própria, na escolha, preferiu especificar os critérios do art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas. Ajusta-se como uma luva à hipótese a feliz expressão do saudoso Professor Marcelo Caetano, comentando o assunto, verbis:

‘A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação’ (ob. cit., pág. 442).

E, mais adiante, arremata, com inegável lucidez:

«A lei confia no órgão, admitindo como expressão correta da vontade legal qualquer solução dada no caso concreto, desde que vise ao fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência.

O fim do ato é, pois, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionário significa «livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim».

O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial, cuja falta impede a validade do ato administrativo» (ob. cit., págs. 442/443).

Esse esquema metodológico de interpretação, ao meu ver, é o caminho que conduz a uma melhor decisão. Aliás, o modelo interpretativo, proposto por Marcelo Caetano, tem a ver com a dinâmica da ordem jurídica ou, mais precisamente, da estrutura escalonada da norma, de que fala Kelsen. A norma superior pode fixar apenas o órgão que produzirá a norma inferior e deixar ao critério deste tanto a determinação do processo como a determinação do conteúdo da norma a produzir. Assim, a lei pode autorizar, expressa ou implicitamente, a elaboração mais pormenorizada, por via de decreto regulamentar, do comando normativo, ou autorizar a fixação de limites objetivos do conteúdo de uma norma anterior e superior. (Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, pp. 309 e ss., 4ª edição portuguesa, Coimbra — 1976»).

Nessa linha de idéias, permite-se que uma regra inferior ou igual possa

limitar uma proposição jurídica concebida em termos gerais ou com vaguidade, desde que o faça sem fugir do plano da legalidade. Assim, mediante uma segunda proposição jurídica a regra primeiramente dada, formulada com ambigüidade, se restringe ou se esclarece, facilitando a sua aplicação. A função dessa segunda proposição consiste em precisar ou esclarecer o conteúdo da anterior, sem prejuízo da legalidade. São as proposições explicativas ou restritivas de que trata Karl Larenz, in *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª edição, pp. 232 e ss., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa — 1969. Esse encadeamento das proposições jurídicas é uma característica da estrutura vertical do ordenamento jurídico-positivo.

Noutro passo, poderia perguntar-se se o Decreto nº 84.143/79, desenhando uma delimitação do interesse da administração, não estaria além do limite de aplicação da prescrição formulada pelo legislador. A mim me parece que tal não ocorre. Com efeito, o legislador, no art. 3º da lei de anistia, deixou à administração uma liberdade de agir. Mas foi a própria administração, através do seu Chefe Maior — o Senhor Presidente da República — que, de logo, resolveu delimitar o seu campo de ação. E tinha, como tem, habilitação legislativa para tanto. Daí a administração ter abdicado do seu poder discricionário, elegendo a instância vinculativa para se orientar no seu proceder. Fê-lo através de decreto regulamentar, como lhe era adequado. E isto faz lembrar a distinção de Carré de Malberg entre «reglamentos presidenciais espontâneos e reglamentos (presidenciais) que presuponem una habilitación legislativa. (In *Teoria General del Estado*, versão espanhola, págs. 589 e ss., Fondo de Cultura Económica, México, 1948).

Acrescente-se que «discricionariedade é a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador...» ou

a «liberdade dentro da lei, nos termos dela e exclusivamente para dar exato atendimento às finalidades estipuladas», na conceituação do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello (Ato Administrativo e Direito dos Administrados, pág. 66, Editora Revista dos Tribunais — São Paulo, 1981). É, na concepção de Laubadère, o poder que permite conciliar o princípio da legalidade com a necessidade de uma certa liberdade de ação da administração (Manuel de Droit Administratif, 1968, pág. 88). Ora, se o legislador permitiu à administração agir num plano de discricionariedade, a administração, através da regra do art. 17 do decreto regulamentar, usou esse poder discricionário para ela mesma, delimitando o seu proceder. Isso é perfeitamente compreensível e se insere nos lindes da legalidade. Por isso, dizer-se que, nesse caso, a norma regulamentar estaria sobrepondo à lei, ou restringindo-lhe o alcance, significa, data venia, um desvio de percepção lógica.

A autoridade coatora, só para argumentar, não motivou o seu ato, ora atacado. Podia fazê-lo na oportunidade das informações. Se não me engano, Laubadère ou Rivero defende que, não ostentando o ato o motivo ou a sua fundamentação, a autoridade poderá revelar ou deverá declinar, na necessária oportunidade, os motivos que o inspiraram. E a autoridade tenta explicar o seu ato, tecendo as considerações de que «Um servidor que ocupava função técnica de operador de processamento afastado há mais de 17 (dezessete) anos de sua função, encontra-se absolutamente desreciclado, desatualizado e desconhecedor da evolução tecnológica» (fl. 61). Ora, isso nada justifica. Fosse assim, a lei de anistia seria frustrada nos seus fins e a PETROBRAS não teria reaproveitado 7 (sete) dos quarenta e quatro anistiados.

Toda decisão judicial, que é aplicação de direito, supõe, ao menos em

certa medida, um esquema prévio de interpretação. Esse esquema que apóia a conclusão pode não ser o melhor num contexto, ou pode ser o ponto de apoio de uma decisão comprometida com uma ideologia, ou uma concepção de valor que ao julgador pareça a mais correta, a mais justa, ou que tenha em mira a solução dos conflitos de maneira que melhor atenda ao fim do Direito, numa perspectiva sociológica.

O requerente, que ingressou inicialmente no quadro de pessoal da PETROBRAS com privilegiada classificação, quer voltar ao trabalho, e lhe é mais vantajoso trabalhar do que se aposentar, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista psicológico. Conceder a segurança é prestigiar o direito ao trabalho, inspirado nas razões de dignidade humana, de economia pública e de paz social, segundo o pensamento de Garcia Oviedo (Tratado Elemental de Derecho Social); um direito ao trabalho protegido pelas Constituições modernas, a partir da de Weimar, e tão assinalado pela Encíclica *Laborem Exercens* do Papa João Paulo II. Conceder a segurança, é dar uma chance ao impetrante para que, com 43 anos e ainda com aptidão para o trabalho, integre a comunidade operária trabalhando na construção deste Brasil, contribuindo para afirmar o papel da indústria petrolífera brasileira; é permitir-lhe perceber melhores ganhos para que, igualmente, ofereça o melhor à sua família.

Por tudo isso, Senhor Presidente, o meu voto é para conceder a segurança.

## VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, no Mandado de Segurança nº 93.521, tive ensejo de acompanhar o eminente Ministro-Relator, Miguel Ferrante, denegando a segurança.

Em aparte que naquele ensejo proferi, rebatendo argumentação daqueles que concediam a segurança, afirmei:

«A fundamentação do voto de V. Exa. reside basicamente em que a administração teria autolimitado o exercício do seu poder discricionário e, por isso, teria ficado vinculada aos lindes que ela própria se impôs. Nesse sentido, V. Exa. invoca o § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 30 de novembro de 1979.

Ocorre que todas as exigências impostas pelo § 3º mencionado decorrem de texto legal expresso. Por isso a administração não se autolimitou. Ela apenas se adstringiu a repetir exigências legais. A Administração se autolimita quando, podendo utilizar-se da amplitude de todo poder discricionário, cria um condicionamento específico. Por exemplo: a administração pode permitir ao seu alvedrio um ocupante de cargo de confiança. Não precisa motivar. Mas se ela motiva — demite, porque praticou ato de improbidade — então fica vinculada a essa motivação, que seria desnecessária para demissão. Agora, no caso — e é para isso que chamei a atenção quando votei — as exigências estabelecidas no decreto regulamentar não são autolimitações, porque não autolimitam o preceito legal. Não há isso. O que fazem é repetir exigências legais, conforme V. Exa. próprio realçou. Prova da capacidade do requerente: exigência legal. Observância de limite de idade estabelecida em lei: exigência legal. Comprovação de nível de escolaridade exigido para desempenho de cargo e emprego: exigência legal. Daí a indagativa: quando a administração, num decreto regulamentar, apenas resume, apenas repete exigências legais, estará a autolimitar-se? Esse é o aspecto a que respondi contrariante a V. Exa., mesmo respeitando, mesmo

adotando a doutrina invocada por V. Exa., tão bem exposta por Marcelo Caetano, por Seabra Fagundes, pelos administrativistas de um modo geral, inclusive já sufragada pela nossa jurisprudência.»

Reportando-me à fundamentação do meu voto, que está bem resumida nesse aparte, denego a segurança, acompanhando o eminente Relator.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Costa Lima:** Sr. Presidente, também denego a segurança porque, de acordo com o disposto no art. 3º da Lei nº 6.683, o retorno ou a reversão estão condicionados, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração. Trata-se, pois, de ato discricionário. Os requisitos postos no § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 13-11-79 são os mesmos exigidos para a posse do funcionário e enumerados no Estatuto.

#### VOTO VISTA

**O Sr. Ministro Hélio Pinheiro:** Firma-se o pedido de segurança na ausência de motivação do parecer que, emitido pela comissão instituída pela Portaria Ministerial nº 1.147/79, veio a ser acolhido pela ilustre autoridade impetrada para indeferir a pretensão do impetrante de retornar ao serviço ativo, aposentado que fora, sob a invocação do Ato Institucional nº 5/69, com proventos proporcionais ao tempo de serviço quando exercia o cargo de Promotor Público do Ministério Público do Distrito Federal, ao qual ascendera, por promoção, após haver ingressado na carreira por aprovação em concurso público.

A comissão acima mencionada limitara-se a dizer, na parte decisiva do malsinado parecer que «após examinar detidamente o processo, ante as razões que determinaram a punição do requerente», entendia não in-

teressar à administração o retorno pretendido, estribada principalmente no art. 3º da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que dispõe:

«Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor civil ou militar ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração.»

Sustenta o impetrante, por seu ilustre patrono, que ante esse único e frustrado ensaio de fundamentação do ato, salta aos olhos a inexistência de motivação adequada e de motivos legítimos para o indeferimento da reversão pleiteada» (fl. 6).

Prosseguindo, aduz que já não faria sentido discutir a exigibilidade de motivação, enquanto requisito de validade dos atos de indeferimento de retorno ou reversão de anistiados, na aplicação da Lei nº 6.683/79, pois, tanto afirmou-o, por ampla maioria, o plenário do Pretório Excelso, no MS nº 20.277, de 18-12-81.

Por outro lado, mesmo se admita que o indeferimento da reversão sob o fundamento de falta de interesse da administração constitua ato discricionário ainda assim nula se apresentaria a decisão por desprovida de motivação, ocorrendo que tem sido ela considerada ato administrativo, tanto pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal como por este colendo Tribunal, de aplicar-se indistintamente a civis e militares as considerações que levaram este último, no julgamento do MS nº 90.780, a considerar vinculado à verificação dos critérios objetivos do regulamento o juízo sobre o interesse na reversão do servidor afastado e que se restringiriam, no caso dos autos, aos que previstos no § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979.

Esses, numa apertada síntese, os fundamentos da impetração que buscam apoio em decisão do Pretório Excelso no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.277, de que foi Relator o insigne Ministro Rafael Mayer, e no do Mandado de Segurança nº 90.780, julgado por esta Corte, tendo como Relator o preclaro Ministro Moacir Catunda.

Denegou a segurança o eminente Ministro-Relator, por entender que o interesse da administração, tal como posto no contexto da Lei nº 6.683, de 1979, situa-se no campo do poder discricionário que o legislador reservou à administração de modo a assegurar-lhe a oportunidade de decidir pelo retorno ou reversão segundo sua própria conveniência, não havendo como admitir-se que o Decreto nº 84.143/79 tenha limitado esse poder retirando o ato da área da discricionariedade para a faixa dos atos vinculados, pois caso o fizesse se estaria sobrepondo à lei.

Pela denegação da segurança votaram outrossim os insignes Ministros José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro e Costa Lima, pela sua concessão os eminentes Ministros Pedro Acioli e Leitão Krieger, após o que pedi vista, para mais detida reflexão.

Na hipótese em exame foi o impetrante abrangido pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, tendo indeferido o seu pedido de retorno ao serviço, tal como já assinalado, por haver a comissão incumbida de examinar o processo a ele pertinente concluído que em face das razões determinadas da punição que lhe fora imposta não consultava aos interesses da administração o postulado retorno.

Bastaria essa simples afirmativa para legitimar o ato da administração impeditivo de retorno do impetrante ao serviço ou, ao revés impetrativo se tornaria apontar os motivos determinantes da decisão para lhe assegurar validade?

Entendemos **data maxima venia** dos que se põem em campo diverso que necessário se torna fundamentar, para lhe conferir validade, a decisão que nega a pretensão de retorno ao serviço público dos que, dele afastados, mas beneficiados pela lei da anistia, tenham em tempo hábil, postulado pela sua reversão ao serviço ativo.

Como bem realçado pelo insigne Ministro Rafael Mayer no voto que proferiu no Mandado de Segurança nº 20.277-SP, a Lei nº 6.683/79, estabeleceu condicionantes ao deferimento do direito de retorno ou reversão, ou seja, pressupostos negativos, fazendo-o depender da existência de vaga, do interesse da administração e ainda de o afastamento não ter sido motivado por improbidade do servidor:

«Esclarecendo, portanto, a lei, de modo explícito e discriminado, as condicionantes negativas ou impeditivas do direito de reversão ao serviço ativo, conseqüente à própria anistia obviamente que não o deixou à apreciação discricionária da administração, senão que exigiu, para informá-lo, a realização de um ato administrativo legalmente motivado. Se a lei põe motivos como vinculantes do ato, a autoridade que o pratica está não somente sujeita à verificação de sua existência, quanto a de explicitá-lo, posto que o motivo, em tais conotações, constitui requisito essencial, cuja falta importa em invalidação do ato, segundo pacífico entendimento no campo do direito administrativo. Tanto mais assim é, quanto o pedido de reversão é objeto de um despacho decisório (art. 3º, § 2º) e como decisão há de ser fundamentada.»

A necessidade de fundamentação tenho-na ainda como presente no disposto pelo art. 16 do Decreto nº 84.143/79, pois, sem que motivado, impossível tornar-se-ia proceder à apreciação global do pedido de retor-

no à atividade no despacho decisório que o citado preceito, cautelarmente, determina não seja dado antes que decorridos sessenta dias da data prevista no § 1º do art. 8º do mesmo decreto, prazo esse destinado aos trabalhos da Comissão incumbida de instruir o processo originado do pedido de retorno (art. 14, Decreto citado), que, pela Lei nº 6.683/79 ficou, para o seu deferimento, condicionado aos pressupostos de existência de vaga, interesse da administração e ao fato de não ter sido o afastamento determinado por ato de improbidade do servidor, circunstância que, presente, arreda a possibilidade da reversão, assegurando tão-só o direito a aposentadoria, nem seria compreensível pudesse retornar ao serviço público aquele que dele foi em boa hora alijado por haver no exercício do cargo se conduzido com improbidade como tal entendido, todo «ato contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes» (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 43, pág. 5).

No que concerne ao «interesse da administração», já esse Egrégio Tribunal, em Sessão Plenária, e decisão majoritária proferida no julgamento do Mandato de Segurança nº 93.521-DF, entendeu que ele se fundamenta em pressupostos objetivos. Diz a ementa desse aresto:

«.....»

I — O interesse da administração, requisito a ser observado para o retorno ou reversão do servidor ao serviço ativo, fundamenta-se em pressupostos objetivos inscritos no Decreto nº 58.143/79, art. 17, I (militares), ou artigo 17, § 3º (civis), já que a administração autolimitou-se ao regulamentar o preceito legal, art. 3º da Lei nº 6.683/79...»

Na verdade, como realçado pelo insigne Ministro William Patterson, ao votar no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 93.521-DF e 90.780-DF:

«... a escolha da administração, quanto ao momento, fins e meios, no que tange aos esclarecimentos sobre o seu interesse, veio com a regulamentação aprovada pelo Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979 .....

A administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislativo. A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constitui o poder discricionário. Até aí, nenhuma peia jurídica poderia estancar sua concepção criativa, sendo defeso, até mesmo ao judiciário, opor dificuldades na opção dos seus objetivos. Porém, desde que ela própria na escolha, preferiu especificar os critérios do art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas.»

Sujeita que se colocou a administração no apreciar o retorno do servidor às condições previstas no art. 17 do decreto regulamentador da lei de anistia, e que a esta não se sobrepõe nem com ela se põe em conflito, indiscutivelmente autolimitou-se, deixando o ato que decide sobre o pedido de reversão de inserir-se no campo da discricionariedade para situar-se como ato administrativo vinculado submissível ao controle judicial.

Sucedede que, na espécie em exame o decreto não explicitou o motivo gerador do pedido de retorno, nele limitando-se a ilustre autoridade impetrada a aprovar conciso parecer emitido pela Comissão instituída pela Portaria Ministerial nº 1.147/79.

No citado parecer, tal motivo, tampouco, resulta esclarecido, nele limitando-se a afirmar os seus signatários, verbis:

«Após examinar detidamente o processo, ante as razões que determinaram a punição do requerente,

esta Comissão entende não interessar à administração o retorno pretendido, estribada principalmente no art. 3º da Lei citada...» (Lei nº 6.683/79.)

Ignorados resultam, conseqüentemente, os motivos que, vislumbrados pela Comissão, mas não apontados quais sejam, serviram de suporte à decisão denegatória do pedido de retorno ao serviço público.

Nem nas informações prestadas para instruir o julgamento do pedido de segurança esses motivos foram especificados.

Tanto se nos afigura bastante para gerar a invalidade do ato impugnado.

Concedo, assim, em parte a segurança por entender que de nulidade se ressente o despacho decisório impugnado. Mas o faço não para assegurar ao requerente o seu retorno ao serviço público, e sim para conferir à ilustre autoridade impetrada a oportunidade de cumprir a exigência da motivação, até porque atendida seja essa formalidade, e esclarecido poderá ficar que o fato gerador do afastamento seja impeditivo do pretendido retorno.

É o meu voto.

#### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: O Art. 3º da Lei nº 6.683, de 1979, condiciona o retorno ao serviço ativo, do funcionário beneficiário da anistia, à existência de vaga e ao interesse da administração.

Entretanto, o Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979, estabeleceu distinção quanto aos requisitos para o retorno dos funcionários civis. No § 3º do art. 17 prevê que o retorno ou a reversão de servidor civil fica sujeito à prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica, à observância do limite de idade estabelecida em lei e, se necessário, à comprovação de nível de escolaridade exigi-

do para o desempenho de cargo ou emprego. No § 4º, porém, diz que «em se tratando de servidor civil, que ocupava cargo técnico ou científico em setor ou repartição onde a nomeação ou contratação não seja subordinada à existência de vaga, será considerado, para o retorno ou reversão ao serviço ativo, exclusivamente o interesse da administração.»

Como se vê, basta o servidor comum estar em condições de reassumir as funções do seu cargo para sua inclusão no quadro suplementar a que se refere o § 2º, alínea I, do mesmo art. 17. Mas o servidor que ocupava Cargo Técnico ou Científico fica sujeito a um só e exclusivo critério, pouco importando as condições objetivamente exigidas para seu retorno ao serviço ativo — o do interesse da administração.

Interesse da administração pertence à categoria dos conceitos indeterminados que facultam à Administração Pública determinar, dentre vários conteúdos igualmente possíveis e legítimos, o que lhe pareça mais adequado à larga e flexível diretiva da lei. Trata-se, assim, de juízo discricionário, que a Administração há de emitir em cada caso concreto.

Mas o juízo discricionário, ou o poder discricionário, só se exerce em face da lei e das regras de direito. Se a lei permite à administração ajuizar determinada situação ou pretensão à vista do seu interesse, esse julgamento será conforme a lei na medida em que não haja desvio da finalidade requerida no caso, e a decisão obedeca aos limites impostos à ação do poder público.

Ora, a primeira exigência que se faz ao juízo discricionário, na hipótese, é a motivação do interesse da administração em indeferir o retorno do impetrante ao serviço ativo. O dizer-se que o servidor não pode retornar simplesmente em virtude do interesse da administração, sem ex-

plicitar em que consiste esse interesse, não é emitir um juízo discricionário, mas praticar o arbitrio. E o ato arbitrário, em tema de anistia, é uma contradição à lei que a concedeu.

Leciona Georges Vedel:

«Les motifs, c'est-à-dire les considérations relatives à la situation de fait ou de droit que fonde une décision, doivent toujours être matériellement exacts, même si l'Administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la portée et les conséquences de cette situation».

E que, aduz o professor da Faculdade de Direito de Paris, a legalidade administrativa «ne se résume pas dans la soumission de l'exécutif au législatif, mais elle exprime la soumission de l'Administration au droit, selon le sens le plus large du terme». (Droit Administratif, Paris, 1968, págs. 283 e 287).

A Administração Pública é regida por normas de regulamentação inter-subjetiva, que pautam seus atos em relação aos administrados. Tais normas, chamadas normas de ação pela doutrina italiana, impõem que o juízo discricionário seja explícito, de forma a ficar indubitosa a liceidade do ato dele decorrente. E isto porque mesmo o juízo discricionário está sujeito ao exame do excesso de poder, em face do mandamento da lei.

Se a lei impõe a motivação do ato e prescreve o procedimento a que obedece a sua prática, ao estabelecer, no § 4º do art. 12 do Decreto nº 84.143, que «as comissões encaminharão à autoridade competente o requerimento devidamente instruído e processado, com todos os esclarecimentos relativos ao requerente, à existência de vaga e ao interesse da administração.» — não há como considerar-se legítimo o ato indeferitório de reversão do funcionário ao serviço ativo que omite tais esclarecimentos.

A ilegalidade ressalta.

Peço vênia aos doutos Ministros que votaram em sentido contrário, para conceder a segurança.

### VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Sr. Presidente, também concedo a segurança, acompanhando os argumentos expendidos pelos eminentes Ministros Carlos Thibau e Carlos Madeira.

### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, no Mandado de Segurança nº 93.521-DF, esta Egrêgia Corte decidiu, no que tange à anistia, que o interesse da administração, requisito a ser observado para o retorno ou reversão do servidor ao serviço ativo, fundamenta-se em pressupostos objetivos, inscritos no Decreto nº 84.143, de 1979, art. 17, § 1º, para os militares, e art. 17, § 3º, para os servidores civis. E que a administração autolimitou-se ao regulamentar o preceito legal — art. 3º da Lei nº 6.683, de 1979.

No julgamento do citado MS nº 93.521-DF, proferi voto vista, que acabou sendo acolhido pelo Tribunal, em que desenvolvi a matéria, sustentando ter a administração se autolimitado com a edição do decreto que acabamos de mencionar (Decreto nº 84.143, de 1979).

Assim, Senhor Presidente, o interesse da administração fica jungido a critérios objetivos, que a própria administração elegeu.

Assim o voto que proferi no MS nº 93.521-DF, acima mencionado, no ponto em que mais interessa:

«No caso, ao impetrante foi reconhecida a anistia. Não se lhe reconheceu, sim, o retorno ao serviço, mas a aposentadoria, ao argumento de que o retorno não era do interesse da administração.»

Dispõe a Lei nº 6.683, de 28-8-79, lei da anistia, artigo 3º:

«Art. 3º. O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração.»

O Decreto nº 84.143, de 31-10-1979, que regulamentou a mencionada Lei nº 6.683/79, estabeleceu:

«Art. 17. O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da administração.

§ 1º No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — .....

II — .....

III — .....

§ 2º. No caso de servidores civis, observar-se-á o seguinte:

I — .....

II — .....

III — .....

IV — .....

V — .....

§ 3º O retorno ou reversão de servidor civil fica sujeito à prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica, à observância do limite de idade estabelecido em lei, e, se necessário, à comprovação de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.

§ 4º Em se tratando de servidor civil, que ocupava cargo técnico ou científico em setor ou repartição onde a nomeação ou contratação não seja subordinada à existência de vaga, será considerado, para o retorno ou reversão ao serviço ativo, exclusivamente o interesse da administração.»

## V

A questão a ser decidida é exclusivamente esta: a lei de anistia, Lei nº 6.683, de 1979, condiciona, no artigo 3º, **caput**, o retorno ou a reversão ao serviço ativo à existência de dois requisitos, desde que não ocorrente a proibição de retorno ou reversão inscrita no seu § 3º:

- a) existência de vaga;
- b) interesse da administração.

Superada a questão no tocante à existência de vaga, indaga-se: teria a administração se autolimitado referentemente ao requisito «interesse da administração», ao baixar o regulamento da lei de anistia, que foi aprovado pelo Decreto nº 84.143, de 1979?

Noutras palavras, tendo a lei facultado à administração o poder de fixar os pressupostos em que se assentaria o seu interesse, teria ela, administração, condicionado esse seu interesse, no que toca aos servidores civis, à existência dos requisitos ou pressupostos inscritos no § 3º do artigo 17 do Decreto nº 84.143, 1979?

## VI

Estabelece o § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 1979, que o retorno ou reversão de servidor fica sujeito:

- a) prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica;
- b) limite de idade estabelecido em lei;
- c) comprovação, se necessário, de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.

Quando do julgamento do MS nº 90.780-DF, de que foi Relator o Sr. Ministro Moacir Catunda, de interesse de um oficial da Marinha, o

Tribunal entendeu que a administração se autolimitara através do Decreto nº 84.143/79, artigo 17, § 1º, I.

Na oportunidade, manifestou-se o eminente Ministro William Patterson, assim:

«A administração era livre para disciplinar a matéria, dentro da autorização que lhe conferiu o legislador. A amplitude do conceito de «interesse» estava na chamada zona livre, que constitui o poder discricionário. Até aí, nenhuma peia jurídica poderia estancar sua concepção criativa, sendo defeso, até mesmo ao Judiciário, opor dificuldades na opção de seus objetivos. Porém, desde que ela própria, na escolha, preferiu especificar os critérios do art. 17, autolimitou-se, a partir daí, sem que pudesse deixar resíduos, para decidir sem as limitações impostas. Ajusta-se como uma luva à hipótese, a feliz expressão do saudoso Professor Marcelo Caetano, comentando o assunto, **verbis**:

«A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação.» (ob. cit. pág. 442).

E, mais adiante, arremata, com inegável lucidez:

A Lei confiou no órgão, admitindo como expressão correta da vontade legal qualquer solução dada no caso concreto desde que vise o fim de interesse público por ela fixado ao conferir a competência.

O fim do ato é, pois, a vinculação característica da discricionariedade. Quer isto dizer que a discricionariedade não exclui absolutamente uma vinculação: discricionário significa «livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim». O fim é um vínculo: corresponde a um elemento essencial cuja falta impe-

de a validade do ato administrativo» (ob. cit., págs. 442/443).

No mesmo sentido: Themístocles Brandão Cavalcanti (RDA vol. 10, pág. 101); O.A. Bandeira de Mello («Princípios Gerais de Direito Administrativo», vol. I, pág. 420); Hely Lopes Meirelles («Direito Administrativo Brasileiro» págs. 64/67); Afonso Rodrigues Queiró (ob. cit. in RDA, vol. 6, pág. 58).

Assim considerando, restaria indagar se o Impetrante atendeu, além daquelas condições legalmente vinculadas (art. 3º da Lei nº 6.683, de 1979), as demais, exteriorizadas na regulamentação (art. 17 do Decreto nº 84.143, de 1979).

.....  
Na oportunidade, votei no sentido de que administração fixara os pressupostos ou os requisitos dentro nos quais esse «interesse da administração» deveria ser entendido e interpretado, ao regulamentar o preceito inscrito no art. 3º, da Lei nº 6.683/79.

Disse eu, então:

«Senhor Presidente, o art. 3º da Lei nº 6.683, de 28-8-1979, denominada lei da anistia, estabeleceu:

«Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da administração»

No caso, o requisito «vaga», ao que apreendi, não se discute.

Discute-se, sim, se o termo «interesse da administração» pode ser interpretado de forma a mais discricionária possível, ou se a administração estaria jungida a certos limites.

Em Estado de Direito, é um truísmo a afirmativa no sentido de

que vale a vontade da lei, não vale a vontade do administrador, não vale a vontade dos governantes, formulação de James Harrington, no Século XVII, e que a Constituição de Massachusetts de 1780 apreendeu e consagrou na expressão: «um Governo de leis e não de homens», conforme dá notícia JOHN P. ROCHE, no livro «Courts and Rights», editado no Brasil, em 1967, pela Forense, sob o título «Tribunais e Direitos Individuais», p. 10.

Sendo assim, em causa direito subjetivo de um indivíduo, o «interesse da administração» há de basear-se em dados objetivos que devem ser buscados na lei.

No caso, a administração, ciente de que esse seu «interesse» não poderia ser encarado de forma subjetiva, mas objetivamente, deixou expressos os pressupostos ou os requisitos dentro nos quais esse «interesse da administração» deveria ser entendido e interpretado, ao regulamentar o preceito inscrito no art. 3º da Lei nº 6.683/79.

Assim, autolimitou-se a administração, ao estabelecer no Regulamento da Lei nº 6.683/79, artigo 17 do Decreto nº 84.143, de 31-10-1979:

«Art. 17. O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da administração.

§ 1º. No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — no interesse da administração, exigir-se-á que o requerente atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força, e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo, previstas no art. 102, itens I, II, III, IV e V, da Lei nº 5.774, de 23-12-1971.»

II — .....

III — .....

As informações da autoridade apontada coatora, o Sr. Ministro de Estado da Marinha, nada dizem em relação à aptidão física do impetrante. »

As informações da autoridade apontada coatora, o Sr. Ministro de Estado da Marinha, nada dizem em relação à aptidão física do impetrante.

O impetrante satisfaz, então, tal requisito.

No que diz respeito ao conceito profissional e moral do requerente, também nada consta, nas informações, ao que pude apreender do relatório do eminente Ministro-Relator, em sentido desabonador; algo que pudesse desautorizar a afirmativa no sentido de que o impetrante tem, objetivamente, bom conceito profissional e moral.

No que concerne, aliás, ao conceito profissional, ao que ouvi e apreendi, trata-se o impetrante de um engenheiro que, ao entrar para a Força Naval, foi mandado servir numa Base de importância. O seu desligamento da Marinha não ocorreu em razão de incompetência ou negligência profissional. A causa, ficou esclarecido, foi outra, foi política, que a lei de anistia perdou e mandou que fosse esquecida.

No que tange ao conceito moral, que há de ser visualizado de forma objetiva, as informações conforme já falamos, não apontam dados desabonadores.

Dir-se-á que o impetrante foi preso e submetido a processo, causa, aliás, da punição política que sofreu.

Todavia, deve ser considerado que o impetrante, submetido a processo, foi absolvido pela Justiça Militar, tanto pela Auditoria como pelo Egrégio Superior Tribunal Militar.

Dir-se-á que, inobstante absolvido, dependendo dos termos da sentença absolutória, poderiam existir resíduos administrativos que deporiam contra o conceito moral do impetrante.

O argumento, entretanto, não prevaleceria, no caso, por isso que a autoridade apontada coatora silenciou-se, a respeito, vale dizer, não transmitiu ao Tribunal a informação no sentido da existência da falta administrativa residual.

Em face de tudo isso, **data venia**, não seria razoável buscar conceitos subjetivos para a conceituação do «interesse da administração.» E que, no caso, os requisitos essenciais que a administração entendeu necessários à conceituação do seu interesse, estão atendidos. Fora daí, **data venia**, seria fazer valer não a vontade da lei, mas a vontade do administrador. E isto, já falamos, não é possível em Estado de Direito.

Destarte, com estas breves considerações, dou minha adesão ao lúcido voto do eminente Ministro Moacir Catunda, Relator, com a vênua devida ao não menos eminente Ministro Aldir G. Passarinho, cujas opiniões temos o costume de respeitar.

Defiro, em parte, o «writ.» nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.»

.....

Não tenho razões para me reconsiderar.

Tem-se, no caso, um pedido de retorno ou reversão de um servidor civil.

Em tal caso, os pressupostos do interesse da administração estão inscritos no § 3º do art. 17 do Decreto nº 84.143, de 1979, retromencionados:

- a) prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica;
- b) limite de idade estabelecido em lei;
- c) comprovação, se necessário, de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.»

Ao voto suso transcrito me reporto.

Ao que entendi, o Sr. Ministro Hélio Pinheiro, no voto que proferiu, nesta assentada, aceita o argumento que ora foi exposto (MS nº 93.521-DF). Concluiu S. Exa., todavia, no sentido de conceder a segurança, em parte, para que a autoridade dê os motivos do seu ato, fundamento o ato.

Dirirjo, respeitosamente, dessa conclusão.

É que o Poder Judiciário examina o ato administrativo sob o ponto de vista da legalidade. Parece-me que o Sr. Ministro Hélio Pinheiro entendeu inoquer, no caso, um dos elementos do ato administrativo — o seu motivo, vale dizer, o ato não estaria motivado.

Ora, se o Juiz se vê diante de um ato administrativo desfalcado de um de seus elementos, ou viciado porque um de seus elementos não foi respeitado pela administração — competência, motivo, objeto, finalidade e forma — cumpre-lhe anular o ato e não determinar que a autoridade administrativa o refaça.

Destarte, se o ato, conforme reconhece o Sr. Ministro Pinheiro não está motivado, vale dizer, não contém ele as razões que o justificam, ou as razões em que se baseia, que devem ser estritamente legais, cumpre-nos declarar a sua nulidade.

Resumo, para concluir, o meu pensamento: o interesse da administração, requisito a ser observado para o retorno ou reversão do servidor ao serviço ativo, fundamenta-se em pressupostos objetivos inscritos no Decreto nº 84.143/79, artigo 17, I (militares), ou artigo 17, § 3º (civis), já que a administração autolimitou-se ao regulamentar o preceito legal, artigo 3º da Lei nº 6.683/79.

Diante do exposto, Senhor Presidente, com a vênia do Sr. Ministro-Relator, defiro o «writ.»

#### VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, segundo informações recebidas do eminente Relator, Ministro Ferrante, a hipótese identifica-se com aquela julgada na sessão de 9-4-81, relativa ao Mandado de Segurança nº 93.521.

Assim, reporto-me ao voto proferido na oportunidade e concedo a ordem, data venia.

#### VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, também, data venia, concedo a segurança, reportando-me a precedentes deste Tribunal, no particular, e, acentuando que o Juízo discricionário, para que se não resolva em arbitrio, deve ser objetivamente fundamentado, explícito nos seus motivos, nos seus pressupostos de direito e de fato.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 99.383-DF — Rel. Originário: O Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Rel. Designado: O Sr. Min. Pedro Acioli. Reqte.: Amaury de Souza Mello. Reqdo.: O Sr. Ministro de Estado da Justiça.

Decisão: O Plenário, preliminarmente, por maioria, conheceu do mandado de segurança, vencidos os

Srs. Ministros Relator e Armando Rollemberg: No mérito, também por maioria, o Tribunal deferiu o pedido nos termos do voto do Sr. Ministro Pedro Acioli, vencidos os Srs. Ministros Relator, José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima e Hélio Pinheiro, que deferiam a segurança em menor extensão. Não toma-

ram parte no julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha, Américo Luz, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Moacir Catunda e Adhemar Raimundo. Impedidos os Srs. Ministros José Dantas, Presidente, e Washington Bolívar de Brito. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Dantas. (Em 22-9-83 — Tribunal Pleno)

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.821 — DF

Relator originário: O Sr. Ministro Torreão Braz

Relator para acórdão: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Apelante: Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Contribuições previdenciárias. Entidade de fins filantrópicos. Isenção.

Os decretos de reconhecimento de utilidade pública, por si só, não importam em isenção das contribuições para a Previdência Social. São, antes de tudo, um reconhecimento do poder público à atividade de beneficência de várias entidades que rigorosamente suprem a deficiência dos servidores assistenciais do Governo.

Dada a dificuldade de obtenção de um decreto dessa finalidade junto ao Governo Federal, a sua exigência, com exclusividade, para se declarar a isenção tributária das entidades enfocadas, importa, praticamente, em negativa desse favor.

Então, o que se deve examinar é exatamente a natureza do serviço prestado e não a uma formalidade das mais difíceis de ser alcançada.

Se o Conselho Nacional de Serviço Social, que é órgão do Governo Federal, examina, criteriosamente, os processos a seu cargo, é inaceitável se possa retirar o valor de sua resolução ou de um reconhecimento dessa espécie, para se exigir apenas um formalismo.

Provimento do recurso.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento à apelação para reformar a sentença recorrida e conceder

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

Custas como de lei.

Brasília, 20 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Wilson Gonçalves**, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Torreão Braz**: A Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho Nacional de Serviço Social, que lhe indeferiu pedido de expedição de certificado de entidade de fins filantrópicos, para obtenção dos benefícios da Lei nº 3.577/59.

Alegou que era uma instituição educacional de fins filantrópicos sem finalidade lucrativa, registrada no CNSS desde 5-6-67 (fl. 13); gozava da imunidade tributária prevista no art. 19, III, da Constituição Federal; o ato administrativo infringira o art. 4º do Decreto nº 1.118/61, com a redação dada pelo Decreto nº 72.819/73 (art. 1º), e o princípio constitucional do direito adquirido.

Informações às fls. 22/25, aduzindo, preliminarmente, a competência originária deste Tribunal, eis que o indeferimento decorreria de recomendação do Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República; no mérito, que o certificado somente fora requerido em 1982, quando a isenção das contribuições previdenciárias patronais outorgada pela Lei nº 3.577/59 já havia sido revogada pelo Decreto-Lei nº 1.572/77.

O Dr. Juiz Federal da 3ª Vara do Distrito Federal denegou a segurança, por insuficiência de prova e porque o pedido estava prejudicado (fls. 31/34).

Apelou a impetrante, com as razões de fls. 37/46.

Contra-razões às fls. 55v/56.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não-provimento do recurso (fl. 60).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. **Ministro Torreão Braz** (Relator): A impetrante está registrada no Conselho Nacional do Serviço Social desde 1967 e só em 1982 requereu o Certificado de Fins Filantrópicos, com vistas ao benefício da Lei nº 3.577/59, invocando direito adquirido face ao disposto no art. 4º do Decreto nº 1.117, de 1-6-1962, verbis:

«Art. 4º O Conselho Nacional do Serviço Social expedirá um certificado provisório de «Entidade de Fins Filantrópicos», válido por dois anos, às instituições que se encontrarem registradas ou que venham a se registrar no Conselho.»

O preceito fala em certificado provisório porque o art. 2º exige, para o reconhecimento da natureza filantrópica, que a entidade preencha outros requisitos, além do registro no CNSS, tais como a destinação da totalidade das rendas apuradas ao atendimento gratuito das suas finalidades e a não percepção de remuneração, a qualquer título, pelos diretores, sócios ou irmãos. Ademais, cumpre ao interessado requerer o documento, uma vez que o dispositivo não fala em sua expedição *ex officio*.

Ora, quando a postulante formulou sua petição ao Conselho, a Lei nº 3.577/59 já havia sido revogada pelo Decreto-Lei nº 1.572, de 1-9-77, que acabou com a isenção das contribuições previdenciárias patronais e ressalvou apenas a situação das instituições portadoras, à data de sua publicação, de certificado de entidade de fins filantrópicos.

Nego provimento à apelação.

## VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, divirjo, data venia, do entendimento de V. Exa., em consonância com as razões expendidas quando do julgamento dos Embargos na Apelação Cível nº 44.582-SP, cujo voto faço juntar por cópia.

Isto posto, dou provimento à apelação para conceder a segurança.

(ANEXO)

AC nº 44.582

## VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, lamento esposar ponto de vista contrário ao do eminente Relator, cujo brilhante voto acabamos de ouvir, secundado pela douda argumentação da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

Creio que, no caso, há uma premissa que não é verdadeira. É que os decretos de reconhecimento de utilidade pública, por si só não importam em isenção das contribuições para a Previdência Social. Muito antes de existir a Previdência Social organizada no País, já havia a figura dos decretos de utilidade pública para através deles reconhecer-se oficialmente os serviços prestados por entidades assistenciais disseminadas por todo o território nacional. De maneira que este não é um requisito criado especificamente para isenção de tributos. É, antes de tudo, um reconhecimento do Poder Público à atividade de beneficência de várias entidades que rigorosamente suprem a deficiência dos serviços assistenciais do Governo. Esta é a realidade nacional. Isso não ocorre só na assistência social, mas também no campo da educação. Tirássemos nós os estabelecimentos particulares que ministram a educação no Brasil, e, evidentemente, o índice de analfabetismo estaria muito mais alto do que ainda se encontra. Acontece é que há uma legislação que criou o Conselho Nacional do

Serviço Social, órgão federal vinculado diretamente ao Ministério de Educação e Cultura, para examinar os objetivos dessas entidades e declarar se elas são ou não de fins filantrópicos. Além de requisitos outros indispensáveis ao registro, sempre o Conselho exigiu que, nos estatutos dessas entidades, duas condições fossem permanentes; primeiro, que a diretoria não seja remunerada; e, segundo, que no caso de dissolução da entidade os seus bens revertam para outras de igual ou semelhante finalidade. Para quem mora no asfalto, ou na capital, pode parecer o contrário, mas é muito difícil conseguir o reconhecimento de benemerência através de decreto de utilidade pública para as entidades localizadas no interior do país. Gostaria que qualquer um de nós tomasse a peito a iniciativa de pleitear junto ao Governo Federal um decreto nesse sentido. É tão difícil e moroso que os congressistas, muitas vezes invadindo a esfera do Executivo, o fazem através de lei, quando, pela legislação ordinária vigente, é ato próprio do Presidente da República. Mas, a exigir com exclusividade o decreto de utilidade pública do Governo Federal, é melhor ser mais sincero e dizer que não há isenção para essas entidades interioranas. Durante muitos anos, militei na política. Somente no Congresso Nacional me demorei durante 16 (dezesesseis) anos e vi como todos tínhamos dificuldades de conseguir encaminhar um processo de reconhecimento de utilidade pública até ser afinal, despachado pelo Sr. Presidente da República. É preciso dizer que eu era pertencente ao partido do Governo. Não era questão de boa ou má vontade e, sim, de tramitação lenta e cheia de obstáculos. Então, o que se deve examinar é exatamente a natureza do serviço realmente prestado e não uma formalidade das mais difíceis de ser alcançada. Se o Conselho Nacional de Serviço Social, que é órgão do Governo Federal, examina criteriosamente os

processos a seu cargo, deveria valer a sua decisão mais do que uma simples formalidade, que pode ser dada a uma entidade que não tenha tantos merecimentos e negada a tantas outras no interior do país que prestam relevantes serviços.

Desta maneira, Sr. Presidente, entendendo que o decreto de utilidade pública não importa no reconhecimento da isenção. A isenção é dada pela legislação federal. Apenas os requisitos exigidos por essa legislação federal são comprovados através de documento das autoridades locais. Não vejo porque, se está o problema afeto a um órgão federal, como o Conselho Nacional de Serviço Social, se possa retirar o valor de sua resolução ou de um reconhecimento dessa natureza, para se exigir apenas um formalismo. Mas isto, é preciso que se diga, é uma forma de furtrar-se ao dever de dar efetiva assistência, pela dificuldade que há, realmente, de se obter um decreto presidencial em matéria dessa espécie. Assim, Sr. Presidente, verificando acima de tudo o alcance do benefício e que a ajuda oficial

existe para ser prestada, e não para ser negada, como nós temos visto em muitos processos que correm neste Tribunal, eu, com a devida vênia e com o respeito e a admiração que tenho ao eminente Ministro-Relator, voto em sentido contrário e no caso rejeito os embargos.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS Nº 99.821-DF — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Apte.: Fundação Universidade Regional do Rio Grande do Norte. Apda.: União Federal.

Decisão: «A turma, por maioria, vencido o Sr. Min. - Relator, deu provimento à apelação para reformar a sentença recorrida e conceder a segurança». Lavrará o acórdão o Sr. Min. Wilson Gonçalves (em 20-6-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Wilson Gonçalves e Américo Luz, na ausência justificada do Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Torreão Braz.

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.167 — AL

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Cerealista França Ltda.

Apelada: União Federal

#### EMENTA

Administrativo e fiscal. — Decreto nº 70.275/72 — Recurso. Prazo. Erro. Resposta à consulta telefônica equivocada sobre a prorrogabilidade do prazo para o recurso da decisão de primeiro grau administrativo, por si mesmo improrrogável ou prorrogável somente à vista de circunstâncias especiais, incoerentes, no caso, não conduz à ilegalidade da notificação para recolher o imposto, à consideração de erro do órgão julgador, que desconheceu do recurso, ao argumento de perempção, com base na dita resposta àquela consulta.

Recurso desprovido.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Assim a sentença relatou e decidiu a questão (fls. 410/412):

«Cerealista França Ltda., firma comercial estabelecida nesta Capital, ajuizou ação de mandado de segurança contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal neste Estado, pelo qual foi a impetrante notificada a pagar, em virtude de auto de infração mantido administrativamente, diferenças de imposto de renda de pessoa jurídica relativo aos anos-base de 1979 e 1980, mais multa e consectários.

Alega, como fundamentos do pedido, que: a) o seu recurso para o conselho de contribuintes foi julgado perempto devido a uma equivocada informação da autoridade impetrada sobre a possibilidade de prorrogação do prazo recursal, ficando ferido o seu direito de ver reexaminada a matéria na esfera administrativa de mais alta hierarquia; e, b) o auto de infração que ensejou a cobrança do suposto crédito tributário baseou-se em exame superficial da escrita da impetrante, que não cometeu as infrações apontadas, conforme farta documentação oferecida com a petição inicial.

Dando à causa o valor de Cr\$ 15.840.244,50 (fl. 6), e instruindo o pedido com os documentos de fl. 7, **usque** 379, requereu a concessão de medida liminar, indeferida pelo despacho de fls., pedindo, afinal, fosse deferida a segurança para «apreciação para constatação da verdade com base nos fatos e provas documentais apresentadas» (fl. 05, item b).

Pelo despacho de fl. 382 determinei que a impetrante, no prazo legal, aditasse a petição inicial para melhor fixação da **causa petendi**, o que foi feito de forma insatisfatória através da petição de fl. 384.

Por cautela, vez que a impetrante alegava, entre outros fundamentos, cerceamento de defesa na esfera administrativa, permiti o prosseguimento do feito, com o objetivo de colher da autoridade apontada como coatora os esclarecimentos necessários (despacho de fls. 386/387).

As informações foram prestadas no prazo legal (fls. 390 e seguintes), tendo a nobre autoridade impetrada esclarecido que o equívoco quanto à prorrogação de prazo para recurso administrativo foi cometido pela própria impetrante, que o confundiu com a defesa prevista no item I do art. 6º do Decreto nº 70.235/72, tendo a notificação impugnada no **mandamus** sido precedida de todas as formalidades legais e regulamentares exigidas.

O Dr. Procurador da República, por sua vez, manifesta-se pelo indeferimento liminar do pedido, por inépcia da petição inicial, vez que a impetrante deixou de atender aos requisitos constantes dos incisos III e IV do art. 282 do Código de Processo Civil.

Autos devidamente preparados (fl. 379).

É o relatório.

II — Decisão:

A leitura atenta da petição inicial e seu aditamento de fl. 384 leva à conclusão de que a impetrante impugna o último ato praticado pela autoridade administrativa, ou seja, a intimação de fl. 14, expedida em 4-10-82, para que fosse pago o débito objeto do auto de infração, esgotadas que estavam as vias administrativas.

Pretende, assim, que seja concedida a segurança para furtar-se ao pagamento da dívida, que considere injusta e ilíquida, dada a alegada impossibilidade de ver sua documentação examinada, em grau de recurso voluntário, pelo conselho de contribuintes.

Entendo, pois, afastando-me de um excessivo rigorosismo, técnico, que não procede a alegada inépcia da petição inicial, conforme manifestação do ilustrado representante do Ministério Público Federal.

E essa convicção mais se firma quando se verifica que a nobre autoridade coatora não sentiu maior dificuldade em prestar suas informações, fazendo-o de forma limpa e completa.

Assiste razão, entretanto, à autoridade apontada como coatora e ao Dr. Procurador da República quando demonstram que a matéria ventilada pela impetrante não se comporta no âmbito restrito do mandado de segurança.

De fato, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos já firmou jurisprudência no sentido da impossibilidade de substituição, pelo contribuinte, dos embargos à execução pelo **mandamus**, vez que esta ação não é própria para o exame de questões fáticas complexas e que podem demandar, inclusive, a produção de provas em amplo contraditório.

Ora, no caso sob exame pretende a impetrante justamente esse exame, para que se decida pela invalidade material do auto de infração e

conseqüente intimação final para o pagamento do débito tributário.

Releva notar, por último, que o alegado cerceamento de defesa, além de recair sobre o conselho de contribuintes, que julgou perempto o recurso administrativo, teria como fundamento uma conversa telefônica com a autoridade impetrada, sendo nítida a discrepância entre a impetrante e essa autoridade sobre o conteúdo da conversação, inexistindo, no caso, prova pré-constituída sobre a questão.

Ante o exposto, julgo a impetrante carecedora da presente ação de mandado de segurança, ressalvado o seu direito de, em ação própria, postular o reconhecimento de seu pretense direito, e, em conseqüência, declaro extinto o processo sem julgamento do mérito.

Custas pela impetrante.

Sem honorários advocatícios (verbete nº 512 da Súmula do STF).»

Apelou a impetrante para que:

- a) seja reformada a sentença;
- b) seja concedida a medida liminar, determinando-se ao Sr. Delegado da Receita Federal que se abstenha de propor o executivo fiscal, até que seja apreciado o mérito do recurso voluntário; e
- c) seja determinado ao Primeiro Conselho de Contribuintes que aprecie as provas apresentadas, com o conseqüente julgamento do mérito (fls. 416/419).

Contra-razões às fls. 423/426.

Manifestou-se a Subprocuradoria-Geral da República pelo não-provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Conforme se apura dos autos, o man-

dado de segurança colima sustar os efeitos da intimação para recolher o imposto devido à Fazenda Nacional sob a consideração de que o conselho de contribuintes laborou em erro material quando desconheceu do recurso, para considerá-lo perempto, isto por causa da imperfeita fixação dos termos de uma consulta telefônica sobre a possibilidade de se prorrogar o prazo para o recurso da decisão que julgou improcedente a impugnação ao auto de infração, feita pelo representante da empresa impetrante, ao impetrado, às vésperas do termo final do prazo para o recurso. O último teria apreendido à consulta como se fosse sobre a possibilidade de prorrogar o prazo para a impugnação ao auto, a teor do art. 6º, II, do Decreto nº 70.275/72. Daí, a resposta afirmativa, dada por telefone, à véspera do termo do prazo para a interposição do recurso.

No que pese a concordância das partes, sobre a imperfeita apreensão do objeto da consulta telefônica, e sua resposta, tenho para mim que esta não influiu para a decisão do conselho de contribuintes, pois os termos, inicial e final, do prazo para o recurso constam do Decreto nº

70.275/72, e a impetrante não apontou erro de fato da repartição, quando registrou as datas respectivas, capaz de levar o órgão julgador a equívoco material sobre a contagem do prazo recursal de 30 dias. Quando a empresa protocolou o recurso, dito prazo já era encerrado há vários dias, de sorte, que pelo princípio de que a lei se presume conhecida por todos, e, especialmente, pelos profissionais de direito, a resposta equivocada, que teria conduzido à interposição do recurso, fora do prazo, era juridicamente irrelevante.

A notificação em causa não encerra qualquer ilegalidade.

Nego provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 100.167-AL — Rel.: Min. Moacir Catunda. Apte.: Cerealista França Ltda. Aptda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso. (Em 12-3-84 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator, os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.219 — RS

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Requerentes: FINANCIL — Administração e Assessoria Financeira Ltda. e outros

Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara — RS

#### EMENTA

Processual civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Ausência dos pressupostos legais.

O writ of mandamus não se constitui em meio válido a atribuir a apelação efeito suspensivo, quando a lei apenas contempla o efeito devolutivo. Não se presta, portanto, à revalidação de medida liminar, expressamente cassada por sentença denegatória da ordem e objeto de recurso ordinário.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 13 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República explícita, em parte, a matéria objeto da impetração, ao dizer (fls. 156/157):

«Impetram a empresa Financil — Administração e Assessoria Financeira Limitada e outros o presente mandado de segurança contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Sul, denegatória de idêntico remédio jurídico requerido contra ato do Presidente da Junta Comercial daquele mesmo Estado.

Pretendem com isto obter, em suma, efeito suspensivo para o recurso por eles interposto, de modo a manter a eficácia das medidas liminares que lhes haviam, anteriormente, garantido o registro e arquivamento da alteração de contrato social constitutivo da primeira impetrante e do contrato social da empresa Fernandes Costa — Administração Financeira Ltda.

O argumento principal que utilizam é o de que, não tendo sua apelação efeito suspensivo, a expressa cassação das liminares lhes causará dano irreparável, uma vez que, irregularmente constituídas, fica-

rão impedidas de exercer o seu objetivo social, arcando, contudo, com os custos administrativos decorrentes da manutenção de suas instalações».

A seu turno, os impetrantes expõem os fatos na peça vestibular, nestes termos (fls. 03/06):

«A Financil — Administração e Assessoria Financeira Limitada é uma sociedade, de natureza civil, por quotas de responsabilidade limitada, regularmente constituída, estando seu contrato devidamente registrado e arquivado no Registro de Comércio competente, isto é, o Cartório de Registro Especial de Porto Alegre, RS, no livro 4505, fl. 167, livro 9 A, sob nº 4, em 15 de abril de 1982 (doc. nº 3);

Em 04 de maio de 1982, por vontade de seus sócios quotistas, a impetrante teve alterado, em parte, seu objetivo social (cláusula 2ª de Alteração do Contrato social anexo, doc. nº 4). De natureza civil que era a sociedade, face a alteração estatutária, a mesma tornou-se mercantil, carecendo, pois, de arquivamento e registro na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul;

Pretendendo o registro de seu contrato social (art. 10, II, do Código Comercial Brasileiro e Decreto nº 3.708) a impetrante teve o mesmo negado pelo Sr. Presidente da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul que exigiu — como condição prévia — «o exame do contrato social pelo Banco Central do Brasil S.A.»;

Inconformada, a impetrante recorreu administrativamente e não obteve êxito;

Diga-se de passagem que a impetrante, face a atitude inusitada do Sr. Presidente da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, estava legalmente impedida de funcionar como sociedade mercantil,

arcando com altos custos administrativos, tais como: pagamento de salários aos empregados, leis sociais e aluguel do local para instalação de sua sede social;

Não restou outro caminho à impetrante senão o remédio extremo: ajuizou mandado de segurança contra ato do Sr. Presidente da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul. Distribuindo o **mandamus** ao Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara — Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul — o mesmo, em 15 de julho de 1982, deferiu liminarmente o objeto do mandado de segurança: o registro e arquivamento da alteração do contrato social da impetrante na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul;

Solicitadas as informações de estilo, pelo MM. Magistrado, o Sr. Presidente da Junta Comercial do Estado, as prestou e admitiu o Banco Central do Brasil S.A. como assistente ao processo (CPC, art. 50). Tanto a autoridade coatora e o assistente discorreram longamente em prol de sua tese, que era comum;

Neste passo, o impetrante Hélio da Conceição Fernandes Costa e sua mulher, Elsa Fernandes Costa, únicos sócios quotistas da sociedade mercantil — Fernandes Costa — Administração Financeira Limitada, argüindo os mesmos pressupostos da Financil — Administração e Assessoria Financeira Limitada — requereram sua participação no mandado de segurança como litisconsortes ativos e obtiveram, liminarmente, do ilustrado Dr. Juiz Federal da 2ª Vara o registro e arquivamento da sociedade de que são sócios;

Apreciando o mérito do mandado de segurança impetrado, o MM. Juiz Federal da 2ª Vara — Seção Judiciária do Estado do Rio Grande

do Sul — lançou, em 17 de outubro de 1982, a respeitável sentença anexa (doc. nº), cassando expressamente as liminares anteriormente concedidas e, em conseqüência, denegando a segurança impetrada pelos requerentes;

Na respeitável sentença da lavra do Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara o mesmo refere expressamente: «Realmente, a matéria é novíssima em nossa Pátria. A discussão, certamente, ganhará amplitude e mais fontes de consulta serão encontradas. O tema irá receber a análise dos grandes juristas e o julgamento dos nossos tribunais (fl. 89 da sentença anexa). Já se vê, portanto, que, ao sentenciar, o digno Magistrado a quo encontrou dificuldade para expressar um juízo de convicção abrangente, limitando-se — tão-somente — a referir as equivocadas razões trazidas ao processo pela autoridade impetrada e pelo assistente admitido;

Tempestivamente, os impetrantes, com lastro nos incisos do art. 464 do CPC, apresentaram os seus Embargos de Declaração à respeitável sentença de 1ª instância, juntando farta documentação consistente de pareceres e doutrina da lavra de renomados juristas pátrios, unânimes em defender a tese espousada pelos impetrantes da segurança negada. Em 22 de novembro de 1982, o MM. Magistrado, em apreciando os embargos, desacolheu-os, invocando razões de fato e de direito ali expostas;

Em 17 de dezembro de 1982, mediante petição, os impetrantes apelaram à instância superior da respeitável sentença de fls., invocando os ensinamentos de renomados mestres de direito pátrio ali referidos.

Em 07 de janeiro de 1983, o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande

do Sul recebeu a apelação interposta no seu efeito devolutivo. Contados e preparados os autos do mandado de segurança os mesmos devem ser encaminhados, para apreciação do recurso, ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos (TFR)».

Alegando ameaça e dano irreparável e sustentando ser líquido e certo o seu direito, pediram a concessão de medida liminar e, afinal, o deferimento do «writ».

Instruído o pedido com os documentos de fls. 12/144, despachei indeferindo a liminar e determinando fossem solicitadas as informações, que vieram às fls. 150/153 e que podem ser sintetizadas nos tópicos seguintes:

«Tendo sido recebida a apelação unicamente no efeito devolutivo, não se utilizaram os demandantes do agravo de instrumento, valendo-se, desde logo, desta ação.

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos tem decidido que «a admissibilidade do mandamus contra decisão judicial está condicionada à interposição de recurso específico sem efeito suspensivo e à irreparabilidade de dano emergente...» (AMS nº 88.461, SP, Relator Ministro Wilson Gonçalves, Pleno, Unânime, DJU de 11-6-80).

No mesmo sentido:

a) AMS nº 91.351 — PR — Relator Ministro Sebastião Reis, Segunda Seção, maioria, DJU de 25-06-81;

b) AMS nº 95.347, SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Seção, maioria, DJU de 20-05-82.

De qualquer sorte, a apelação, em mandado de segurança, não tem efeito suspensivo (Moacyr Lobo da Costa, in Recursos em Mandado de Segurança, Revista dos Tribunais, nº 418, pág. 34).

Por isso, a jurisprudência tem alicerçado:

«Voto — Senhor Presidente. Tem efeito meramente devolutivo o apelo oponível à sentença proferida em mandado de segurança, em virtude mesmo da natureza urgente desse remédio constitucional. E, aliás, o que está expresso no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51. As exceções ao princípio estão enumeradas no art. 7º da Lei nº 4.348/64...» (Voto do Eminentíssimo Ministro Torreão Braz, em 03-04-81, como Relator do Agravo de Instrumento nº 41.226/RS, Reg. nº 3217850, 3ª Turma)».

Registre-se o conteúdo da Súmula nº 405, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Na forma dos acórdãos desse Excelso Tribunal, o mandamus não serve para manter a eficácia da medida liminar concedida a título precário, impondo uma sentença que a ampare em definitivo, deferido o «writ», ou a casse, tanto que outra seja a decisão. Reporto-me, exemplificativamente, à AMS nº 83.709, SP, Relator Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, 4ª Turma, unânime, DJU 2-4-80.

Não há, portanto, ocorrência de dano irreparável pelo próprio conteúdo da apelação, que possui efeito meramente devolutivo».

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República concluiu o seu pronunciamento no sentido do não conhecimento da impetração.

È o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Sem adentrar no mérito da causa, que constitui atividade da douta Turma a que tocar, por distribuição, o julgamento da apelação interposta pelos impetrantes, e de que dão notícia os presentes autos (fls. 12/17, 34, 50/56 e 96 a 143), concordo com o raciocínio expandido no Parecer da

douta Subprocuradoria-Geral da República, *in verbis* (fls. 157/158):

«... pretender que perdue a eficácia de uma liminar, mesmo que a ela se contraponha a sentença que julgou definitivamente o feito, não parece algo razoável, por configurar, na verdade, uma total e anômala inversão das posições entre as partes: a autoridade impetrada, que obteve sentença declaratória da inexistência de vício em seu ato (comissivo ou omissivo), ficaria impedida de praticá-lo, enquanto que os impetrantes, que perderam a demanda, estariam na posição de quem houvesse alcançado êxito. Este uso exageradamente amplo do mandado de segurança, com o objetivo de atender a tal objetivo, deve, pois, ser repellido».

De acordo também me ponho com a jurisprudência desta Egrégia Corte, referida na peça informativa, notadamente quanto a AMS nº 83.709, SP, relatada pelo Sr. Ministro Miguel Ferrante, 4ª Turma, DJ de 2-4-80, que levou o Magistrado informante a asseverar (fls. 152/153):

«Na forma dos Acórdãos desse Excelso Tribunal, o *mandamus* não serve para manter a eficácia da medida liminar cassada pela sentença denegatória. A liminar é sempre concedida a título precário, impondo uma sentença que a ampare em definitivo, deferindo o «*writ*», ou a casse, tanto que outra seja a decisão».

«Não há, portanto, ocorrência de dano irreparável pelo próprio conteúdo da apelação, que possui efeito meramente devolutivo».

Com estas considerações, ausentes os pressupostos validatórios do exercício do direito de ação mandamental, não conheço da impetração.

É o meu voto.

## VOTO VENCIDO

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, com a devida vênia, concedo a segurança.

Meu entendimento sobre a matéria, a despeito da iterativa jurisprudência, busca fundamento, por um lado, no direito positivo e, por outro, em razões de ordem histórico-sistemática.

Sob o primeiro aspecto, convém ter em vista que, ao se referir às apelações que não comportam o efeito suspensivo, a lei (CPC, art. 520) não cogita, em nenhum momento, de apelações interpostas contra sentenças denegatórias de segurança.

Do ponto de vista do perfil histórico-sistemático do instituto, o mandado de segurança, criação original do direito brasileiro, se filia às ações possessórias, ou seja, aos interditos e, portanto, ao processo romano interdital, nitidamente diverso do processo das ações, como acentua Gandolphi e, entre nós, Galeno Lacerda.

Nos interditos possessórios a sentença de improcedência se sujeita a apelação de duplo efeito: o decreto liminar subsiste, qualquer que seja o *eventum litis*, até a formação da coisa julgada.

E isto bem se compreende pela finalidade e eficácia própria dessa classe de tutela jurisdicional, que o direito intermédio qualificou como *judicia duplicia*.

Assim, deferida e cumprida a reintegração liminar, veja-se que a ineficácia imediata desse decreto, em decorrência da prolação de sentença desestimatória da demanda, determinaria nova alteração da situação de fato; a seguir, o provimento da apelação, terceira mudança; o provimento de embargos infringentes, quarta modificação; e, assim, sucessivamente...

É bem de ver que semelhante orientação não se coaduna com a segurança e estabilidade que se reclama para as decisões judiciais.

O Senhor Ministro Carlos Mário Velloso: V. Exa. me permite um aparte?

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Com todo prazer.

O Senhor Ministro Carlos Mário Velloso: O Supremo Tribunal Federal examinou esta matéria exaustivamente e editou a Súmula nº 405, onde se lê:

«Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária».

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Agradeço a V. Exa. a lembrança.

De fato, não ignoro que a jurisprudência brasileira é torrencial no sentido oposto àquele que venho sustentando. Mas a jurisprudência é a voz viva do direito; é sempre possível que venha a reformular suas proposições.

Acresce ponderar que o critério que vem predominando tem ensejado, por sua vez, o emprego de mandado de segurança (com indesejável e desnecessária multiplicação de demandas) precisamente para pleitear a concessão, pelos tribunais, de efeito suspensivo a recursos que, por lei, não o produzem.

Penso, pois, que seria mais apropriado, ao invés de fazer logo cessar a eficácia do decreto liminar, aguardar o julgamento do recurso que, de resto (este sim), tem efeito suspensivo, eis que não foi dele privado por lei. Assim, não seria mister mandado de segurança para resguardo da eficácia de julgado futuro, como frequentemente se observa...

Com estas breves considerações, e as mais respeitadas vênias de meus eminentes Pares, concedo a segurança, para assegurar o efeito suspensivo da apelação interposta contra sentença denegatória do mandado de segurança.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 100.219-RS — Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Reptes.: Financil — Administração e Assessoria Financeira Ltda. e outros. Reqdo.: Juízo Federal da 2ª Vara — RS.

Decisão: A Seção, por maioria, vencido o Sr. Min. Bueno de Souza, não conheceu do mandado de segurança. (Em 13-3-84 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Mário Velloso, Sebastião Reis e Pedro Acioffi. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Jerônimo Ferrante. Impedido o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu a sessão o Sr. Min. Otto Rocha.

### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.873 — PA

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Apelante: União Federal

Apelada: M. Neno Engenharia Elétrica e Hidráulica

Remetente: Juiz Federal no Pará

#### EMENTA

Administrativo. Empreitada. Licitação.

**Reputa-se não inscrita disposição do edital que entra em chaças com a lei que rege a empreitada.**

**Segurança confirmada.**

### 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, 19 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Trata-se de mandado de segurança impetrado por M. Neno Engenharia Elétrica e Hidráulica, firma individual, contra ato do Sr. Chefe do Departamento Especial da Amazônia da Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira (CEPLAC), «alagando que tendo realizado obras para a CEPLAC e pretendendo receber o seu preço reajustado, foi vítima de ilegalidade de atuação do referido órgão, que determinou a revisão, adotando critério que contraria o Decreto-Lei nº 185/67, que expressamente dispõe sobre a matéria».

Em suas informações a autoridade coatora argüiu ilegitimidade ativa da impetrante alegando que a CEPLAC celebrou contrato de empreitada para execução de serviços elétricos, conforme Edital nº 81/10 de 17-9-81, com a firma individual M. Neno, desconhecendo, assim, qualquer vínculo contratual com a denominada impetrante — M. Neno, Engenharia Elétrica e Hidráulica — que se diz prejudicada em decorrência da execução

desse contrato. E, no mérito, aduz que a Administração se limitou a aplicar as normas do Edital.

O Dr. Procurador da República, pela ausência de legitimação ativa da impetrante às fls. 133/134, opina pelo não conhecimento do pedido, mas, se conhecido, seja rejeitado, por inexistir direito líquido e certo amparável através do «writ», reservado ao titular de direito, o uso das vias ordinárias.

Sentenciando, o ilustre Juiz Federal, após rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa, concedeu a segurança, submetendo o julgado ao duplo grau de jurisdição (fls. 143 e seguintes).

Inconformado, apelou o Ministério Público à fl. 167 usque fl. 170, renovando preliminarmente a inconformação relativa à legitimação ativa da empresa impetrante. Alega que a impetrada celebrou contrato de empreitada para execução de serviços elétricos com a firma M. NENO «a qual, como consta do documento contratual, possui a inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda de número 04997822/0001-76», e que a impetração, com vistas a reajustes de preços no aludido contrato, ao invés de M. Neno é M. Neno Engenharia Elétrica e Hidráulica que, segundo procuração passada a seu advogado, a fl. 55 dos autos, tem o CGC nº 04978722-76, o que evidencia tratar-se de empresas distintas. E no mérito, argumenta não ser a divergência compatível com o rito célere do mandado de segurança. Pede sua improcedência.

Contra-razões às fls. 173/181.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República em o parecer de fls. 188/202, opina

pela reforma da v. sentença, para que seja cassada a segurança.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Eminentíssimo Ministro, Eminentíssimo Subprocurador-Geral, Eminentíssimos Advogados. A questão, embora à primeira vista se apresente de difícil solução, ao final, bem examinada, mostra-se muito simples. Vejam V. Exas. o Decreto-Lei nº 185, de 1967, que dispõe sobre revisões de preços e contratos. Assim reza em seu art. 6º:

«Art. 6º As revisões dos preços unitários contratuais ou em parte do valor global contratual serão calculadas segundo a fórmula seguinte:

$$R = 0,90 \times \frac{I_1 - I_0}{I_0} \times V»$$

O próprio decreto-lei, logo a seguir, esclarece:

R — é valor do reajustamento procurado;

$I_0$  — é o índice de preços verificados no mês da apresentação da proposta que deu origem ao contrato;

$I_1$  — é a média aritmética dos índices mensais do período que deverá ser reajustado;

V — é o valor contratual da obra ou dos serviços a serem reajustados.»

O edital, que se põe contra a lei, no caso, reza o seguinte:

«7.1. O preço proposto para execução das obras de que trata o presente edital será reajustado na forma do art. 6º do Decreto-Lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967, observadas as demais disposições do referido decreto-lei e constantes deste

edital, assim como o Decreto nº 60.706, de 9-5-67, estabelecendo que estes reajustes não poderão exceder a 35% dos preços unitários vigentes na data do contrato e previstos para pagamento dos serviços a executar. No entanto, as faturas apresentadas no período de 60 dias da data da ordem de serviço serão irrealizáveis.»

Isto é o que consta do Decreto-Lei nº 185. E o edital determinou que se devia obedecer ao art. 6º. Mais adiante, o edital reproduziu os termos do decreto-lei e acrescentou um item:

«7.2.1. No cálculo do parâmetro  $I_1$ , ou seja, na obtenção da média aritmética dos índices mensais do período que deve ser reajustado, entrarão todos os índices de preços, desde o mês de apresentação da proposta — índice  $I_0$  — até o mês da conclusão da parcela ou etapa prevista no cronograma físico-financeiro respectivo.»

Pretende a impetrada fazer o reajustamento com base neste dispositivo do edital, que acabo de ler. A isso cifra-se, em última análise, a controvérsia: aplica-se esse dispositivo do edital, ou aplica-se o art. 6º?

Data venia da opinião do nosso eminentíssimo Subprocurador-Geral, acho que, efetivamente, o edital emprestou uma interpretação incompatível com os termos do art. 6º, que merece aplicação.

Acrescento que esses reajustes de valores têm um teto estabelecido pelo Decreto-Lei nº 60.706, de 9 de maio de 1967, também citado no edital, o qual limita correções dos valores de obras públicas em 35%. Quer dizer que, se a correção, feitos os cálculos de acordo com o Decreto-Lei nº 185, sobrepassar tal percentual, será desprezada esta parcela excedente.

O Juiz, ao decidir, primeiro, como é curial, manifestou-se sobre a preliminar. Ocorre, eminentíssimos Ministros, como V. Exas. ouviram da tribuna, e

o nobre advogado narrou lisamente, que o impetrante figura nos autos como M. Neno Engenharia Elétrica e Hidráulica, como também no contrato. Mas está provado, sobejamente, que se trata de firma individual. O titular é o mesmo que firmou contrato, o mesmo que impetra o mandado de segurança e a denominação «Engenharia Elétrica e Hidráulica» é muito comum em firmas comerciais, explicitando, digamos assim, as suas atividades; mas não há dúvida alguma de que se trata da mesma firma individual e, por isso, o Juiz se manifestou nesse sentido:

«Rejeito a argüida preliminar de ilegitimidade ativa, face o contido na certidão nº 1.141/82, fornecida pela Junta Comercial do Estado do Pará — «JUCEPA», acostada à fl. 138, através da qual se comprova ser a Impetrante a mesma firma individual M. Neno, nome com o qual celebrou contrato a que se reportam as partes.»

Sr. Presidente, também rejeito a preliminar, por totalmente despropositada.

Quanto ao mérito, a sentença assim pronunciou:

«Como se vê, de acordo com o preceito legal, o parâmetro  $I_1$  da fórmula resulta da «média aritmética dos índices mensais» de preços «do período que deverá ser reajustado», entretanto, no seu item 7.2.1., o Edital nº 81/01 estabeleceu que, no cálculo para obtenção dessa média aritmética, entram «todos os índices de preços, desde o mês de apresentação da proposta — índice  $I_0$  — até o mês da conclusão da parcela ou etapa prevista no cronograma físico-financeiro respectivo.»

Efetivamente, o edital foi além da lei e se contradisse, porque mandou aplicar o art. 6º, que fala em período a ser reajustado, e não desde o in-

gresso da proposta, que é a outra fórmula ( $I_0$ ).

Assim, tenho como não escrita essa passagem do edital, que foi além da lei, descuprindo-a. Tanto isso é certo que o período a ser reajustado não é um, no caso, foi mais de um e, comumente, são vários períodos. Não é possível fazer o cálculo, que a lei diz que deve ser mensal desde o ingresso da proposta, quando há mais lapsos que podem ser corrigidos, como no caso, houve. Então, acho que, efetivamente, não se deva reputar como válida essa disposição que contraria fundamentalmente, a meu ver, a lei; amesquinha os valores de reajuste. Por isto, confirmo a respeitável sentença, que escorreitamente conclui:

«No caso, esse dispositivo não pode prevalecer, pois, atentando contra o elemento  $I_1$  da fórmula estabelecida no art. 6º do Decreto-Lei nº 185/67, feriu direito líquido e certo da impetrante em ter o reajuste do preço da obra calculado conforme os critérios do citado Decreto-Lei nº 185/67 e dos limites previstos no Decreto nº 60.706, de 9 de maio de 1967.»

Data venia da sustentação, sempre brilhante, do eminente Subprocurador-Geral, o MM. Juiz a quo decidiu com muito acerto. A hipótese, embora pareça complexa por causa dessas fórmulas, na realidade não o é. Tudo, em última análise, cifra-se a esses dois dispositivos: o do decreto-lei, art. 6º, que manda fazer o cálculo tomando-se por base os preços mensais, e o do edital, que vai além e quer que tais cálculos sejam feitos levando em consideração a apresentação da proposta, quando a obra ainda nem está sendo realizada.

Por tais motivos, Sr. Presidente, confirmo a respeitável decisão, negando provimento à remessa e à apelação.

**EXTRATO DA MINUTA**

AMS nº 100.873-PA — Rel.: O Sr. Ministro Leitão Krieger — Apte.: União Federal. Apda.: M. Neno Engenharia Elétrica e Hidráulica.

Decisão: A turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 19-8-83 — 1ª Turma).

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

Falou o Dr. Francisco Nunes Salgado.

Falou o Dr. Subprocurador-Geral Paulo André Sollberger.

**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.074 — RJ**

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Remetente ex officio: Juiz Federal da 9ª Vara

Apelante: DNER

Apelados: Arnaldo Camacho Júnior e outro

**EMENTA**

**Servidores públicos. Progressão vertical. Critério de desempate.**

Os servidores admitidos na autarquia, em 1960, em cargos de Estatístico, e assim incluídos no Plano de Classificação da Lei nº 3.780, de 1960, e no Novo Plano da Lei nº 5.645, de 1970, têm direito à promoção pelo critério de maior tempo na categoria funcional. (Decreto nº 84.669, de 1980, art. 13, § 2º).

A situação funcional anterior tem continuidade na criada pelo Novo Plano, pois, em se tratando de cargos apenas transpostos, não perderam os direitos inerentes à sua categoria, nem podem ser preteridos por servidores que vieram a ser incluídos nela, por força da readaptação ou de transformação de seus cargos.

**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, 16 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Estatísticos, classe «C», referência 21, do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, admitidos no quadro da autarquia em 1960, foram preteridos na promoção para a Classe Especial da Categoria Funcional, em virtude do critério adotado

pela Administração, quanto à contagem de pontos.

Irresignados, impetraram mandado de segurança contra ato do Diretor do Pessoal da autarquia, consubstanciado em Portaria de 10 de novembro de 1982, alegando, em resumo, o seguinte:

Embora os servidores que os preteriram na progressão estivessem classificados na classe «C», a sua inclusão na categoria funcional de Estatístico se deu em virtude de readaptação ou de transformação de seus cargos na implantação do NPCC na autarquia, em 1975. Os impetrantes, porém, eram da classe de Estatístico desde 1960, antes mesmo do plano de classificação de cargos instituído pela Lei nº 3.780, de 1960. E como Estatísticos, foram transpostos para o NPCC.

Desse modo, tinham os impetrantes não só maior tempo na série de classes de Estatísticos, como sua inclusão no NPCC foi por simples deslocamento de seus cargos para classe de atribuições correlatas no mesmo sistema — ou seja, por transposição. Não podiam, portanto, ser considerados em igualdade de condições com os demais integrantes da classe «C» da categoria funcional de Estatístico, para efeito de promoção.

Fazendo remissão a atos legislativos e a um parecer de membro da divisão de classificação de cargos da autarquia os impetrantes pedem a retificação do ato lesivo de seus direitos, para o fim de serem incluídos entre os promovidos com as consequências patrimoniais correlatas, a serem pagas a partir de 1º de setembro de 1981, com juros e correção monetária.

## II

Em suas informações, o DNER arquivou as preliminares de decadência do direito de impetrar o «writ» e ilegitimidade passiva **ad causam**, eis

que os atos praticados são apenas cumprimento de normas cogentes.

No mérito, fundamentou-se em que a contagem do tempo de serviço, para efeito de promoção, tem como termo inicial o dia 1º de novembro de 1974, segundo os princípios consagrados no NPCC.

Ouvido o Dr. Procurador da República, o Juiz Federal da 9ª Vara I do Rio de Janeiro concedeu o **mandamus**, em parte, para retificar a Portaria da impetrada de 10-11-82, e nela incluir os impetrantes, com as consequências patrimoniais a partir de 1981.

Sentença remetida.

Apelou o DNER.

Contra-arrazoaram os impetrantes.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Não procedem as preliminares suscitadas.

Na verdade, o ato que malferiu o direito individual dos impetrantes foi a Portaria de 10 de novembro de 1982, e não o edital que divulgou a classificação dos servidores da autarquia, segundo o tempo de serviço. A preterição, contra a qual se irressignam eles, se concretizou no ato de concessão da progressão vertical, e não no simples relacionamento do seu tempo de serviço.

De outra parte, o que ofende direito líquido e certo não é o ato normativo, que é genérico, mas a aplicação dele, ou seja, a sua concreção em determinada situação jurídica individual.

No mérito, a controvérsia reside no critério de desempate entre servidores da mesma classe.

O Decreto nº 80.602, de 1977, no § 1º do art. 32, previa como critérios de desempate:

1º o maior número de pontos em cada uma das avaliações;

2º maior tempo de Serviço Público Federal;

3º maior tempo no Serviço Público;

4º o mais idoso.

O Decreto nº 84.669, de 1980, § 2º do artigo 13, ampliou tais critérios. Desempata-se segundo:

1º maior tempo na referência;

2º maior tempo na classe;

3º maior tempo na categoria funcional;

4º maior tempo no Serviço Público Federal;

5º o maior tempo no Serviço Público;

6º o mais idoso.

Na classificação por tempo de serviço, os impetrantes foram colocados nos sexto, sétimo e oitavo lugares. O primeiro colocado na relação tinha 13.934 dias de serviço e o quinto, 8.998 dias. Os impetrantes contavam de 8.656 dias para menos.

Vê-se daí que o critério adotado foi o de maior tempo de serviço, desprezando os critérios prioritários, quais sejam o de maior tempo na classe e na categoria funcional. Pressupõe-se, outrossim, que todos os concorrentes à progressão tinham igual tempo na referência.

Sustenta a apelante que, em face do NPCC, o tempo de classe e de categoria funcional é contado uniformemente, a partir de 1º de novembro de 1974, considerada apenas a situação

jurídico-funcional nova e desprezada a classificação anterior.

De forma alguma.

Se os impetrantes já eram Estatísticos desde 1960, e como tal foram incluídos no plano, a situação jurídico-funcional anterior se soma à nova. Tanto que tal fato era considerado para a classificação do servidor, por ocasião do enquadramento. O NPCC não importou em desfazimento de situações jurídicas, mas sim em novo enquadramento delas, de acordo com as normas que o regeram. O servidor que teve seu cargo apenas transposto, não perdeu o status e os direitos a ele inerentes desde a anterior classificação. Vale dizer que, quem era Estatístico continuou Estatístico, preenchendo a categoria funcional com o seu cargo. Logo, não há como admitir-se que seu tempo na classe ou na categoria seja contado somente a partir da implantação do NPCC. Há uma situação jurídico-funcional anterior que se liga, com os seus direitos e deveres, ao novo sistema.

A preterição dos impetrantes é flagrante, tanto mais que o foram por servidores de menor tempo na categoria funcional e na classe, eis que incluídos através de transformação de seus cargos.

Na realidade, o critério adotado premiou quem passou a ocupar cargo de Estatístico ou por readaptação, depois de 1960, ou por força de transformação na implantação do NPCC. De qualquer maneira, foram reconhecidos como Estatísticos, posteriormente à classificação originária dos impetrantes, que o são desde a sua admissão na autarquia. A injustiça do critério, é evidente, premia o mais novo, em detrimento do mais antigo.

A sentença bem apreciou a espécie, pelo que a confirmo.

Nego provimento à apelação.

**EXTRATO DA MINUTA**

AMS Nº 101.074-RJ — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Remte.: Ex Offício — Juiz Federal da 9ª Vara. Apte.: DNER. Apdos.: Arnaldo Camacho Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 16-3-84 — 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 EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.420 — RJ**

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Apelantes: Myda Maria Sala Pacheco e outros

Apelada: Universidade Federal do Rio de Janeiro

**EMENTA**

**Mandado de segurança.**

**Decadência. Interposição a destempo. Alegação de que houve recurso, na área administrativa. Não se há de equiparar este meio de impugnação com simples requerimento do interessado, sem comprovação de ter sido formalizado como recurso esse ato, e de ele ter sido objeto de decisão administrativa. Ineficácia de requerimento, porque dirigido não ao subscritor da portaria que procedeu o enquadramento definitivo dos docentes, mas ao presidente da comissão permanente de pessoal docente da universidade, que não tem competência para elidir ato do Magnífico Reitor.**

**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, 17-2-84 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Myda Maria Sala Pacheco

impetrou mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que lhe enquadrou na classe de professor adjunto, referência nº 4.

Pretende a impetrante ver reformada a Portaria nº 338, de 14-7-81, para o fim de ser retificado o seu enquadramento para, em seguida, ser enquadrada como professor titular.

Foram admitidos litisconsortes às fls. 48/50.

Sem liminar, foram solicitadas as informações, que as prestou a autoridade impetrada, esclarecendo ser exigência expressa o concurso público para o ingresso na classe de professor titular, conforme preceitua o Decreto nº 85.487/80, e que a impe-

trante e os litisconsortes sequer se inscreveram no concurso. Juntou decisão em prol da tese em exame.

O Dr. Procurador da República emitiu parecer pela extinção do processo, em face de decadência do direito, pois o ato impugnado data de 14-7-81 e a impetração de 3-6-82.

O Dr. Juiz Federal julgou a impetrante e os litisconsortes carecedores da segurança.

Apelaram os impetrantes.

Contra-arrazou a impetrada.

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

E o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): O julgador do primeiro grau, Dr. Carlos Thibau, hoje eminente Ministro desta Corte, julgou os autores carecedores da ação mandamental, por ter havido decadência. Na apelação, os impetrantes e os litisconsortes aduzem, por seu culto advogado, que a segurança é interposta não contra a portaria do Magnífico Reitor, mas contra o ato que indeferiu o seu recurso.

Sem razão, data venia. O que consta dos autos, segundo os documentos das fls. nº 74, 76, 80 e 90, referidos nas razões (V. fl. nº 177), é coisa diversa de recurso. Trata-se de simples requerimentos de alguns litisconsortes

ativos, dirigidos ao presidente da comissão permanente de pessoal docente da Universidade Federal do Rio de Janeiro, solicitando o seu aproveitamento no cargo de professor titular, sob a alegação de serem portadores do título de livre docente. Evidentemente, que de recurso não se trata, tanto mais quando o ato de enquadramento definitivo dos impetrantes é da autoria do Reitor da Universidade. Logo, para que pudesse ser qualificado de recurso, imprescindível que a irresignação tivesse como destinatário o autor da Portaria nº 338, com a circunstância de que os impetrantes provassem ter sido formalizado o recurso, e, após, tivesse sido prolatada decisão, indeferindo a sua pretensão. Nada se provou, no particular.

Certa a sentença, que acolheu a decadência, razão por que a confirmo, negando provimento à apelação.

E o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.420-RJ — Rel.: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Apelantes: Myda Maria Sala Pacheco e outros. Apelada: Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — 17-2-84).

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

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.610 — DF

Relator: O Sr. Ministro Torreão Braz

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — DF

Apelante: União Federal

Apelada: Vitti Vinícola Cereser S/A

#### EMENTA

Administrativo. Controle e fiscalização de bebidas.

Aplicação de penalidades, consistentes em multa e inutilização de sidra, sobre a alegação de haver o exame do produto revelado a presença de «cloreto de sódio», aditivo não permitido pela legislação.

Resultado que se choca com a análise, da mesma bebida, realizada antes da saída do estabelecimento produtor, por órgão competente do Ministério da Agricultura em Jundiá, que a considerou «de acordo com os padrões estabelecidos por lei».

Prevalência da análise primitiva, que obedeceu aos critérios previstos nos arts. 22 usque 27 do Decreto nº 73.267/73, e contra a qual não se apontaram falhas comprometedoras da sua validade.

Ademais, é natural a presença de cloretos na sidra, pois tais substâncias integram a cinza que é encontrada na polpa das maçãs.

**Sentença confirmada.**

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 19 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Torreão Braz**, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Torreão Braz**: O Dr. Juiz Federal da 2ª Vara do Distrito Federal expôs a controvérsia nestes termos (fls. 322/325) lê:

A sentença concedeu a segurança, à consideração de que a autoridade exorbitara de suas atribuições, ferindo direito da impetrante de ver comercializados seus produtos; a alegação de que os níveis de cloreto de sódio verificados na bebida caracterizavam a adição proposital, com o intuito de substituir matéria-prima

(maçã), não encontrava apoio na prova coligida nos autos, uma vez que as análises do produto apreendido, feitas pelo Ministério da Agricultura em São Paulo (fls. 23, 24, 79 e 131), revelaram constar extrato de maçã em percentuais superiores aos constatados nos laudos de Jundiá; a presença do sal não tornava impraticável o produto, tanto que as duas análises de Jundiá (fls. 38/39) deram pela existência do cloreto, nas quantidades de 0,362 e 0,356 g/l, e consideraram a sidra «dentro dos padrões estabelecidos em lei»; a presença de cloretos na sidra era inevitável, por integrarem a cinza encontrada na polpa das maçãs, conforme demonstrado no «guia de composição de frutas» trazido com as informações (fls. 217/221); a Portaria nº 746/77, ao estabelecer «os padrões de identidade e qualidade para sidra», fixou em 1,5 g/l a quantidade mínima de cinzas que deveriam compor a bebida, sem estipulação do máximo, levando à conclusão de que não houve preocupação em limitar a dosagem do sal nela contido; a mesma norma estipulou em 15 g/l o mínimo de extrato seco reduzido e todas as análises procedidas no produto impugnado revelaram a existência de tal extrato em quantidades superiores a 20 g/l, che-

gando até 45 g/l (fl. 131), o que, por si só, afastava a necessidade da colocação de qualquer aditivo; carecia, portanto, de suporte fático a justificativa de que a bebida estava em «desacordo com os padrões de identidade e qualidade fixados pelo Ministério da Agricultura» (fls. 325/330).

Houve remessa *ex officio* e apelação da União Federal, com as razões de fls. 343/347, reeditando as alegações aduzidas nas informações e acrescentando que o deslinde da questão dependia da produção de prova pericial, impossível no âmbito do mandado de segurança.

Contra-razões às fls. 350/354.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 358/361).

E o relatório.

#### VOTO

**O Sr. Ministro Torreão Braz** (Relator): Preceituam os arts. 30, parágrafo único, 34 e 35 do Decreto nº 73.267, de 6-12-73, insertos na Seção II do Título I, que trata do controle da produção e circulação da uva e vinhos e seus derivados, *verbis*:

«Art. 30. A elaboração de vinhos para o comércio será privativa de cantinas registradas.

Parágrafo único. O vinho e os derivados da uva e do vinho somente poderão ter saída do estabelecimento produtor desde que acompanhados de guia de livre trânsito.

Art. 34. Ressalvado o destinado à destilação, o vinho somente poderá ser entregue à comercialização e consumo após a sua liberação pelo Ministério da Agricultura, respeitado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias contados da declaração de sua produção.

Art. 35. As disposições dos arts. 30 e seguintes aplicam-se também à champanha e vinho espumante,

vinho licoroso, vinho composto, jero-piga, vinho de frutas, sidra, conhaque, graspa ou bagaceira, pisco e vinagres».

O *modus faciendi* do controle em atinência é o previsto no art. 22 usque 27 do referido decreto, indispensável à expedição da guia de livre trânsito e que deve, por isso mesmo, preceder a saída da mercadoria do estabelecimento produtor.

Na conformidade dos citados preceitos normativos, a entidade fiscalizadora procede à colheita de amostra composta de três (3) unidades, sendo que uma será utilizada na análise pelo laboratório oficial, outra permanecerá guardada no mesmo laboratório em condições de conservação e a última ficará em poder do interessado para a perícia de contraprova. Esta perícia de contraprova constitui faculdade a ser exercida pelo interessado que não aceitar o resultado condenatório da análise (art. 25).

Pois bem, no caso concreto, está comprovado documentalmente (fls. 33/39) que os produtos apreendidos foram analisados, antes de sua saída do estabelecimento, pelo Laboratório do Ministério da Agricultura em Jundiá, que os liberou por estarem «de acordo com os padrões estabelecidos por lei».

Tenho que o primeiro exame deve prevalecer. A uma, porque não se alega que o Laboratório de Jundiá não é oficial, ou seja, órgão credenciado do Ministério da Agricultura; a duas, porque não se lhe apontam defeitos ou omissões susceptíveis de invalidá-lo; a três, porque realizado no espaço temporal que a lei determina, antes de posto o produto em circulação, configurando, assim, a análise fiscal de que cogita o art. 22, operadora do controle de qualidade da bebida.

Dir-se-á que não se há de afastar a existência de falsificação a posteriori, circunstância em que a

atuação da fiscalização se apresentaria dotada de irrecusável legitimidade.

É verdade, mas, nessa hipótese, seria mister a prova de alteração considerada nociva à saúde ou que implicasse modificação substancial dos caracteres organolépticos da bebida.

Tal não ocorreu na espécie vertente, pois o excesso de cloretos foi proficientemente explicado pelo talentoso julgador monocrático, o ilustre Dr. Ilmar Nascimento Galvão, na seguinte passagem da sentença (fls. 327/328):

«É relevante notar que a presença de cloretos na sidra é inevitável, de vez que tais substâncias integram a cinza que é encontrada na polpa das maçãs, conforme está demonstrado no «guia de composição de frutas» trazido pelo impetrado para os autos (fls. 217/221), sendo significativa a observação que se acha manuscrita a fl. 218, segundo a qual a maçã tipo «rosaceae» contém 0,259 g/litro de cloretos, ou seja, mais de 2 décimos de grama por litro.

Saliente-se, ainda, que, de acordo com os «padrões de identidade e

qualidade para sidra» estabelecidos pelo Ministério da Agricultura por meio da Portaria nº 746/77 (fls. 198/201), na composição da bebida as cinzas deverão aparecer na quantidade mínima de 1,5 g/l, sem estipulação do máximo (fl. 199), valendo dizer que não houve preocupação de limitar a dosagem do sal nela contido».

À vista do exposto, nego provimento à apelação e confirmo a sentença remetida.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.610-DF — Rel.: Sr. Min. Torreão Braz. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara — DF. Apte.: União Federal. Apda.: Vitti Vinícola Cereser S.A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 19-3-84 — 6ª Turma).

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

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.164 — DF

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Requerente: Confederação Nacional dos Transportes Terrestres

Requerido: O Sr. Ministro de Estado do Trabalho

Litisconsorte: Federação Nacional das Empresas de Transportes de Car-gas

#### EMENTA

Mandado de segurança. Seu cabimento por fundamentos novos. Reconhecimento de entidade sindical de 2º grau.

I — Se o mandado de segurança é impetrado contra novo ato do Ministro de Estado, que reconheceu entidade sindical de 2º grau, alinhando fundamentos não apreciados em impetração anterior, a

propósito da autorização ministerial para a organização da mesma entidade, não é aplicável a restrição contida no artigo 16 da Lei nº 1.533, de 1951. Trata-se de impetração inteiramente nova, pois novos são os seus fundamentos.

II — Demonstrado o procedimento administrativo regular para o reconhecimento da federação, posterior ao do pedido de autorização para organizá-la em âmbito nacional, improcede a alegação de vício do ato ministerial que a concedeu.

III — Não nega vigência ao artigo 577 da CLT o reconhecimento de federação de sindicatos representativos de determinada categoria, econômica, com base territorial nacional, pois a formação de tal entidade é forma de desconcentração, congenial à liberdade sindical, consagrada no artigo 166 da Constituição.

## ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, prosseguindo-se no julgamento, por unanimidade, indeferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Carlos Madeira, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Em 1981, alguns sindicatos de empresas de transportes de cargas pediram autorização para se constituírem em federação, o que foi negado pela Comissão de Enquadramento Sindical. Mas o Senhor Ministro do Trabalho deu provimento ao recurso hierárquico então interposto, sendo deferida a autorização.

Desse ato ministerial foi impetrado mandado de segurança, relatado pelo eminente Ministro Carlos Mário Vel-

oso e indeferido por este E. Tribunal.

Apenas autorizada a criação da Federação Nacional das Empresas de Transporte de Cargas, o Senhor Ministro do Trabalho resolveu reconhecê-la, como entidade de 2º grau, outorgando-lhe a respectiva carta, em ato de 29 de junho de 1983, publicado no Diário Oficial de 1º de julho seguinte.

Contra esse novo ato impetra a Confederação Nacional dos Transportes Terrestres o presente mandado de segurança, inquinando o mesmo de vício de nulidade, por haver reconhecido uma federação sem o prévio e necessário processo administrativo de reconhecimento, com violação da lei, ocasionando prejuízo econômico e moral à entidade maior, além de ser altamente pernicioso à estrutura sindical brasileira, como um todo, porquanto, se confirmado, irá denegrir a representatividade e a administração sindicais de nível superior.

Sustenta a impetrante que tem direito líquido e certo de ver íntegro o seu plano de atividades, criado de conformidade com o art. 577 da CLT, enquanto por lei não for alterado. Retirar a coordenação da categoria úni-

ca de empresas de transportes de cargas e erigi-la em federação é alterar aquele plano básico, violando direito líquido e certo da confederação.

O ato foi praticado ao arrepio dos artigos 534 *caput* e 577 da CLT e do art. 15 da Portaria MTB n° 39/44, do Ministério do Trabalho, acarretando aumento das despesas da administração sindical e tornando inviável o custeio da representação. Além disso, a Federação irá interferir na gestão da impetrante, posto que lhe subtrairá prerrogativas e deveres inerentes à representação da categoria econômica.

A impetrante ilustra seus argumentos com longa disceptação doutrinária, para afinal pedir a declaração de nulidade do ato impugnado, sustados todos os seus efeitos e casado o reconhecimento à Federação.

A autoridade impetrada prestou informações, argüindo de início a impossibilidade de conhecimento do pedido, uma vez que tem o mesmo escopo de três outros mandados de segurança já requeridos pela ora impetrante, que é o de anular a criação de federação constituída de categoria única, econômica ou profissional. O Tribunal já decidiu essa questão, nos Mandados de Segurança n°s 97.650, Relator o Ministro Carlos Mário Velloso, e 97.528, Relator o Ministro Sebastião Reis, pertinentes à criação da Federação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário de Cargas e ao reconhecimento da Federação dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários. A reapreciação da questão é vedada pelo disposto no art. 16 da Lei n° 1.533, de 1951.

No mérito, salienta que as nulidades apontadas já foram refutadas nas informações prestadas no MS n° 101.962. O alegado direito líquido e certo à integridade do plano de atividades, não se compadece com a realidade do universo sindical, previsto na CLT. Ao invés da rigidez sustenta-

da pela impetrante, o art. 575 da lei consolidada prevê a revisão bial do quadro de atividades e profissões, para o fim de ajustá-lo às condições de estrutura econômica e profissional do país.

No que tange ao problema de **quorum** com vistas à constituição de entidades sindicais, reside ele em sede da prova, insuscetível de apreciação no mandado de segurança.

Finalmente incoorre a alegada ofensa a direito econômico e moral da impetrante, decorrente da diminuição das parcelas da contribuição sindical.

A Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer, destacando, em preliminar, já haver coisa julgada, pois a matéria versada nesta impetração já foi versada no MS n° 97.528-DF. No mérito, reeditou o parecer oferecido nesse mandado de segurança.

Determinei o chamamento ao feito da Federação Nacional das Empresas de Transporte de Cargas, que oficiou às fls. 160/169.

A Subprocuradoria-Geral da República voltou a se manifestar, reiterando a preliminar de coisa julgada.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A propósito da autorização para organização da Federação Nacional das Empresas de Transporte de Cargas, foi impetrado pela ora requerente o Mandado de Segurança n° 97.665-DF, do qual foi Relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Julgando-o em 19 de maio de 1983, este E. Plenário indeferiu o **mandamus**, em decisão unânime. A ementa do acórdão então lavrado tem o seguinte teor:

«Trabalho Sindical. Sindicato. Federação de Sindicatos. CLT, arts. 511, 512, 513, 533, 570, 573 e 577.

I — Sindicatos que representam atividades econômicas ou profissionais idênticas, ou categoria econômica específica, podem, observados os demais requisitos inscritos no art. 534, CLT, organizar-se em federação. CLT, art. 534.

II — Mandado de segurança indeferido».

Nesse mandado de segurança, foi apreciada a alegada afronta aos artigos 534 *caput* e 577 da CLT, bem como a violação ao invocado direito líquido e certo da impetrante à integridade do seu plano de atividades, em decorrência da criação da Federação Nacional das Empresas de Transporte de Cargas.

Na presente impetração, alinham-se novos fundamentos, quais sejam o da nulidade do ato por omissão do prévio e necessário processo administrativo de reconhecimento da Federação, e o prejuízo econômico e moral, posto que a nova entidade retirará da impetrante prerrogativas e deveres inerentes à representação da categoria econômica de transportes de carga.

Sobre a matéria examinada no Mandado de Segurança nº 97.665, há realmente coisa julgada. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que se a decisão que denega mandado de segurança aprecia o mérito do pedido e entende que o impetrante não tem direito, faz coisa julgada material, impedindo a reapreciação da controvérsia até mesmo em ação ordinária (RTJ 38/184, 46/255, 51/646, 52/344, 53/396, 67/573 e 872, 75/508 e 633). A decisão do Tribunal denegando o «writ», com ampla e ilustrada apreciação do mérito pelo seu eminente Relator, produziu aquele efeito.

Mas sobre os novos fundamentos do pedido, há de pronunciar-se o Tribunal, porque constituem aspectos relevantes da questão, alargando o mérito da impetração.

Daí por que não acolho a preliminar suscitada pela eminente autoridade impetrada, nas informações, e pela douta Subprocuradoria-Geral da República no seu parecer. Louvo-me, para tanto, na judiciosa observação de Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

«Nada impede, entretanto, que a mesma parte impetre sucessivos mandados de segurança com o mesmo objeto, desde que por fundamentos novos. Já então não ocorre renovação do mandado, no sentido em que a lei se refere, opondo a restrição do art. 16. Haverá, em tal caso, impetração inteiramente nova, apenas entre as mesmas partes figurantes em mandado anterior. Nessas hipóteses não há coisa julgada impeditiva do novo mandado de segurança, porque não ocorre a mesma razão de pedir, embora confluam os dois outros requisitos da *res judicata* (Mandado de Segurança e Ação Popular, 7ª edição, pág. 64).

## II

O primeiro fundamento da presente impetração é de que não houve o procedimento administrativo necessário ao reconhecimento da federação, sendo, desse modo, negada vigência ao art. 537 e seu § 1º da CLT, bem como ao art. 15 e parágrafo único do art. 16 da Portaria nº 39/44 do Ministério do Trabalho. Além disso, omitiu-se o prévio pronunciamento da assembleia geral de cada entidade, sobre o seu desligamento da confederação, e a respectiva homologação pelo Ministro de Estado, como determina a referida Portaria. Também não foi ouvida a Comissão de Enquadramento Sindical, a respeito das dúvidas e controvérsias concernentes à organização sindical, conforme prevê o art. 2º, V, do Decreto nº 67.284, de 1970.

O art. 15 da Portaria nº 39/44 regula a organização das federações e o

parágrafo único do art. 16 prevê a autorização prévia para a organização de federação com base interestadual ou nacional.

E como sobre a autorização para a Federação Nacional de Empresas de Transporte de Cargas já se pronunciou este Tribunal, no MS nº 97.655, tenho que esse fundamento é acobertado pela coisa julgada.

De igual modo, não há cuidar da negativa de vigência do art. 22 da Portaria referida, pois a autorização para que se organizasse a federação já pressupunha a regularidade do desligamento das entidades sindicais filiadas à impetrante.

Não remanesce também controvérsia ou dúvida concernente à organização sindical, não podendo se cuidar da negativa de vigência do art. 2º do Decreto nº 67.284.

O que há a examinar, portanto, é se o pedido de reconhecimento da federação foi dirigido ao Ministro de Estado acompanhado de um exemplar dos respectivos estatutos e das cópias autenticadas das atas da assembléia de cada sindicato ou federação que autorizar a filiação — tal como estabeleceu o art. 537 da CLT e o art. 18 da Portaria nº 39/44.

De que houve o procedimento administrativo regular para o reconhecimento da federação, dá notícia o próprio despacho da autoridade impetrada, ao dizer que «nos termos da proposta da Secretaria de Relações do Trabalho e considerando o que consta dos autos do processo MTB — 313.085/82, resolvo reconhecer a Federação Nacional das Empresas de Transporte de Cargas — Código nº 003.211.000005 como entidade de 2º grau, coordenadora dos interesses da respectiva categoria econômica integrante do 2º Grupo — Empresas de Transportes Rodoviários — do plano da Confederação Nacional de Transportes Terrestres, com base territorial abrangendo todo o Território Na-

cional, com sede em São Paulo, homologados os Estatutos Sociais com as correções sugeridas».

Cabe acentuar que a autorização para a organização da entidade foi dada em 2 de abril de 1982 e o pedido de reconhecimento, formulado por onze sindicatos, foi encaminhado em 21 de junho de 1982. A tramitação processual no Ministério do Trabalho se alongou por um ano, sendo o reconhecimento deferido a 29 de junho de 1983.

Como se vê, a autorização prevista na lei e no ato normativo, é para a organização da federação. Deferida a autorização, seguem-se os atos de organização e o pedido de reconhecimento da entidade de segundo grau.

Tais fases procedimentais foram fielmente cumpridas, quer pelos organizadores da entidade, como pela ilustre autoridade impetrada.

Quanto ao segundo fundamento, é de clara evidência que, com a criação de uma federação reunindo uma categoria econômica específica, não se altera o quadro sindical estabelecido no art. 577 da CLT. Nem há maior prejuízo econômico ou perda de prerrogativa, uma vez que as federações integram as confederações, a teor do art. 535 da CLT.

No sistema unitário do sindicalismo brasileiro, cinco sindicatos podem criar federações. Por sua vez as federações buscam a unidade final, que é a confederação, baseada num quadro de atividades ou profissões que lhe dá identidade. Mas essa unidade não pode ser erigida em centralismo estático, a impedir o processo de desconcentração da representatividade das atividades e profissões, que é congênial ao princípio de liberdade sindical consagrado no art. 166 da Constituição e corresponde à evolução da vida social e econômica do país.

Por tais razões, indefiro o mandado de segurança.

### VOTO VISTA

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Pedi vista dos autos porque tinha lembrança de haver votado antes a mesma matéria aqui no Pleno, como de fato ocorreu nos Mandados de Segurança n<sup>os</sup> 97.665/DF, sendo Relator o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e 97.528/DF, sendo Relator o Ministro Sebastião Alves dos Reis.

Fi-lo, naquelas ocasiões, a teor do decidido pela unanimidade da Corte, que denegou os writs, assentando que no Direito Sindical Brasileiro é facultada a organização de federação por sindicatos que representem atividades ou profissões idênticas, a teor do art. 534, da CLT, indemonstrada a quebra de requisitos formais do art. 534 da mesma lei.

Por isso, coerentemente, denego a segurança.

É como voto.

### EXTRATO DA MINUTA

MS n<sup>o</sup> 102.164-DF — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Recte.: Confederação Nacional dos Transportes Terrestres. Recdo.: O Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho. Litis.: Federação Nacional das Empresas de Transporte de Cargas.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu o mandado de segurança. (Em 9-2-84 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Flaquer Scarcezini, Costa Lima, Geraldo Sobral, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Lauro Leitão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Otto Rocha, Wilson Gonçalves e Américo Luz. Licenciados os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

### MANDADO DE SEGURANÇA N<sup>o</sup> 102.505 — DF

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Requerente: Fujitsu do Brasil Comunicação Eletrônica, Máquinas e Serviços Ltda.

Requerido: Juízo Federal da 9<sup>a</sup> Vara — RJ

Litiscosortes passivos necessários: Sérgio D'Avila Aguinaga, Carlos Alberto Serpa de Oliveira e Ronald Guimarães Levinsohn

### EMENTA

Mandado de segurança contra ato judicial. Cabi-mento. Condições. Litígio entre particulares e entidade financeira sob intervenção. Incompetência da Justiça Federal. Competência do Tribunal para o exame da impetração.

Preliminarmente, ante a interposição do recurso próprio contra o despacho atacado, conhece-se do

writ, em perfeita concordância com a orientação jurisprudencial dominante.

No mérito, conforme ressei dos próprios autos, todos os que nele participaram foram acordes em reconhecer a incompetência da Justiça Federal para o deslinde da controvérsia apreciada em primeira instância.

Sem consistência jurídica a pretensão dos litisconsortes ao invocarem a incompetência deste Tribunal em relação ao presente mandamus. Há uma evidente intenção de confundir matérias diferentes. Aqui, não se pretende conhecer do mérito da questão existente entre a empresa sob intervenção e os sócios quotistas que contra ela se rebelaram. E matéria da competência da Justiça Estadual. Neste caso, aprecia-se apenas o ato ilegal e nulo do Juízo impetrado.

Concessão da segurança para declarar incompetente o Juízo impetrado e, em consequência, a nulidade do despacho impugnado.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conceder o mandado de segurança, para anular o ato impugnado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Fujitsu do Brasil Comunicação Eletrônica, Máquinas e Serviços Ltda., atual denominação de Facom do Brasil Comunicação Eletrônica, Máquinas e Serviços Ltda. impetra mandado de segurança contra ato do MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro,

com pedido liminar de suspensão do ato atacado.

Destaco, em primeiro plano, que a decisão impugnada diz respeito ao r. despacho proferido nos autos da medida cautelar inominada, requerida por Sérgio D'Ávila Aguinaga, Carlos Alberto Serpa de Oliveira e Ronald Guimarães Levinsohn que acolheu essa medida excepcional, para o fim de tornar indisponível e vedado o uso do equipamento eletrônico referido na inicial.

Alega a impetrante, preambularmente, que essa medida liminar foi concedida por juiz absolutamente incompetente, que não poderia ter conhecido do processo por conexão com outro, sem a ocorrência de qualquer dos requisitos do art. 253 do CPC. Aliinha, quanto a esta convicção, os arestos que colaciona, deste e do Egrégio Supremo Tribunal Federal, todos no sentido de que a competência para processamento e julgamento de ações propostas por sociedades financeiras em liquidação ou contra elas dirigidas, é da Justiça do Estado.

Na ocorrência de fato dessa natureza, acrescenta, é de ser concedida, de plano, a segurança, e anulado todo o processo, conforme já decidido por este Tribunal (MS nº 97.662-MA e 100.759-RJ), «mesmo porque a admissibilidade independe da utilização de recurso específico, sem efeito suspensivo, pois se a ilegalidade está configurada e é flagrante, há direito líquido e certo a merecer amparo».

Por outro lado, prossegue, o mandado concessivo da liminar foi cumprido, sem que estivesse garantido o juízo, por caução determinada no próprio despacho da digna autoridade apontada coatora.

Historiando os fatos, diz a impetrante que iniciou o processo de importação, do Japão, de dois sistemas de processamento eletrônico de dados marca Facom, de fabricação da sociedade japonesa Fujitsu Limited, ao amparo da Guia de importação nº GI 18-82/42973, emitida em 8 de julho de 1982, cujo prazo de validade foi prorrogado até 3 de julho de 1983, através de termos aditivos.

As mercadorias foram embarcadas em 29 de junho de 1983, desembarcadas no Rio de Janeiro em 1, 2 e 4 de julho seguinte, onde aguardaram o início do seu processo de despacho aduaneiro e subsequente recolhimento dos tributos incidentes.

Nesse passo, destaca, tem a impetrante prazo legal até 28-9-83 para dar início ao despacho aduaneiro, sob pena de perdimento das mercadorias (Decreto-Lei nº 1.455/76, art. 23, II, e parágrafo único).

Sobredits sistemas foram vendidos pela impetrante para a empresa Deldata Processamento e Análise Ltda., pertencente ao «Grupo Delfin»; essa empresa, como o citado grupo, se encontra sob intervenção, com base no art. 51 e seu respectivo parágrafo único, da Lei nº 6.024/74.

Tratando-se os bens de peças valiosíssimas, frágeis e de difícil guar-

da e conservação, a impetrante dirigiu ao Banco Central do Brasil, em 24-6-83, proposta de Resilição do Contrato, na forma do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 6.024/74.

O pedido foi deferido, optandô o citado Banco pela proposta que entendeu mais conveniente à empresa sob intervenção. Firmado o instrumento resilitório, foi acordada a forma de pagamento, estando a impetrante em dia com seus compromissos.

Sobreveio, então, a já mencionada medida cautelar inominada, acolhida pelo despacho ora atacado.

Ao tomar conhecimento desse ato, a impetrante atravessou petição, mostrando a premência da retirada dos sistemas de computação do Aeroporto do Galeão, e expõe as considerações constantes de fl. 13.

Cientificados do pedido, os autores da cautelar nada disseram e, apenas, reiteraram que o depositário dos bens deveria continuar a ser o interventor.

O requerimento da impetrante foi indeferido, por despacho constante de fls. 14/15.

Em conseqüência, foi interposto agravo de instrumento, que teve seu processamento suspenso em virtude de correição na Vara respectiva.

Discorre, a partir de então, a impetrante, ao título de «O Direito Incidente», sobre as condições especiais de admissibilidade da ação cautelar ou requisitos para obtenção da tutela jurisdicional cautelar.

Nesse passo, sustenta que o MM. Juiz coator foi induzido a erro pelos autores, que narraram os fatos de forma mendaz, com omissões e sofismas, alegando, inclusive, conexão inexistente, vez que o processo indicado nada tem a ver com o caso presente. Lê, fls. 15/17.

Em seguida, refere-se ao julgamento do MS nº 100.759, impetrado pelo Banco Central do Brasil, contra

ato da mesma autoridade coatora, concedido por unanimidade por este Tribunal, versando matéria análoga à aqui discutida.

Aborda, por derradeiro, aspectos referentes à prestação da caução determinada pelo despacho que concedeu a liminar da medida preparatória, que foi fixada em um milhão de cruzeiros, valor simbólico se considerado o do equipamento, que ascende a quatro milhões de dólares, e o dos tributos, quase um milhão de cruzeiros. Quanto a isso, acrescenta, que, além de ínfima, pior ainda que não feita e os mandados expedidos, sem a garantia do juízo.

Conclui a impetrante fazendo o seguinte pedido:

«Com a devida vênia, está presente, **prima facie**», a ilegalidade do ato concessivo da liminar, inclusive, sem a prestação da própria caução fixada no ato; o direito líquido e certo da impetrante pagar os tributos e haver a coisa que comprou de forma legítima; e, por fim, o iminente risco de lesão irreparável, porque se os impostos não forem pagos até o dia 28 do corrente, haverá o perdimento dos bens, assim como será irreparável se os mesmos sistemas de equipamentos não estiverem sob a guarda e manuseio de pessoas habilitadas, assim como também, serem eles de fácil obsolescência, pede a impetrante, na forma da lei, concessão de segurança e, desde já, de medida liminar no sentido de ser revogada a liminar e todos os despachos que concedeu, pelo Meritíssimo Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da medida cautelar, em que são partes Sérgio D'Ávila Aguinaga, Carlos Alberto Serpa de Oliveira e Ronald Guimarães Levinsohn (Processo nº 5417902), e réu o Senhor Nélio Gonçalves, para tornar sem efeito, de pleno, o respeitável despacho de fl. 56, propi-

ciando à impetrante o recolhimento dos tributos devidos à União e posse dos bens, para utilizá-los, de forma adequada, prosseguindo-se o feito nos seus ulteriores termos» (fl. 23).

A inicial foram acostados os documentos de fls. 25/118.

Despachei solicitando as informações; determinei a suspensão dos efeitos da liminar concedida na ação cautelar de que tratam estes autos até o julgamento final do presente mandado de segurança e, ainda, fosse a impetrante intimada para, no prazo de dez dias, promover a citação dos autores da aludida ação cautelar a fim de, como litisconsortes passivos necessários, integrarem a lide.

Pela petição de fls. 125/127 a impetrante comunica que incorreu em falha ao asseverar que a caução não fora prestada, quando na realidade assim aconteceu.

As informações foram prestadas, estando às fls. 129/132. Lê.

Peticionou a impetrante requerendo a citação dos já referidos autores da cautelar, o que foi ordenado pelo despacho de fl. 141.

Nova petição da impetrante comunicando o pagamento da última prestação do contrato de resilição e dos impostos referentes às mercadorias, o que ensejou a imissão na posse dos bens. Por essa razão, requereu fosse autorizada a locação do equipamento ao Banco do Brasil S.A., o que foi deferido condicionalmente, conforme o despacho de fl. 142.

Sérgio D'Ávila Aguinaga e Carlos Alberto Serpa de Oliveira, como litisconsortes necessários, contestaram o «writ», argüindo, como preliminares, a incompetência da Justiça Federal; o não cabimento do mandado de segurança, porquanto não demonstrada a alegada irreparabilidade do dano e; por fim, a inépcia da inicial, conforme exposto às fls. 161/174. Quanto ao

mérito, expende as seguintes razões: lê, fls. 174/185.

A contestação juntaram os documentos de fls. 186/253.

Pronunciou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 355/362, pelo conhecimento do «writ», declarada a incompetência do r. Juízo impetrado e, de consequência, a nulidade do ato decisório; se assim não entendido, opinou pela denegação da segurança.

As fls. 367/372, peticionou a impetrante, nestes termos: lê.

Ronald Guimarães Levinsohn alegando que estava no exterior, requer a devolução do prazo para responder subscrevendo *in totum* a contestação oferecida pelos demais litisconsortes. (Fls. 380/382 e documentos de fls. 383/432).

Ressaltou, mais, que, reconhecida a incompetência da Justiça Federal, igualmente incompetente é este Tribunal para o exame do presente *mandamus*.

A impetrante juntou cópia do contrato de locação firmado com o Banco do Brasil S.A. (fls. 434/469).

Com vista à ilustrada Subprocuradoria-Geral da República esta se pôs de acordo com pedido de devolução de prazo ao sobredito litisconsorte, e entendeu que o esclarecimento da impetrante quanto à locação em nada altera o seu parecer.

E o relatório.

### VOTO

**O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:** Como ressaltado no relatório, Sérgio D'Ávila Aguinaga, Carlos Alberto Serpa de Oliveira e Ronald Guimarães Levinsohn, litisconsortes passivos necessários neste *mandamus*, propuseram, perante a 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, medida cautelar inominada preparatória contra o Interventor na

Deldata Processamento e Análise Ltda., Nêlio Gonçalves, na qualidade de sócios quotistas desta última, com pedido de liminar, para o fim de suspender o ato de rescisão contratual assinado entre o aludido Interventor e a impetrante e tornar indisponível e vedado o uso de dois sistemas de processamento eletrônico de dados, adquiridos no Japão, e cuja importação estava em fase de processamento (doc. de fls. 46/55).

Tratava-se, pois, de demanda entre particulares, isto é, a mencionada empresa e três de seus sócios quotistas.

O Dr. Silvério Luiz Nery Cabral, concedendo a liminar, proferiu este despacho:

«Pagas as custas, defiro a medida liminar a fim de ficar indisponível e vedado o uso do equipamento referido na inicial. Para depositário, nomeio o próprio interventor Sr. Nêlio Gonçalves que deverá ser citado para todos os atos do processo.

Intime-se, para ciência, a empresa Facom do Brasil Comunicação Eletrônica, Máquinas e Serviços Ltda.

Oficie-se à VARIG, para que suspenda o embarque do equipamento em referência na inicial (item-C-1); e ainda, as demais autoridades indicadas nos itens C-2 e 3 da inicial.

Intime-se, para ciência, o Sr. Diretor da Poupança e Empréstimo do BNH e o Sr. Diretor de Recursos Logísticos do Banco Central do Brasil, este por precatória à Seção Judiciária do Distrito Federal.

Prestem, os requerentes, caução de hum milhão de cruzeiros (Cr\$ 1.000.000,00), mediante guia, que a Secretaria expedirá à Caixa Econômica Federal».

A presente impetração volta-se contra o despacho acima transcrito, por considerá-lo ilegal e nulo, e

ampara-se para tanto em dois fundamentos principais: a incompetência absoluta da Justiça Federal para conhecer e julgar a matéria constante do processo cautelar e da futura ação ordinária principal, da qual serviria de medida preparatória; e a iminência de dano irreparável, decorrente não só da demora ou paralisação do desembaraço alfandegário da mercadoria, mas também da circunstância de que os referidos sistemas eletrônicos são peças valiosíssimas, frágeis e de difícil guarda e conservação, além de ser possível sua obsolescência tecnológica em brevíssimo período.

Estes autos envolvem um caso singular e raro, senão raríssimo: todos que neles se pronunciaram são acordes e unânimes em reconhecer e proclamar a incompetência do Dr. Juiz autor do despacho impugnado, isto é, a impetrante, o próprio Juiz impetrado, os três litisconsortes passivos e a douta Subprocuradoria-Geral da República.

Com efeito, em suas informações, assevera o referido magistrado:

«Atendendo aos termos do Ofício nº 2.933, de 28 de setembro último, hoje recebido; determinando a prestação de informações sobre o mandado de segurança impetrado por Fujitsu do Brasil Comunicação Eletrônica, Máquinas e Serviços Ltda., tenho a honra de esclarecer a Vossa Excelência que o Egrégio Tribunal Federal de Recursos acaba de decidir, no Mandado de Segurança impetrado pelo Banco Central do Brasil (MS nº 100759/Registro nº 3468011) — pelo voto vencedor de S. Exa. o Senhor Ministro Jesus Costa Lima, com o acompanhamento dos Senhores Ministros Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar e William Patterson (DJ 22-9-1983 — pág. 14361), pela incompetência absoluta deste Juízo para processar e julgar procedimentos de interesse

das empresas do chamado grupo «Delfin», como no caso a que a impetração se refere.

Referiu-se, S. Exa. o Senhor Ministro-Relator:

«A ação possessória foi proposta por Sérgio D'Ávila Aguinaga e Carlos Alberto Serpa de Oliveira contra a Belgravia Produções Ltda., sob intervenção do Banco Central, e em que os autores reclamavam contra ato arbitrário do interventor. Demanda, portanto, entre particulares, uma vez que a figura do interventor afasta a direção da empresa e age em nome desta.

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente assentado que a justiça estadual é competente para processar e julgar causas em que seja parte instituição em liquidação extrajudicial (CJ nº 6062-RS, DJ 25-4-1977, CJ nº 6122-RS, 16-6-78; RE nº 79.290 — DF).

A Ementa mais recente, publicada no DJ de 20-5-83, pág. 7064, da lavra do Ministro Aldir Passarinho, no RE nº 79.290-2 DF, tem a seguinte redação:

«Processual. Competência.

Instituição Financeira em Liquidação Extrajudicial. Justiça Estadual».

«Competência. Financeira sob Intervenção do Banco Central do Brasil.

Ato relativo a seus negócios com terceiros.

Conquanto responda o Banco pelos prejuízos que seu preposto, nessa qualidade cause a empresa sob intervenção ou a terceiros... Os atos de economia interna praticados pelos interventores são atos dela, assim devendo ser tratados no seu relacionamento com terceiros...» (DJ 5-9-79).

Logo, ao Juiz Federal falece competência para o julgamento da ação possessória, da qual não participa a União nem sua autarquia Banco Central do Brasil, com o que não se subsume na norma do art. 125 da Constituição».

Realmente, nesse passo, de acordo com o entendimento acima, a impetrante Fujitsu do Brasil Comunicação Eletrônica, Máquinas e Serviços Ltda., estribou sua pretensão na decisão já transcrita, que se ajusta ao caso impugnado entre a inquestionável similitude, eis que se tratou, na medida cautelar já sustada por esse Egrégio Tribunal, das mesmas partes, das mesmas empresas.

O mérito da cautelar não fora por mim examinado, porque os seus efeitos seriam de preservação dos bens, isto é, da sua indisponibilidade por qualquer dos interessados. Ficariam na posse do Sr. Interventor, para isso nomeado por mim depositário, arcando, entretanto, os requerentes da medida, com todos os ônus decorrentes do depósito, do pagamento de tributos e de remoção e transporte, como ficou claro na minha decisão, já sem qualquer validade, a partir do instante em que foi cassada e, ao depois, face à declaração de incompetência absoluta no procedimento que citei, do interesse das mesmas partes».

.....  
«Devo adiantar a Vossa Excelência que, antes do término dos trinta dias, os requerentes ajuizaram a competente ação ordinária, cujo destino, agora, ao que depreendi da leitura da respeitável decisão proferida no Mandado de Segurança nº 100.759, deverá ser a Justiça Estadual».

De sua vez, os dois primeiros litisconsortes, ao suscitarem a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal, afirmam concisamente:

«O Dr. Juiz a quo, ex officio, declinou de sua competência para a Justiça Estadual, à qual já está redistribuído o feito (38ª Vara Cível— Doc. nº 2)».

Diga-se de passagem que o Documento nº 2 não foi anexado à sua contestação.

No mesmo diapasão, o terceiro litisconsorte, após declarar que subcreve in totum a contestação dos demais parceiros, ressalta a incompetência da Justiça Federal e alega:

«Com base em aresto desta Augusta Corte, proferido no MS nº 100.759 (doc. incluso) foi decretada a incompetência absoluta do Exmo. Sr. Juiz da 9ª Vara Federal por haver concedido liminarmente reintegração de posse de imóvel da Delfin Rio S.A. Crédito Imobiliário locado à Belgravia Produções Ltda., e cedido a litisconsorte do aqui contestante, por extensão o Exmo. Sr. Dr. Juiz a quo declinou da sua competência à 16ª Vara Cível da Comarca do Estado do Rio de Janeiro. (docs. 4 e 5).

Com isto constituiu-se fato inusitado:

— a liminar concedida na Medida Cautelar Inominada foi deferida por Juiz incompetente;

— a liminar, no presente Mandado de Segurança, para cassar a liminar da Medida Cautelar Inominada, foi também concedida por Ministro absolutamente incompetente;

— destarte, igualmente incompetente é este Egrégio Tribunal Federal de Recursos para o exame e apreciação deste Mandado de Segurança (Incompetência Absoluta), salvo se for, e tão-só, para igualmente revogar a própria liminar concedida neste processado e, a seguir, para declinar da sua competência para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro» (fl. 381).

Por fim, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pondera:

«Duas questões merecem vir à tona, de imediato.

Primeira, a alegada incompetência do r. Juízo impetrado, por ele inclusive reconhecida às fls. 129/132.

Segunda, os efeitos do «writ of mandamus» contra ato judicial, sujeito a recurso de agravo de instrumento.

O r. Juiz singular praticou ato nulo, que nenhum efeito merece ter. Não era competente para apreciar a ação cautelar inominada, e, muito menos, a ação ordinária de nulidade de contrato.

Trata-se de incompetência absoluta, uma vez que não há interesse da União em litígio. O interventor da «Deldata», apesar de nomeado pelo Banco Central do Brasil, passa a representar a sociedade, gerindo interesses desta e não interesses do Poder Público.

A querela, portanto, não é daquelas que se enquadram nos art. 125 e segs. da Constituição Federal.

Aliás, o entendimento já é pacífico junto a esse Egrégio Tribunal, através do acórdão trazido às fls. 242/253.

Há, ainda, o seguinte julgado, da lavra do ilustre Ministro Romildo Bueno de Souza, cuja ementa assinala:

Competência — Entidade financeira. Liquidação extrajudicial.

EMENTA: Processo Civil. Competência.

Litígio em que figura entidade financeira em liquidação extrajudicial ou sob intervenção não é, só por isso, da competência da Justiça da União, mas da justiça local. Conflito negativo de competência que se suscita perante o STF. (AC

nº 34.389-RS. Rel.: Min. Romildo Bueno de Souza. 4ª Turma. Unânime. DJ 18-12-80)».

Assim, incompetente o r. Juízo impetrado faz-se necessário o cancelamento do ato judicial inquinado, que é o objeto do «writ».

Não tem a mínima consistência jurídica a tentativa dos litisconsortes, como último recurso dialético, ante a dura realidade que enfrentam, ao invocarem incompetência do Tribunal em relação ao presente mandamus. Há uma evidente intenção de confundir matérias diferentes. Aqui, não se pretende conhecer do mérito da questão existente entre a empresa sob intervenção, pertencente ao chamado «Grupo Delfin», e os sócios quotistas que contra ela se rebelaram. É matéria da competência da Justiça Estadual. Aqui, aprecia-se apenas o ato ilegal e nulo do Dr. Juiz Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro, de acordo com a competência deferida a esta Alta Corte pelo art. 122, I, C, da Constituição Federal.

Assim, conheço do «writ», preliminarmente, ante a interposição do agravo de instrumento (fls. 75/88), em perfeita concordância com a orientação jurisprudencial dominante.

De tudo quanto foi exposto, está evidente e confessada a ilegalidade cometida pelo Dr. Juiz impetrado, da qual já se penitenciou dignamente em suas próprias informações.

Por isto, concedo a segurança, em conformidade com o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, para declarar incompetente o respeitável Juízo impetrado e, em consequência, a nulidade do despacho impugnado, confirmando a liminar.

#### EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.505-DF — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Repte.: Fujit-

su do Brasil Comunicação Eletrônica, Máquinas e Serviços Ltda. Req-do.: Juízo Federal da 9ª Vara — RJ. Litisc. Passivos Necessários: Sérgio D'Avila Aguinaga, Carlos Alberto Serpa de Oliveira e Ronald Guimarães Levinsohn.

Decisão: A Seção, por unanimidade, concedeu o mandado de segurança, para anular o ato impugnado. (Em 10-4-84 — Segunda Seção).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Bueno de Souza, Sebastião

Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg e Carlos Mário Velloso.

Não participou do julgamento o Sr. Min. Torreão Braz, por não haver assistido ao relatório.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Mins. Moacir Catunda e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Otto Rocha.

### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.790 — DF

Relator: O Sr. Ministro Carlos Thibau

Requerente: Club Atlético Paulistano

Requerido: Ministro de Estado da Fazenda

#### EMENTA

##### Tributário.

Pena de perdimento de bebidas estrangeiras imposta a clube que alega tê-las adquirido em leilão beneficente e se destinavam ao consumo gratuito em eventos realizados no recinto da entidade esportiva. Como o clube impetrante não logrou comprovar o alegado, é razoável a presunção da Procuradoria da Fazenda Nacional de que as bebidas não foram adquiridas no leilão mencionado, para o qual a Receita Federal autorizara a importação respectiva sem o pagamento dos direitos, por missões diplomáticas estrangeiras que as doaram para essa específica finalidade. Configurado, fica assim, o dano ao Erário, justificando-se a aplicação do Decreto-lei nº 37/66 — Art. 15, IV, combinado com o Decreto-lei nº 1.726/79 — art. 2º, IV, 2. Precedente deste Tribunal no AMS nº 100.728-DF. Segurança que se indefere.

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a segurança, cassar a medida liminar e condenar o impetrante nas custas processuais, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Carlos Thibau, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Min. Carlos Thibau: O Club Atlético Paulistano, sociedade civil de caráter desportivo, recreativo e cultural, com sede na cidade de São

Paulo, impetrou mandado de segurança contra o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda com o fim de obter a anulação de ato da referida autoridade, que julgou procedente ação fiscal movida contra o impetrante e determinou-lhe a aplicação da pena de perdimento de bebidas alcoólicas importadas, que haviam sido adquiridas na «Feira Beneficente Cruz de Malta de 1980», promovida pela Associação dos Cavaleiros da Soberana Ordem Militar de Malta de São Paulo e Brasil Meridional.

Segundo o impetrante, essas bebidas vinham sendo e seriam consumidas em eventos realizados em sua sede social, tais como comemorações, solenidades, cursos e conferências de caráter esportivo, cultural, artístico e social.

Estavam as garrafas remanescentes dessas bebidas guardadas em local de acesso vedado aos sócios quando, em 12-05-82, fiscais de Tributos Federais efetuaram sua apreensão por terem sido encontradas em depósito sem os selos de controle de que trata o artigo 141 do Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados, aprovado pelo Decreto nº 83.263/79, sob pena, assim, de sofrer o Club Paulistano a pena de perdimento a que se refere o artigo 105, inciso X, do Decreto-Lei nº 37/66, combinado com o artigo 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Por entender que a situação configurava dano ao Erário, posto que não fora feita prova da importação regular das bebidas pelo impetrante, os fiscais apreenderam as garrafas e contra ele instauraram o Processo Administrativo nº 0880 — 015920/82-01 (fls. 10/11).

O impetrante, sem êxito, defendeu-se alegando que as bebidas destinadas à venda na Feira da Cruz de Malta foram doadas por missões diplomáticas estrangeiras que, por sua vez, importaram-nas com isenção de tributos mediante excepcional autori-

zação, concedida para aquela finalidade beneficente pelo Sr. Secretário da Receita Federal, conforme a comunicação de fls. 49/50, datada de 14-11-79, recebida pelo Presidente da Associação dos Cavaleiros da Ordem de Malta.

Para comprovar a aquisição desses produtos na feira beneficente, realizada de 29-5-80 a 3-6-80, o impetrante juntou aos autos cópias das notas fiscais de entrada, datadas de 4-6-80 e 18-8-80 (fls. 47/48), e das declarações de importação, procedida nesse regime especial, pelas missões diplomáticas doadoras (fls. 51/75).

Sustentou o impetrante que essas bebidas não estariam à venda no Clube, sendo destinadas apenas ao consumo gratuito dos participantes dos mencionados eventos, não se caracterizando, destarte, o intuito de comércio que configuraria o ilícito previsto no inciso X do artigo 105 do Decreto-Lei nº 37/66.

Além do mais, se infração fiscal houvesse, argumenta, a penalidade aplicável não seria o perdimento do produto e sim uma multa de valor igual ao respectivo valor comercial, segundo o disposto no artigo 33, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.593/77.

Como se tratavam as importadoras das bebidas de missões diplomáticas estrangeiras, cujas importações estariam isentas de tributos aduaneiros, por força do disposto no artigo 8º, inciso II, da Lei nº 4.502/64 e no artigo 15, inciso IV, do Decreto-Lei nº 37/66, a teor do parágrafo 1º do artigo 46 da Lei nº 4.502/64, não se poderiam incluir as missões diplomáticas na categoria de contribuintes.

Por esse motivo é que não se poderia conceber as missões diplomáticas como sendo estabelecimentos obrigados ao uso do selo de controle, interpretação que se extrairia da Portaria Ministerial nº 282/78 e da Instrução Normativa SRF nº 25/78.

Além disso, continua o impetrante, como a Instrução Normativa SRF nº 17/81, que veio a consolidar as normas que disciplinam o selo de controle, já em vigor na data da apreensão, expressamente excluiu da utilização desse selo os produtos importados por missões diplomáticas (item 1.11, inciso VIII, alínea d), seria o caso de aplicarem-se as regras estatuídas nos artigos 106 e 112 do Código Tributário Nacional, até mesmo pela circunstância de ser a Instrução Normativa 17/81 norma complementar à legislação tributária (CTN art. 100. I) e, portanto, de observância obrigatória pela Receita Federal (CTN art. 142, parágrafo único).

Assim sendo, conclui o impetrante, ao negar aplicação de norma de observância obrigatória, os agentes fiscais teriam induzido em erro a ilustre autoridade impetrada, tanto na instauração do processo administrativo, como na informação fiscal e no parecer conclusivo (fls. 76/81) que levaram o Sr. Ministro da Fazenda a decretar o perdimento das bebidas (fl. 82).

O impetrante requereu a concessão da medida liminar, que lhe foi concedida para o fim de se sustar os efeitos da decisão impugnada até o julgamento do **mandamus** (fl. 87).

As informações da autoridade impetrada vieram instruídas com parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em que se sustenta, preliminarmente, o descabimento do mandado de segurança, pela impossibilidade de se identificar as bebidas apreendidas como sendo aquelas adquiridas na «Feira Cruz de Malta 1980».

O pedido seria improcedente, à sua vez, porque a selagem seria a única maneira de comprovar que as garrafas apreendidas foram, realmente, adquiridas na feira, já que data de março de 1981 a Instrução Normativa nº 17, que dispensou da aplicação dos

selos de controle os produtos estrangeiros importados pelas missões diplomáticas para a Feira da Ordem de Malta de 1980.

Seria, por isso, razoável a presunção de que as bebidas não foram adquiridas na Feira da Cruz de Malta até 1980.

Como a dispensa da Instrução Normativa nº 17/81 só ocorreu para as importações procedidas pelas missões diplomáticas a partir de sua vigência, ao caso em exame seria aplicável a norma geral de obrigatoriedade da selagem, por força do disposto nos artigos 141 e 142 do R.I.P.I.

E como o impetrante não logrou comprovar a regular importação das bebidas apreendidas, deveria ser-lhe aplicada a pena de perdimento, de acordo com os artigos 23, IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76, e 105, X, do Decreto-Lei nº 37/66.

O ato impugnado seria, assim, irreprochável, tendo sido praticado em fiel cumprimento à legislação vigente.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Fonteles, emitiu o parecer a fls. 97/100, em que concluiu pela inexistência de liquidez e certeza do direito invocado pelo impetrante e por sua falta de amparo legal.

È o relatório.

#### VOTO

O Sr. Min. Carlos Thibau (Relator): Embora não conste de texto constitucional expresso, a imunidade tributária de que gozam as missões diplomáticas dos Estados estrangeiros que se fazem representar em nosso País, é corolário do princípio da soberania que resguarda seus representantes, de tal sorte que bem andou o legislador ordinário ao conceder isenção de tributos decorrentes de importações daquelas missões estrangeiras (Lei nº 4.502/64 — art. 8º,

II, Decreto-Lei nº 37/66 — art. 15, IV e Decreto-Lei nº 1.726/79 art. 2º, IV, 2).

Aferra-se o impetrante ao argumento de que, embora tenham a importação e a aquisição das bebidas ocorrido antes da vigência da Instrução Normativa nº 17/81, a sua aplicabilidade ao caso, como *lex mitior*, estaria garantida tendo em vista o que dispõem os artigos 106 e 112 do CTN.

Insiste em que, na qualidade de praticante de ato administrativo vinculado e obrigatório (art. 142, parágrafo único do CTN), não poderia a autoridade impetrada deixar de considerar a Instrução Normativa 17/81 como norma tributária complementar (art. 100, I, do CTN) e aplicá-la ao fato pretérito para dispensar os selos de controle que deixaram de ser obrigatórios nos casos das importações realizadas pelas missões diplomáticas.

Ora, é intuitivo que, se se tratassem de importações de produtos para consumo das próprias missões diplomáticas, não seria a falta dos selos de controle que configuraria o dano ao Erário, punível com a pena de perdimento, pois que, muito mais que de isenção fiscal, gozam essas missões de verdadeira imunidade, inexistindo nessas importações tributos a recolher.

Seria irrelevante, assim, a data da vigência da Instrução Normativa nº 17/81, posto que, em plano jurídico bem superior encontrar-se-ia a norma implícita de respeito à soberania do Estado estrangeiro.

Mas, neste caso, as missões diplomáticas importaram bebidas para alienação a terceiro, embora com finalidade filantrópica.

Por isso é que a Secretaria da Receita Federal autorizou, em caráter excepcional, a isenção dos tributos respectivos, mediante a imposição de várias condições pelas quais pudesse o Fisco controlar a identidade, a

qualidade e a destinação desses produtos importados.

Entre essas condições figurava a de proibição de comercialização fora do recinto e do prazo da feira (fl. 50), que se realizou em São Paulo no período de 29 de maio a 3 de junho de 1980 (fl. 49).

Porém, as duas notas fiscais de entrada das bebidas na sede do clube, emitidas pelo próprio impetrante, registram que o primeiro lote de garrafas ali chegou em 4-6-80 e o segundo em 18-8-80, sem que se saiba se foram adquiridas, ou não, no período de funcionamento da feira e dentro dela pois, nos autos, não há qualquer documento de venda emitido pela Associação dos Cavaleiros de Malta que comprove sua aquisição pelo Paulistano.

Por outro lado, pela confrontação das duas notas fiscais com a relação que acompanha o auto de infração e apreensão (fl. 11) verifica-se que foram apreendidas muitas garrafas de bebidas estrangeiras que não constavam daqueles documentos.

Essas circunstâncias levam-me à conclusão de ser razoável a presunção, levantada no parecer da PFN que integra as informações, de que tais bebidas não teriam sido adquiridas pelo Paulistano na «Feira da Cruz de Malta de 1980», já que o impetrante não logrou comprovar o contrário.

A pena de perda da mercadoria estrangeira foi estabelecida no artigo 105, inciso X, do Decreto-Lei nº 37/66, para os casos em que, exposta à venda, em depósito ou em circulação comercial no País, não for feita prova de sua importação regular.

O inciso IV do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, ao considerar tal infração como produtora de dano ao Erário, insistiu nessa penalidade.

Posteriormente, o artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.593/77 estabeleceu penalidade diferente no tocante à fal-

ta de selagem a que se refere o artigo 46 da Lei nº 4.502/64, ao estatuir que, para a venda ou exposição à venda de produtos estrangeiros, sem selo de controle, a pena cominada seria de multa de valor igual ao valor comercial do produto.

A hipótese em exame, no entanto, é da mercadorias em depósito, para a qual não houve alteração legislativa.

Tanto é assim que este Egrégio Plenário, ao julgar o Mandado de Segurança 100.728 — DF, pelo voto condutor do eminente Ministro William Patterson, recentemente decidiu, à unanimidade, que:

«A aquisição de produtos estrangeiros no mercado interno não exige o contribuinte de comprovar a regularidade da importação. Indemonstrada essa circunstância, configura-se o ilícito fiscal, autorizando a aplicação da pena de perdimento (art. 105, item X, do Decreto-Lei nº 37, de 1966). DJ de 25-8-83, apud «Ementário de Jurisprudência do T.F.R., volume 47, página 55».

Ainda que tivesse o impetrante adquirido as bebidas como terceiro de boa-fé, mesmo assim ele estaria enquadrado, face aos dispositivos legais mencionados, como infrator da lei tributária, pois não fez prova da importação regular dos produtos apreendidos.

Ora, o impetrante assumiu o risco de ser diretamente responsabilizado pelo dano ao Erário com a importação irregular, não das bebidas vendidas na «Feira da Ordem de Malta» mas daquelas garrafas que foram apreendidas.

Ante o exposto denego a segurança e caso a medida liminar, condenando o impetrante nas custas do processo.

É o meu voto.

## VOTO VOGAL

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Senhor Presidente, pelo que apreendi cuida-se de matéria de fato insuscetível de apreciação no âmbito estrito do mandado de segurança. Assim, entendo que se impõe julgar o impetrante carecedor do direito de ação, ressaltando-lhe as vias ordinárias.

É como voto, data venia.

## VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente.

Entendo que o eminente Relator entrou no mérito da controvérsia, de forma que a solução adequada, data venia do ilustre Ministro Miguel Ferrante, é a denegação da segurança.

Acompanho S. Exa., o Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.790-DF — Rel.: O Sr. Ministro Carlos Thibau. Requerente: Club Atlético Paulistano. Requerido: Ministro de Estado da Fazenda.

Sustentação Oral: Dr. Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: O Tribunal Pleno, por unanimidade, denegou a segurança, cassou a medida liminar e condenou o impetrante nas custas processuais (Julgamento em 23-2-84 — Tribunal Pleno).

Os Srs. Ministros Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Adhemar Raymundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral e Hélio Pinheiro vota-

ram com o Relator. Vencido o Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante, na preliminar de conhecimento. Impedido o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini.

Não participou do julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão. Licenciado o Sr. Min. Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Min. José Dantas.

## APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.820 — DF

Relator: O Sr. Ministro Gueiros Leite

Apelante: Arlindo Orsomarzo

Apelada: União Federal

### EMENTA

Polícia federal. Concurso. Exame psicotécnico e investigação social (diferenças).

O exame psicotécnico é teste de natureza psicológica, visando saber das condições temperamentais adequadas ao exercício da função policial. A Investigação Social destina-se a comprovar possuir o candidato procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável. A anulação do 1º, por motivo de fraude, não pode ser suprida pelo 2º, e predispõe o candidato até mesmo a um maior rigorismo na renovação dos testes. Segurança denegada.

### 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 e confirmar 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, 16 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Gueiros Leite, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator): Arlindo Orsomarzo impetra mandado de segurança contra o Departamento de Polícia Federal, na pessoa do Diretor da Academia Nacional de Polícia, objetivando, em primeiro lugar, a realização das pro-

vas da segunda etapa do concurso para ingresso na carreira de Delegado de Polícia Federal, e em segundo lugar, validar a sua aprovação na primeira etapa do referido concurso (fl. 6).

O impetrante logrou aprovação na primeira etapa, em todas as matérias, incluindo a 1ª fase do exame psicotécnico. E já se preparava para a segunda, quando foi surpreendido com a anulação do concurso e a marcação de datas para a renovação do certame. A este também concorreu e novamente obteve aprovação, mas o seu nome não figurou na relação dos aprovados.

Veio a saber de sua reprovação no exame psicotécnico, o que era de estranhar, pois no primeiro, que fizera há apenas quatro meses antes, fora considerado apto. Foi o impetrante assaltado, então, pelo receio de que aquele exame não passasse de uma maneira de filtrar os candidatos pre-

feridos pela administração, tanto mais por ser ele um policial estadual.

Daí a presente impetração, a qual, a par da dúvida indicada, assenta também em dados objetivos, de crítica à maneira como foi feito o segundo teste, isto é, em condições precaríssimas de acomodação, em local completamente em desacordo não só com a natureza da prova, mas também desprovido das mínimas condições exigidas pela Psicologia.

Ressalta o impetrante que os candidatos, muitos deles, não dispunham de carteiras para escrever, valendo-se do apoio das prateleiras de armários existentes na sala. No seu caso particular, esclarece que é escrivão de polícia em São Paulo há mais de 15 anos, sem sofrer qualquer tipo de punição administrativa, inclusive ocupando cargos de chefia. Foi igualmente submetido a prova de nível mental e de exame psicotécnico, passando em ambas.

O Dr. Juiz concedeu a medida liminar e possibilitou ao impetrante participasse da segunda etapa do concurso. Requisitadas as informações, prestou-as a digna autoridade impetrada, negando que o candidato tivesse sido julgado apto num primeiro exame psicotécnico, que não chegou a fazer, pois a avaliação fora suspensa com a anulação do certame.

Por outro lado, o impetrante não foi considerado apto na 1ª parte do exame psicotécnico a que realmente se submeteu em 26 de julho de 1983, sendo essa a razão por que o seu nome não constou da relação dos aprovados. Quanto à prova em si, contra a mesma não reclamou o impetrante ao fazê-la, mas somente depois de reprovado. Contudo, o que disse tampouco é verdade (fl. 84), a saber:

«... que na Superintendência Regional do DPF, em Minas Gerais, há um Delegado de Polícia Federal, o Coordenador Regional de Concursos, que se encarrega da organiza-

ção do local e do planejamento e execução do exame. Três dias antes, para lá se dirigiram um Delegado Supervisor, representando esta Academia e uma Psicóloga, com a missão de examinarem as condições do local onde o exame seria aplicado. No dia marcado, foi aplicado, realizando-se em situação normal, no auditório do Colégio Isabela Hendrix, um dos melhores da capital mineira. Talvez o impetrante não saiba que a Dra. Thais Maria Ottoni de Carvalho, Psicóloga, possui mestrado em Psicologia e é uma das ilustres professoras da Universidade de Brasília (UNB), que se encontra à disposição desta Academia, face à sua reconhecida capacidade profissional, prestando relevantes serviços na Seção de Psicologia. (Omissis).» (Fl. 84).

O Dr. Juiz acolheu os argumentos das informações prestadas pela autoridade impetrada e denegou a segurança (fl. 270). O impetrante postulou em embargos de declaração efeito suspensivo com a manutenção da liminar, o que lhe foi negado também. Apelou, às fls. 281/285, em críticas à sentença e com pedido de nova decisão.

Enquanto assim fazia, impetrou novo mandado de segurança para emprestar efeito suspensivo à apelação no primeiro deles. Concedi-lhe a medida liminar, pois encontrava-se na iminência de perder o curso por faltas, mas depois das informações indeferi o «writ» e casei a medida, não tendo melhor sorte o agravo regimental julgado na Seção.

A apelação foi contra-arrazoada (fl. 293), subindo os autos ao Tribunal, onde dispensei a audiência da douta Subprocuradoria-Geral da República, primeiro por ser conhecida a matéria e depois porque o impetrante tinha pressa, haja vista a petição de fls. 297/300, em que insistiu na medida heróica e comprovou estar sendo desligado do curso (fl. 301).

E o relatório.

### VOTO

**O Sr. Ministro Gueiros Leite (Relator):** A viabilidade do exame psicotécnico é atualmente tranqüila na jurisprudência deste Tribunal, tanto assim que já foi sumulada a matéria, até em extensão com a qual não concordamos. Consta da Súmula TFR nº 127, a legitimidade de dois exames psicotécnicos exigidos do policial, quando ingressa na carreira e quando se submete a provas internas de acesso funcional.

O que se tem cuidado, aqui no Tribunal, é dos critérios adotados na realização das provas, quanto à sua demasiada subjetividade, pois então haveria arbitrio. Já votei assim no Mandado de Segurança nº 101.898-DF, conforme trecho a seguir transcrito:

«... Tenho para mim que, embora seja incabível discutir-se, em tema de mandado de segurança, a avaliação da personalidade do candidato, relativamente à sua aptidão, contudo sou daqueles que inadmito quaisquer possibilidades de arbitrio ou discriminação, razão por que acho que os exames avaliatórios da aptidão devem basear-se em dados objetivos, científicos e o menos possível subjetivamente, sob pena de, por via oblíqua, tornar-se letra morta o art. 153, §§ 4º e 15, da Constituição Federal, conforme salientou, em seu voto, no MS nº 88.203/DF, o Ministro Carlos Mário Velloso.»

Todavia, não é disso que se queixa o impetrante, mas da dúvida que o assaltou quanto à seriedade do exame. Ele afirmou já ser policial e haver passado por testes rigorosos de aptidão psíquica. E que não seria possível desconsiderar-se, tampouco, o exame psicotécnico feito por ele, com êxito, quatro meses antes, no concurso anulado. Também achou

que dito exame, tal como realizado depois, ressentia-se de condições próprias condizentes com o local da prova.

Quanto ao primeiro argumento, sob o aspecto fáctico e indiscutível a sua veracidade, que não pode ser contestada pela autoridade impetrada. O impetrante submeteu-se, realmente, a um primeiro exame psicotécnico, nos dias 26 e 27 de fevereiro de 1983 e foi julgado apto. Contudo, o exame foi anulado, juntamente com as provas de Português e Conhecimentos Conexos, por quebra de sigilo, ficando sem efeito os respectivos resultados publicados na imprensa oficial e no boletim interno, autorizando-se a realização de novas provas e exame para os mesmos candidatos (Portaria nº 100/83, fl. 218).

O impetrante acha estranho que, aprovado no Psicotécnico de fevereiro, tenha sido reprovado no segundo, poucos meses depois. Mas é estranho, também, que não tenha ele reclamado dessa anulação. De qualquer modo, a anulação restou intocada, de modo que não há como tentar valer-se o impetrante daquele primeiro resultado. A constatação da fraude, tal como apurada em sindicância, atingiu a credibilidade dos resultados, justificando, até mesmo, a diversidade desses resultados (fls. 219/220).

Quanto ao segundo argumento, a resposta da autoridade impetrada satisfaz. As alegações do impetrante não são de molde a inutilizar as provas do 2º Psicotécnico, em que não foi julgado apto. Nem as mesmas se confundem com a «investigação social», através da qual se compara se o candidato satisfaz ou não um dos requisitos essenciais para a matrícula na Academia Nacional de Polícia, qual seja, ter procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável (Lei nº 4.878/65, art. 9º, inciso VII).

Ante o exposto, nego provimento à apelação do impetrante e confirmo a sentença.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 102.820-DF — Rel.: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Appte.: Arlindo Orsomarzo. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 16-12-83 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não tomou parte no julgamento o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gueiros Leite.

#### MANDADO DE SEGURANÇA Nº 103.327 — DF

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Requerente: Leonidas Damascena Sousa

Requerido: Ministro de Estado da Fazenda

#### EMENTA

Constitucional. Tributário e processual civil. Taxa Rodoviária Única (TRU). Portaria nº 286/83, do Ministro da Fazenda. Atendimento aos princípios da legalidade e da anualidade na cobrança dos tributos. Mandado de segurança indeferido.

1. Conhecimento do mandado de segurança (CF, art. 122, I, c), pois a Portaria nº 286, de 23-11-83, o Sr. Ministro da Fazenda não é ato meramente normativo.

2. A instituição da TRU ocorreu desde 1969 (Decreto-Lei nº 999/69); os eventuais aumentos, inclusive o referido pelo impetrante, efetivaram-se mediante leis, que estavam em vigor antes de cada exercício financeiro, como ocorreu com o Decreto-Lei nº 2.068, editado em 1983; assim, a cobrança da referida taxa, nos prazos fixados para 1984, atende aos princípios constitucionais da legalidade e da anualidade.

3. Mandado de segurança indeferido.

#### ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, preliminarmente, por maioria, conhecer do pedido; no mérito, por unanimidade, indeferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráfi-

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

Custas como de lei.

Brasília, 29 de março de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Washington Bolívar de Brito, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: A advogada Leonidas Damascena Sousa, em causa própria, impetra segurança, apontando como autoridade coatora o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Alega que é proprietária do veículo marca GM Opala, de 1979, placa nº TF-48.60, Certificado de Propriedade de nº 009.161/GO-001, expedido pelo DETRAN-GO, em 9-11-83, em razão do que, cumprindo as determinações do impetrado e os prazos estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 999 (que instituiu a Taxa Rodoviária Única), recolheu, em 31-10-83, a primeira quota, a segunda em 6-11-83 e a terceira em 8-12-83.

Diz que o citado decreto-lei, ao instituir a Taxa Rodoviária Única, devida pelos proprietários de veículos automotores e licenciados em todo o território nacional (art. 1º), também dispôs que seria ela cobrada previamente ao registro ou renovação anual da licença para circular, sendo o único tributo incidente sobre tal fato gerador (parágrafo único do mesmo artigo).

O critério de pagamento, tomando-se por base o algarismo final da placa, obedecia determinada escala, desde 1969, sem que houvesse qualquer alteração.

Assim, tendo pago aquela Taxa a partir de outubro de 1983, sua quitação deveria valer até outubro de 1984, quando se completará o prazo de doze (12) meses. Entretanto, agindo coercitivamente, o impetrado baixou a Portaria nº 286, de 23 de novembro de 1983, alterando a escala de pagamentos e ferindo direito líquido e certo do impetrante, pois além de aumentar a taxa em 100% (cem por cento), diminuiu o prazo para pagamento, de forma que, no seu caso, deverá fazê-lo no dia 27 de abril do ano em curso, se preferir o parcelamen-

to, ou no dia 15 de maio próximo vindouro, se desejar efetuar tal pagamento de uma só vez.

Além de ilegal, essa Portaria contém discriminação injustificável, ao excluir dos novos prazos algumas categorias de veículos, como caminhões, cavalos-mecânicos, microônibus, ônibus, etc., que permanecerão dentro dos prazos anteriormente fixados.

A antecipação imposta à impetrante — afirma — é imoral e somente se justificaria em casos de extrema gravidade na vida nacional, conforme o definido na Carta Magna.

Finalmente, diz que a Portaria infringiu, expressa e deliberadamente, dispositivos constitucionais e contra esse abuso impetra segurança.

Tendo a impetração ocorrido em 25 de janeiro de 1984, período das férias regulamentares, o Exmo. Sr. Ministro José Dantas, Presidente deste Tribunal, na ausência ocasional do Relator, solicitou as informações de praxe, reservando-se para apreciar o pedido de liminar oportunamente (fls. 13/14).

Em suas informações (fls. 15/23), esclareceu o Sr. Ministro de Estado da Fazenda — interino — subscrevendo parecer da ilustrada Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que o ato ministerial atacado, em verdade, é normativo, editado dentro da competência regulamentar, não configurando ato administrativo *in concreto*, suscetível de impugnação por mandado de segurança, já que é lei, em sentido material, e a via eleita é imprópria para atacar lei em tese, segundo o ensinamento dos Tribunais, especialmente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, cujos precedentes cita, mencionando, inclusive, a Súmula nº 266.

Assim, inexistindo qualquer ato do Sr. Ministro da Fazenda exigindo o pagamento ou ato preparatório de exigibilidade, para que a impetrante

pratique ou deixe de praticar qualquer ação ou omissão, não tem, sequer, legitimidade passiva para a presente ação de segurança.

Se vencida essa preliminar, no mérito, esclarece que a impetrante se equivoca ao afirmar que o momento do recolhimento do tributo está determinado pelo Decreto-Lei nº 999, 1969, pois tal diploma, instituidor da Taxa Rodoviária Única, sofreu diversas modificações, quer nas alíquotas (Decreto-Lei nº 1.691, de 2-8-79), conforme o tipo do veículo, quer em sua destinação. A mais recente dessas alterações é a constante do Decreto-Lei nº 2.068, de 1983, que, entre outras, estipulou, em seu art. 1º, § 1º, que «O Ministro da Fazenda estabelecerá, anualmente, escala com datas de vencimento da taxa e de cada uma das quotas».

Assim, o pagamento da TRU, cujo momento estava disciplinado pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 999, de 1969, invocado pela impetrante, no presente exercício é o previsto pela Portaria nº 286, de 1983, editada pelo Sr. Ministro da Fazenda, nos termos do art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.068, de 1983.

Argumenta que, na obrigação tributária, há dois momentos distintos: o da incidência e o da cobrança do tributo.

Invocando suporte doutrinário, lembra que, para se tornar eficaz o tributo, sua cobrança pode ser antecipada, desde que já tenha ocorrido ou que venha fatalmente a ocorrer, a hipótese de incidência.

E quanto à constitucionalidade e juridicidade de eventual cobrança antecipada, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu, por exemplo, no caso de imposto nas vendas à vista de cigarros e outros derivados do fumo, dentro do Estado, que a cobrança antecipada é constitucional. Ademais, trata-se de prática usual no sistema positivo brasileiro, sendo

exemplo, dentre outros, a cobrança do imposto de renda na fonte.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pelo Dr. Geraldo Fonteles (fls. 25/28), opina pela denegação da segurança.

E o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): Preliminarmente, conheço do pedido, pois não me parece que a Portaria nº 286, de 1983, baixada pelo Sr. Ministro da Fazenda, seja simples ato normativo. Embora editado como salientam as informações, em decorrência do poder regulamentar, não estabelece, simplesmente, normas ou instruções a serem seguidas pelos órgãos de execução. Em verdade, ela já diz tudo, ao fixar os prazos, as quotas e as multas, por sua infringência. Se a hipótese de incidência reside na lei, o momento impositivo da cobrança, com ou sem multa, radica na Portaria, diretamente.

Quanto ao mérito, entretanto, não encontro o atendimento aos pressupostos constitucionais para o mandado de segurança, isto é, direito líquido e certo a amparar de ato ilegal, ou abusivo, praticado pela autoridade ministerial.

Com efeito, como bem esclarecem as informações prestadas, a hipótese de incidência realiza-se com o fato de possuir alguém, veículo automotor que se destina a circular no território nacional; a Taxa Rodoviária Única, instituída pelo Decreto-Lei nº 999/69, veio sofrendo modificações, quer em suas alíquotas, quer na sua própria destinação, por força de lei, a última das quais autorizou, expressamente, ao Sr. Ministro da Fazenda a estabelecer a escala anual com as datas de vencimento da taxa e de cada uma das quotas (Decreto-Lei nº 2.068, de 1983).

Ao que parece, confunde a impetrante o princípio da anualidade com que seria a anuidade no pagamento do tributo.

O que a Constituição vigente assegura é que:

«Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição (art. 153, § 29).»

Ora, no caso dos autos, o princípio da legalidade e o da anualidade do tributo estão atendidos plenamente.

A instituição da TRU ocorreu desde 1969. Os eventuais aumentos, inclusive o referido pela impetrante efetivaram-se mediante leis, que estavam em vigor antes de cada exercício financeiro. O Decreto-Lei nº 2.068 foi editado em 1983.

A cobrança, assim, no presente exercício, é legal. Não se há de confundir o princípio da anualidade com a simples anuidade do pagamento.

O princípio da anualidade, aliás, sequer se contém, modernamente, na necessidade de previsão orçamentária dos tributos, pois a ela se opõe o disposto no próprio art. 153, § 29, 2ª parte, como leciona Pontes de Miranda («Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969», Tomo V, pág. 617, 2ª ed., 2ª tiragem, RT).

Não se cuida, a meu ver, nem mesmo de antecipação do pagamento da TRU, a escala que prevê o desdobramento pelos meses, de conformidade com o algarismo final da placa. A cobrança que está sendo feita é a do tri-

buto devido neste exercício. E ainda que assim não fosse, a antecipação do pagamento, desde que haja previsão legal, não ofende direito líquido e certo do contribuinte, como bem demonstram as informações, mencionando, inclusive, outros tributos, bem assim os precedentes judiciais e o ensino doutrinário.

A escala, que visa a facilitar a cobrança e principalmente o pagamento, é simples distribuição, por quotas, do valor do tributo devido, no exercício. Sua eventual modificação, desde que o pagamento continue distribuído dentro do exercício em que pode ser cobrado, não fere qualquer direito do contribuinte e, muito menos, direito adquirido, como alega o impetrante.

Ante o exposto, denego a segurança.

É o meu voto.

VOTO VENCIDO

(PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Vogal): Senhor Presidente, não conheço do mandado de segurança, porque entendo que a portaria sub censura é ato normativo.

VOTO MERITO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Vogal): Senhor Presidente, quanto ao mérito, indefiro a segurança, nos termos do voto do Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 103.327-DF — Rel.: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito. Repte.: Leonidas Damascena Sousa. Reqdo.: Ministro da Fazenda.

Decisão: O Tribunal Federal de Recursos, em sessão Plena, preliminarmente, por maioria, conheceu do pedido; no mérito, por unanimidade, in-

deferiu o mandado de segurança. (Em 29-3-84).

Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Sousa, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Geraldo Sobral,

Carlos Thibau, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Carlos Madeira e Gueiros Leite. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros José Dantas, Otto Rocha, Adhemar Raymundo, Flaquer Scartezzini e Hélio Pinheiro. Licenciados os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Leitão Krieger. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Lauro Leitão.

### EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RO Nº 4.582 — RS

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Embargante: Bruno Mendonça Costa

Embargado: INPS

#### EMENTA

**Reclamação trabalhista. Opção pelo FGTS. Homologação.**

**É nulo o ato opcional que não foi homologado pela Justiça do Trabalho, nos termos do art. 1º, da Lei nº 5.107, de 1966.**

**Embargos recebidos para restabelecer a decisão de primeiro grau.**

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, receber os embargos, vencido o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgamento.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: A E. 3ª Turma deste Tribunal, ao julgar recurso de ofício e voluntário do INPS

interpostos em reclamação trabalhista movida por Bruno Mendonça Costa, deu provimento em parte aos mesmos, tão-somente para declarar válida a opção manifestada pelo reclamante, no tocante ao FGTS, para a qual, entendeu a Turma, só a declaração escrita é *ad substantiam actus*, sendo desnecessária a homologação pela Justiça do Trabalho, cuja finalidade é de apenas dar ao ato um caráter formal.

Oferecendo Acórdãos da 1ª e 2ª Turmas, que somente admitem a validade da opção, se homologada pela Justiça, o reclamante interpôs os embargos divergentes ora em julgamento, pedindo o seu provimento para que seja restabelecida a decisão de primeiro grau (fls. 94/97).

Os embargados não ofereceram impugnação no prazo legal (certidão de fl. 116v).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: Preliminarmente, conheço do recurso, comprovada a divergência com os Acórdãos trazidos à colação (RO nº 2.929-MG — 2ª Turma, e RO nº 4.537-PE — 1ª Turma), todos reconhecendo a necessidade da homologação judicial e anotação na Carteira Profissional, seguindo ordena o art. 1º e §§ da Lei nº 5.107/66.

O voto condutor do Acórdão, da lavra do eminente Ministro Torreão Braz, ao propósito, entendeu:

«O mesmo não ocorre, entretanto, no atinente à opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que ela declarou insubsistente.

Na opção, só a declaração escrita é *ad substantiam actus*, cuja falta acarreta a nulidade. Leia-se Délio Maranhão «Direito do Trabalho», 4ª ed., pág. 288: «Tanto a opção como a retratação se consumam como ato jurídico perfeito com a expressão, formal e unilateral manifestação de vontade, sem a intervenção de terceiros. Seus efeitos, porém, estão condicionados ao conhecimento da prática do ato pelo empregador; tanto a opção como a retratação não são perenes, posto estar sua existência adstrita ao contrato de trabalho em face do qual foram exercidas; a homologação da opção ou da retratação pela Justiça do Trabalho dá ao ato apenas um caráter formal, confirmatório do exercício do direito, sem caráter de coisa julgada».

Eis o que diz a ementa do Acórdão, na parte que interessa aos embargos:

«Na opção pelo regime do FGTS, a homologação judicial não é *ad substantiam actus*, não implicando a sua falta nulidade da manifestação».

Entendo que o ato opcional tornou-se nulo, pela carência de homologação legal, nos termos do art. 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o FGTS.

Assim entendeu a E. 1ª Turma, em sua antiga composição, conforme consta do voto do eminente Ministro Peçanha Martins, nos autos do RO nº 4.537-PE:

«... Contudo, devo ressaltar, repletando, ainda, a sentença, que a opção pelo FGTS é inexistente, desde que manifestada em janeiro de 1973, muito depois de decorrido um ano do advento da Lei nº 5.107, de 1966, caso em que poderia ser feita, mas desde que homologada pela Justiça do Trabalho, ou, no caso, pela Justiça Federal, valendo a transcrição dos artigos 5º e 6º do Decreto Regulamentador nº 59.820, de dezembro de 1966».

Assim também tem entendido a jurisprudência trabalhista:

— «Opção pelo FGTS — Nulidade — Nula, de pleno direito, a opção pelo regime jurídico do FGTS feita por empregado com mais de 1 ano de tempo de serviço, sem a homologação judicial do ato» (TRT — 3ª Região — RO nº 149/80 — 2ª Turma — Relator, Juiz Orlando Rodrigues Sette, pub. no DJ de 3-12-80).

Estou com a jurisprudência acima, razão que me leva a conhecer dos embargos e recebê-los para, reformando o V. Acórdão embargado, restabelecer, *in totum*, a respeitável decisão de primeiro grau.

É o meu voto.

### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, data venia, continuo pensando como quando acompanhei o eminente Ministro-Relator, que na opção do regime de fundo de garantia a homologação judicial não é neces-

sária, não implica a sua falta em nulidade.

Mantenho meu voto anterior.

### EXTRATO DA MINUTA

ERO nº 4.582-RS — Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Embte.: Bruno Mendonça Costa. Embdo.: INPS.

Decisão: A Seção, por maioria, recebeu os embargos, vencido o Sr. Mi-

nistro Flaquer Scartezzini. (Em 18-5-83 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros William Patterson, Costa Lima, Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Lauro Leitão, Carlos Madeira e Gueiros Leite votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

### RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.673 — CE

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Recorrente ex officio: Juízo Federal da 2ª Vara — CE

Recorrente: Universidade Federal do Ceará

Recorrido: Jurandir Borges da Silva

### EMENTA

**Trabalho. Reclamação. Equiparação salarial.**

A jurisprudência já se pacificou no sentido de que, havendo quadro organizado em carreira, não é possível equiparação salarial, com fundamento no art. 461, da CLT.

Além do mais, o reclamante foi posicionado como Agente de Portaria, considerando-se as atribuições efetivamente desenvolvidas pelo mesmo.

Assim, dá-se provimento aos recursos, de ofício voluntário, para reformar-se a r. sentença de 1º grau e julgar-se a reclamação improcedente.

### ACORDÃO

### RELATÓRIO

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 aos recursos de ofício e voluntário, para modificar a sentença e julgar a reclamação improcedente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Jurandir Borges da Silva, propôs reclamação trabalhista, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Ceará, contra a Universidade Federal daquele Estado, alegando, em síntese, o seguinte:

«que promoveu esta reclamação trabalhista com o fim de lhe ser declarado que «vem desempenhando de forma efetiva, desde o dia 30-7-64, a função de Agente Administrativo LT-SA 801-a, referência 24», embora perceba sua remuneração como Agente de Portaria LT-TP 1202.1.»

Foram concedidos ao autor os benefícios da assistência judiciária.

Notificadas as partes, realizou-se a audiência de conciliação e julgamento, ocasião em que se tomou o depoimento pessoal do reclamante e o da preposta da reclamada, e, ainda, foram ouvidas três testemunhas daquele, tendo a universidade oferecido defesa escrita.

Proposta a conciliação, a mesma foi rejeitada.

Foi juntado aos autos o processo administrativo referente à revisão de enquadramento do reclamante.

A reclamada ofereceu razões finais.

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

«Julgo procedente em parte, a reclamação, para deferir a equiparação salarial, na forma do pedido (letra **b**, inicial), condenando também a reclamada a pagar as parcelas atrasadas, com os acréscimos de lei.

Como o servidor público não pode sindicalizar-se, negar honorários pela ausência do sindicato, equivaleria a vedar-lhe a gratuidade da justiça, constitucionalmente assegurada. Por isso, condeno a reclamada nessa verba, arbitrada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

PRI Remessa de ofício».

A Universidade Federal do Ceará, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela interpôs recurso ordinário para este egrégio Tribunal.

O reclamante ofereceu contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo conhecimento e provimento dos recursos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Relator): A r. sentença de 1º grau, **data venia**, não merece prosperar, na parte em que julgou procedente a reclamação, para deferir a equiparação salarial pleiteada.

Com efeito, a reclamada demonstrou, nestes autos, que possui quadros e tabelas de pessoal, devidamente aprovados, mediante Decreto do Poder Executivo, havendo cargos e funções escalonados, em obediência à sistemática traçada pela Lei nº 5.645/70, que instituiu o novo plano de classificação de cargos.

Assim, a organização existente faculta a circulação do servidor, quer horizontal, quer verticalmente (Decreto nº 80.602/77 e Decreto nº 81.315/78).

Os aludidos decretos, convém frisar, uma vez mais, estabelecem as hipóteses em que poderão ocorrer as progressões (promoções) e as ascensões (acessos), além de criarem, mediante a distribuição de cargos por classe, dentro de cada categoria funcional, atribuições perfeitamente definidas e individualizadas.

Aliás, a jurisprudência já se pacificou no sentido de que, havendo quadro organizado em carreira, não é possível equiparação salarial, com fundamento no artigo 461, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O reclamante foi posicionado como Agente de Portaria, considerando-se as atribuições efetivamente desenvolvidas pelo mesmo.

A propósito, aliás, esclarece a reclamada, à fl. 79:

«Desta maneira, competiu à reclamada, tendo em vista a conclusão

chegada pelo órgão orientador da aplicação das normas atinentes à administração de pessoal (DASP), manter o reclamante na categoria funcional para a qual efetivamente concorrera no plano classificatório, ou seja, a de Agente de Portaria, pois o mesmo fora incluído face o seu emprego originário que era de Servente-Contínuo».

Em face do exposto, dou provimento aos recursos, de ofício e voluntário, para reformar a r. sentença de 1º grau e julgar a reclamação improcedente.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.673-CE — Rel.: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Recorrente: Ex Offício: Juízo Federal da 2ª Vara-CE. Recorrente: Universidade Federal do Ceará. Recorrido: Jurandir Borges da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos de ofício e voluntário, para modificar a sentença e julgar a reclamação improcedente (Em 27-5-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

#### RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.966 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Recorrente: IAPAS

Recorrida: Sara Marcondes Santiago

#### EMENTA

Reclamação trabalhista. Equiparação salarial.

O servidor admitido como Auxiliar Operacional de Serviços Diversos mas no Nível 1, não tem o direito de pleitear equiparação a outros servidores admitidos, mesmo posteriormente, na mesma função, porém no nível 3.

Além disso, a existência de quadro organizado em carreira na Autarquia empregadora, impede a aplicação do instituto da equiparação salarial (CLT art. 461, § 2º).

A retificação do salário procedida na Carteira Profissional, não importou em redução do mesmo porque tornou-o de acordo com o vencimento fixado para o nível 1, ocupado pela reclamante.

Recurso provido para julgar improcedente a ação.

#### 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 ao recurso do IAPAS, para modificar a sentença e julgar a reclamação improcedente, 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 maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Lauro Leitão**, Presidente — Ministro **Otto Rocha**, Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Otto Rocha**: Sara Marcondes Santiago, admitida como Auxiliar Operacional de Serviços Diversos no Instituto Nacional de Previdência Social, pleiteia equiparação salarial com outras funcionárias que indica, admitidas posteriormente mas no mesmo semestre, para o mesmo cargo, função e jornada, porém com salário superior ao seu. Alegou que embora estipulado o salário de Cr\$ 1.356,00, sua remuneração foi rebaixada para Cr\$ 577,00, o mesmo acontecendo com os aumentos subsequentes, tudo conforme anotado na sua Carteira de Trabalho.

O Instituto reclamado arguiu a prescrição do direito pleiteado e a improcedência do pedido, posto tratar-se de funcionária admitida no nível 1, enquanto as paradigmas estão classificadas no nível 3, referência 22; além disso, o disposto no art. 461 e § 1º, *in casu* não prevalece, tendo em vista a existência de quadro organizado em carreira (fls. 35/37).

Sobre a contestação falou a reclamante as fls. 39/45, oferecendo documentos a respeito dos quais pronunciou-se o reclamado às fls. 63/64.

Realizada a audiência com oitiva de testemunhas, o Dr. Juiz proferiu a sentença de fls. 103/108. Julgou procedente a ação, porque concluiu que a reclamante realmente sofreu redução de salário e discriminação perante as demais colegas apontadas como paradigmas, admitidas em data posterior.

O IAPAS inconformado recorreu, sustentando a incorrência de redução salarial, mas simples retificação

de anotação de Carteira; a impossibilidade de equiparação diante de existência de Quadro Organizado; e esclarecendo que a desigualdade salarial entre a reclamante e as paradigmas decorre da aprovação destas últimas em concurso público, sucesso esse não obtido pela primeira.

Com as contra-razões de fls. 120/132 subiram os autos e, nesta instância, a douta Subprocuradoria opinou pelo provimento do recurso, com parecer emitido à fl. 138.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. **Ministro Otto Rocha** (Relator): Sr. Presidente: Diz a reclamante, ora recorrida, em sua inicial, verbis:

«1. A reclamante foi admitida a serviço do reclamado em 1-8-75, na função de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, matrícula nº 849.070, admissão essa autorizada pela DTS/SRRJ — 989, de 21-7-75, publicada no BSL — Boletim de Serviço Local nº 135, da mesma data, Memorandum número 06-000/287/75, com uma remuneração de Cr\$ 1.356,00 (um mil, trezentos e cinquenta e seis cruzeiros), mensais, remuneração essa rebaixada no mesmo dia, fl. 54 da Carteira de Trabalho, doc. 1 — para Cr\$ 577,00 (quinhentos e setenta e sete cruzeiros), mensais» (fls. 2/3).

A prova dessa alegação não foi feita por inteira pela reclamante.

Pretendeu fazê-la, com as anotações em sua Carteira Profissional, onde se retificou, na mesma data da admissão, o valor da remuneração de Cr\$ 1.356,00 para Cr\$ 577,00 (cfr. fl. 12).

— Por que não trouxe aos autos a reclamante, com seu pedido inicial, cópia xerox do BSL — Boletim de Serviço Local nº 135, de 21-7-75.

admitindo-a nos serviços do reclamado?

Se tivesse assim procedido, verificar-se-ia, de plano, que fora ela admitida, juntamente com outras, como Auxiliar Operacional de Serviços Diversos — Nível 1, com o salário mensal de Cr\$ 577,00. Daí a correção do salário, procedida na Carteira Profissional da reclamante.

No mesmo Boletim Local de Serviços outros foram admitidos no cargo de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos — Nível 3, com o salário mensal de Cr\$ 1.386,00.

Pouco importa, também, que outros fossem admitidos posteriormente, com o salário superior à reclamante, pois foram admitidos após concurso, em nível superior (nível 3).

A prova testemunhal de fl. 100, esclarece que a reclamante fora admitida no nível 1, por não obter melhor classificação.

De outra parte, com o recurso veio aos autos o documento de fl. 117 (BSL/06-000 nº 135, de 21-7-75), que publicou a admissão de vários Auxiliares Operacionais de Serviços Diversos, de níveis 3 e 1 e onde se vê que a reclamante, efetivamente, fora admitida como Auxiliar Operacional de Serviços Diversos — nível 1, com o salário de Cr\$ 577,00, o que vem justificar a correção, na mesma data, do salário inicial constante da Carteira Profissional.

Isto importa em dizer que, a reclamada tem quadro constituído em carreira, o que torna inaplicável o instituto da equiparação salarial de que nos dá notícia o § 2º, do art. 461, da CLT.

A sentença, com a devida vênia, assentou-se em dois fundamentos que não resistem à prova dos autos, ao afirmar:

«Além da equiparação salarial a que a reclamante faz jus, não poderia o reclamado reduzir seu salário

constante da anotação de fls. 12 de sua carteira de trabalho, passando de Cr\$ 1.356,00, para Cr\$ 606,00, mensais.

Assim a reclamante sofreu redução de salário e discriminação perante as demais colegas apontadas como paradigmas, pois, embora exercendo atribuições e executando tarefas atinentes ao mesmo cargo, tendo a seu encargo outras atribuições mais, percebeu uma remuneração muito inferior.»

E conclui,

«Ora, ao contrato de trabalho, sendo regido pela CLT, é assegurada a inalterabilidade das respectivas condições, para se evitar, direta ou indiretamente, prejuízo para o empregado».

Nada disso aconteceu nestes autos, como se viu:

1º) Porque a reclamante fora, em realidade, admitida como Auxiliar Operacional de Serviços Diversos — Nível 1, com o salário de Cr\$ 577,00 (BSL/06-000 nº 135, de 21-7-75, fl. 117);

2º) porque a reclamada, como Autarquia Federal que é, tem quadro organizado em carreira, o que torna inaplicável o instituto da equiparação salarial, nos justos termos do § 2º, do art. 461, da CLT; e,

3º) porque, em verdade, a retificação do salário, procedida em sua Carteira Profissional, está de inteiro acordo com o salário fixado para o nível 1 da carreira de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos, conforme BSL/06-000 nº 135, de 21-7-75, não importando, desta sorte, em redução salarial.

Com estas considerações, sou obrigado a reformar a respeitável sentença recorrida, para julgar improcedente a reclamação, condenada a reclamante nas custas.

Dou, assim, provimento ao recurso do IAPAS.

E o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.966-RJ. Rel.: O Sr. Ministro Otto Rocha. Recte.: IAPAS. Recda.: Sara Marcondes Santiago.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do IAPAS, para modificar a sentença e julgar a reclamação improcedente. (Em 31-5-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Lauro Leitão votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.