
JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 851 — MG

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Autor: IAPAS

Réus: Abdon Faria Torres e outros

EMENTA

Ação rescisória. Matéria controvertida. Inadmissibilidade (Súmulas STF e TFR).

Tratando-se do pecúlio facultativo, previsto no art. 219, parágrafo único, do Decreto nº 72.771/73, do seu pagamento integral ou apenas da Ajuda Financeira das Aposentadorias (AFA) à base de 20%, não há dúvida que a matéria tem sido controvertida nos julgamentos do Tribunal Federal de Recursos, impossibilitando, assim, o cabimento da ação rescisória com apoio no art. 485, inciso V, do CPC (STF, Súmula nº 343; TFR, Súmula nº 134). Inadmissibilidade.

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 inadmissível a ação, 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, 27 de abril de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Evandro Gueiros Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) pretende rescindir, por meio da presente ação rescisória, o Acórdão da antiga 2ª Turma, na AMS nº 82.755 — MG, na qual figuraram como apelados Abdon Faria Torres e outros, que são os réus nesta demanda.

Tratou-se no mandado de segurança de pecúlio facultativo e decidiu-se que, na forma do disposto no art. 219, parágrafo único, do Decreto nº 72.771/73 (RGPS), o pecúlio é devido por força de contrato realizado pelo

segurado com o INPS, por ocasião da aposentadoria ou morte, para o servidor ou para uma ou mais pessoas expressamente designadas (fl. 124).

A ação rescisória está sendo ajuizada nos termos do art. 485, incisos V e VII, do CPC, e com fundamentos jurídicos e fácticos aqui sumariados. Os réus, funcionários aposentados do INPS, valeram-se do art. 219, parágrafo único, do Decreto nº 72.771/73, e a decisão rescindenda julgou a espécie como se se tratasse de obrigação derivada, pura e simplesmente, da lei, prescindindo do acordo de vontades.

Houve, assim, confusão entre pecúlio facultativo com seguro social, este previsto na LOPS, art. 22, quando na verdade o pecúlio facultativo é um seguro de natureza privada, regido pela legislação civil e ajustado voluntariamente, tendo por finalidade pagar uma importância em dinheiro ao beneficiário do segurado, por motivo de sua morte.

Sua origem é encontrada no art. 68 da Lei nº 3.807/60, que previu a possibilidade de serem criados seguros coletivos mediante acordo entre as partes. E se manteve através de outras normas (Decreto nº 77.077/76, art. 105, parágrafo único; Decreto nº 72.771/73, arts. 215, 216 e 219), mas sempre alheio ao art. 22 da LOPS, sobrevindo, com a decisão rescindenda, a indiscutível violação desses textos legais e regulamentares.

A respeitável decisão rescindenda, muito embora tenha julgado a matéria à luz do art. 219, parágrafo único, do RGPS, fê-lo erroneamente, contudo, sem cotejar com os demais textos da legislação previdenciária e em flagrante contradição com os princípios securitários inseridos na legislação civil, da qual se destacam os arts. 1.432 e 1.433.

O art. 1.432 reza que se considera contrato de seguro aquele pelo qual

uma das partes se obriga para com a outra, mediante paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato. O contrato é, pois, nesse campo, a ordem jurídica entre os estipulantes.

Impõe-se a sua exteriorização em documento escrito, conforme estipulado, expressamente, no art. 1.433 do Código Civil. O contrato, reza o texto, não obrigará antes de reduzido a escrito e considera-se perfeito desde que o segurador remeta a apólice ao segurado, ou faça nos livros o lançamento usual da operação.

A decisão rescindenda, por não tomar conhecimento da existência de contratos escritos (ordens de serviço que instituíram o Plano, contendo as disposições ajustadas entre as partes), contrariou esses dispositivos legais e olvidou os fundamentos técnicos do seguro, analisando a matéria como se a fonte da obrigação fosse a lei.

Finalmente pediu o Instituto-autor que, tendo-se por ocorridas as violações legais indicadas, fosse julgada procedente a ação, rescindindo-se o acórdão e julgando-se novamente a causa, mas de acordo com a legislação aplicável à espécie, cassada a segurança por inexistência de direito líquido e certo ao recebimento integral do pecúlio em apreço (fls. 18/19).

Com a petição inicial devidamente instruída (fls. 23/152), foi ouvida a União Federal como assistente, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República no sentido da procedência da rescisória, pois o acórdão rescindendo é de ser considerado o único em tal sentido, dentre os inúmeros proferidos pelas diversas Turmas do Tribunal Federal de Recursos, enquanto os outros julgamentos primam pela concessão de apenas 20% do pecúlio (fls. 158/159).

Citados os réus, contestaram às fls. 161/165, opondo-se, preliminarmente, à isenção do depósito do art. 488, II, tal como pretendida pela autarquia. No mérito, sustentaram o descabimento da ação em qualquer dos incisos do art. 485 do CPC e muito menos naqueles indicados na petição inicial.

Não teria ocorrido qualquer violação de literal disposição de lei (art. 485-V), nem se trata, no caso, da existência de documento novo, cuja existência o autor ignorava, ou de que não pôde fazer uso, sendo capaz por si só de lhe assegurar pronunciamento favorável. Na rescisória não se discute, tampouco, a justiça ou a injustiça da sentença, nem se tergi-versa sobre a melhor ou mais adequada interpretação da norma jurídica.

Houve réplica do IAPAS, às fls. 175/176, e foi cumprida a Carta de Ordem citatória (fls. 183/198). Não foram especificadas provas pelo autor (fl. 202). Mas os réus requereram todas aquelas admitidas em juízo (fl. 204), embora não as efetivassem. À fl. 230, o Instituto denunciou o falecimento dos autores Wilson Esteves e Francisco de Paula Lima e, à fl. 235, desistiu da ação contra os respectivos herdeiros e sucessores (fls. 235/239).

As partes apresentaram alegações finais.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Ressaltou-se, na inicial, que esta Corte, entre as centenas de decisões prolatadas e referentes a mandados de segurança objetivando o pagamento integral do pecúlio facultativo em razão da aposentadoria, a rescindenda foi a única favorável aos seus impetrantes, pela

integralidade do seu alcance. Depois dela, após devidamente esclarecidas, as Turmas passaram a negar legitimidade à pretensão dos que postulavam o recebimento do pecúlio integral mesmo na aposentadoria.

Não é verdade, porém. Em levantamento que fiz nos repositórios das decisões do Tribunal, encontrei três tipos de decisões. As que negavam e as que concediam totalmente o pecúlio facultativo, bem como, ainda, as que o concediam em parte, à base de apenas 20%. Filiei-me, sempre, à corrente dos que negavam, ao sustentar a tese da natureza contratual do pecúlio, que é a mesma do Instituto nesta ação rescisória. Mas muitas foram as decisões que se afastaram desse ponto de vista, para admitir que o benefício deveria ser pago mesmo em vida do segurado.

Cito, por exemplo, Acórdão da 3ª Turma, na AC nº 61.215/RJ, sendo Relator o Ministro Adhemar Raymundo. Consta da ementa que, ante a expressa estatuição legal, dimana o direito do segurado da Previdência Social ao pecúlio facultativo, por ocasião de sua aposentadoria. «Orientações de serviço» não podem eliminar direito que existe porque criado por disposição regulamentar. A decisão é bem nova, de outubro de 1981. E, como se vê, refoge à tese puramente contratual (Cf. Ementário, 29/30).

De igual modo situam-se aqueles que outorgaram o pecúlio em menor escala, como adiantamento correspondente a 20%, pois argumentam com a permissão regulamentar do deferimento do benefício em vida do segurado, na aposentadoria. Citam-se, entre outros, os acórdãos da 2ª Turma, na AMS nº 85.586/MG, sendo Relator o Ministro William Patterson (Ementário, 12/42); da antiga 4ª Turma, na AMS nº 84.884-MG, Relator o Ministro José Dantas (Ementário, 8/38); da 1ª Turma, na AMS nº 85.506-MG, sendo Relator o Ministro Márcio Ribeiro (Ementário, 8/39).

Os contrários a qualquer concessão sempre questionaram a existência de duas modalidades de pecúlio: uma, para cobrir o risco da morte, e outra, a da aposentadoria. Todos examinam a legislação aplicável, dando-lhe a interpretação que reputaram razoável (Ementário, 8/39 — AMS n.º 86.006-MG, Relator o Ministro Torreão Braz, 2ª Turma; e AMS n.º 85.295-MG, 3ª Turma, Relator o Ministro Carlos Mário Velloso).

Por aí se vê que a matéria é controvertida, não se admitindo, pois, o ajuizamento da ação rescisória com apoio no art. 485-V do CPC. Não cabe ação rescisória, reza a Súmula n.º 343 do STF, por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. É o caso dos autos. Agora mesmo o Tribunal editou a sua Súmula n.º 134, no mesmo sentido, porém com cláusula final de maior alcance e que responde à argumentação da inicial, verbis:

«Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor».

Como o Instituto tampouco comprovou ajustar-se a demanda ao art.

485, VII, do CPC, pois não apresentou a exame qualquer documento novo, dentro das condições de adequação ao permissivo legal, é de ver-se que a rescisória não dispõe de respaldo jurídico. Daí por que a tenho como inadmissível e condeno o autor em honorários advocatícios, estes arbitrados em 0,5% (meio por cento) sobre o valor dado à causa, bem como à reversão em favor dos réus do depósito do art. 488.

Custas ex lege.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AR n.º 851-MG — Rel.: O Sr. Min. Evandro Gueiros Leite. Autor: IAPAS. Réus: Abdon Faria Torres e outros.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou inadmissível a ação, nos termos do voto do Sr. Min.-Relator (Em 27-4-83 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros William Patterson, José Cândido, Flaquer Scartezini, Costa Lima, Leitão Krieger, Lauro Leitão e Carlos Madeira votaram de acordo com o Sr. Min.-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Hélio Pinheiro. Impedidos os Srs. Ministros Otto Rocha e Hélio Pinheiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Dantas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 41.508 — MA

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini

Agravantes: Yukio Akashi e cônjuge

Agravada: União Federal

EMENTA

Processual Civil. Valor da causa.

A fixação do valor da causa é matéria de ordem pública não podendo permanecer ao talante da parte para dispô-lo como bem entenda e pretenda.

O item IV do art. 259 do CPC determina seja o valor da causa o do pedido principal, quando houver pedidos subsidiários.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 19 de novembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Inconformados com a r. decisão de fls. 8/10, que, acolhendo a impugnação ao valor da causa, alterou o seu valor de Cr\$100.000,00 (cem mil cruzeiros) para Cr\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de cruzeiros), condenando os autores ao pagamento das custas, sob o fundamento de que os mesmos pedem benefício patrimonial específico, no total em que fixou o valor da causa, Yukio Akashi e sua mulher, Maria Amélia de Barros Akashi, nos autos da ação de ressarcimento de danos, por saque de índios, interpuseram o presente agravo, objetivando a reforma da douta decisão agravada para que não se acolha a impugnação, ou, caso aceita, seja a mesma julgada improcedente para manter o valor da causa na inicial.

Os agravantes alegam, em síntese, em suas razões de fls. 4/6, que o valor decorrente da reparação de dano está na dependência de apuração futura, mesmo que se estime na inicial, e que a impugnantante não expôs

com clareza o motivo de sua inconformação, nem apontou o valor que lhe parece correto à causa.

Contraminuta às fls. 37/38.

Mantido o venerando despacho agravado, subiram os autos e, nesta Superior Instância, após a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinar pelo improvimento do recurso, vieram-me conclusos.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Os autores, ora agravantes, na peça vestibular da ação, cuja cópia consta às fls. 13/25 destes autos, pedem a condenação da União nos seguintes termos, verbis:

«...sendo afinal condenada a ressarcir os danos causados, no valor de Cr\$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de cruzeiros) conforme o laudo anexo, em que for apurado na liquidação, além de custas e honorários»,

e concluiu fixando o valor da causa em Cr\$ 100.000,00.

A União Federal, não se conformando com o valor atribuído, impugnou-o sob a alegação de que embora tenham pedido condenação de quantia certa, excluindo condenações acessórias, os autores atribuíram à causa valor muito inferior ao pleiteado.

A fixação do valor da causa é matéria de ordem pública, não pode permanecer ao talante da parte para dispô-lo como bem entenda e pretenda.

O pedido, sendo certo o seu montante, deverá corresponder ao valor da causa.

A permissão outorgada ao artigo 258 do Código de Processo Civil ao autor deixa de existir quando se trata de valor definido.

Correto, a meu ver, o despacho agravado estabelecendo como valor da causa a quantia principal pleiteada como condenação a ser imposta à União pelos autores e, assim procedendo, atendeu o douto magistrado à procedência da impugnação, que se amparou no item IV do artigo 259 do Código de Processo Civil.

Com estas considerações, entendendo haver o ilustre Juiz de Primeiro Grau atendido ao mandamento legal que determina seja o valor da causa o do pedido principal, quando

haja pedidos subsidiários, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 41.508-MA — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Agravantes: Yukio Akashi e cônjuge. Agravada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 19-11-82 — 3ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.925 — SP

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Agravantes: Romeu Tenório Vaz e cônjuge

Agravada: União Federal

EMENTA

Processual civil.

Competência. Quem, ex lege, decide do problema de competência, nas ações de usucapião, quando o Ministério Público Federal manifesta o seu interesse na causa, é a Justiça Federal.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 9 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Do despacho do Dr. Juiz Federal que se deu por competente para julgar ação de usucapião, ao argumento de que a União Federal manifestou interesse na causa, agravaram Romeu Tenório Vaz e sua mulher, sustentando que, em momento algum, comprovou a União com documentos irrefutáveis que a área é de seu interesse, e, mesmo que assim fosse, deveria ela aceitar o pedido formulado, pois durante mais de século e meio omitiu-se em relação à mesma, tendo, inclusive,

aceitado o cadastramento e os impostos sobre a referida área, sem oposição:

Transcorreu *in albis* o prazo para resposta da agravada.

O Dr. Juiz manteve o despacho e, neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República, invocando decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, opinou pelo improviamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Na ação de usucapião, promovida pelos agravantes, o Ministério Público Federal, em petição ao Juiz Estadual, perante quem corria o feito, manifestou o interesse da União, acentuando *in verbis*: «A área objeto da presente ação está compreendida dentro do imóvel originário do confisco feito aos jesuitas em data de 1671, segundo informação do setor de Engenharia do Serviço de Patrimônio da União em São Paulo (doc. junto)». E, depois de apontar a norma legal definidora dos bens da União, acrescentou: «Por conseguinte, o imóvel objeto da presente ação é um bem público (C. Civil, art. 66, inciso III)». Ver folhas nºs 35/36 destes autos.

A Lei Processual Civil, no art. 942, § 2º, é peremptória em determinar que devam ser cientificados os re-

presentantes da Fazenda Pública e da União, do Estado, do Distrito Federal, do Território e do Município, para que, nas ações de usucapião, manifestem interesse na causa. Se, *in casu*, esse interesse foi manifestado, como demonstrado, não compete à Justiça Estadual examiná-lo, quando razões de ordem jurídica são invocadas, em prol do interesse manifestado, calcadas em fatos também aduzidos, via petição anexada aos autos. Não se trata de argumentos vagos, imprecisos. Bem ao contrário, dessume-se, do petitório citado, que os fatos são relevantes, diante dos quais se desloca para a Justiça Federal o exame do problema suscitado, pelo interesse manifestado pela União.

Nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 42.925-SP — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Agravantes: Romeu Tenório Vaz e cônjuge. Agravada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 9-9-83 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Hélio Pinheiro e Carlos Madeira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.329 — SP

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Agravante: Van Leer Embalagens Industriais do Brasil Ltda.

Agravada: União Federal

EMENTA

Processual Civil. Agravo de instrumento em mandado de segurança. Descabimento.

I — *De lege lata*, no processo célere do mandado de segurança é incabível o agravo de instrumento.

II — A Lei nº 1.533/51, que regula tal processo, admite, somente, a aplicação subsidiária do CPC, no que se refere ao litisconsórcio (art. 19), revogando os demais dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto.

Precedentes do TFR citados no voto do Relator.

III — Agravo não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 17 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Sebastião Reis**, Presidente — Ministro **Geraldo Sobral**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. **Ministro Geraldo Sobral**: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Van Leer Embalagens Industriais do Brasil Ltda. da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da Primeira Vara da Seção Judiciária de São Paulo, que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo/Congonhas, indeferiu-lhe pedido, no sentido de que fosse declarada a prescrição da cobrança de crédito tributário e liberada a fiança bancária, constituída quando do deferimento de medida liminar no referido **mandamus**.

A recorrente alega que, em 28-5-74, impetrou mandado de segurança contra o Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo — Congonhas,

que havia entendido de condicionar a liberação de mercadorias importadas através da Guia de Importação nº 18-74/046500, ao recolhimento de impostos considerados devidos. Fundava-se a pretensão da agravante no seu direito líquido e certo ao desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas sob o regime previsto no Decreto-Lei nº 1.137, de 7-12-1970, até que solucionado o litígio sobre a existência ou não de similar nacional.

Na mesma data, medida liminar determinou o desembaraço alfandegário, realizado sob a garantia de fiança bancária. Vigorou a liminar até 29-8-1974. Ainda, em 28-8-1974, solicitou a agravante prorrogação da liminar, que assim ficou estendida até 28-9-1974. Nada mais se fez desde então, na espera da sentença.

Entretanto, em 6-1-1981, seis anos depois da caducidade da medida liminar, sem que nenhuma atitude houvesse sido tomada pela d. autoridade coatora, foi a agravante intimada a pagar os impostos devidos, e informada que «o não recolhimento implicaria em cobrança judicial.»

Inconformada, a agravante veio, por petição nos autos do mandado de segurança, pleitear ao MM. Juiz a **quo** que declarasse extinto o crédito tributário considerado devido e o cancelamento da fiança bancária feita ainda quando da impetração da segurança, já que havia corrido, inexoravelmente, o prazo prescricional

previsto nos incisos do artigo 174 do CTN. O r. despacho agravado, contudo, indeferiu o pedido tomando por base as razões de decidir da d. Procuradoria da República, *in verbis*:

«Se é fato que o crédito tributário prescreve no prazo de cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva, não menos verdadeiro é, porém, que, na conformidade do disposto no parágrafo único do mesmo preceito (art. 157) «a prescrição se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor». Ora, estando a dívida pendente de decisão judicial, não há que falar em prescrição...»

Afirma a agravante que a interrupção da prescrição ocorre com a «citação inicial do devedor», isto é, na execução fiscal.

Não há que falar em citação do devedor, quando sequer houve a propositura da ação de cobrança do crédito tributário. O que o r. despacho agravado entende, em síntese, é que a «Notificação à d. Autoridade Coatora» para prestar informações no mandado de segurança teria interrompido a prescrição, consoante o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN. Ainda que a Notificação, prevista na Lei nº 1.533/51, artigo 7º, inciso I, possa produzir os efeitos da citação prevista no artigo 174, parágrafo único, inciso I, o que não pode, ainda assim não ocorreu outro pressuposto da interrupção, ou seja, a notificação do devedor e não do credor, da propositura da ação de cobrança.

Ora, a Fazenda Nacional poderia cobrar, a partir de 28-9-1974, o crédito tributário considerado devido, mediante a propositura de ação de cobrança. Não o fez e teve seu crédito extinto em 28-9-1979, nos termos do artigo 174 do CTN.

Formado o instrumento do agravo, com as peças indicadas e as obrigações e não havendo contra-razões,

subiram os autos a esta Egrégia Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do agravo, por ser incabível em mandado de segurança (fls. 53/54).

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Senhor Presidente, li, com a devida atenção, o memorial apresentado pela agravante, às vésperas deste julgamento.

Em que pesem as fortes razões colacionadas pela recorrente, entendo, de acordo com a corrente jurisprudencial dominante, nesta Corte, ser incabível o agravo de instrumento, no mandado de segurança.

A 1ª Turma deste Tribunal, no Agravo de Instrumento nº 39.759-RJ, relatado pelo inolvidável Ministro Jorge Lafayette Guimarães, cuja clarividência tornou-se costumeira, decidiu, com estas letras:

«Mandado de Segurança. Incompetência. Agravo.

Da decisão pela qual o Juiz declarou-se incompetente para conhecer do mandado de segurança, não cabe agravo de instrumento, por não previsto o recurso na Lei nº 1.533/51 (Julg. de 26-11-76)».

Naquela oportunidade, S. Exa. asinalou:

«Admitir agravo de instrumento da decisão de um incidente em mandado de segurança será permitir tumulto no seu processamento. Só tenho admitido este agravo nas matérias que a Lei nº 1.533, de 1951, não regulou; por exemplo, no processamento da apelação, a lei do mandado de segurança concedeu recurso de apelação, e se o Juiz a indeferir, admito agravo de instrumento, porque aí aplicável

será o CPC, que disciplina o processamento da apelação, e as conseqüências do seu indeferimento.

Neste sentido proferi votos nos Agravos de Instrumento n.ºs 35.729 e 33.713, este em hipótese semelhante à dos autos — declaração de incompetência».

Nesta linha de pensar, a colenda 2ª Turma não conheceu o Agravo de Instrumento n.º 38.715-RJ, relatado pelo culto Ministro Jarbas Nobre, com decisão deste teor:

«Mandado de segurança.

A Lei n.º 1.533/51, que disciplina o seu processo, não prevê nem admite agravo de instrumento.

Recurso não conhecido».

Neste sentido, decidiu a Colenda 3ª Turma deste Egrégio Tribunal, no Agravo de Instrumento n.º 40.678 — São Paulo, de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, ficando o aresto assim ementado:

«Processual Civil. Mandado de segurança. Recurso. Agravo de instrumento. Lei n.º 1.533/51.

I — A lei de regência do mandado de segurança, Lei n.º 1.533/51, prevê os recursos cabíveis: apelação do indeferimento da inicial e da decisão que concede ou denega o writ (Lei n.º 1.533/51, art. 8º, parágrafo único, art. 12, parágrafo único). As demais decisões não comportam recurso. Não cabimento do agravo de instrumento, salvo no caso de indeferimento da apelação.

II — Agravo não conhecido».

De igual forma, S. Exa. votou nos Agravos de Instrumento n.ºs 35.729 e 33.713, 39.956-RJ e 40.122-SP.

No Agravo de Instrumento n.º 40.933-SP, relatado pelo ilustre Ministro Torreão Braz, a mesma 3ª Turma decidiu, por unanimidade, nestes termos:

«Processo Civil.

No mandado de segurança, é incabível o agravo de instrumento (CPC, art. 522). Quando o sucumbente, ao lado da reforma da decisão impugnada, pretende obter providência disciplinar contra o Juiz, deve socorrer-se da correção parcial; quando o despacho atacado, além de causar gravame, tem aptidão para produzir dano real irreparável, o mandado de segurança é a via adequada.

Agravo não conhecido».

Do lúcido voto do Relator, merece destaque o tópico seguinte:

E questão que ainda não se pacificou entre nós: o da admissibilidade do agravo de instrumento no processo de mandado de segurança.

Os autores não conciliam suas posições, nem mesmo com o advento do Código de 1983 que generalizou o uso desse recurso a todas as decisões interlocutórias.

Hely Lopes Meirelles o admite, desde que ocorram os seus pressupostos («Mandado de Segurança e Ação Popular», 5ª ed., pág. 55). Sérgio Bermudes segue a mesma trilha, com o argumentar que, vigente o novo diploma processual, tornando agraváveis todos os despachos suscetíveis de causar gravame, não se há mais de falar em correção parcial ou mandado de segurança contra eles («Com. ao Cód. de Proc. Civil», 1975, pág. 345). O monografista Othon Sidou sustenta opinião contrária e justifica («As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos», 1977, pág. 323): «O agravo de instrumento não tem propriedade em mandado de segurança porque, adequado às decisões contra as quais não procedam a apelação ou os embargos de declaração, a técnica processual da garantia não lhe abre oportunida-

de. Os incidentes relacionados com o recebimento, o preparo (pagamento das custas) e a subida da apelação podem ser neutralizados com vantagem pela correição ou mesmo por mandado de segurança».

Após debruçar-me sobre o estudo do tema, cheguei à conclusão de que a última corrente contribui com maiores virtudes para a solução, senão ideal, pelo menos mais prática, do problema.

O **mandamus**, como todos sabem, é o remédio eficaz à proteção de direito certo e líquido violado ou ameaçado de violação por ato ilegal de autoridade. Os seus atos procedimentais, em consequência, não podem ficar sujeitos a empecos ou protelações que prejudiquem ou retardem a celeridade da sua marcha em busca da efetiva prestação jurisdicional perseguida. Além de não previsto na legislação especial, o agravo de instrumento iria servir de medida tumultuária e não alcançaria, em muitos casos, o fim almejado pelo interessado, em virtude do seu efeito meramente devolutivo.

Integrando já a 6ª Turma deste Egrégio Tribunal, o culto Ministro Torreão Braz teve seu entendimento sufragado à unanimidade daquela Turma, no Agravo de Instrumento nº 43.129-SP, assim ementado:

«No mandado de segurança, é incabível o agravo de instrumento.

O aludido recurso não está previsto na Lei nº 1.533/51, que afastou a possibilidade de ser invocado, como fonte subsidiária, o Código de Processo Civil (art. 20).

As decisões interlocutórias podem ser atacadas via de correição parcial ou mandado de segurança, conforme o caso.

Agravo não conhecido».

Ainda, por unanimidade, a 3ª Turma não conheceu do Agravo de Instrumento nº 40.589-DF, de que foi Relator o douto Ministro Adhemar Raymundo, nestes termos:

«Agravo de instrumento.

Não se conhece deste recurso, interposto do ato do Juiz que, em ação de mandado de segurança, determinou ao impetrante que promova a citação de litisconsorte necessário. A lei que rege a espécie prevê os recursos cabíveis, não se incluindo, portanto, o agravo de instrumento de decisão interlocutória.

Não conhecimento do recurso».

Ao proferir seu voto no Agravo de Instrumento nº 39.063-RS, o insigne Ministro José Néri da Silveira, assim, manifestou-se:

«A orientação do Tribunal tem sido no sentido de não conhecer desse recurso, porque não previsto na lei específica do mandado de segurança. Os recursos cabíveis em mandado de segurança são aqueles consignados na lei de regência: nesse sentido, aliás, o Tribunal não conhecia, mesmo antes do Código de Processo Civil de 1973, de embargos infringentes em mandado de segurança».

Essa mesma Colenda 4ª Turma decidiu, por unanimidade, não conhecer do Agravo de Instrumento nº 40.492-RJ, de que foi Relator o nobre Ministro Aldir Guimarães Passarinho, *in verbis*:

«Mandado de segurança.

Agravo de instrumento: recurso incabível.

No sistema de recursos do mandado de segurança, além de não previsto o agravo de instrumento, não é ele de admitir-se, pelo próprio rito de celeridade que possui tal tipo de ação».

Consoante se vê dos arestos supra-citados é tradição jurisprudencial desta Corte não conhecer de agravo de instrumento no processo heróico e célere do mandado de segurança.

Convém ressaltar que a Lei nº 1.533, de 31-12-51, na redação que deu à Lei nº 6.071, de 3-7-74, a seu artigo 19, diz, claramente, que se aplicam ao processo do mandado de segurança os artigos do CPC, que regulam o litisconsórcio, ficando revogados os demais dispositivos do CPC sobre o assunto (art. 20).

Observo, por último, que, no processo trabalhista, em que domina o princípio da celeridade, face à natureza alimentar da pretensão material, ali, deduzida, e onde se aplica, subsidiariamente, o direito processual comum, por força do art. 769 da CLT, não se admite agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, cujas questões incidentes não precluem, no curso do processo de conhecimento, podendo ser apreciadas no recurso ordinário interposto da sentença de mérito.

Como se vê, em processos desta natureza, a lei e a jurisprudência

não têm admitido a interposição de agravo de instrumento, cujo efeito, meramente devolutivo, não atende, com a rapidez necessária, a pretensão do recorrente, tumultuando a celeridade do feito de que se origina.

Com estas considerações e adotando as razões dos arestos acima transcritos, chego à conclusão de que, *de lege lata*, no processo célere do mandado de segurança é incabível o agravo de instrumento.

Isto posto, não conheço do agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AG nº 43.329-SP — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Agrte.: Van Leer Embalagens Industriais do Brasil Ltda. Agda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não tomou conhecimento do agravo (Em 17-8-83 — 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 43.773 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Agravante: Oscar Bertino de Almeida Oliveira — espólio

Agravada: Caixa Econômica Federal — CEF

EMENTA

Execução de sentença. Fato novo. Inocorrência.

Na implantação do regime celetista na Caixa Econômica Federal, a manifestação da opção se deu em sentido contrário. Portanto, não a tendo feito na época própria, o exequente ficara automaticamente incluído no regime laboral, fato que não pode ser considerado novo no momento da liquidação, devendo a mesma prosseguir por cálculo do contador.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento 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, 2 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Otto Rocha**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Otto Rocha**: **Oscar Bertino de Almeida Oliveira** obteve sua reintegração na Caixa Econômica Federal, através de Acórdão do Plenário deste Tribunal, de que fui Relator.

Iniciada a execução, o autor não concordou com a sua reintegração no regime estatutário, como ordenado pela Caixa, considerando-se com direito a ser regido pela legislação trabalhista, posto que, nos termos do Decreto-Lei nº 266, de 1967, de vigência posterior à sua demissão, todo o funcionário em atividade que não expressasse sua opção pelo regime estatutário seria considerado celetista.

Ofereceu artigos de liquidação, mas o MM. Juiz Federal, Dr. Fernando Gonçalves, determinou que a mesma deveria ser procedida por cálculo do contador, tendo em vista ter a Caixa conhecimento de todos os elementos a ela necessários (fl. 92).

Prosseguindo-se na execução, os autos foram conclusos ao MM. Juiz Federal, Dr. Ney Magno Valadares, que proferiu o seguinte despacho:

«Contrariamente ao que havia entendido o MM. Juiz Federal prolator do despacho de fl. 366, surgiu

a necessidade de fazer prova de fato novo, ou seja, quanto ao alegado direito do requerente à opção pelo regime da legislação trabalhista, com as vantagens daí decorrentes.

Isto posto, converto a liquidação por cálculo do contador em liquidação por artigos, determinando a abertura de vista ao exequente».

Desse despacho agravou de instrumento o Espólio do exequente, pretendendo a liquidação por cálculo do contador. Rechaça a alegada existência de fato novo, posto que, reintegrado com todas as vantagens vencidas e vincendas, entre elas há que se incluir o direito de se considerar no regime celetista a partir de sua implantação.

A Caixa Econômica apresentou sua resposta ao agravo a fls. 102/107, sustentando que as vantagens vencidas e vincendas determinadas pela r. sentença deverão ser calculadas tomando por base o cargo em que foi reintegrado o agravante, porque era o que ele ocupava de fato quando demitido.

Ordenei a baixa dos autos para juntada de peças obrigatórias não trasladadas, o que foi feito a fls. 127/129.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Otto Rocha** (Relator): Sr. Presidente, diz o art. 608 do Cód. de Proc. Civil:

«Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo».

O acórdão proferido no EAC nº 45.146, ora em fase de execução, recebeu os embargos para restabelecer, «em toda a sua plenitude, a ilustrada sentença de primeiro grau».

Eis a conclusão da sentença:

«Por estes fundamentos, julgo procedente a ação e declaro nulo o processo administrativo, condenando a ré a reintegrar o autor no cargo que ocupava, pagando-lhe vencimentos e vantagens vencidas e vincendas, juros de mora contados da citação inicial, custas do processo e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o montante dos atrasados».

Não há que se falar em «fato novo», quando a liquidação, iniciada por cálculo do contador, já ia avançada, já tendo, inclusive, as partes se pronunciado sobre o cálculo apresentado à fl. 445 dos autos principais.

Bem atentou o MM. Juiz Dr. Fernando Gonçalves, quando em exercício na 3ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ao despachar nos autos, determinando:

«In casu, deflui do pedido de fls. 360/363 que todos os elementos necessários à liquidação do julgado são do conhecimento da CEF, que poderá fornecê-los, sem necessidade da *via crucis* de novo procedimento ordinário...»

Realmente, a Caixa Econômica Federal forneceu todos os elementos, possibilitando a feitura do cálculo pelo contador do Juízo, atendo-se a que o ora agravante obtivera o título executivo judicial sem qualquer ressalva, como concluíra a sentença: com todas as vantagens vencidas e vincendas, com efeitos pretéritos, como se em serviço estivesse no período do indevido afastamento.

Ora, se o cálculo já fora elaborado com os dados fornecidos pela própria Caixa e com ele concordara o exequente, ora agravante, não seria justo submetê-lo a enfrentar a *via crucis* de novo procedimento ordinário, usando as palavras do despacho de fl. 366.

No que tange ao direito do agravante à opção pelo regime da legislação trabalhista, com as vantagens dela decorrentes, trata-se de matéria regulada por legislação específica, sobre a qual estava o mesmo impossibilitado de se manifestar, em virtude do ato demissório da Administração Pública e que o Judiciário anulou, ordenando a sua reintegração, pagando-lhe os vencimentos e vantagens vencidas e vincendas, sem quaisquer ressalvas.

Desta sorte, inexistindo a opção, na época própria, resultaria a inclusão do ora agravante no regime celetista, em obediência aos termos da lei, segundo entendeu a Consultoria-Geral da República (Parecer nº 018, de 16-7-82, aprovado em 2-8-82 e publicado no DOU de 4-8-82, Seção I, págs. 1441/1449).

De outra parte, cuida-se efetivamente de uma vantagem reconhecida pela própria agravada, ao pronunciar-se através do Parecer Cojur BR 45/81, itens 26 e 26.1.

Assim, em se tratando de uma vantagem, há de ser ela deferida ao Agravante, porque determinadas expressamente, pelo Acórdão exequendo, ao reintegrá-lo no cargo que ocupava, «pagando-lhe vencimentos e vantagens vencidas e vincendas».

Por derradeiro, a agravada acolheu o entendimento de que se processasse a liquidação por cálculo do contador. Do despacho que assim entendeu, não opôs o recurso cabível; ao contrário, forneceu ao Juízo todos os elementos necessários à feitura do cálculo.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo, determinando o prosseguimento da liquidação como vinha sendo observada, isto é, por cálculo do contador.

É o meu voto.

Decisão: A turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 2-12-1983 — 1ª Turma).

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 43.773-RJ — Rel.: O Sr. Min. **Otto Rocha**. Agte.: Oscar Bertino de Almeida Oliveira (Espólio). Agda.: Caixa Econômica Federal.

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.987 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Agravante: Caixa Econômica Federal

Agravada: Ampla Engenharia Ltda.

EMENTA

Processual civil.

Ação de execução.

Para impugnar a adjudicação dos bens penhorados, só dispõe o devedor, se ainda não foi expedida a respectiva carta, dos embargos a que alude o art. 746 do CPC e, após a sua expedição e transcrição no registro imobiliário, da ação ordinária apropriada.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Em execução movida pela Caixa Econômica Federal contra Ampla Engenharia Ltda., para haver a

quantia de Cr\$ 3.485.550,20 e acréscimos, a exequente requereu, com êxito, aditamento à carta de adjudicação para que dela constassem dois dos imóveis adjudicados, omitidos na carta por lapso confessado do porteiro do auditório, que certificou a ausência de licitantes à praça «do imóvel situado na rua Coronel Cardoso nº 883, em Campos», quando a hasta pública correspondia aos três imóveis hipotecados, penhorados, avaliados e anunciados.

Em petição, argüiu a executada a nulidade do aditamento, alegando, em resumo, verbis:

«1. a adjudicação é ato jurídico de modalidade prevista na lei e só poderá ser praticada validamente, se nela verificados todos os seus pressupostos, em consequência do que não poderia ter sido deferido o pedido formulado pela CEF, se os

bens não foram apregoados, como demonstram as certidões expedidas às fls. 59/68 dos autos;

2. a nulidade divisada era e é absoluta, inexistindo a possibilidade de qualquer emenda, uma vez que foram produzidos os efeitos jurídicos, tanto da quitação da devedora, na esfera do direito obrigacional, como impossível, no âmbito do direito processual, a prática de outro ato de excussão, mediante decisão ulterior do mesmo Juízo, modificando a anteriormente prolatada que conferira a mencionada quitação;

3. a nulidade emerge clara, porque nosso ordenamento jurídico, filiado aos sistemas da finalidade da lei e ao do prejuízo para a convalidação ou não do ato cometido com vício, não a toleraria, até mesmo pela violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados;

4. somente na hipótese de o ato impugnado ter alcançado a sua finalidade, sem causar prejuízo algum, poderia ser cogitada a sua convalidação, o que não ocorreu in casu, integrando, por derradeiro, as alegações da suscitante para acolhimento do pedido de decretação da nulidade.»

O Dr. Juiz Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro indeferiu o pedido (fls. 30/36).

Dessa decisão agravou a executada.

Contraminuta às fls. 38/40.

Reformada a decisão agravada, requereu a CEF a remessa dos autos a este Tribunal (CPC, art. 527, § 6º — fls. 44/47 e 49/53).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Não me parece deva prosperar a decisão agravada.

A lei processual civil estabelece via própria de ataque à arrematação e à adjudicação.

Assim, deferido o pedido de adjudicação, incumbe ao devedor aguardar a assinatura do respectivo auto, para opor embargos, «quando, em seu prejuízo, haja qualquer defeito nos pressupostos da transferência» (Amílcar de Castro, «Comentários ao Código de Processo Civil», RT, 1974, pág. 354).

Se deixa passar esse momento e advém a carta de adjudicação, só lhe resta o remédio da ação ordinária de nulidade. Leia-se, a propósito, Pontes de Miranda («Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, 1976, tomo X, pág. 442): «Para impugnar a adjudicação, tem o executado o remédio jurídico dos embargos do devedor à adjudicação (art. 746). Contra a carta de adjudicação, tem ele a ação declaratória de falsidade de documento (art. 4º), a ação declaratória de inexistência da carta e a ação constitutiva negativa por nulidade *ipso jure*, as ações possessórias de manutenção de reintegração, se inexistente ou nula *ipso jure* a carta de adjudicação, ou os embargos do devedor se a carta de adjudicação for levada à execução e não foi ou foi nulamente citado o executado na ação de execução».

O art. 746 do CPC é explícito ao estatuir ser lícito ao devedor oferecer embargos à arrematação ou à adjudicação, fundados em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora.

A simples petição, atuada em apartado, não atende à exigência da lei processual. Esta impõe rito próprio para os embargos, marca prazo peremptório, assegura ao credor o direito de impugnação e prevê dilação probatória (arts. 746, parágrafo único, e 738 a 740).

A via escolhida pelo executado, na espécie, é reconhecidamente inidônea, porquanto já se operara a transferência da propriedade sobre os imóveis, mediante a expedição de carta de adjudicação transcrita no Registro Imobiliário, conforme anotou o Dr. Mário Mesquita Magalhães na decisão indeferitória do pedido (fl. 34).

Isto posto, dou provimento ao agravo para reformar o despacho de fls. 44/47 e indeferir o pedido formulado pela executada.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 43.987-RJ — Rel.: O Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Agte.: CEF. Agda.: Ampla Engenharia Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Min.-Relator (Em 29-8-83 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Wilson Gonçalves e Miguel Jerônimo Ferrante. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Torreão Braz.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.092 — SP

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Agravante: Caixa Econômica Federal

Agravados: Posto Jenner e outros

EMENTA

1. Processo civil. Sentença. Princípio da inalterabilidade. Inexatidão material. Correção.

2. Alçada. Causa de valor inferior a 50 ORTNs. Litisconsortes.

Não ocorre, na hipótese, a pretendida ofensa ao postulado inserido no art. 463 do CPC, que se refere, com perfeita técnica processual, à sentença de mérito. No caso vertente, o despacho impugnado não alterou em nada a decisão final, que restou mantida integralmente nos seus três elementos essenciais: o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

A determinação de remessa ex officio, resultante por certo de equívoco ou inadvertência do julgador, não constitui parte essencial da sentença e, por se tratar de inexatidão material, pode ser corrigida, mediante despacho, de ofício ou a requerimento da parte, pelo próprio Juiz que a proferiu (art. 463, I, do CPC).

No tocante ao valor da causa, em caso de litisconsórcio, a jurisprudência deste Tribunal é torrencial e uniforme no sentido de que não se somam as parcelas de cada um para o efeito de determinação do valor da causa, correspondendo uma ação a cada litisconsorte.

Tratando-se de causa de valor inferior a 50 ORTNs, não cabe o recurso de apelação.

Improvemento do agravo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, 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 dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Antônio Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Wilson Gonçalves**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A Caixa Econômica Federal interpõe o presente agravo de instrumento, insatisfeita com o r. despacho proferido nos autos da ação declaratória ajuizada por Posto Jenner e outros contra a agravante e a União Federal.

Tal despacho, segundo afirma, alterou um mandamento contido na sentença, violando o art. 463 do CPC. Com efeito, ao julgar procedente a ação, determinou o MM. Juiz a quo a remessa dos autos à instância superior, por força do duplo grau de jurisdição. Interposta apelação pela agravante, foi o recurso respondido, sem qualquer impugnação da parte adversa no tocante à inviabilidade desse remédio processual, em face das disposições da Lei nº 6.825/80.

Entretanto, ao invés de determinar a subida dos autos, aquele ilustre magistrado, lastreando-se no valor dado à causa na peça exordial, rotulou o recurso de apelação como embargos infringentes, alterando, assim, a seu talante, aquilo que havia sido determinado na própria sentença.

Entendendo que só o Tribunal ad quem teria competência para apre-

ciar a matéria, ou rejeitando o recurso, por incabível em razão da alçada, ou acolhendo-o para a devida apreciação, e considerando que dentre os efeitos da sentença se destaca o tradicional princípio da sua irretroatividade, pediu o provimento do agravo, para que seja determinada a subida da remessa de ofício, bem como da apelação já recebida e contrarrazoada.

O agravo foi contraminutado às fls. 117/124, no sentido do acerto da decisão agravada.

O despacho recorrido foi mantido, por seus próprios fundamentos, e mais os adminículos inseridos às fls. 128/129.

O feito foi retirado de pauta a fim de que fosse ouvida a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fl. 132), que em seu parecer se manifestou pelo conhecimento e provimento do agravo (fls. 135/137).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Eis o teor do despacho agravado, de autoria do ilustre Juiz Dr. Sebastião de Oliveira Lima:

«Contra a sentença de fls. 3.197/3.205 interpõe a ré Caixa Econômica Federal, a apelação de fls. 3.207/3.214. Entretanto, a Lei nº 6.825, de 22-9-1980, submeteu as sentenças proferidas por Juizes Federais, em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs, apenas aos recursos de embargos infringentes e embargos de declaração (artigo 4º).

À presente causa foi dado o valor de Cr\$ 1.000,00 (fl. 14). Ao ingressarem no feito os litisconsortes de fls. 22/32, nem eles e nem o autor pediram a alteração do valor da lide, o que também deixou de ser feito por ambas as rés no prazo das respectivas contestações. Per-

maneceu, assim, para todos os efeitos, como valor da lide, a quantia de Cr\$ 1.000,00.

O recolhimento de custas pelos litisconsortes (fl. 278) não teve o condão de alterar o valor da causa, somente admissível através da impugnação prevista pelo artigo 261 do Código de Processo Civil. Não havendo impugnação, presume-se aceite o valor atribuído à causa (art. 261, parágrafo único, do CPC). O aludido recolhimento de custas nada mais é do que o cumprimento do determinado pela Lei nº 6.032, de 30-4-74, cujo artigo 10, § 2º, subordina o ingresso no feito de litisconsorte ativo voluntário ao pagamento de importância paga, até o momento, pelo autor, sem nenhuma ressonância no valor da causa.

A sentença recorrida foi publicada em 22-10-81, dispondo a ré, Caixa Econômica Federal, de vinte dias para opor embargos infringentes (art. 4º, § 1º, da Lei nº 6.825/80, combinado com o art. 191 do CPC). Esse prazo teve seu termo final, pois, em 11-11-81, data em que foi protocolada a apelação (fl. 3.207).

Assim, admitindo a fungibilidade dos recursos, reconsidero o meu despacho de fl. 3.239 para receber o recurso de fls. 3.207 e seguintes como embargos infringentes.

Preclusa esta decisão, voltem-se os autos para julgamento do recurso» (fl. 113 e verso).

No despacho de confirmação do anterior, acima transcrito, adianta o digno magistrado, *ipsis litteris*:

«Mantenho o despacho agravado (fl. 113), por seus próprios fundamentos, acrescendo mais o seguinte: trata-se de litisconsórcio ativo voluntário, caso em que o valor da causa, para os efeitos da Lei nº 6.825/80, é o referente a cada um dos litigantes, que, aqui, é de Cr\$ 1.000,00. Nesse sentido é a jurisprudência

unânime do E. Tribunal Federal de Recursos, consoante se vê pelos seguintes arestos:

«Processo — Recurso — Embargos infringentes.

Nas causas de valor igual ou inferior a 50 ORTNs, das sentenças proferidas por Juizes Federais, só se admitirão embargos infringentes, ou embargos de declaração (art. 4º da Lei nº 6.825/80).

Em casos de litisconsórcio ativo, o valor da causa é o que foi atribuído a cada um deles, e não deve ser superior a 50 ORTNs, para os efeitos da supracitada lei.

Apelo não conhecido. Baixa dos autos, para que o MM. Juiz receba como embargos infringentes, se preenchidos os pressupostos legais.»

Relator o E. Ministro Flaquer Scartezini — DJU, 17-2-83 — pág. 1140.

«Processual civil. Alçada. Apelação. Valor da causa. Cumulação subjetiva.

Cuidando-se de litisconsortes ativos, com valor da causa declarado, especificamente, para cada um, ocorre o cúmulo subjetivo, descabendo, assim, a soma das parcelas, para fins do valor da demanda.»

Relator o E. Ministro William Patterson — DJU, 14-4-83 — pág. 4562.

«Agravo de instrumento. Alçada (Lei nº 6.825/80, art. 4º). Cumulação de pedidos. Art. 259. Inciso II do CPC. Interpretação.

Se os autores, atuando como assistentes litisconsorciais, indicam, cada um deles, o valor da causa em parcelas separadas, não há como somá-las, se não houve impugnação a esse critério. Aplica-se o art. 268, parágrafo

fo único, do CPC, presumindo-se aceitos os valores atribuídos à causa na petição inicial. O art. 259, inciso II, do CPC, aplica-se em combinação com o art. 292, do mesmo Código, que cogita de cumulação de pretensões. Admite-se que a soma dos valores dos pedidos somente ocorra se o cúmulo objetivo aliar-se ao subjetivo, fora dos casos do litisconsórcio voluntário ativo ou passivo (RT, AC nº 36.480-SP, 174/690; RT, AC nº 28.501-SP, 163/744; RT, AC nº 38.100-SP, 177/654). Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a outra parte, como litigantes distintos (CPC, art. 48). Agravo desprovido.»

Relator o E. Ministro Evandro Gueiros Leite — DJU, 14-4-83 — pág. 4551.

Subam os autos, com as cautelas de estilo (fls. 128/129).

Como se vê, trata-se de decisão interlocutória que, a rigor, negou indistintamente seguimento à apelação voluntária da parte e à remessa **ex officio**, razão por que conheço do agravo.

No mérito, o presente recurso, em consonância com as alegações preliminares da apelação, apóia-se em dois argumentos fundamentais, a saber:

I — a inalterabilidade da sentença de mérito, nos termos do art. 463 do Código de Processo Civil; e

II — o valor da causa, em caso de litisconsórcio, é o produto da multiplicação de Cr\$ 1.000,00 pelo número de litisconsortes admitidos na lide.

Sob o primeiro prisma, alega, em síntese:

a) lastreando-se no valor dado à causa na petição inicial, o digno Juiz rotulou o recurso de apelação como embargos infringentes, alterando, destarte, a seu talante, aquilo que

havia sido determinado na própria sentença proferida, uma vez que sua atividade jurisdicional estava plenamente exaurida após publicada a decisão que julgou a ação precedente;

b) analisados os termos da sentença prolatada, duas alternativas poderão ser vislumbradas: ou o MM. Juiz deixou de aplicar a Lei nº 6.825/80 ao apelar de ofício numa causa à qual foi atribuído o valor de Cr\$ 1.000,00, ou, ao revés, admitiu a possibilidade de comportar o processo a dualidade de instâncias em razão dos numerosos litisconsortes existentes;

c) em qualquer das duas alternativas, somente o Tribunal teria competência para apreciar a matéria, ou rejeitando o recurso, por incabível em razão da alçada, ou acolhendo-o para o devido exame; e

d) inadmissível é a modificação da sentença por despacho proferido à guisa de reconsideração, sem provocação das partes litigantes.

Os agravados, em sua contraminuta, refutam todas essas alegações, afirmando que a sentença não foi modificada ante os preceitos dos art. 162, § 1º, e 458 do Código de Processo Civil; ventila a hipótese de inexecução material ou erro de cálculo sobre a alçada da causa; e invoca o princípio da economia processual e o brocardo «pas de nullité sans grief», evitando a remessa de um recurso que não mereceria conhecimento no segundo grau de jurisdição.

Estes são os termos em que a questão está posta.

Com a devida vênia, não entrevejo no caso a pretendida ofensa ao postulado inserido no art. 463 da citada lei processual civil, ou seja, ao princípio da invariabilidade da sentença proferida. A norma em estudo refere-se, com perfeita técnica processual, à sentença de mérito. Na hipótese vertente, o despacho impug-

nado não alterou em nada a sentença de mérito, que restou mantida integralmente nos seus três elementos essenciais: o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

Comentando o texto legal, pondera Moacyr Amaral Santos:

«E porque encerrado está o ofício do juiz e fixado está o teor da sentença, segue-se, como efeito da publicação, que a sentença se torna irretroatável. O juiz, ou o órgão jurisdicional que a proferiu, não mais poderá revogá-la ou modificá-la na sua substância. Expressas a respeito eram as Ordenações (Livro 3º, Título 66, § 6º): «Depois que o julgador der a sentença e a publicar, não tem mais o poder de a revogar». No mesmo sentido, o Código vigente (arts. 463 e 471).

Apresentada a prestação jurisdicional e publicada a sentença, encerrado está o ofício do Juiz que a ela se vincula. Precluso é o poder do Juiz de rever a sentença, quer para revogá-la, quer para modificá-la. A sentença se torna irretroatável. Nisso consiste o princípio da invariabilidade da sentença pelo Juiz que a proferiu» (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, 2ª edição, Forense, 1977, nº 334, pág. 447).

Versando sobre inexatidões materiais, escreve:

«Em tais casos, a sentença pode ser corrigida, mediante simples despacho, de ofício ou a requerimento da parte, pelo próprio Juiz que a proferiu (art. 463, nº I).

Competente para corrigir a sentença é o próprio Juiz que a proferiu. Trata-se de esclarecer uma declaração. «E esclarecer uma declaração é ato que só pelo declarante pode ser exercido» (Lopes da Costa).

A correção pode fazer-se a qualquer tempo, enquanto a competên-

cia para conhecimento da causa não se tenha transferido, por via de recurso, para outro órgão jurisdicional ou não se tenha dado início à execução da sentença.

Far-se-á a correção por simples despacho, sem que se altere a substância do julgado. Qualquer alteração da substância do julgado extravasa dos limites permitidos pelo art. 463, nº I (obr. e vol. cit., nº 335, pág. 448).

Sérgio Sahione Fadel, após salientar que esse princípio, salvo ressalvas legais, é absoluto, adianta:

«Exceções, a rigor, não as há. O que é possível é, sem alterar-lhe, em substância, o dispositivo e a decisão, aclarar ou corrigir trechos, que, por lapso manifesto ou inexatidão material, contrariariam outros elementos constantes da sentença» (Código de Processo Civil Comentado, vol. 2, 4ª edição, Forense, 1982, pág. 29).

Consoante deflui do texto do artigo comentado (art. 463) e da lição dos mestres, a proibição prende-se à sentença no seu mérito, na sua essência, na sua substância. Na espécie, segundo já ficou dito, a decisão final, em si mesma, não sofreu qualquer alteração.

A determinação de remessa *ex officio*, resultante por certo de equívoco ou inadvertência do julgador, honrado e competente Juiz, determinação que os apelados chamam de «recomendação — apêndice», não constitui parte essencial da sentença, tanto que, segundo o parágrafo único do art. 475 do Estatuto Processual Civil, quando ela é omitida em caso que a comporte, o Presidente do Tribunal poderá avocar os autos, sem que isso importe em nulidade ou nulidade da decisão. O mesmo ocorre com a apelação, pois compete ao julgador do primeiro grau dar-lhe, ou não, seguimento, segundo a lei.

A circunstância de ter a sentença inserido a declaração de remessa à segunda instância não teve o relevo e a importância que a agravante procura atribuir. Se resultante de erro momentâneo ou de mero descuido do magistrado, não teve ela o condão de assegurar a ocorrência da remessa obrigatória, porque não resulta de dúvida do julgador, mas de lei expressa.

No tocante ao segundo fundamento — o valor da causa em litisconsórcio — a jurisprudência deste Tribunal é torrencial e uniforme no sentido de que, no litisconsórcio ativo, não se somam as parcelas de cada um para o efeito de determinação do valor da causa, correspondendo uma ação a cada litisconsorte (AC nº 74.451-DF, 3ª Turma, Relator Ministro Torreão Braz, in DJ de 5-8-82; AC nº 75.914-CE, 2ª Turma, Relator Ministro José Cândido, julg. de 29-4-83; Ag nº 43.604-RJ, Relator Ministro Gueiros Leite, in DJ de 14-4-83; Ag nº 42.454-DF, 3ª Turma, Relator Ministro Flaquer Scartezini, in DJ de 17-2-83).

A causa, proposta em plena vigência da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980 (fls. 25/26), foi dado o valor de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros), que não sofreu nenhuma impugnação. O pedido dos litisconsortes, embora sem valor declarado, é inteiramente igual ao do autor da ação declaratória, está subscrito pelo mesmo advogado e, também, não foi impugnado.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 44.092-SP — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Agte.: Caixa Econômica Federal. Agdos.: Posto Jenner e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 14-12-83 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Miguel Jerônimo Ferrante e Américo Luz participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Antônio Torreão Braz.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.125 — PB

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Agravantes: Gilberto Batista das Neves e cônjuge

Agravada: Amélia Guimarães Motta

EMENTA

Processual civil.

Fraude à execução e fraude contra credores. Distinção.

Na alienação in fraudem executionis, a má fé do terceiro se presume juris et de jure, desde que presentes os requisitos legais (CPC de 1939, art. 895; CPC de 1973, art. 593).

O ato jurídico existe e vale, sendo ineficaz apenas quanto ao titular do crédito prejudicado.

Remição de bem penhorado na pendência de execução fiscal do INPS contra o devedor. Existia e valia, embora não tivesse eficácia em relação à au-

tarquia previdenciária; com o recebimento, por esta, do seu crédito, passou também a ter eficácia.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 24 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Em 1973, o INPS ajuizou execução fiscal contra «Viúva Manoel Francisco da Motta & Cia.», para cobrar contribuições relativas ao período compreendido entre janeiro de 1964 e janeiro de 1969, tendo a penhora recaído sobre metade do imóvel sito à rua Getúlio Vargas, nº 975, Campina Grande, Paraíba, pertencente a Liane Motta das Neves, esposa de Gilberto Batista das Neves.

Estes opuseram embargos, pedindo a sua exclusão da relação processual, eis que não eram e jamais teriam sido sócios da devedora. Respondeu o Instituto, argüindo que o imóvel penhorado fora transferido fraudulentamente, por conluio perpetrado em ação executiva proposta por Raimundo Alves Filho contra Amélia Guimarães Motta, na qual Liane Motta das Neves, descendente da titular da firma executada, pediu remição.

O Dr. Juiz de Direito, acolhendo as alegações do exequente, julgou pro-

cedente a ação contra os executados e subsistente a penhora, vindo a sentença a ser confirmada por Acórdão da Eg. 2ª Turma deste Tribunal (fl. 73).

Baixados os autos, o INPS recebeu o seu crédito e, por isso, requereu a extinção do processo.

Tempos depois, ou seja, em setembro de 1982 (fl. 74), D. Amélia Guimarães Motta pediu ao juiz da causa que tornasse «ineficaz a expedição de carta de remição» e mandasse cancelar o registro imobiliário. Este requerimento foi deferido na mesma decisão em que o aludido magistrado declarou a extinção da execução, com base no art. 794, inciso I, do CPC.

Daí o presente agravo, tirado por Gilberto Batista das Neves e sua mulher Liane Motta das Neves, no qual aduzem, em resumo, que a remição, homologada por sentença transitada em julgado e devidamente registrada, só poderia ser desconstituída em ação própria e perante o Juízo da 2ª Vara Cível, na conformidade do art. 77 da Lei de Organização Judiciária; ademais, a par da falta de legitimidade da agravada, a decisão de primeiro grau e o v. Acórdão que a confirmou não determinaram o pretendido cancelamento.

Contraminuta às fls. 82/85.

A decisão foi mantida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Da motivação da sentença da lavra do ilustre Juiz Dr. Sebastião J. B. Cavalcanti Neto, proferida na execução fiscal, destaco a seguinte passagem, verbis:

«Consta dos autos (fl. 32) que em 30-11-66 foi ajuizada a primeira ação executiva contra firma «Viúva Manoel Francisco da Motta & Cia.» Dois outros executivos surgiram em fevereiro de 1967 e um em março de 1968. Assim, ao ser deferido o pedido de remição do bem penhorado por Raimundo Alves Filho, na executiva que este propôs contra Amélia Guimarães Motta, uma das sócias da firma «Viúva Manoel Francisco da Motta & Cia.» (fl. 15), já havia executivos e penhoras. Tudo indica que a pretendida transmissão do imóvel pela remição foi realmente em fraude à execução. E a situação de insolvência é retratada suficientemente pelas certidões de fls. 32/33, que falam em 18 executivos propostos contra firma «Viúva Manoel Francisco da Motta & Cia.»

De outra parte, o dispositivo do **decisum** está vazado nestes termos:

«Frente ao exposto, e ao mais dos autos, julgo procedente o presente executivo fiscal promovido pelo INPS contra a firma «Viúva Manoel Francisco da Motta & Cia.» e outros, para condenar, como condeno, os executados in **solidum**, a pagar o principal, juros da mora, correção monetária, custas e honorários de advogado, à base de 20% sobre o valor do pedido.

Julgo, ainda, subsistente a penhora de fls., para que produza os seus jurídicos efeitos.

A hipótese, como se percebe, envolve alienação in **fraudem executionis**, que é instituto de direito processual e não se confunde com a alienação in **fraudem creditorum**, que se insere no plano do direito material. Nesta, a ação atinge o próprio ato jurídico, desconstituindo-o, e tem eficácia *erga omnes*, aquela implica a ineficácia do ato em relação ao titular do crédito prejudicado.

Daí a lição de Alcides de Mendonça Lima («Comentários ao Código de Processo Civil», vol. VI, tomo II, págs. 510/511):

«A possibilidade de o credor poder penhorar o bem do devedor transferido a terceiro ou a esse onerado não se baseia na nulidade ou anulabilidade do ato, como, às vezes, inadvertidamente, ainda mencionam alguns autores e certos julgados. O ato, em si mesmo, não padece de nenhum vício que o torne inválido entre os contratantes. Apenas deixa de ser eficaz ou, de outro modo, é ineficaz em relação a terceiro. É como se para esse não se houvesse realizado. Se, porém, o devedor ou o terceiro se prontificam a solver a obrigação exigida pelo credor, ou se esse concorda, em ação fundada em direito real, em receber outro bem, que não o vinculado — em qualquer das duas hipóteses, o contrato entre o devedor e o terceiro subsiste, sem qualquer outro efeito, o que não ocorreria se o ato fosse nulo ou anulável. Além disso, se o credor perdesse a ação, o ato, então, se tornaria válido, sem que houvesse sido, a rigor, atacado, pois a lide foi em torno da relação jurídica entre o autor (credor) e o réu (devedor). O ato, portanto, é válido entre as partes, mas não a ponto de lesar os direitos do credor, para quem o ato é ineficaz ou irrelevante.»

Outro não é o magistério do mestre Pontes de Miranda («Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, 1961, tomo XIII, págs. 144/145), para quem a venda em fraude à execução não é nula, nem anulável, mais ineficaz, acrescentando que se o que vendeu, ou o que comprou, solve a dívida torna-se eficaz. «Existiu e valia, posto que ineficaz; agora, existe, vale e tem eficácia. Se fosse nula, não seria possível convalidar-se».

Na ação pauliana, cumpre ao credor alegar e provar a má fé do terceiro, quando oneroso o contrato (Cód. Civil, art. 107) ou apenas a insolvência do devedor, na ocorrência de transmissão gratuita de bens ou remição de dívidas (Cód. Civil, art. 106). Na fraude à execução, a má fé se presume *juris et de jure*, desde que presentes os requisitos legais (CPC de 1939, art. 895; CPC de 1973, art. 593).

No caso vertente, a remição era ineficaz apenas quanto ao INPS. Conseqüentemente, existia, valia e tinha eficácia em relação às partes e quaisquer outras pessoas. Como o Instituto, no curso da execução, recebeu o seu crédito e postulou a extinção do processo, passou a existir, valer e ter eficácia também em atinência a ele. No respeitante a D. Amélia Guimarães Motta, é de ressaltar a sua ilegitimidade para pleitear a desconstituição ou ineficácia da remição, porquanto figurou como

executada, tanto na ação cambial intentada por Raimundo Alves Filho quanto na execução fiscal promovida pelo INPS.

À vista do exposto, dou provimento ao agravo para reformar a decisão agravada e restaurar, em sua plenitude, a sentença de remição e respectiva carta, inclusive a sua transcrição no registro imobiliário.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 44.125-PB — Rel.: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Agtes.: Gilberto Batista das Neves e cônjuge. Agda.: Amélia Guimarães Motta.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 24-8-83 — 6ª Turma).

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.215 — PR

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Agravante: INCRA

Agravados: Imil Daud e cônjuge

EMENTA

Ação de desapropriação. 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 imóvel objeto da ação, negue-lhe posteriormente tal condição, alegando titularidade do domínio. Tal expediente facultaria à Administração resolver litígios relativos a imóveis, de forma sumária, ou seja, obter a posse e, em seguida, recusar-se a pagar a indenização. Agravo de instrumento do expropriante desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas

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

Custas como de lei.

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

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Em ação de desapropriação por interesse social proposta pelo INCRA, relativa a terras localizadas no Município de Cascavel, Paraná, foi proferido o seguinte despacho saneador:

«O INCRA ingressou com esta desapropriação por interesse social, contra inúmeras pessoas, conforme se vê da petição inicial. Evitando o tumulto processual, ordenei meu digno antecessor o desmembramento do processo.

Entende o INCRA inexistir direito à indenização porque os títulos de propriedade do(s) expropriado(s) são nulos. Além disto, ainda que assim não fosse, o valor da indenização só poderia ser calculado com base no valor da propriedade declarado por seu titular (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. nº 41.644, Rel.: Ministro Armando Rollemberg, em 24-6-1981.

No que tange à inconstitucionalidade do artigo 11 do Decreto-Lei nº 554/69, que limita a indenização ao valor máximo declarado pelo proprietário para pagamento do ITR, já há decisão do Eg. Tribunal Federal de Recursos, conforme inci-

dente apreciado pelo plenário. Confira-se Ag. nº 40.748, PR, Rel.: Ministro José Dantas, em 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.»

Desse despacho agravou o INCRA pedindo que, conhecido o recurso, lhe fosse dado provimento «para explicitar» que:

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

b) a autarquia fundiária federal, aqui representante processual da União Federal (Decreto nº 73.812/74), compreendida na ex-

pressão «Fazenda Pública», não está obrigada a antecipar despesas com a pericia quando requerida pela parte expropriada, ou mesmo quando determinada de ofício pelo Juízo da expropriação, inclusive custas processuais e as relativas aos salários do perito, ainda quando arbitradas a título provisório.»

Formado o instrumento, o recurso foi contraminutado e, a seguir, o MM. Juiz manteve a decisão agravada, afirmando:

«I — Por seus próprios fundamentos, sustento as decisões agravadas. Em reforço do acerto daquela que fixou os salários provisórios do perito, com a obrigação do INCRA depositá-la, lembro recente decisão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos (Ag. Inst. nº 43.881-PR — 5ª Turma — 29-6-83).

II — Com as cautelas usuais, subam os autos à instância ad quem.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Na decisão que deu origem ao agravo, o seu prolator, após citar vários juristas sobre a interpretação a ser dada à expressão «dúvida fundada» utilizada pelo legislador para estabelecer a hipótese de não levantamento, pelo expropriado, do preço objeto da desapropriação, menciona julgado da Egrégia 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, onde hipótese assemelhada deu causa às observações seguintes do Relator, Ministro Oswaldo Trigueiro:

«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 ex-

pediente importaria em autorizar-se a Administração a resolver sumariamente todos os litígios relativos a imóveis: recorreria 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).»

É, sem dúvida, irrespondível a argumentação contida no trecho transcrito, que se ajusta, como luva, ao caso dos autos, em que, proposta a ação de desapropriação e obtida a posse do imóvel dela objeto, uma ação de declaração de nulidade do registro da propriedade foi ajuizada pelo próprio expropriante.

Cabe acrescentar, além disso, que de acordo com 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 imóvel desapropriado, negue-lhe posteriormente tal condição, sob a alegação de que o bem é dele expropriante, ou, como no caso dos autos, da União, que por decreto do Sr. Presidente da República o declarara de interesse social para fins de reforma agrária.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 44.215-PR — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Agte.: INCRA. Agdos.: Imil Daud e cônjuge.

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

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.388 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Agravante: DNER

Agravados: Domingas Barbosa de Marins e outros

EMENTA

Desapropriação. Execução de sentença. Valor da causa. Alçada.

Sendo a execução um processo autônomo, embora correndo nos mesmos autos, o valor da causa, na hipótese, deve ser o da execução, e não o do processo de conhecimento.

Provimento do agravo para que seja recebida e processada a apelação interposta.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 14 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER — interpõe o presente agravo de instrumento, nos autos da ação de desapropriação proposta contra Domingas Barbosa de Marins, por não se conformar com a r. decisão do MM. Juiz Federal que lhe negou o direito de apelar da sentença homologatória dos cálculos de liquidação.

O ilustre Juiz sustenta que, nas causas cujo valor seja igual ou inferior a 50 ORTNs, o recurso cabível é

o de embargos infringentes, conforme dispositivo do art. 4º da Lei nº 6.825/80.

Em seqüência, julgou incabível a apelação, por entender que a alçada a ser considerada é a do pedido inicial, no caso, inferior a 50 ORTNs.

Alega o agravante que o processo de execução é uma ação autônoma, assim deve ser considerado como valor da causa o apurado nos cálculos de liquidação, base para o prosseguimento da fase executória.

Sem contraminuta e sustentada a decisão agravada, subiram os autos à apreciação deste Egrégio Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A tese esposada pelo MM. Juiz no despacho agravado é a de que, mesmo na fase da execução, o valor da causa, para efeito de alçada (Lei nº 6.825/80, art. 4º), é o atribuído na data do ajuizamento do pedido no processo de conhecimento (fl. 19).

Com a devida vênia, penso de maneira diferente, arrimado no princípio processual de que a execução é uma ação autônoma.

José Frederico Marques, com a sua reconhecida autoridade, dissertando sobre execução, escreve:

«A execução forçada, além de não se confundir com o processo de conhecimento, porque é sobretudo instrumento de coação, não constitui, com aquele, uma única relação processual. Ao reverso, são distintos os dois processos, formando, cada qual, relação jurídica autônoma.

«Pode haver processo de conhecimento sem execução — o que ocorre com os processos declaratórios e constitutivos, respectivamente — como pode haver execução sem processo anterior de conhecimento — o que se verifica quando aquela se instaura com base em título executivo extrajudicial.

«Até mesmo o processo condenatório pode chegar ao fim, impondo ao réu o cumprimento de uma prestação ou *sanctio juris*, sem que se torne necessário o processo executivo: é o que se dará quando o réu cumprir, voluntariamente, a sanção a que foi condenado.

«Por outro lado, o processo de conhecimento é o processo de sentença, enquanto o processo executivo é processo de coação» (Manual de Direito Processual Civil, 4º vol., 3ª edição, Saraiva, 1980, pág. 11).

Essa é a verdadeira doutrina com a vigência da atual codificação processual civil. Por isto, assim se manifesta Alcides Mendonça Lima, ao analisar a natureza da execução:

«23. O atual Código de Processo Civil rompeu com a tradição nacional e situou o processo de execução, inclusive de título judicial, como autônomo ante o processo de conhecimento. Dirimiu a dúvida doutrinária que ainda imperava no diploma de 1939, em face do seu art. 196: a) fase do processo de co-

nhecimento; b) ou novo processo independente.

24. É interessante observar-se que os antigos juristas lusitanos, de tanta influência em nossa formação processual, já afirmavam que «a execução é uma nova instância», como Pereira e Souza, ou «a execução é um Juízo novo, e para o seu ingresso, e progresso, é necessária nova citação do executado», nas palavras de Almeida e Souza. Ambos se referiam, como é óbvio, à execução de sentença, exatamente por ser antecedida de um processo de conhecimento.

Mesmo entre os clássicos nacionais de acentuada autoridade, outro não era o ensinamento. Paula Baptista prelecionava: «segue-se o julgamento, que é o último ato que põe fim à instância começada pela citação geral. E Leite Velho sustentava: «Em nosso conceito, a execução não é o princípio de demanda que a lei designa, mas a consequência dela, constituindo nova instância» (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, tomo I, Forense, 2ª edição atualizada, 1977, págs. 29/30).

Daí a razão dos arts. 611 e 614 do cit. Código de Processo Civil.

Como consequência da doutrina acima exposta, não há a menor dúvida de que, sendo a execução um processo autônomo, embora correndo nos mesmos autos, o valor da causa, na hipótese, deve ser o da execução, e não o do processo de conhecimento.

A antiga 3ª Turma deste Tribunal, em Acórdão relatado pelo Sr. Ministro Torreão Braz, citado pelo agravante, decidiu com acerto e precisão:

«**Ementa:** Causa de Alçada — O processo de conhecimento e o processo de execução constituem instâncias distintas.

Apurado na liquidação o valor superior à alçada prevista no art. 4º da Lei nº 6.825/80, da respectiva sentença cabe apelação» (Ag. de Inst. nº 42.617-SP. DJ de 1-7-82; veja-se também Acórdão da lavra do Ministro **Flaquer Scartezini**, 3ª Turma, no Ag. de Inst. nº 43.126-MG, DJ de 18-11-82).

Na espécie, o valor da causa na execução é de Cr\$ 3.122.764,00 (três milhões, cento e vinte e dois mil, setecentos e sessenta e quatro cruzeiros), consoante se vê do cálculo de liquidação de fl. 14.

À vista do exposto, dou provimento ao agravo para, reformando a decisão recorrida, determinar que seja

recebida e processada a apelação interposta.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 44.388-RJ — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Agte.: DNER. Agdos.: Domingas Barbosa de Marins e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator (Em 14-11-83. 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Jerônimo Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.683 — SP

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Agravante: Caixa Econômica Federal — CEF

Agravado: Anco Márcio Carmo Saraiva

EMENTA

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

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

Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 8 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Antônio Torreão Braz**, Presidente — Ministro **Américo Luz**, Relator.

RELATÓRIO

o Sr. Ministro **Américo Luz**: Agravado a Caixa Econômica Federal, filial São Paulo, de despacho do MM. Juiz Federal da 8ª Vara — 2, que, à fl.

114 dos autos da execução contra Anco Márcio Carmo Saraiva, indeferiu pedido da exequente, no sentido de ser oficiado à Receita Federal, para a obtenção da última declaração de imposto de renda apresentada pelo executado, para o fim de apurar se o mesmo possui bens penhoráveis, bem como o seu paradeiro (fl. 09 destes autos).

O ilustre Magistrado a quo indeferiu a pretensão, dizendo não incumbir ao Juízo «servir de intermediário para localização de bens de devedores, cabendo à parte tal providência».

As razões da agravante estão às fls. 11/12.

Formado o instrumento, sem contraminuta, mantida a decisão agravada, subiram os autos.

Não oficiou a douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): A agravante expõe o seu inconformismo com o despacho recorrido, com estas asseverações (fls. 11/12):

«Tal pedido, efetuado após a arrematação do bem imóvel penhorado nos autos, em praxeamento havido cujo produto não foi suficiente para cobrar o débito existente para com a exequente, ora apelante, lastreou-se no certificado pelo Sr. Oficial de Justiça à fl. 74 vº do processo executório, quando da intimação do executado para o praxeamento, no qual afirmou o mesmo oficial:

«Certifico e dou fé, eu, Oficial de Justiça Avaliador, que, em cumprimento ao mandado retro, me dirigi à Al. Lorena, 2.042, e aí fui informado que o intimado não mais reside neste local. Estando

o intimado em local incerto e não sabido, devolvo o presente mandado à Secretaria. São Paulo, 29 de fevereiro de 1980. Ass. Paulo Sandoval.»

«Contudo, mister se faz frisar que, nas tentativas de obtenção por via direta, junto à Receita Federal, tem recebido a agravante respostas negativas por parte da mesma Secretaria da Receita Federal, declarando-se nas mesmas que «... as informações solicitadas naquele expediente são acobertadas pelo sigilo fiscal, ficando, conseqüentemente, vedado ao administrador tributário fornecê-las, a não ser quando regularmente requisitadas por Magistrado, no interesse da Justiça.»

Além do precedente trazido à colação pela recorrente, de que fui Relator (Ag. nº 40.994-SP — Acórdão unânime publicado no DJ de 11-9-80), podem ser mencionados os julgamentos no Ag. nº 42.930-SP, também de meu relato (DJ de 5-8-82) e no Ag. nº 41.200-SP, Relator o Sr. Ministro Bueno de Souza (DJ de 3-9-81).

Leio, do primeiro, a ementa do aresto (lê — fl. 12).

Junto cópia do voto que então preferi naquela oportunidade.

Desse modo, dou provimento ao agravado.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Acolho as razões expendidas na minuta do agravado, da qual leio os seguintes itens:

«1. Com base no Contrato de Mútuo com Garantia Fidejussória, representado pela Nota Promissória nº 221.075, emitida pelo primeiro executado e avalizada pelos demais protestada e não paga, a agravante propôs a execução de início referida.

2. Efetuado o devido preparo, expediu-se Carta Precatória para a Comarca de Santo André, SP, com a finalidade de citação dos executados e penhora de seus bens na falta de pagamento dentro do prazo legal.»

5. Ante a impossibilidade de localizar os devedores e nem bens dos mesmos para garantir seu crédito, a agravante adentrou com a petição de fl. 107, na qual requereu:

«Assim sendo, é a presente para requerer a V. Exa. se digne mandar oficial à Superintendência da Receita Federal em São Paulo, para que forneça a este D. Juízo cópia da última declaração de bens feita pelos executados, abaixo discriminados, para efeito de Imposto de Renda.»

Tal pedido objetivava verificar se os devedores indicaram bens em suas últimas declarações para fins de imposto de renda, para que assim a agravante pudesse requerer o arresto dos mesmos.

9. Não tendo sido possível à agravante localizar os devedores, outro remédio não restou, a não ser procurar localizar bens dos mesmos junto às fontes oficiais.

10. A pretensão da agravante está calcada no artigo 600, nº I, do CPC, que afirma ser atentatória à dignidade da Justiça o ato do devedor que: «se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos».

Sem dúvida, desaparecer sem deixar vestígios, no caso, caracteriza autêntica má fé.

11. Por outro lado, a agravante está impedida de solicitar diretamente à Secretaria da Receita Federal, como pretende o ilustre Magistrado, a informação necessária, pois que o artigo 198 do Código Tributário Nacional nega essa pretensão quando dispõe que:

«Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades».

Contudo, o parágrafo único do mencionado artigo diz:

«Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da Justiça».

12. Ainda, o artigo 54 da Lei Federal nº 3.470/58 estabelece:

«Nenhuma informação poderá ser dada sobre a situação fiscal e financeira dos contribuintes, sem que figure registrado, em processo regular, que se trata de requisição feita por Magistrado no interesse da Justiça...»

Sigo, também a orientação traçada no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, *verbis*:

Data venia, impulsionado o Juízo com expresse pedido de informação, a parte realizou e cumpriu o seu exclusivo ônus. Ao Juízo, que nada iniciou, caberá apenas deferir ou indeferir a medida, sem que isso constitua o ônus da parte que esteja exercendo.

5. Tanto mais quanto, é evidente no processo, que se trata de providência que, por natureza sigilosa, só poderá ser efetivada através do Juízo.

6. Assim, cumpriu a agravante o seu ônus, cabe ao Juízo exercer o seu, que é jurisdicional».

Dou provimento ao agravo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo (Em 8-2-84 — 6ª Turma).

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 44.683-SP — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Agte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Agdo.: Anco Márcio Carmo Saraiva.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz e Miguel Jerônimo Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Presidiu a Sessão o Sr. Min. Antônio Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 27.422 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Apelante: Murillo Gondim Coutinho

Apelada: União Federal

EMENTA

Previdência social. Colegiado. Mandato. Revogação.

O mandato do ora apelante poderia ser revogado, como o foi. Assim decidiu o Egrégio Supremo Tribunal, ao apreciar e julgar o mandato de segurança por ele impetrado.

É que o autor integrava o Colegiado da Previdência Social, como representante do Governo anterior, como pessoa de sua confiança.

O novo Governo, destarte, não estava obrigado a manter o ora apelante naquelas funções.

Sentença que se confirma. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Murillo Gondim Coutinho, qualificado

na inicial, propôs ação ordinária, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 4ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, contra a União Federal, pleiteando as vantagens, ordenados, gratificações, acrescidos de juros de mora e correção monetária, referentes ao cargo de membro do Conselho Administrativo da Previdência Social, eis que fora dispensado antes do término do mandato.

Alegou o autor, em resumo:

«que fora nomeado representante do Governo da União no Conselho Administrativo da Previdência Social, por decreto de 4-11-60, pelo prazo de 4 anos, que se extinguiria em 4-11-64, na forma do disposto na Lei nº 3.807/60, art. 103;

que com a ascensão do Governo eleito para o período iniciado em 1961, o autor foi sumariamente demitido;

que teria direito adquirido — art. 141, n.º 3, da Carta de 46.»

O Dr. Procurador da República, aditando as informações do Departamento Nacional de Previdência Social, como contestação, opinou pela improcedência da ação.

O autor ofereceu réplica.

O MM. Magistrado proferiu o despacho saneador.

Realizou-se a audiência de instrução e julgamento, a que compareceram as partes.

A MM. Juíza, finalmente, decidindo a espécie, proferiu sentença que tem a seguinte conclusão:

«Julgo que o Governo, cujo mandato deveria extinguir-se em 31 de janeiro de 1961, não tinha poderes para outorgar um mandato em Conselho de Autarquia que ultrapassasse o prazo de sua permanência no Governo.

E, por isso, julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas e honorários de advogado: 10% sobre o valor da causa, depositados à conta da União.»

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

A União ofereceu contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A r. sentença de 1.º grau, em sua parte decisória, assentou:

«Representação do Governo em Conselho de Autarquia ou de Socie-

dade de Economia Mista é mandato. E mandato é delegação de confiança. O mandatário do Governo que se extinguiu a 31 de janeiro de 1961, de confiança deste, não o poderia ser do Governo que o substituiu, eleito, em um movimento de revolução pelas Urnas, como o foi, pela revolução armada, o que substituiu o Governo então vigente até 1964. O autor não foi nomeado Diretor: foi indicado Representante do Governo; Delegado de confiança deste no Conselho. Todo mandato extingue-se com a morte do mandante. O erro é o Chefe de um Governo, cujo mandato está a extinguir-se, querer continuar nos postos, através de mandatários nos Conselhos dos organismos autárquicos e sociedades estatais, nomeando, em testamento, representantes em seus Conselhos.

O Supremo Tribunal tem julgado e julgou inúmeros casos, principalmente na quadra de 61, negando validade a esses mandatos de representação em Conselho de Autarquias, Empresas Estatais, outorgados *in extremis*.

Julgo que o Governo, cujo mandato deveria extrinquir-se em 31 de janeiro de 1961, não tinha poderes para outorgar um mandato em Conselho de Autarquia que ultrapassasse o prazo de sua permanência no Governo.

E, por isso, julgo improcedente a ação e condeno o autor nas custas e honorários de advogado: 10% sobre o valor da causa, depositados à conta da União.»

A r. sentença de 1.º grau, a meu ver, bem apreciou e decidiu a espécie *sub judice*.

O autor, ora apelante, foi investido, por decreto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para, como Representante do Governo Federal, e pelo prazo de 4 anos, integrar o Conselho Administrativo do

Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, nos termos do art. 103 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Todavia, antes do término do seu mandato, o autor foi dispensado, por decreto do novo Presidente da República (fl. 10). Daí o ajuizamento da ação, com o objetivo de lhe ver assegurado o recebimento da remuneração correspondente ao tempo de mandato que foi impedido de exercer, «nele incluídos ordenados, gratificações, juros de mora, tudo sujeito à correção monetária própria, e honorários de advogado no valor de 20% sobre o valor da causa» (petição inicial, fl. 9).

Mas, como visto, desassistiu razão ao ora apelante, pois o seu mandato poderia ser revogado, como o foi. Aliás, assim decidiu o Egrégio Supremo Tribunal, ao apreciar e julgar o mandado de segurança por ele impetrado.

É que o autor integrava o Colegiado da Previdência Social, como re-

presentante do Governo anterior, vale dizer, como pessoa de sua confiança.

O novo Governo, destarte, não estava obrigado a manter o ora apelante naquelas funções.

Em face do exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença apelada, por seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 27.422-RJ — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Apelante: Murillo Gondim Coutinho. Apelada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 13-10-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Peireira de Paiva votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 45.878 — RS

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara

Apelantes: SIBISA — Sirotsky Birmann S/A — Ind. Com., Irmãos Iochpe S/A — Ind. e Exp. e União Federal

Apelados: INCRA, Sagraisa Coml. e Agrícola Ltda. e outros.

EMENTA:

Desapropriação. Justa indenização. Benfeitorias, Correção monetária incidente sobre o valor a elas atribuído. Matas nativas. Não inclusão de seu valor ao da terra nua, vez que se tratam de benfeitorias.

A correção monetária deverá incidir no montante da indenização, incluído, por conseguinte, o valor relativo às benfeitorias.

A floresta nativa de pinheiros não integra o conceito de terra nua, sendo, portanto, indenizada separadamente, como benfeitoria, porquanto assim considerada pela legislação agrária (art. 20, VI, do Decreto nº 56.792/65, que regula o capítulo I do título III da Lei nº 4.504/64 — Estatuto da Terra).

Não oferecendo os autos dados isentos que sirvam de base a uma quantificação segura para a avaliação da referida floresta, transfere-se esse ato para a fase da execução, por meio de liquidação de sentença nessa parte.

Improcede a irrisignação da União Federal quanto à fixação da indenização da terra nua, vez que a sentença apoiou-se no laudo do perito oficial, seguindo a jurisprudência tranqüila e uniforme desta Corte. Além disto, o próprio INCRA, diretamente interessado, considerou irreprochável a sentença recorrida (fl. 682).

Honorários de advogado a serem calculados sobre o montante da indenização.

Provimento in totum do recurso da primeira apelante, e parcial do da segunda, na forma indicada, e improvimento do apelado da União Federal.

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 de SIBISA — Sirotsky Birmann S.A. Ind. Com. para incluir, na condenação, a parcela de correção monetária sobre o valor das benfeitorias constantes de construções. Também, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da Irmãos Iochpe S.A. Ind. e Exp. para que a condenação abranja, também, como benfeitorias a mata ou floresta nativa de pinheiros pelo valor que for fixado em liquidação de sentença, excluindo o acréscimo de 10%, sendo os honorários advocatícios calculados sobre o montante da indenização; e negar provimento ao recurso da União Federal, confirmando no mais a decisão remetida, 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 dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Wilson Gonçalves, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves:
O MM. Juiz a quo assim resumiu a matéria dos autos:

«Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — autarquia federal, subordinada ao Ministério da Agricultura, propôs a presente desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária contra Sagrisa Comercial e Agrícola Ltda., sociedade em liquidação, qualificada na inicial, tendo por objeto, imóvel de 2.213,58 ha. situado no Município de Ronda Alta, neste Estado.

Fundamentou-se o ato de desapropriação nas disposições do artigo 18, alíneas a, b e c e artigo 22 da Lei nº 4.504, de 30-11-1964, combinados com os artigos 1º, 3º, 6º e 7º, do Decreto-Lei nº 554, de 24-4-1969, e ainda nos termos do Decreto nº 69.956, de 18-1-1972.

Nos termos do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 554, de 25-4-1969, efetuou o INCRA o depósito pelo expropriante, de Cr\$ 116.647,80 (cento e dezesseis mil, seiscentos e quarenta e sete cruzeiros e oitenta centavos), a título de pagamento

de benfeitorias e Cr\$ 119.348,80 (cento e dezenove mil, trezentos e quarenta e oito cruzeiros e oitenta centavos), em Títulos da Dívida Agrária — TDA, por indenização da terra nua, ressaltando-se o direito de deduzir do montante do depósito a quantia correspondente a 23.2430 ha, área expropriada pela Eletrosul, conforme Decreto nº 65.504, de 21-10-1969.

O imóvel foi devidamente transcrito e o INCRA foi imitado regularmente na posse.

Expedida Carta Precatória Cita-tória, ao liquidante Judicial de Sagra Commercial e Agrícola Ltda., este não contestou.

Contestou Irmãos Iochpe S.A. — Indústria e Exportação, alegando legítimo interesse econômico, na qualidade de litisconsorte passivo, insurgindo-se contra o preço depositado. Alega que foram esquecidas pelo expropriante as determinações legais para a avaliação e também os critérios técnicos. Arguiu a existência de uma floresta de pinheiros no valor de Cr\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil cruzeiros) que não foi devidamente considerada, pelo expropriante.

Na réplica à contestação, a autarquia autora se pronuncia em desfavor da legitimidade passiva de Irmãos Iochpe S.A. Ind. e Exportação.

Irmãos Iochpe S.A. Ind. e Exportação postula sua presença no processo na qualidade de assistente.

Deferida a prova pericial, na apreciação do laudo, não se conformou o autor, requerendo reformulação do mesmo, em entendimento reforçado pela Procuradoria da República, o que motivou o despacho ordenando realização de nova pericia. Novamente, o autor e Pro-

curadoria da República não concordaram com o laudo apresentado.

Irmãos Iochpe S.A. Ind. e Exportação traz aos autos a Escritura Pública de Liquidação da Sagra Commercial e Agrícola Ltda., subrogando-se no valor da indenização.

Foi deferida nova pericia em despacho contra o qual se manifestou Irmãos Iochpe S.A., tendo sido o mesmo reconsiderado. Deste último despacho agravou o autor, não tendo ainda sido o referido agravo apreciado pela Superior Instância.

As fls. 465 e seguintes dos autos, postula SIBISA — Sirotsky Bir-mann S/A o levantamento da importância relativa às benfeitorias, no que é contestada pelo autor e pela douta Procuradoria da República. À fl. 532, indeferiu-se o levantamento requerido à fl. 516.

À fl. 515, prolata-se o despacho saneador, ratificando a prova pericial produzida.»

Decidindo, o digno sentenciante julgou procedente a ação e fixou da seguinte forma:

«— Pela terra nua (2.137 hectares), nos termos do laudo pericial de fls. 413/421, referentes ao perito do Juízo .	Cr\$ 6.178.067,00
— Acrescido de 10% pelas matas nativas existentes no imóvel e como terra nua, indenizáveis	Cr\$ 617.806,70
— Indenização correspondente às benfeitorias, segundo os laudos do perito do Juízo e dos assistentes-técnicos das partes	Cr\$ 116.467,00
TOTAL	Cr\$ 6.912.341,50

Os honorários de advogado foram arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da diferença entre o **quantum** da indenização e o preço da oferta.

Ficou esclarecido que os juros compensatórios e a correção monetária incidirão apenas no montante das indenizações e do preço oferecido que foi depositado em moeda.

Inconformados, apelaram SIBISA — Sirotsky Birmann S.A. Ind. Com. Irmãos Iochpe S.A. Ind. Exp. e União Federal.

A primeira recorrente, após argumentar sobre o seu direito de levantar a quantia depositada como indenização das construções, matéria essa prejudicada em face de decisão contrária deste Tribunal (AI nº 38.407-RS — DJ de 2-6-78), finalizou por requerer que o valor da citada indenização seja corrigido monetariamente.

Contra-arrazoou o INCRA, concluindo por anotar que a correção monetária pretendida já fora deferida na sentença.

Por seu turno, o recurso de Irmãos Iochpe S.A. Indústria e Exportação visa a reforma parcial da sentença, na parte em que fixou em 10% sobre o valor atribuído à terra nua, a indenização pela floresta de pinheiros, e impugna, ainda, a afirmação de que tal indenização deverá ser feita em títulos da dívida agrária, pois integraria o conceito de terra nua.

Quanto ao valor da indenização, assevera, não foi apresentado nenhum argumento válido para a fixação. Por outro lado, diz, inexistir dispositivo de lei que agasalhe o critério adotado para a fixação do valor da floresta em 10% do valor da terra nua.

No caso, continua, há de ser observado que, tanto o laudo do perito oficial quanto o do assistente-técnico da apelante fixaram valores muito

maiores como indenização pelas árvores, laudos esses que não tenderam para o exagero. Vale dizer, também, que o citado assistente-técnico foi buscar num órgão oficial, o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF, os dados necessários à elucidação da questão, sendo certo, mais, que o perito se houve com prudência ao fixar para a cobertura florestal valor inferior ao estimado pelo IBDF. Destarte, não há motivo para não aceitar nessa parte as conclusões do «expert» oficial, que, tanto no valor da terra quanto no valor das árvores manifestou o mesmo comedimento.

A seguir, expende considerações no sentido de fundamentar o entendimento de que as árvores, que compõem as florestas naturais ou plantadas, são consideradas benfeitorias, cabendo a sua indenização em espécie. Para assim concluir, buscou amparo no Decreto nº 56.792/65, que regulamentou o Estatuto da Terra e no art. 161, § 3º, da Constituição Federal.

Respondendo ao recurso, desenvolveu o INCRA extenso arrazoado, nestes termos: lê, fls. 654/683.

Já a União Federal pretende, com seu recurso, ver reduzido o montante indenizatório, por inaceitável o valor atribuído pela pericia, cujos critérios, segundo alega, afastaram-se do estabelecido no art. 19, § 2º, letra a, da Lei nº 4.504/64, combinado com o art. 3º, III, § 2º, do Decreto-Lei nº 554/69.

As apeladas não contraditaram esse apelo.

Subindo os autos a esta instância revisora, pronunciou-se a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso da União Federal.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Três são as apelações manifestadas nestes autos. Por método e para mais adequado exame das matérias abordadas, passo a apreciá-las pela ordem cronológica de suas apresentações.

A primeira apelante, SIBISA — Sirotsky Birman S.A. Indústria e Comércio, pleiteia que a condenação inclua a parcela relativa à correção monetária sobre o valor das benfeitorias constantes de construções, alegando que a sentença recorrida a havia omitido. O digno Dr. Juiz a quo, na verdade, declarou, na parte expositiva de sua decisão, que a correção monetária incidirá no montante da indenização em moeda corrente do país, a partir do laudo (fl. 614). Se não a inseriu na parte dispositiva, por certo em atenção à regra legal de que a mesma somente deverá ser determinada após decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação (art. 26, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-41). No entanto, a esta altura, não tendo ocorrido ainda o respectivo pagamento, a correção monetária postulada deve constar da condenação, direito que é reconhecido pelo expropriante (fl. 635).

Não assiste razão ao INCRA quando, em suas contra-razões de fls. 623/636, supõe que esta apelação abrangeria também pedido de juros e de levantamento do valor dessas benfeitorias, aos quais dedica boa parte de seus comentários. O levantamento em apreço, a ser cogitado na fase executória, está vinculado à satisfação das exigências legais pertinentes, inclusive por obrigação contratual prevista na liquidação amigável da sociedade Sagrisa Comercial Agrícola Ltda. (Cláusula nº 12, fl. 445).

A segunda apelante, Irmãos Iochpe S.A. — Indústria e Exportação,

pretende que a floresta de pinheiros existente na propriedade seja considerada e indenizada separadamente da terra nua, como benfeitorias, apoiando-se para tanto na própria legislação agrária e em outros motivos que expõe em seu recurso e em memoriais oferecidos, com invocação de farta jurisprudência.

A douta sentença apelada, no particular, assim justificou a sua orientação:

«Julgo excessivo o valor estimado à cobertura florestal nativa existente na propriedade. Efetivamente, não se cuida de desapropriação, do que respeita à justa reposição patrimonial, estabelecer o valor comercial de árvores, mas sim o valor do bem como seu revestimento, em seu estado natural, no caso representado por adjacências materias orgânicas.

O laudo atributivo do valor da terra nua calcou-se nos preços correntes, para transações imobiliárias rurais. Tais matas, não se constituindo benfeitorias, integram o conceito de terra nua para efeito de indenização, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 554/69, em títulos da dívida agrária.

Cabe, portanto, acrescer ao valor da terra nua, um percentual correspondente à existência de matas nativas, não como um fato ou expectativa econômica mas em tanto que dado fortuito, incidente na extinção de direitos subjetivos correspondentes, que devem ser preservados» (fls. 613/614).

Lançado esse raciocínio, acresceu ao valor da terra nua uma parcela de 10% para indenizar as matas ou floresta nativa de pinheiros (fl. 615).

Com a devida vênia, parece incoerência, pelo menos à primeira vista,

que se caracterize a floresta nativa como integrante do conceito de terra nua e, ao mesmo tempo, se lhe atribua valor específico, autônomo, a não ser que se considere insuficiente e, portanto, injusto o montante da avaliação da terra nua.

A segunda apelante, comentando essa orientação jurídica do nobre magistrado, tece as seguintes considerações, textualmente:

«Não merece adesão, ainda, a sentença, quando sugere que o valor da floresta integra o conceito de terra nua para o efeito de indenização. O fundamento da afirmação está no parágrafo único, do art. 4º, do Decreto-Lei nº 554/69, que diz o seguinte: «o valor da terra nua será depositado em títulos especiais da dívida pública, e os das benfeitorias, em moeda corrente do País». A afirmação constante da sentença é a seguinte: «Tais matas, não se constituindo benfeitorias, integram o conceito de terra nua para efeito de indenização, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 554/69, em títulos da dívida agrária». A decisão recorrida, nessa parte, não se coaduna com as disposições do Direito Agrário. O raciocínio formulado na sentença tem como fundamento o Código Civil. De acordo com a sistemática do nosso Código, os bens imóveis ou são coisa imóvel ou outros objetos de direito que o sistema jurídico tem por bens imóveis (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, T. II, ed. 1954, § 124, nº 1, pág. 32). Assim, são considerados bens imóveis o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo (art. 43, I, Código Civil). Os bens imóveis ou móveis, considerados reciprocamente, submetem-se à divisão do principal e do acessório (art. 58, Código Civil). Dentre as coisas acessórias incluem-se as

benfeitorias (art. 62, Código Civil), as quais se caracterizam por ser melhoramentos acrescentados à coisa pela intervenção do proprietário, possuidor ou detentor (art. 64, Código Civil). Tudo o que não for acrescentado pela ação do proprietário, possuidor ou detentor não é benfeitoria, na definição a **contrario sensu**, elaborada pelo Código Civil (art. 64). Como a floresta de pinheiros é parte integrante essencial do imóvel, nos termos do art. 43, I, do Código Civil, o inclito magistrado inclinou-se pela concepção civilística e não incluiu as árvores entre as benfeitorias. Entretanto, essa posição, perfeitamente admissível no âmbito da lei civil, é inadmissível diante da legislação do Direito Agrário. O conceito de terra nua, posto em circulação pela Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, no art. 50, não coincide em absoluto com as amplas dimensões do conceito de bem imóvel do art. 43 do Código Civil. O Decreto nº 56.792, de 26 de agosto de 1965, que regulamentou o Estatuto da Terra em sua parte tributária, veio a confirmar essa não coincidência. Com efeito, ao estabelecer os critérios básicos para a tributação do ITR, estipulou, o aludido decreto, que o tributo será determinado pelo produto de um valor básico, correspondente a 0,2% do valor da terra nua (art. 12). Por outro lado, no art. 13, estipula que «O valor da terra nua..., será o referente à área total do imóvel, excluído o valor das benfeitorias». A regra para a determinação do valor da terra nua consta do art. 20, no qual se diz que «O valor da terra nua, referido nos arts. 12 e 13, deverá ser declarado pelo proprietário, ao preço do ano da declaração, e não incluirá o valor das benfeitorias adiante enumeradas:

I — construções...;

II — máquinas e implementos agrícolas;

III — equipamentos e instalações especiais;

IV — culturas permanentes;

V — animais (pecuária de médio e grande portes);

VI — árvores de florestas naturais ou plantadas».

Destarte, as árvores, que compõem as florestas naturais ou plantadas, são consideradas pelo Direito Agrário como benfeitorias. Essa é a indicação clara e inequívoca de um dos regulamentos do Estatuto da Terra. Não importa que o Direito Civil entenda de modo diverso a questão, pois o que está em consideração não é a lei civil, mas sim o Direito Agrário. Por conseguinte, não há como recorrer a outros argumentos para dizer que as florestas não são benfeitorias e que, por conseguinte, se incluem dentro do conceito de terra nua. O Estatuto da Terra não permite tal interpretação, pois, para os seus efeitos, as florestas não se inserem dentro do conceito de terra nua e são consideradas como benfeitorias» (fls. 643/645).

Com efeito, o Decreto nº 56.792, de 26 de agosto de 1965, que regula o capítulo I do título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 — Estatuto da Terra, no seu art. 20, **caput**, ao estabelecer os dados considerados para a fixação do tributo, dispõe:

«Art. 20. O valor da terra nua, referido nos arts. 12 e 13, deverá ser declarado, pelo proprietário, ao preço do ano da declaração, e não incluirá o valor das benfeitorias adiante enumeradas:

I — construções, tais como: casas de moradia, galpões, banheiros para gado, cercas, valas ou currais e quaisquer edificações para insta-

lações de beneficiamento e industrialização;

II — máquinas e implementos agrícolas;

III — equipamento e instalações especiais;

IV — culturas permanentes;

V — animais (pecuária de médio e grande portes);

VI — árvores de florestas naturais ou plantadas».

Tentando refutar essa argumentação, o INCRA, em suas contra-razões, aduz que a recorrente pincelou um dispositivo isolado, relativo ao aspecto tributário, para torcer o alcance do conceito, sendo óbvio que tal enumeração, se tomada em sentido absoluto, conduziria a vislumbrar-se impropriedade do legislador (fl. 677). Aqui — cumpre salientar — o legislador é o próprio Poder Executivo, sendo de presumir-se que a elaboração desse decreto tenha se processado no setor competente do órgão expropriante.

Encarado serenamente esse aspecto da questão, que na espécie assume feição importante, é lógico e racional que se o conceito de benfeitorias vale para efeito de tributação visando a definir o conceito de terra nua, deverá valer também para os demais efeitos legais. A legislação agrária não poderia conter dois conceitos diferentes de terra nua: um para tributar e outro para indenizar.

Em processos de desapropriação por utilidade pública, tenho-me pronunciado pela indenização das matas nativas ou plantadas, independentemente do valor da terra nua, por entender que, nos nossos dias em que elas se tornam cada vez mais raras, têm valor econômico próprio, apreciável, que deve compor a indenização (AC nº 52.209-SP, 6ª Turma, unânime, julg. em 13-10-80, e AC nº 54.994-SP, 6ª Turma, unânime, julg. em 18-2-81).

A antiga 4ª Turma, vencido nessa parte o Sr. Ministro José Dantas, em Acórdão na Apelação Cível nº 50.827-SP, dediciu, conforme tópico da respectiva ementa, que destaco:

«Desapropriação. Critério para a indenização. Na avaliação das terras, não se incluem as culturas permanentes e as árvores de florestas naturais e plantadas, que são benfeitorias, a teor dos artigos 13 e 20 do Decreto nº 56.792, de 26-8-65, que definem a terra nua» (julg. em 22-9-78).

Votaram pela tese os Srs. Ministros Carlos Madeira, Revisor, e Evandro Gueiros Leite.

De acordo com o meu entendimento manifestado anteriormente e o preceito do art. 20 acima transcrito, integrante da legislação agrária, admito que a floresta de pinheiros, mesmo nativa, deva ser avaliada à parte como benfeitoria perante o INCRA, por definição legal.

Parece-me, porém, como salientou o ilustre Dr. Juiz a quo, que é excessiva a avaliação de 60% da floresta em Cr\$ 3.919.104,00 (três milhões, novecentos e dezenove mil e cento e quatro cruzeiros), ou seja, mais de 64% (sessenta e quatro por cento) do valor da terra nua (fl. 421).

Os autos não oferecem dados isentos que sirvam de base a uma quantificação segura. É que, de um lado, a avaliação do assistente-técnico das expropriadas ascende a quase o dobro do valor apresentado pelo perito, e, de outro, o assistente-técnico do expropriante entende que a floresta não tem valor comercial, em razão de dispositivo do Código Florestal, e, por isso, não a avaliou.

Sem pretender atingir a sensibilidade profissional do louvado do Juízo, o seu laudo, nesse tocante, desacompanhado que está de qualquer

elemento esclarecedor ou informativo, é inteiramente baseado na pesquisa feita pelo assistente-técnico dos desapropriados. Para isto, basta cotejar as suas respostas aos quesitos 8º e 9º formulados pelo INCRA (fl. 417), as quais estão baseadas em dados trazidos aos autos pelo referido assistente-técnico. A sua leitura, nessa parte, dá a impressão de que o «expert» oficial não buscou fonte própria para obter as informações de que precisava.

Cabe acentuar que o chamado «no-vo laudo» do perito judicial foi apresentado posteriormente aos pronunciamentos dos seus assistentes, permitindo o aproveitamento de dados constantes destes últimos.

Ante essa constatação, resta transferir a avaliação da floresta de pinheiros para a fase da execução, por meio de liquidação de sentença nessa parte.

Por fim, a 3ª apelante, a União Federal, postula, em síntese, a redução da indenização e a exclusão da parcela de 10% (dez por cento) atinente à floresta de pinheiros. Afirma que a sentença recorrida afastou-se do preceituado no art. 19, § 2º, da Lei nº 4.504/64, combinado com o art. 3º, III, § 2º, do Decreto-Lei nº 554/69.

Ora, a avaliação rígida e unilateral do expropriante, alicerçada no item III do art. 3º citado, não pode prevalecer, vez que esse dispositivo, juntamente com o inciso II e o art. 11 do mencionado decreto-lei foram considerados inconstitucionais por este Tribunal, em Sessão Plenária, nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 38.537-MG, realizada em 3 de dezembro de 1981.

A decisão do primeiro grau, ao fixar a indenização da terra nua, apoiou-se no laudo do perito oficial, seguindo a jurisprudência tranqüila

e uniforme desta Corte. É de notar, como confessa o aludido «expert», que a sua avaliação não é mais do que a média aritmética dos laudos dos dois assistentes-técnicos (fls. 416/417).

É estranho que a União Federal não tenha se conformado com o critério adotado pelo ilustre Dr. Juiz a quo, quando o INCRA, diretamente interessado, declara, em sua contraminuta ao recurso da segunda apelante, *in verbis*. «Irreprochável, portanto, a respeitável sentença recorrida por seus jurídicos fundamentos» (fl. 682).

À vista do exposto, dou provimento à apelação de SIBISA — Sirotsky Birmann S.A. Indústria e Comércio no sentido de incluir, na condenação, a parcela de correção monetária sobre o valor das benfeitorias constantes de construções. Provejo, em parte, o apelo de Irmãos Iochpe S.A. Indústria e Exportação para que a condenação abranja, também, como benfeitorias, a mata ou floresta nativa de pinheiros pelo valor que for fixado em liquidação de sentença, excluindo, conseqüentemente, o acréscimo de 10%, sendo os honorários advocatícios calculados sobre o montante da indenização; e nego provimento ao recurso da União Federal, confirmando no mais a respeitável decisão remetida.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 45.878-RS — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Remte.: Juízo Federal da 5ª Vara. Apte.: SIBISA — Sirotsky Birmann S.A. — Ind. Com., Irmãos Iochpe S.A. — Ind. e Exp. e União Federal. Apdos.: INCRA, Sagraisa Coml. e Agrícola Ltda. e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, de SIBISA — Sirotsky Birmann S.A. Ind. Com. para incluir, na condenação, a parcela de correção monetária sobre o valor das benfeitorias constantes de construções. Também por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da Irmãos Iochpe S.A. — Ind. e Exp. para que a condenação abranja, também, como benfeitorias a mata ou floresta nativa de pinheiros pelo valor que for fixado em liquidação de sentença, excluindo o acréscimo de 10%, sendo os honorários advocatícios calculados sobre o montante da indenização; e negou provimento ao recurso da União Federal, confirmando no mais a decisão remetida. (Em 14-12-83 — 6ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 47.758 — RJ

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Apelante: Paulo César Gonçalves

Apelada: União Federal

EMENTA

Administrativo. Militar. Reforma. Acidente em serviço. Seqüelas neurológicas.

O militar que é acidentado em serviço e que, após pequeno espaço de tempo é licenciado, em vir-

tude de comprovada incapacitação física, merece ser reformado se a prova pericial colhida em Juízo conclui que há certa relação causal entre o estado mórbido e o evento, além de afirmar existir situação neurológica que equipara, nas crises, à alienação mental.

Auxílio-invalidez que se nega, uma vez não comprovadas as exigências formais e substanciais da lei.

Recurso provido parcialmente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, para condenar a União Federal a reformar o autor como soldado, mas com os proventos de 3º sargento, negando-lhe o auxílio-invalidez, com as cominações explicitadas no voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 11 de novembro de 1980 (Data do julgamento) — Ministro Aldir G. Passarinho, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Paulo César Gonçalves moveu ação ordinária contra a União Federal, alegando que, na condição de militar, sofreu acidente quando realizava manutenção do quartelamento para o qual fora escalado. Submetido a Inquérito Sanitário de Origem, foi considerado apto para o serviço do Exército, consoante laudo datado de 19-3-74 (doc. de fl. 8-v). Acontece, porém que em 15-10-74, foi licenciado «por insuficiência física para o serviço militar, podendo exercer atividades civis» (cfr. doc. de fl. 11).

Assinala que as duas anotações são contraditórias, isto porque ou estava apto desde a sua inclusão ou as «complicações futuras o tornaram incapaz e, nesse caso, não só para o serviço militar como para as atividades civis».

Diz ainda, que recebeu, no acidente, forte pancada no tórax, caindo e batendo a cabeça na quina de uma escada, quando, então, perdeu os sentidos. Que, a partir de então passou a sofrer de fortes dores de cabeça.

Cita a legislação que alega ampará-lo. Considerando haver relação de causa e efeito, pleiteia o seguinte:

«a) reforma com os proventos de 3º sargento, a partir da data em que reuniu os requisitos para tanto (16-2-74), acrescidos os proventos de auxílio-invalidez;

b) pagamento dos respectivos proventos e vantagens, a partir da mesma data, ou seja, 16-2-74, até sua inclusão definitiva em folha de pagamento;

c) condenação nas custas, juros de mora e honorários de 20% sobre a execução».

A União Federal, às fls. 18/20, contesta o pedido, fundamentando-se no diagnóstico do Documento Sanitário de Origem, o qual não atestou haver a relação causal.

Houve pericia judicial (fls. 44/48).

A sentença de primeiro grau (fls. 53-v/54), julgou a ação improcedente, por entender que a doença que incapacitou o autor não está contemplada na legislação militar, para os fins pretendidos.

Apelou o autor, com as razões de fls. 56/60.

Contra-razões às fls. 71/72.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 75/76).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Há pontos incontroversos neste processo. Nenhuma dúvida paira sobre o acidente sofrido pelo militar. Do Atestado de Origem (fl. 8) consta a seguinte anotação subscrita pelo Major João Baptista Alves Cunha, Subcomandante do 1º B. Com. Ex., verbis:

«Confirmo a exatidão do acidente. A vítima realizava manutenção do quartelamento, para o qual estava escalado oficialmente. Confirmo, ainda, os fatos constantes da prova testemunhal, e que não houve imperícia, imprudência, negligência, nem transgressão disciplinar pelo acidentado».

Do mesmo documento está expressa a cláusula «apto para o serviço do Exército», assinalando-se, porém, mais adiante, que «há relação entre a patologia apresentada e a causa da lesão acha-se assintomática atualmente, salvo complicações futuras». O referido atestado data de 19-2-74. Na verdade, ficou claro a ocorrência do acidente e que, no momento da inspeção, apesar de configurada a relação entre aquele e o estado patológico, estava o militar em condições de prestar seus serviços ao Exército, com expressa ressalva de «complicações futuras».

Acontece que em 15-10-74 foi o autor licenciado, sob a seguinte justificativa «por insuficiência física para o Serviço Militar, podendo exercer atividades civis». (Doc. de fl. 11). Não comportaria maiores indagações sobre estar a causa da incapacitação que originou o licenciamento relacionada com o acidente. O parecer técnico do médico perito designado pelo Juízo esclarece a circunstância, ao responder o quesito nº 1:

«O autor foi vítima de um acidente em 16-2-1974. As manifestações da doença comicial surgiram após o referido evento lesivo. Quanto ao nexa da causalidade entre o acidente e o mal comicial, muito embora não se possa afirmar uma vinculação direta, pode-se admitir que o evento tenha agido como fator desencadeante ou agravante de tendências mórbidas preexistentes».

Relembre-se, por oportuno, que o Atestado de Origem, quando da primeira inspeção, admitia a possibilidade de «complicações futuras». Tais complicações não demoraram a surgir, como visto, pois examinado em março, em julho o Hospital Central do Exército já declarava a sua incapacidade para o serviço militar (fl. 10-v), e, em outubro, seu afastamento foi decretado.

Muito mais temerário do que afirmar haver relação entre o acidente e a incapacitação física, será, desenganadamente, declarar inexistir a mesma. As provas conduzem à convicção da primeira hipótese.

O decisório fixou-se na assertiva de que não sendo alienado mental, nem portador de qualquer doença relacionada no art. 112, do Estatuto dos Militares, não poderia obter o benefício requerido.

Os fatos estão carreados para a consideração de um estado mórbido decorrente do acidente e que deu causa à incapacidade. Que tal estado

está vinculado ao citado evento, também, é correto. Restaria saber se é alienado. O Atestado de Origem nega. A perícia oficial a esse respeito diz:

«Do ponto de vista puramente médico, o distúrbio mental do autor fora das crises da inconsciência não é equiparável à alienação mental. Durante as crises, sim.»

E, mais adiante, afirma:

«A moléstia de que é portador o autor exige tratamento contínuo e permanente por toda a vida, não necessitando de cuidados de enfermagem.»

Há, ainda, dados técnicos que comprovam uma anormalidade neurológica permanente, a qual se não essencialmente conceituada como «alienação», pelo menos a ela pode ser equiparada nos termos do § 4º, do art. 112 da Lei nº 5.774, de 1971. O laudo pericial à fl. 46 assinala:

«Continua sob controle psiquiátrico no Posto do INPS da Praça Mauá onde freqüenta mensalmente o Ambulatório de Psiquiatria. Vive permanentemente sob ação de medicamentos para epilepsia, a última receita constou de: Defenilbitandoina e de Fenobarbital, em 11-5-1976».

No tocante às vantagens requeridas, aplicando-se o que dispõe o art. 113, combinado com o art. 114, §§ 1º e 2º, letra c, a reforma deverá ocorrer no posto de 3º sargento.

Aliás, o apelante, em sua peça recursal, traz à colação precedente deste Egrégio Tribunal Federal de Recursos, de cuja ementa se lê:

«Militar. Alienado. Soldado que foi incorporado após exame de saúde que o teve como apto. Doença que eclodiu quando da prestação do serviço militar. Ilegítima a declaração de isenção por ter sido considerado incapaz podendo prover os meios de subsistência. Re-

forma decretada que se confirma. Sentença mantida. Recursos improvidos». (AC nº 35.245-GB; Rel.: Min. Jarbas Nobre, ac. un., in DJ de 25-6-75 — pág. 4563).

Em igual sentido é o Acórdão dessa Egrégia 2ª Turma, em que foi Relator o eminente Ministro Décio Miranda (fl.61).

Finalmente, no que tange ao auxílio-invalidez, não me parece possa ser deferido, porquanto o dispositivo que autoriza a sua concessão estabelece condições não comprovadas nestes autos. Com efeito a Lei nº 5.787, de 26-7-72 (Remuneração dos Militares), prescreve:

«Art. 126. O militar da ativa que foi ou venha a ser reformado por incapacidade definitiva e considerado inválido, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, não podendo prover os meios de sua subsistência, fará jus a um auxílio-invalidez no valor de 25% (vinte e cinco por cento) da soma da «base de cálculo» com a Gratificação de Tempo de Serviço, ambas previstas no artigo 123, desde que satisfaça a uma das condições abaixo especificadas, devidamente declaradas por Junta Militar de Saúde:

1. Necessitar internação em instituição apropriada, militar ou não;
2. Necessitar de assistência ou de cuidados permanentes de enfermagem».

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso, para julgar procedente a ação e condenar a União Federal a proceder à reforma do autor, no posto de 3º sargento, a partir da data em que foi licenciado, ou seja, 15-10-74, pagando-lhe daí, os respectivos proventos. Condene, ainda, em custas e honorários advocatícios de 10% sobre o que se apurar em execução.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 47.758-RJ — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Apte.: Paulo César Gonçalves. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para condenar a União Federal a reformar o autor como soldado,

mas com os proventos de 3º sargento, negando-lhe o auxílio-invalidez, com as cominações explicitadas no voto do Relator. (Em 11-11-80 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Aldir G. Passarinho votaram com o Relator. Presidiu o Julgamento o Sr. Ministro Aldir G. Passarinho.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 48.884 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Rec. Ex. Of.: Juízo Federal da 6ª Vara — RJ

Apelante: União Federal

Apelados: Albertino Agostinho Brasil e outros

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Equiparação. Coisa julgada.

1. Em tema de funcionalismo público, não há direito adquirido ao regime, nem a coisa julgada se antepõe à lei nova senão no estrito limite do direito por ela reconhecido segundo as leis da época em que proferida a decisão.

2. Gráficos da Marinha ou do Exército que, por equiparações anteriores à Lei nº 284/36, tiveram direito judicialmente reconhecido aos antigos padrões M e N da Lei nº 1.455/51. Inoponibilidade da decisão então proferida às supervenientes classificações.

3. No caso, além disto, a decisão invocada foi proferida em relação a outro grupo que não o dos autores.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e não conhecer da remessa, 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 novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro

Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro Jesus Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: A questão foi assim relatada e decidida pelo Dr. Juiz a quo:

«Albertino Agostinho Brasil, Caio Moreira de Araújo, Antônio de Mattos Rodrigues, Antônio da Silva Caetano, Dário Domingos de Santana, Eduardo Pinheiro de Brito, Eugelino Ribeiro da Silva, Florên-

cio Marques da Cunha, Francisco da Cunha Xavier, João Carlos de Figueiroa Torres, Juvenal Ribeiro da Silva, Moacyr de Oliveira Motta, Nelson de Albuquerque Lyra, Romeu Carlos da Cunha, Waldemar Rodrigues da Motta e Waldemiro Pereira, todos funcionários públicos aposentados, antigos ocupantes de cargos de revisores, gráficos e operários da imprensa dos Ministérios do Exército e da Marinha, ajuizaram a presente ação contra a União Federal para que se lhes reconheça o direito de perceberem vencimentos nos níveis 17 e 18, referentes ao Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 3.780/60, a partir da Lei nº 4.491, de 21-11-64, que alterou os Anexos I e IV nas partes relativas às séries de classes de Impressor, Encadernador, Mestre e Técnico de Artes Gráficas. Apesar de o final da petição inicial referir-se a «reconhecimento de direito», percebe-se que a ação não é meramente declaratória, pois os autores pedem que lhes sejam pagos os vencimentos dos níveis 17 e 18 a partir da Lei nº 4.491/64, além de custas, juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios. Alegam que, por sentença datada de 27-1-53, proferida na antiga 2ª Vara da Fazenda Pública, hoje, 2ª Vara Federal, tiveram reconhecidos direitos a vencimentos iguais aos de seus colegas do Departamento de Imprensa Nacional, ocupantes de cargos homólogos, com todas as consequências da reclassificação (fl. 17). Tal sentença, reformada pela Egrégia 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, foi restabelecida pelo Tribunal Pleno em grau de embargos. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não conheceu do recurso extraordinário interposto pela União, razão pela qual transitou em julgado a decisão. Em virtude dessa sentença, os vencimentos

dos autores foram fixados nas letras F e N, as mesmas dos seus colegas paradigmas da Imprensa Nacional. Com o advento do Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 3.780/60, foram os autores classificados nos níveis 14, 15 e 16 pelo Decreto nº 53.252, aqueles pertencentes à imprensa do Ministério do Exército, enquanto que os que pertenciam à imprensa do Ministério da Marinha o foram em virtude de vários atos administrativos. Apesar da Lei nº 4.491/64 haver alterado os Anexos I e IV da Lei nº 3.780/60, tendo excluído do Grupo I, do Serviço de Artífice, os cargos de Gráfico F e N e haver agrupado os autores e seus colegas da Imprensa Nacional na série de classes de Técnico de Artes Gráficas, níveis 17-A e 18-B, os autores continuaram na situação anterior, sem ter conseguido solucionar administrativamente sua pretensão. Argumentam os autores que têm direito de perceber vencimentos nos níveis 17 e 18, nos termos da Lei nº 4.491/64, que seria aplicável a todos os gráficos do serviço público federal e não somente aqueles lotados na Imprensa Nacional, a quem estariam equiparados para todos os efeitos, desde a Lei nº 4.632, de 1923 (art. 23), além do que, teriam a seu favor o peso da sentença transitada em julgado. A inicial foi instruída com os documentos de fls. 5/28, destacando-se dentre eles a certidão de fls. 14/18 com a sentença a seu favor proferida na 2ª Vara e a confirmação do seu trânsito em julgado. Em sucinta contestação (fls. 34/35), a União contestou a ação, que considera improcedente, reportando-se às informações prestadas pelos Ministérios da Marinha e do Exército (fls. 37/48 e 50), respectivamente. Nessas informações há menção à circunstância de ter sido alcançado o suposto direito dos autores pela prescrição, embora a contestação

não mencione o fato. Réplica às fls. 52/54, a que os autores juntaram cópia do despacho proferido pelo MM. Juiz da então 2ª Vara da Fazenda Pública, Dr. Sérgio Mariano (fls. 55/56). Houve impugnação do valor da causa, decidido à fl. 61 dos autos principais. Como não há mais provas a produzir, passo ao julgamento antecipado da lide. Partes processualmente legítimas e com representação regular, concorrendo o interesse de agir. Pelo que verifico da certidão de fls. 14/18, os autores ganharam uma ação ordinária em que ficou reconhecido: «aos autores, por via de sentença, o direito a vencimentos iguais aos de seus colegas da Imprensa Nacional, ocupantes de cargos homólogos, com todas as consequências da reclassificação». Em razão dessa sentença, transitada em julgado, os autores foram enquadrados nos níveis 14, 15 e 16, face ao advento da Lei nº 3.780/60 (fl. 19 verso). O parecer de fls. 24/27, da Consultoria Jurídica do Ministério da Marinha, trazido à colação pelos autores, após examinar a hipótese, conclui que, em obediência ao julgado, deveria a Administração assegurar «equiparação ampla dos cargos ocupados pelos exequentes na Imprensa Naval aos da mesma natureza do Quadro da Imprensa Nacional» (fl. 27). É, aliás, o que se lê também no preciso despacho proferido pelo Dr. Sérgio Mariano, então em exercício na 2ª Vara da Fazenda Pública, verbis: «A execução de sentenças que determinam a equiparação de servidores não se exaure com a observância da equivalência de vencimentos ou salários, nas datas das respectivas decisões. A equiparação é permanente, verificando-se a atualização do que percebem os exequentes cada vez que os paradigmas são promovidos ou beneficiados por nova classificação. Se assim não fora, a lei ou

ato administrativo superveniente poderia romper o status ensejado pela sentença, com evidente ofensa à coisa julgada. Na espécie, basta ler a ementa do venerando Acórdão para dirimir quaisquer dúvidas que pudessem pairar sobre os limites da res judicata. Houve equiparação. Os exequentes não podem perceber menos do que percebem os seus paradigmas, em nada modificando a situação, reconhecida na sentença, a posterior promulgação da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960. Acrescente-se que o art. 6º, § 3º, do Decreto nº 48.921, de 12 de setembro de 1960, que aprovou o regulamento da lei mencionada, ressaltou o enquadramento do servidor amparado por decisão judicial, o que, aliás, constitui preceito supérfluo, em face do que dispõe o art. 141, § 3º, da Constituição Federal. Deste modo, a autoridade administrativa, sem vulnerar a classificação dos grupos ocupacionais, poderá enquadrar os exequentes na forma do disposto no art. 17, inciso II, § 2º da Lei nº 3.780. Oficie-se ao Sr. Ministro da Marinha, transmitindo este despacho, para que sejam adotadas as providências cabíveis, com a necessária urgência». Não há, pois, como deixar a Administração de equiparar a situação dos autores à de seus homólogos da Imprensa Nacional sem ferir os ditames da coisa julgada. Se a Lei nº 4.491, de 1964, elevou os níveis de seus paradigmas da Imprensa Nacional para 17 e 18, cabia à Administração elevar os níveis dos autores como ocorreu com seus paradigmas, em obediência à coisa julgada. Ante o exposto, julgo procedente, em parte, a presente ação para condenar a União Federal a considerar os autores enquadrados nos níveis 17 e 18, respectivamente, a partir da Lei nº 4.491/64 e, em função disso, retificar os proventos de suas aposentadorias. Condono a União a pa-

gar aos autores atrasados, juros de mora, contados da citação inicial, honorários de advogado calculados em 10% sobre o valor dado à causa e a reembolsar-lhes as custas despendidas. Excluída a condenação a correção monetária, por ser incabível na espécie. Quanto à prescrição quinquenal, sugerida pelas informações dos Ministérios da Marinha e do Exército, mas não argüida formalmente pelo Dr. Procurador da República em sua contestação, não a considero por esse motivo e, mesmo que o fizesse, ela estaria interrompida pelos pedidos formulados pelos autores na esfera administrativa. Como os autores sucumbiram em grau mínimo, aplico o parágrafo único do art. 21 do CPC. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição» (fls. 68/73).

2. A União apelou com as razões de fls. 76/8, respondidas às fls. 80/3.

3. A d. Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 86/87, por intermédio do Dr. Paulo A. F. Sollberger, pelo provimento.

4. Verificando que no parecer da d. Consultoria Jurídica da Marinha se dizia que os autores, classificados nos níveis 8 a 11 da sistemática da Lei nº 3.780/60, percebiam vencimentos dos níveis 14 e 16, não em virtude do velho Acórdão de 11-12-53, deste Tribunal, mas de determinação posterior de um Juiz de 1º Grau, fiz requisitar e apensar os autos respectivos, deies mandando abrir vista às partes (fls. 89 e segs.). A União se manifestou à fl. 98, os autores silenciaram (fl. 99v.).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): Pelos autos de execução por carta de sentença em apenso, vê-se que os autores, juntamente com outros artífices de diversas es-

pecialidades dos serviços gráficos do Exército e da Marinha, acionaram a União em 1-10-53, invocando o princípio de isonomia e certa equiparação que resultaria de leis anteriores à reforma administrativa baixada pela Lei nº 284, de 1934. Queriam igualdade de vencimentos com seus homólogos da Imprensa Nacional. Julgada procedente a ação em 1º grau e cassada a decisão no julgamento do apelo, os autores terminaram por vitoriar-se em grau de embargos, por v. Acórdão assim ementado:

«Funcionário Público, reestruturação de carreiras, aplicação da Lei nº 5.622, de 1928, aos que já pertenciam ao quadro do funcionalismo, anteriormente à Lei nº 284, de 1936; não pode ser oposta a proibição trazida por esta lei de reestruturação de cargos ou carreiras quando, anteriormente a ela, tinham eles, por força de legislação anterior, assegurado aquele direito» (fl. 18 v. do apenso).

2. Esse Acórdão teve sua execução encerrada em 29-6-55, como se vê pelos cálculos de fls. 268 e segs., homologados à fl. 292v., e pelo ofício do saudoso Ministro Henrique D'Avila, então Presidente deste Tribunal, fl. 307, tudo do apenso.

3. Entenderam, porém, os autores, de transformar o referido julgamento em «galinha dos ovos de ouro» e, a partir de 1965 (fl. 320 do mesmo apenso), passaram a pleitear reenquadramento, baseados nas Leis nºs 3.780/60 e 4.491/64.

4. Para tanto, alegam vagamente sua equiparação «sempre reconhecida em várias decisões judiciais» e como bem assinala a d. Subprocuradoria-Geral no aludido parecer do Dr. Paulo Sollberger, aludem apenas às designações genéricas de suas antigas funções de «Gráficos», omitindo que isto envolve diversas especialidades e categorias, e

que a reclassificação determinada pela Lei nº 4.491/64 abrangeu somente os Técnicos de Artes Gráficas e os Inspetores Técnicos, não sendo de admitir-se que os níveis 17 e 18, então atribuídos a essas categorias e reservados, como sabemos, a funcionários de nível superior, se estendam a simples artífices que foram. Eis o referido parecer:

«Afirma o douto Juiz a quo, em sua decisão, que a Administração não pode «deixar de equiparar a situação dos autores à de seus homólogos da Imprensa Nacional, sem ferir os ditames da coisa julgada». A afirmativa está correta, mas daí a concluir que os autores fazem jus ao recebimento de proventos equivalentes aos níveis 17 e 18, da série de classes de Técnico em Artes Gráficas, vai uma distância muito grande. Nessa série de classes, criada pela Lei nº 3.780/60 nos níveis 14 e 16 (mais tarde elevados para 17 e 18 pela Lei nº 4.491/64), foram enquadrados os Técnicos em Artes Gráficas e os Inspetores Técnicos lotados no DIN (cf. Anexo IV à Lei nº 3.780/60, código P-405). Ora, não há prova de que os autores pertencessem às categorias mencionadas, de modo a fazer jus ao enquadramento pretendido. Os suplicantes, que se dizem antigos «revisores, gráficos e operários da Imprensa do Ministério da Guerra e da Marinha», eram, na verdade, conforme se deduz do item 5 da inicial, «compositores, revisores, gravadores e encadernadores». Os autores usam a denominação genérica de suas antigas funções — gráficos, operários — esquecendo-se que o enquadramento no Serviço-Artífice, do antigo sistema de classificação aprovado pela Lei nº 3.780/60, era feito tomando-se por base a especialidade de cada um. Assim, o Operário-Gravador foi enquadrado na série de classes de Gravador, código A-403; ao passo

que o Operário-Compositor foi integrar a série de Compositor, código A-401. Isto ocorreu em relação a todos os antigos artífices do serviço público, inclusive com os «homólogos» dos autores» (fls. 86/7).

5. Penso que a douda Subprocuradoria-Geral tem toda razão. Cumpre, em primeiro lugar, ter em vista que a equiparação assegurada pelo Acórdão de 1953 foi dos autores a seus homólogos da Imprensa Nacional, de sorte que, se não são Técnicos de Artes Gráficas nem Inspetores Técnicos, não podem os autores vindicar situação especialmente assegurada a esses técnicos pela Lei nº 4.491/64. Doutra parte, tanto pela ementa do citado Acórdão, lida há pouco, como pelas notas taquigráficas do julgado, o que ficou reconhecido foi que certa restrição da Lei nº 284/36 não alcançava os autores. Não, que eles devessem gozar de equiparação ad aeternum de modo que, a cada lei de reclassificação de cargos devessem também ser reclassificados, segundo a interpretação que do Acórdão fez o Dr. Sérgio Mariano no despacho que serve de base à sentença.

O pedido dos autores, naquela velha demanda, foi no sentido de se lhes reconhecer o enquadramento nas letras M e N da classificação então adotada pela Lei nº 1.455/51 (fl. 8 do apenso); a sentença julgou procedente a ação nos termos da inicial (fl. 12 do mesmo apenso) e o Acórdão dos embargos restabeleceu essa decisão. Como daí se extrair efeitos abrangentes de classificação futura, ainda mais específica, como a da Lei nº 4.491/64, vinda mais de 10 anos depois? O Judiciário estaria tomando o lugar do legislador.

6. Aliás, a julgar pela certidão de fls. 376/7 do apenso, o despacho do Dr. Sérgio Mariano, que vem servindo de mote às petições dos autores, nem foi proferido naquela ação em que foram partes, e que era encabe-

çada por Albertino Agostinho Brasil, mas numa outra encabeçada por Jorge Medina Vaz. E dita certidão nem responde à questão que me fez requisitar os autos, isto é, a de saber se dito despacho foi intimado ao representante da União e se transitou em julgado.

Destarte, nem há falar em coisa julgada em favor dos autores no sentido desse despacho, que — já vimos — não se ajusta ao Acórdão proferido na ação em que foram partes.

7. Assim aclarados os fatos e tendo em vista que em tema de funcionalismo público não há direito adquirido ao regime, nem a coisa julgada se antepõe à lei nova, senão no âmbito restrito do direito por ela reconhecido segundo as leis da época em que proferida a decisão, dou provimento ao apelo da União para julgar a ação improcedente.

Da remessa não conheço, eis que a causa teve seu valor fixado em Cr\$

50.000,00 e a sentença é de 16-8-76 (fls. 61/73).

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 48.884-RJ — Rel.: O Sr. Min. Jesus Costa Lima. Rec. Ex. Of.: Juízo Federal da 6ª Vara-RJ. Apte.: União Federal. Apdos.: Albertino Agostinho Brasil e outros.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deu provimento à apelação, para reformar a sentença, e não conheceu da remessa, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 4-11-83 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 49.694 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — RJ

Apelante: DNER

Apelada: Construtora Paviterra Ltda.

EMENTA

Responsabilidade civil. Contrato de obras. Caução.

Caução não é crédito, mas simples garantia. Destarte se, por culpa ou tolerância do próprio favorecido, vem ela a desaparecer, não há falar em cobrança a seu título.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso do

DNER e dar parcial provimento ao da autora, para elevar a 10% o percentual da verba de honorários advocatícios, prejudicada a remessa necessária, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 10 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro William Patterson, Presidente — Ministro Jesus Costa Lima, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Ação ajuizada pelo DNER com o fim de receber da Construtora Paviterra Ltda. a importância de Cr\$ 125.000,00 correspondente à caução de um contrato de obras rescindido segundo alegou, por inadimplência da ré, foi julgada improcedente pelo MM. Juiz da 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro, hoje nosso eminente colega Evandro Gueiros Leite, com a seguinte fundamentação e conclusão (lê, fls. 294/302).

2. Inconformada com a taxa de honorários, apelou a ré (fl. 304), pedindo sua elevação para 20%. Por sua vez, apelou também o DNER, querendo a procedência (fls. 306/309). Alegou, em resumo, que a apostila de rescisão de fl. 17 não foi redigida pela escriturária que a assinou, como entendeu a sentença, mas pelo Chefe da 2ª Subprocuradoria, que nela exarou o «visto»; que a apostila foi aprovada pelo Conselho Administrativo da autarquia e que o contrato era muito claro quanto à perda da caução por parte da empresa, pois dizia que «em caso de rescisão, só caberá devolver a caução quando o contrato for rescindido por acordo ou por falência da empreiteira».

3. O apelo do DNER foi respondido à fl. 313, o da ré, também já respondido, foi declarado deserto pelo r. despacho de fl. 323.

4. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou à fl. 325, solidarizando-se com a autarquia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): Penso que a douta sentença apelada foi muito clara. A caução real, que seria constituída inclusive por descontos que o próprio DNER iria fazendo ao liberar os pagamentos (item 2 da Cláusula IX, fl. 11) desapareceu, substituída que foi pela carta de fiança de fl. 19, com prorrogação da fl. 20. Esta igualmente desapareceu, por expiração de seu prazo enquanto autor e ré mantinham entendimentos internos, que vieram a culminar na denúncia do contrato por parte dela e na rescisão unilateral por parte dele. Assim, quando se deu a rescisão, caução já não existia, e a apostila de fl. 17 — não importa por quem redigida — extrapoulo, ao falar em sua «perda em favor do DNER».

Caução não é crédito, mas simples garantia. E existe ou não existe. Se desapareceu por culpa ou tolerância do próprio favorecido, como é o caso, não há falar em cobrança a título dela.

2. Apenas quanto à verba honorária, parece-me assistir razão à Construtora Paviterra Ltda. O percentual estabelecido com base no valor conferido à causa — cinco por cento — afasta-se do disciplinamento do § 3º do art. 20 do CPC e jurisprudência desta Eg. Turma, razão pela qual o elevo para 10% sobre o quantum atribuído à causa.

3. Isto posto, dou parcial provimento ao apelo da ré para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor dado à causa. Nego provimento ao recurso do autor, sem causa para a remessa.

4. À Seção competente para anotar o recurso da ré.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 49.694-RJ — Rel.: O Sr. Min. Jesus Costa Lima. Remte.: Juízo Fe-

deral da 1ª Vara-RJ. Apte.: DNER. Apda.: Construtora Paviterra Ltda.

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso do DNER e deu parcial provimento ao da autora, para elevar a 10% o percentual da verba de honorários advocatícios; prejudicada a remessa

necessária (Em 10-2-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros William Patterson e José Cândido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 50.536 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelante: Serrana — Sociedade de Agenciamento e Navegação Ltda.

Apelados: Martins Silvano e Cia. Ltda. e outro

EMENTA

Processual civil. Comercial. Questão de direito marítimo e de navegação.

Competência residual da Justiça Estadual para processar e julgar tal questão em virtude do disposto no parágrafo 1º do artigo 80 da Lei nº 5.010/66. Conflito de competência que se suscita perante o E. Supremo Tribunal Federal por haver o 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro remetido para esta corte processo de tal natureza, para que aqui fosse julgada apelação de sentença homologatória de cálculo de liquidação, no momento em que não mais existe, até mesmo, a própria competência da Justiça Federal para conhecer do assunto, em princípio, em virtude da alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 7/77, no art. 125 da Emenda Constitucional nº 1/69.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação e suscitar conflito negativo de competência perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro

Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães: Trata-se de ação ordinária de indenização por danos causados a mercadoria transportada por via marítima, proposta em dezembro de 1964, perante a 9ª Vara Cível da Justiça do antigo Estado da Guanabara, por Martins, Silvano e Cia. Ltda. e Indústria & Comércio João Martins da Silva Ltda., contra a transportadora marítima, Serrana Sociedade de Navegação Ltda.

Após a decretação da revelia da ré, no saneador irrecorrido de fls. 30/30v., e a realização da audiência de fl. 33, o MM. Dr. Juiz de Direito, em agosto de 1966, proferiu a sentença de fl. 34, em que julgou a ação procedente, nos termos do pedido.

Transitada em julgado a sentença, foram elaborados os cálculos de fl. 43 e oferecidos os embargos do executado de fls. 62/66, em 2-1-67, mediante o depósito da importância de Cr\$ 1.089.101,00 antigos (fl. 68), ou seja, Cr\$ 1.089,10 atuais.

As embargadas manifestaram-se às fls. 71/73, após o que, o MM. Juiz de Direito, em 26-1-67, à fl. 74 verso resolveu rejeitá-los, «por manifestamente protelatórios» (sic).

Dessa decisão apelou a ré em fevereiro de 1967 (fls. 76/85), tendo o MM. Juiz de Direito recebido tal recurso como embargos do executado, nos termos do artigo 1.010, I, do antigo CPC (fl. 86).

Assim é que, como embargadas, manifestaram-se as duas autoras, às fls. 91/93, em 16-3-67.

No dia 22-6-67 foi realizada a audiência de instrução e julgamento (fl. 96), mas, dias depois, o MM. Juiz de Direito exarou o despacho de fl. 96 verso, em que resolveu declinar de sua competência para a Justiça Federal.

Logo após, no entanto, voltou atrás e tornou sem efeito esse último despacho pelo de fl. 99, sob o argumento de que a Lei nº 5.010, de 30-5-66, fixara-lhe uma competência residual para processar o feito, posto que, pelo Ato Institucional nº 2, de 1965, caberiam, em princípio, à Justiça Federal recém-estabelecida, as questões de Direito Marítimo e de Navegação.

Nesse mesmo despacho, o indeciso Juiz de Direito resolveu, também, «desacolher» os embargos opostos às fls. 62/66 pela ré que, segundo ele

mesmo explicou, já foram rejeitados à fl. 74 verso.

Além disso, o MM. Juiz resolveu, também, no mesmo despacho, rejeitar «por falta de amparo legal», a apelação de fls. 76/85, interposta pela ré, contra essa última decisão e que houve por bem considerar como embargos do executado (fl. 86).

Dessa decisão a ré apelou às fls. 101/113 para o E. Tribunal de Alçada Estadual.

As autoras apresentaram suas contra-razões às fls. 115/118.

Pelo despacho de fl. 119 foi negado seguimento à apelação da ré. Tal despacho foi, também, reconsiderado depois, conforme consta à fl. 69 dos autos apensados do agravo de instrumento interposto contra aquela decisão.

Em razão dessa circunstância, subiram os autos ao E. Tribunal de Alçada que, no entanto, não conheceu da apelação e resolveu declinar de sua competência para o Tribunal Federal de Recursos, tendo em vista que a matéria seria, então, da competência desta Corte.

O respectivo Acórdão, datado de 28-3-68, encontra-se à fl. 125.

Em 20-11-74 a 3ª Turma deste Tribunal, à unanimidade, conheceu e negou provimento à apelação, conforme voto e Acórdão de fls. 137/142.

Baixaram, então, os autos ao Juízo Estadual de origem, ali se elaborando os cálculos de liquidação (fls. 147/148), com os quais as autoras concordaram (fl. 155).

A ré, no entanto, impugnou-os (fls. 157/159), apesar do que, foram homologados em 5-1-77 pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível (fl. 161).

Dessa decisão apelou a ré-executada às fls. 162/166, em 27-1-77, tendo tal recurso sido recebido pelo despacho de fl. 167, em 31-1-77, somente no efeito devolutivo.

As apeladas contra-arrazoaram às fls. 168/170.

Em 18-2-77 o MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível, em atendimento a requerimento das autoras exequêntes, determinou a expedição da carta de sentença para a execução provisória do julgado (fl. 172) e, a 8-3-77, determinou a subida dos autos ao Tribunal ad quem.

Como fosse o processo parar no Tribunal de Alçada, o seu ilustre vice-Presidente determinou sua remessa para este Tribunal, em despacho datado de 22-4-77 (fl. 174), embora já estivesse em vigor a Emenda Constitucional nº 7, de 13 daqueles mesmo mês e ano, que retirou da Justiça Federal de Primeira e Segunda Instâncias a competência para processar e julgar questões de Direito Marítimo e de Navegação, atribuindo-a, novamente, à Justiça Estadual.

Nesta instância, pronunciou-se à fl. 176 a douta Subprocuradoria-Geral da República, deixando patente o seu nenhum interesse na demanda.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): No período que se iniciou com a instalação das Varas da Justiça Federal de 1ª Instância, recriada pelo Ato Institucional nº 2, de 1965, e foi até a vigência da Emenda Constitucional nº 7/77, a competência para processar e julgar «a questões de Direito Marítimo e de Navegação, inclusive a aérea», passou a ser desse órgão judicial, em primeiro grau, em virtude da redação do artigo 105 da Constituição Federal de 1946, que foi introduzida pelo édito revolucionário.

A Lei nº 5.010/66, que organizou a Justiça Federal de Primeira Instân-

cia, estabeleceu, no parágrafo 1º de seu artigo 80, uma competência residual dos Juizes Estaduais, que, segundo dispositivo, não cessaria depois de posse dos Juizes Federais nos processos cuja instrução houvesse sido iniciada, em audiência, perante as varas estaduais onde, até então, estivessem tramitando.

Ora, O MM. Dr. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível vinculou-se ao feito no momento em que presidiu à audiência de instrução e julgamento de fl. 33, em 4-8-66, sabendo-se que os primeiros Juizes Federais do antigo Estado da Guanabara só tomaram posse e entraram em exercício em 25-4-67 (do que bem me lembro, por haver assistido à solenidade, enquanto, em Brasília, aguardava a minha própria posse como Juiz Federal em Roraima, em 28-4-67).

A sentença, no processo de conhecimento, foi proferida a 17-8-66 (fl. 34), tendo a coisa julgada ocorrido no início de setembro daquele ano por não haver a ré apelado da decisão.

Ainda em 1966, instaurou-se o processo de execução, também presidido pelo MM. Dr. Juiz da 9ª Vara Cível, de cujas decisões caberiam recursos para a respectiva Segunda Instância estadual, se não fosse a alteração introduzida no artigo 105 da Constituição de 1946, ainda em vigor, pelo AI-2, em 1965.

A competência recursal do TFR em questões de Direito Marítimo, aliás, era apenas implícita na vigência do AI-2, que não alterou o artigo 104 da Constituição de 1946 para expressamente estabelecer que caberia julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juizes Federais, como o fez, por exemplo, o artigo 122, inciso III, da Emenda Constitucional nº 1/69.

Por isso é que entendeu-se que ao Tribunal Federal de Recursos caberia julgar, em grau de apelação, a

questão marítima decidida em primeira instância pelo Juízo Estadual vinculado, já que a competência, em primeiro grau, passou a ser, em gênero, da Justiça Federal de Primeira Instância.

Por isso, também, o Tribunal de Alçada declinou de sua competência para esta Corte onde, já na vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, na Apelação Cível nº 25.943-63 foi conhecido o recurso para manter-se a sentença do Juiz de Direito que rejeitou os embargos da executada (fl. 142).

Depois dessa decisão, proferida pela 3ª Turma do TFR, o processo baixou à 9ª Vara Cível estadual, onde o cálculo de liquidação foi homologado, também, pelo respectivo Juiz de Direito (fl. 161).

Contra essa decisão é que a ré interpôs a apelação ora em exame, sendo de enfatizar que, com o recebimento desse recurso no efeito apenas devolutivo e a expedição de carta de sentença para a execução provisória perante o Juízo da 9ª Vara Cível, a duplicidade de competência estadual e federal continua, só que sem haver mais fundamento legal para isso, pois, a partir de 13-4-77, a Emenda Constitucional nº 7 suprimiu a competência da Justiça Federal e a deste Tribunal para processar e julgar as questões de Direito Marítimo.

Assim sendo, como o ilustre Vice-Presidente daquele Tribunal de Alçada, ao receber os autos, resolveu, em 22-4-77, ou seja, já na vigência da Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-77, remeter o processo para que este Tribunal julgasse o recurso, voto no sentido de não conhecer esta Turma da apelação e suscitar conflito negativo de competência perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, uma vez que a competência recursal é daquela Corte estadual, data venia.

Para instrução do conflito deverão ser extraídas dos autos cópias das peças expressamente referidas neste julgado.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 50.536-RJ — Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães. Apelante: Serrana — Sociedade de Agenciamento e Navegação Ltda. Apelados: Martins Silvano & Cia. Ltda. e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação e suscitou conflito negativo de competência perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal (Julgado em 9-9-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.748 — RS

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
 Apelante: Walter Gerdau S.A. Comercial e Industrial
 Apelada: União Federal

EMENTA

Medida cautelar. Depósito de ORTNs, com vistas à proposição de ação anulatória de débito fiscal.

I — Nenhuma lei veda que o depósito cautelar, como garantia de instância, seja efetivado em Juízo, estando, ao contrário, essa medida incluída no poder cautelar geral do magistrado (CPC, art. 798). Nada obsta que essa cautelar seja antecedente no tocante à ação anulatória.

II — O interesse em requerer a cautelar, em tal caso, decorre do periculum in mora, ou seja, se a dívida não for saldada no prazo indicado pelo Fisco, o contribuinte ficará sujeito à sua inscrição e cobrança executiva, providências que pretende evitar, enquanto discutir o débito na anulatória.

III — Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para determinar o prosseguimento da ação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de março de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Armandu Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Pretendendo propor ação anulatória de débito fiscal, do qual foi intimada (fl. 6), Walter Gerdau S.A. — Comercial e Industrial requereu, como medida cautelar, o depósito, em ORTNs, do valor do imposto e acréscimos, a fim de suspender qualquer medida executória ou a inscrição da dívida.

O ilustre magistrado a quo indeferiu, liminarmente, a inicial, argumentando (fl. 10):

«Através desta ação, a autora quer efetivar o depósito de que tra-

ta o art. 20, § 3º, do Decreto-Lei nº 147/67. Para esse efeito, todavia, ela carece de ação. O aludido depósito é feito no interesse da Administração e, inclusive, está disciplinado pela Portaria nº GB-358, de 26 de outubro de 1971, do Ministro da Fazenda (DOU, 5-11-71). Se a União Federal não se nega a receber o depósito e, mais do que isso se disciplinou-o de modo a não ter nenhuma interferência no seu processamento, evidentemente falta aqui o pressuposto básico de qualquer ação, como seja, um litígio, com a agravante de que, a despeito disso, a contraparte ainda deverá responder pelas despesas processuais.

Ante o exposto, indefiro a inicial à vista de que a autora pode atingir o fim colimado mediante simples requerimento, incidente, na ação principal.

Registre-se. Intime-se».

Apelou a vencida (fls. 12/16). Sustenta, em preliminar, a nulidade da sentença, por faltar-lhe os requisitos exigidos pelo art. 458 do CPC e, no mérito, insiste no acolhimento do seu pedido.

Citada (fls. 20/21), a União Federal contra-arrazoou o recurso (fls. 20/21), que subiu a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu desproviamento (fls. 25/26).

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Repilo a preliminar de nulidade da sentença, pois, segundo a parte final do art. 459 do CPC, «nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o Juiz decidirá de forma concisa». Foi o que, no caso, ocorreu.

II

No mérito, preconiza o apelante depositar, em ORTNs, o valor do débito fiscal, de que foi intimado a recolher no prazo de trinta dias (fl. 6), com o fim de suspender qualquer medida executória ou a inscrição da dívida com vistas à futura ação anulatória que pretende ajuizar.

Ensina o Professor Galeno Lacerda que o escopo do processo cautelar é de «obter segurança, que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução», completando Calamandrei: «mais que fazer justiça, a tutela cautelar contribui para garantir o seu funcionamento eficaz».

É o mesmo Galeno que preleciona achar-se no *periculum in mora* o interesse de agir na cautelar e no *fumus boni iuris* o seu mérito, requisitos esses que devem ser mencionados na inicial (CPC, art. 801, III e IV).

Comparando a lide principal com a lide cautelar, é de ver-se que entre elas há relação de continência: as partes e causa (conflito) são idênticas, divergindo apenas o objeto que, no processo principal, é o bem da vida questionado e, no processo cautelar, a necessidade de segurança e resultado útil daquele processo.

Por isso é que o interesse de agir na composição da lide cautelar decorre do *periculum in mora*, ou seja, do perigo de lesão proveniente da demora no julgamento do processo principal.

Na espécie, afigura-se-me que os requisitos ensejadores do pedido de medida cautelar estão bem delineados na petição inicial: nesta, a autora anunciou que pretende propor ação anulatória do débito, que a Fazenda Nacional em processo administrativo entendeu devido (CPC, art. 801, III), bem como assinalou que, se a dívida não fosse satisfeita no prazo de trinta dias, ficaria sujeita à sua inscrição e cobrança executória, o que pretende evitar através dessa cautelar antecedente da ação anunciada (CPC, art. 801, IV).

Sobre o tema, aliás, cumpre assinalar que, para contornar a inconstitucionalidade do art. 38 da Lei nº 6.830/80, no sentido de que a discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública em ação anulatória há de ser precedida de prévio depósito, o que implica em obstaculizar o exercício do direito de ação e, em última análise, em excluir da apreciação judicial lesão a direito individual (Constituição, art. 153, § 4º), sustento a seguinte interpretação: não será admitida a executória, se a anulatória for precedida de prévio depósito; em caso contrário, a anulatória será permitida, mas não inibirá a propositura da ação executiva fiscal.

Em prol dessa exegese há, a meu ver, decisivo argumento: é que o CTN, no seu art. 151, II, prevê, como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, o depósito do seu montante integral. Nesse caso, suspende a exigibilidade do crédito tributário, ficará a Fazenda Pública impossibilitada de executá-lo, pois a execução pressupõe sempre título líquido, certo e exigível (CPC, art. 586), contaminando-se de nulidade,

se isso não ocorrer (CPC, art. 618, I).

Aduzo, por último, que nenhuma lei veda que o depósito cautelar, como garantia de instância, seja efetivado em Juízo, estando, ao contrário, tal medida incluída no poder cautelar geral do magistrado (CPC, art. 798). E, de outra parte, nada obsta que essa cautelar seja antecedente ou incidente no tocante à ação anulatória.

III

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e determinar que a cautelar tenha prosseguimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 52.748-RS — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Walter Gerdau S.A. Comercial e Industrial. Apelada: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação para determinar o prosseguimento da ação (Em 17-3-1982 — 4ª Turma.)

Os Senhores Ministros Armando Rollemberg e Carlos Mário Velloso votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.881 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Apelantes: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS e Prefeitura Municipal de Santa Maria da Serra

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Execução fiscal. Embargos do devedor. Município. Prazo. Contribuições previdenciárias: juros moratórios e correção monetária. Cancelamento de débitos.

I — Os embargos do devedor constituem ação e não contestação, motivo porque não tem pertinência a aplicação, quanto ao prazo para a sua interposição, da regra do art. 188 do Código de Processo Civil, cujo art. 730, aliás, é expresso em fixar o prazo decedenciário para a Fazenda Pública manifestá-los.

II — No tocante às contribuições previdenciárias, a incidência dos juros moratórios ocorre a partir do dia subsequente ao do vencimento do débito (Lei nº 3.807/60, art. 82 c/c art. 79, II) e a correção monetária, a partir do trimestre civil seguinte àquele em que o débito deveria ter sido pago (Lei nº 4.357/64, art. 7º, caput, c/c art. 8º, caput).

III — Declaram-se cancelados os débitos relativos aos executivos fiscais de valor originário inferior a Cr\$ 3.000,00, e, em consequência, extintos os respectivos processos (Decreto-Lei nº 1.889/81, art. 1º, §§ 1º e 2º).

IV — Apelação da autarquia previdenciária provida. Recurso do Município desprovido, com a declaração de cancelamento das dívidas referidas.

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 do INPS, negar provimento ao recurso da Prefeitura Municipal de Santa Maria da Serra e julgar extintos os Processos números 378/76 e 364/76, que se encontram em apenso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de março de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Armand Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Em execuções que o Instituto Nacional da Previdência Social move contra a Prefeitura Municipal de Santa Maria da Serra, objetivando a cobrança de contribuições previdenciárias (Processos nºs 342/76; 343/76; 358/76; 359/76; 363/76; 364/76; 365/76; 377/76; 378/76; e 379/76), o magistrado a quo não conheceu dos embargos, por intempestivos e (sic) «condenou a sucumbente ao pagamento do principal mais os juros contados da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios» que fixou em 15% sobre o valor do débito.

Apelou o IAPAS (fls. 41/44), aduzindo que a sentença «deixou de consignar no quantum da condenação a correção monetária e os juros moratórios de conformidade com o solicitado na inicial».

Apelou, também, a executada (fls. 47/55), sustentando, com apoio no art. 188 do CPC, fazer jus ao prazo em quádruplo para embargar.

Sem contra-razões, subiram os autos e, neste Tribunal, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso do embargado e pelo desprovisionamento do apelo da embargante (fls. 58/59).

Redistribuídos, os autos vieram-me conclusos, juntamente com outros mil e cem, em 25-6-80.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Preconiza o Município, em seu recurso, que seja afastada a intempestividade dos seus embargos do devedor, ao argumento de que, à vista do art. 188 do CPC, faz jus ao prazo em quádruplo para manifestá-los.

Contudo, não lhe assiste razão. Com efeito, os embargos do devedor constituem ação e não contestação, motivo por que não tem pertinência a aplicação do invocado preceito processual. De outra parte, o art. 730 daquele Código Adjetivo, ao tratar da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, é expreso ao fixar o prazo decendiário para a devedora opor embargos.

II

Procede o apelo da autarquia previdenciária. Nesse sentido, é de ter-se em conta que, afastados os embargos por seródios, prevalecem os títulos em que se fundam as execuções ajuizadas, os quais prevêem

a incidência dos juros moratórios, a partir do dia subsequente ao do vencimento do débito (Lei nº 3.807/60, art. 82 c/c art. 79, II), e o cálculo da correção monetária deve ser feito, a partir do trimestre civil seguinte àquele em que o débito deveria ter sido pago (Lei nº 4.357/64, art. 7º, caput, c/c art. 8º, caput).

Nessa linha de entendimento, o decidido por esta Egrêgia 4ª Turma na AC nº 64.856-MG, da qual fui Relator, em Acórdão assim ementado:

«Execução fiscal. Contribuições previdenciárias. Liquidação de sentença.

I — Juros moratórios: são devidos a partir do dia subsequente ao do vencimento do débito (Lei nº 3.807/60, art. 82).

II — Correção monetária: incide a partir do trimestre seguinte àquele em que o débito deveria ter sido pago (Lei nº 4.357/64, art. 7º, caput, c/c art. 8º, caput).

III — Apelação parcialmente provida.»

III

Cumpre, porém, na espécie, declarar cancelados os débitos, a que se referem os Processos, em apenso, nºs 378/76 e 364/76, desde que de valores originários inferiores a Cr\$ 3.000,00, segundo se depreende das

respectivas certidões de dívida ativa (Decreto-Lei nº 1.889, de 12-11-81, art. 1º, §§ 1º e 2º).

IV

Em conclusão: dou provimento ao recurso da autarquia previdenciária; nego provimento à apelação do Município; e declaro cancelados os débitos, atinentes às Execuções Fiscais nº 378/76 e 364/76, que julgo extintas.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 52.881-SP — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelantes: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS e Prefeitura Municipal de Santa Maria da Serra. Apelados: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação do INPS, negou provimento ao recurso da Prefeitura Municipal de Santa Maria da Serra e julgou extintos os Processos nºs 378/76 e 364/76 que se encontram em apenso (Em 31-3-82 — 4ª Turma).

Os Senhores Ministros Armando Rollemberg e Carlos Mário Velloso votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.906 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

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

Embargado: Bernardo Pelaes de Angelo

EMENTA

Contribuições previdenciárias.

Decadência. Termo inicial da contagem do prazo.

Na conformidade da jurisprudência do TFR, não havendo antecipação de pagamento, o direito de

constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante a regra geral do art. 173, I, do CTN.

Ausência de questão sobre direito intertemporal, a ser dirimida.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, vencido o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, 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 agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: O INPS ajuizou execução contra Bernardo Pelaes de Angelo, qualificado nos autos, para haver a quantia de Cr\$ 116.167,23, relativa a contribuições não recolhidas no período compreendido entre janeiro de 1949 e janeiro de 1971.

O Dr. Juiz de Direito da Comarca de Ribeirão Bonito, São Paulo, julgou parcialmente procedentes os embargos do devedor, a fim de determinar que a execução prosseguisse apenas em relação aos débitos apurados do ano de 1966 em diante. No atinente aos demais, reputou extinto o direito à constituição do crédito cobrado, com arrimo no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, acentuando:

«Assim sendo, tomando-se por base os débitos do embargante re-

lativos ao ano de 1965, os lançamentos respectivos teriam que ocorrer até o início do exercício seguinte, ou seja, do ano de 1966. E o prazo decadencial operaria seus efeitos após cinco anos, quer dizer, também no início do exercício de 1971. Acontece que o lançamento apenas foi levado a efeito em 16 de março de 1971 (fls. 1/34 do Administrativo), quando o direito do Fisco, em parte, não tinha mais condições de ser exercido. E, com a dívida correspondente ao ano de 1965, todas as demais dos anos anteriores».

A Eg. 4ª Turma, por maioria, conforme ressaltado no voto condutor do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, discordava da sentença quanto ao termo inicial da contagem do prazo de decadência de cinco anos; todavia, negou provimento à apelação da autarquia, porque lhe era mais favorável a interpretação dada à lei pelo *decisum* de inferior instância.

O Acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 98):

«Contribuições previdenciárias. Decadência: prazo e termo inicial da sua contagem.

I — O prazo de decadência do direito de constituir o crédito previdenciário, que é de cinco anos (Súmula nº 108 do TFR), corre entre a data da ocorrência do seu fato gerador e a da notificação do respectivo lançamento ao sujeito passivo.

II — A falta de pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, nem sempre decorre

de dolo, fraude ou simulação, situações defraudadoras que devem ser provadas e, no caso, sequer foram alegadas nos autos. Aplicação da primeira parte do § 4º do art. 150 do CTN e não da sua parte final.

III — Sentença confirmada. Apelação desprovida».

A esse Acórdão opôs o IAPAS embargos infringentes, pleiteando a prevalência do voto vencido do Ministro Carlos Mário Velloso. S. Exa. dava provimento ao apelo e, em consequência, rejeitava os embargos, por entender que o prazo de caducidade, no lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua a antecipação do pagamento, deve ser contado «a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexatidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude, ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexatidão ou da existência de vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Ademais, acrescentava, na esteira de conhecido princípio de direito intertemporal relativo à contagem de prazos: «No caso, o prazo de decadência de cinco anos há de ser contado a partir de 1º de janeiro de 1967, data em que entrou em vigor o CTN. Até então, observava-se o prazo de 30 anos da LOPS, art. 144. Ora, se o lançamento se fez em 1971, conforme afirma a sentença, com o que está de acordo o eminente Ministro-Relator, de 1-1-67 até 1971 não se passaram cinco anos».

Os embargos foram admitidos e impugnados (fls. 111 e 114/120).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Ao julgar os Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 75.165, que versavam matéria idêntica, esta Colenda Seção assumiu posição intermédia, entendendo aplicável a regra geral do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Em seu douto voto vencedor, assim o Ministro Pedro da Rocha Acioli expressou o pensamento da maioria:

«Não posso entender que o prazo comece a fluir do fato gerador, como quer o Ministro Antônio de Pádua, à vista da clara disposição do item I do art. 173: «do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado». O lançamento referido é o de iniciativa da Fazenda, isto é, o **ex officio**.

Não me parece que o art. 173 autorize o entendimento de que o prazo tenha início no 1º dia do exercício seguinte àquele após consumado o prazo de cinco anos previsto no § 4º do art. 150, como defende o Ministro Carlos Mário Velloso, conforme voto nos autos.

A minha oposição à segunda tese está em que se consideramos o crédito previdenciário vencido em setembro de 1972, ninguém duvidaria que já no exercício seguinte (1973) pudesse o IAPAS, em visita à empresa, preparar o lançamento **ex officio**. Ora, iniciado que seja o prazo para o exercício do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, começa a correr concomitantemente o prazo para consumação da decadência do respectivo direito. Neste ponto, creio

eu, reside a vulnerabilidade da segunda tese, defendida pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso».

Esta, aliás, é a orientação preconizada pela maioria dos tributaristas, à consideração de que o citado art. 173, inciso I, do CTN, «atua como regra geral, em matéria de regulação de prazos extintivos, na falta de disciplina específica» (Francisco de Assis Praxedes, «A Decadência do Direito de Lançar e a Prescrição da Ação para Cobrar o Crédito Tributário», in «Caderno de Pesquisas Tributárias», nº 1, Editora Resenha Tributária, 1976, págs. 141 e segs.; Fábio Fanucchi, «Decadência em Direito Tributário», in RDP, vol. 28, págs. 271 e segs.).

No concernente à questão de direito intertemporal, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro fundamentou o seu voto nestes termos, com os quais me ponho de acordo, verbis:

«Acréscimo, ainda, que, na espécie, não há questão de direito intertemporal a resolver, por abranger o débito cobrado contribuições previdenciárias anteriores à vigência do Código Tributário Nacional, que entrou em vigor em 1-1-67. Com efeito, ao contrário do que ocorre com a prescrição, a decadência do direito de constituir os créditos relativos àquelas contribuições, mesmo antes da vigência daquele Código, ocorria em cinco anos e não em trinta, como se dava com a prescrição. Foi, exatamente, por isso que esta Corte editou, por unanimidade, a Súmula nº 108, antes referida, concernente à decadência, não fazendo o mesmo quanto à prescrição, em face do dissídio de entendimento, ainda existente, sobre ter, ou não, a legislação codificada revogado a legislação previdenciária disciplinadora da matéria».

Assim, não há o que modificar no v. Acórdão embargado, a não ser o fun-

damento jurídico da contagem do prazo extintivo. Ademais, ele confirmou a sentença monocrática, que adotou, no particular, ponto de vista idêntico ao desta Eg. Seção no precedente invocado.

À vista do exposto, rejeito os embargos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, meu voto, com a vênua devida ao Sr. Ministro-Relator, é no sentido de receber os embargos, nos termos do voto vencido que proferi na Turma.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, ante os esclarecimentos prestados pelo Senhor Ministro-Relator, de conformidade com os quais se vê que a rejeição dos presentes embargos não envolve o prevalecimento do critério resumido na ementa do julgado embargado, que não se concilia com a compreensão dominante entre nós, na matéria, acompanho S. Exa., tendo em vista os aspectos de fato concernentes à espécie.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 52.906-SP — Rel.: O Sr. Min. Torreão Braz. Embgte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Embgdo.: Bernardo Pelaez de Angelo.

Decisão: A Seção, por maioria, rejeitou os embargos, vencido o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Em 16-8-83 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ri-

beiro, Geraldo Sobral e Armando Rollemberg. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Moacir Cautunda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 52.962 — MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Remetente: Juiz Federal da 2ª Vara

Apelante: União Federal

Apelada: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S. A. — USIMINAS

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Remessa de divisas para o exterior. Despesas com armazenagem, embalagem e transporte. Decreto nº 58.400/66, arts. 33 e 292, I. Restituição do indébito. Correção monetária.

I — Valores remetidos como pagamento de despesas de armazenagem, embalagem e transporte, realizadas em portos do Japão pela arrendante de equipamentos destinados à montagem de alto forno no Brasil, importados, assim, temporariamente, tendo sido avençado, no contrato de arrendamento, que tais despesas não se incluiriam na verba de aluguel e seriam objeto de reembolso pelo arrendatário ao arrendador. Ocorrência da tributabilidade, mediante o desconto na fonte, relativamente às parcelas específicas de aluguel, na forma da Convenção Brasil/Japão, destinada a evitar a dupla tributação (Decreto nº 61.899/67, art. 11). Impossibilidade de dar-se tratamento unitário à prestação dos aluguéis e às despesas de armazenagem, embalagem e transporte, por não constituírem elas elemento essencial do contrato de locação, desta forma lícita a avença no sentido de não obrigar-se a locadora ao custeio direto de tais despesas, mas, apenas, a antecipá-las, para reembolso posterior. Não incidência do imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento dessas despesas. Aplicabilidade da Súmula nº 585, da Corte Suprema.

II — Na repetição do indébito tributário a correção monetária é calculada desde a data do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada. TFR, Súmula nº 46.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 6 de maio de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Trata-se de ação de repetição de indébito proposta por Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. — USIMINAS, contra a União Federal, objetivando a restituição da quantia de Cr\$ 771.211,04, referente a imposto de renda retido na fonte, à alíquota de 25%, que lhe foi debitado pelo Banco Central do Brasil e recolhido ao Erário. A restituição lhe foi negada, no âmbito administrativo, com base nos artigos 33 e 292 do RIR, Decreto nº 58.400/66. Todavia, argumenta a autora, a decisão do Fisco não tem apoio em lei, já que não ocorreu, na espécie, o pressuposto de rendimentos tributáveis, por isso que se trata de remessa de divisas para fazer face ao reembolso de despesas de transporte, armazenagem e embalagens, realizadas no território e portos do Japão, em favor de empresa estrangeira, que no Japão tem sede que não opera no Brasil, tudo conforme consta do contrato de arrendamento, que foi formalizado nos órgãos competentes.

A União Federal contestou, dizendo que tais despesas estão compreendidas no contexto da importação provisória ou locação dos bens contratados, sendo indissociáveis da obrigação principal. Tudo que se pa-

gou à arrendante representa contra-prestação pelo arrendamento e os valores remetidos tiveram sua fonte no Brasil.

A sentença, ao cabo, da lavra do então Juiz Federal e hoje eminente Ministro Sebastião Reis, julgou procedente a ação e condenou a ré a restituir à autora a quantia mencionada na inicial, mais os acessórios, nos termos do pedido e honorários advocatícios de 10% do valor apurado em execução (fls. 80/87).

Subiram os autos, em razão do princípio legal do duplo grau de jurisdição obrigatório e apelo da União Federal, à fls. 89/94 — lê.

A apelada respondeu (fls. 96/99 — lê).

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 102/106, em parecer lavrado pelo hoje eminente Subprocurador-Geral João B. de O. Itapary, da seguinte forma:

Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. propôs contra a União Federal ação de repetição de indébito.

2. Diz a autora que, para a montagem do 3º Alto Forno, foi obrigada a celebrar com Sankiu Transportation & Engineering Co. Ltd., com sede no Japão, contrato de arrendamento de dois guindastes e diversos equipamentos sem similar nacional.

3. O contrato foi aprovado pelo INPI e pelo Banco Central, sendo-lhe emitido o Certificado de Registro nº 389/189, de 8-10-73.

4. As remessas dos valores do aluguel foram feitas com recolhimento do imposto de renda na fonte, incidindo a alíquota de 10% prevista no art. 11 do Decreto nº 61.899, de 4-2-67, que promulgou a Convenção entre o Brasil e o Japão, destinada a evitar dupla tributação.

5. Consta do contrato de arrendamento que as despesas de armazenagem, transporte e embalagem, no território e portos japoneses, seriam prestadas pela autora, razão por que tais gastos, no valor de noventa e quatro milhões, duzentos e trinta mil, trezentos e setenta ienes, foram cobrados pela contratante estrangeira.

6. O Banco Central emitiu o Certificado de Autorização para Remessa nº 369/467 e a autora contratou a devida operação de câmbio com a Agência Central do Banco do Brasil. S.A., em Belo Horizonte — MG.

7. Sucedeu, porém, que referida agência fez a retenção do imposto de renda na fonte, aplicando a alíquota de 25% e, posteriormente, recolheu aos cofres da União Federal o valor retido.

8. A autora requereu a restituição da importância recolhida e o requerimento foi indeferido pela Superintendência da Receita Federal em Minas Gerais. Manifestou recurso, que não foi julgado, razão por que promoveu a ação presente em que sustenta a ilegalidade da exigência do tributo que, assim, deve ser-lhe devolvido, monetariamente corrigido.

9. Processada com regularidade, foi a ação julgada procedente pela r. sentença de fls. 80/7, o que ensejou o recurso da ré.

10. Em razão da lavra do ilustrado Procurador da República Carlos Victor Muzzi, diz a recorrente:

Dá-se que a apelada contratou com empresa japonesa a locação de equipamentos, destinados à montagem de uma unidade produtiva no Brasil. E o lançamento objeto da ação diz respeito à importância paga à locadora, a título de pagamento de despesas de armaze-

nagem, transporte e embalagem do equipamento, que seriam de responsabilidade da locatária-apelada.

Sustentou a União Federal a tese de que, do valor da locação, não era lícito o destaque de qualquer importância, ou seja, que todas as despesas necessárias à colocação do equipamento locado à disposição da locatária se constituíam no preço da locação e só assim poderiam ser consideradas.

Realmente, o preço da locação pressupõe a remuneração das despesas que o locador possa ter, com a finalidade de colocar a coisa locada em condições de ser utilizada pelo locatário, não sendo lícito o destaque de despesas de transporte ou de armazenagem.

Este era o ponto fundamental da questão, *data maxima venia*. E a v. sentença apenas abordou este aspecto de maneira perfunctória, afirmando que «a inclusão de tais gastos (gastos de armazenagem e transporte no Japão) na prestação global não é elemento essencial do contrato cogitado, tudo dependendo do ajuste das partes».

Vejam, então, se este entendimento resiste a uma análise. A locação é «o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente o uso e gozo de uma coisa não fungível, mediante certa remuneração» (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, vol. III, pág. 187).

Seria, então, essencial ao contrato de locação a entrega, a colocação da coisa à disposição do locatário? E evidente que a resposta só pode ser afirmativa. Se o locador se obriga a ceder o uso, salta à vista que a coisa deve ser posta à disposição do locatário para este mesmo uso.

Logo, a entrega da coisa, sua colocação à disposição do locatário,

em condições de ser utilizada, é indispensável e essencial ao aperfeiçoamento do contrato e a remuneração, o aluguel, é contraprestativo também em relação às despesas que acaso sejam necessárias para tal fim.

O mesmo Caio Mário da Silva Pereira preleciona:

«A locação tem uma finalidade, um objetivo conceitual, que é proporcionar ao locatário a utilização da coisa. Daí o dever fundamental do locador de assegurar ao locatário seu uso pacífico, e responder pela sua aptidão para ser utilizada. Já o Direito Romano impunha-lhe este dever, sob pena de responder pelas conseqüências.

Diversamente da compra e venda, em que a mesma obrigação existe, mas instantânea e limitada até o momento da tradição, o caráter sucessivo do arrendamento traduz-se na continuidade daquela prestação. Desdobra-se, portanto a obrigação fundamental do locador, de molde a cobrir três aspectos de utilização pelo locatário: entrega, manutenção e garantia.

Entrega da coisa. Cumpre ao locador entregar a coisa alugada, com suas pertenças, em estado de servir ao uso a que se destina (Código Civil, art. 1.189, nº I) (op. cit. pág. 788).

Assim, quer face à lei, quer face à doutrina, carece de maior suporte o entendimento contido na v. sentença, do que a inclusão das despesas na prestação global (contraprestação em verdade) não é o elemento essencial ao contrato de locação. Ao contrário, se a locação pressupõe a entrega da coisa, evidentemente as despesas de transporte se integram na contraprestação devida pelo locatário, sendo indistacáveis dela.

O locador, ao avençar o preço, levará em conta as despesas necessárias e imprescindíveis ao cumprimento de sua prestação, à colocação da coisa à disposição do locatário.

Destarte, o «tratamento unitário» da prestação do aluguel é absolutamente imprescindível ao aperfeiçoamento do negócio jurídico. E o destaque de despesas de transporte ou armazenagem, necessários à entrega da coisa, é mero artifício, que não corresponde à realidade econômica ou mesmo fática: seria impossível a locação de uma coisa, no Japão, para ser usada no Brasil. Se é da essência da locação a utilização da coisa pelo locatário, então a res deve ser colocada à sua disposição, onde deva ser usada. E se o aluguel é a contraprestação, devida pelo locatário ao locador, em relação a esta utilidade proporcionada pelo último ao primeiro, as despesas efetuadas com transporte, armazenagem, etc., também se integram nesta contraprestação (fls. 90/3).

11. Evidente é, *data venia*, que procede o apelo, como demonstrado se encontra nas razões da recorrente.

12. Face ao exposto, e adotando como parte integrante deste as razões de apelação, opinamos no sentido de que a remessa e o recurso sejam conhecidos, a fim de que providos e reformada a r. sentença, com a conseqüente improcedência da ação» (fls. 102/106).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): A USIMINAS, ora apelada, contratou com empresa japonesa a locação de equipamentos destinados à montagem do seu 3º Alto Forno. Aprovado o contrato pelos ór-

gãos competentes, a apelada providenciou a remessa dos valores do aluguel, certo que tais remessas foram feitas com recolhimento do imposto de renda na fonte, à alíquota de 10% prevista no art. 11, do Decreto nº 61.899, de 4-2-67, que promulgou a Convenção entre o Brasil e o Japão, destinada a evitar a dupla tributação. As despesas do contrato de arrendamento, transporte e embalagem, no território do Japão, correriam por conta da USIMINAS. Tais gastos importaram em Y 94.230.360,00 (noventa e quatro milhões, duzentos e trinta mil, trezentos e sessenta yenes), que lhe foram cobrados. Sobre a remessa de tal importância, é que se fez o recolhimento do imposto de renda, na importância de Cr\$ 777.211,04, correspondente a 25% sobre Cr\$ 2.313.638,91, reajustados à razão de 1,33333.

II

A tese da União, ora apelante, é no sentido de que não seria lícito destacar, do valor da locação, qualquer importância, ou seja, que todas as despesas necessárias à colocação do equipamento locado à disposição da locatária se constituíam no preço da locação e, só assim, poderiam ser consideradas, por isso que o preço da locação pressupõe a remuneração das despesas que o locador possa ter, com a finalidade de colocar a coisa locada em condições de ser utilizada pelo locatário.

III

A r. sentença, todavia, refutou, com bons argumentos, a tese sustentada pela ré, ora apelante, ao escrever:

«11. Na espécie, restou indubitoso que os valores remetidos pertinem a despesas de transportes, armazenagem e embalagem, realizadas em portos japoneses pela ar-

rendante, originadas da importação temporária dos bens locados; por outro lado, no contrato respectivo ficou clausulado que tais despesas não se incluiriam na verba de aluguel e seriam objeto de reembolso pelo arrendatário ao arrendador (arts. 6º c e 8º c); o desconto na fonte relativo às parcelas específicas de aluguel foi devidamente recolhido, na forma da Convenção respectiva celebrada entre Brasil e Japão, na parte transcrita nas informações da Procuradoria da Fazenda Nacional, em apenso, confinando-se, assim, a controvérsia à tributação das remessas ora focalizadas.

12. Na sistemática da legislação do imposto de renda, ao tempo, a hipótese dos autos não se insere no quadro do art. 15 do RIR, reproduzido na inicial, por não se configurar a empresa japonesa como pessoa jurídica, domiciliada no Brasil, inclusive por equiparação, nos termos ali previstos, sendo, assim, de focar-se a espécie, à luz dos artigos 33 e 292 que cuidam dos rendimentos percebidos por pessoa física ou jurídica domiciliadas no exterior.

13. A conjugação desses dispositivos regulamentares revela que a incidência dos mesmos está condicionada ao ante suposto de tratar-se de «rendimentos tributáveis», provenientes de fontes situadas no Brasil; por outro lado, no esquema respectivo, a pessoa física ou jurídica brasileira remetente atua como sujeito passivo responsável, enquanto fonte pagadora, e a estrangeira, como titular da disponibilidade ou beneficiária do rendimento.

14. No caso concreto, não cabe a referibilidade direta de rendimentos, a esse título, à autora, pois, da sua perspectiva, trata-se, realmente, de uma despesa opera-

cional, como, aliás, resulta da sua própria posição de fonte pagadora; outrossim, não há atribuir-se, nesse contexto, percepção de rendimentos à empresa estrangeira, pois de sua parte, realizou no exterior despesas à conta e em nome da suplicante, para reembolso posterior, conforme pactuado.

15. O tratamento unitário da prestação dos aluguéis e das despesas incorrentes, preconizado na douta contestação, *data venia* não pode ser acolhido, de um lado, porque a inclusão de tais gastos na prestação global não é elemento essencial do contrato cogitado, tudo dependendo do ajuste das partes, de outro, porque, conforme o avençado, a locadora não se obrigou ao custeio direto dessas despesas, mas, apenas a antecipá-las, para reembolso posterior.

16. Não se objete que essa colocação da matéria importe em sancionar evasão fiscal internacional condenável, pois a doutrina e a jurisprudência são convergentes no sentido de caber ao contribuinte, nos planos interno e internacional, o direito de organizar seus negócios de acordo com o tratamento fiscal menos oneroso, salvo o caso de fraude fiscal, fraude à lei ou abuso de formas, pressupostos incorrentes na espécie (Sampaio Dória, «Elisão e Evasão Fiscal» (fls. 51 e segs); Alberto Xavier — «Direito Tributário Internacional do Brasil», págs. 66 e segs.).

17. A tudo isso, associa-se o ensinamento do autorizadíssimo Bulhões de Pedreira, transcrito, em sua parte nuclear, na douta inicial, no sentido de que «somente os créditos ou remessas classificáveis como pagamentos ou transferências de rendas podem estar sujeitos ao imposto, pois somente eles podem ser conceituados como rendas,

sob pena de ilegitimidade constitucional».

.....
(fls. 85/86).

IV

Correta a sentença.

Em verdade, tem-se, no caso, mera despesa operacional realizada pela apelada; de outro lado, no que tange à empresa estrangeira, não há que se falar tenha a mesma percebido rendimentos, por isso que ela apenas realizou, no estrangeiro, despesas à conta e em nome da autora, ora apelada, para reembolso posterior, conforme consta do contrato.

A tese da apelante, sustentada no recurso, no sentido de que seja dado tratamento unitário à prestação dos aluguéis e das despesas havidas com armazenagem, embalagem e transporte, ou que tais despesas se incluam no preço da locação, está contraditória com a posição do Fisco, ao indeferir a restituição (fls. 39/41). Tais despesas, segundo o Fisco, não se incluíam entre as remunerações beneficiadas com alíquota reduzida, segundo a Convenção entre o Brasil e o Japão, destinada a evitar a dupla tributação (Decreto nº 61.899, de 4-2-67). Se a tese da apelante, posta em Juízo, pudesse ser aceita, então a alíquota a ser observada seria a mais branda, prevista na Convenção, de 10% (dez por cento). A decisão administrativa, pois, que indeferiu a restituição (fls. 39/41), opõe-se ao argumento da apelante de que as despesas objeto da causa se integram no preço da locação do equipamento, como bem acentua a apelada na resposta de fls. 97/99.

Em realidade, tais despesas não devem ser consideradas, necessariamente, como elemento essencial do contrato de locação, tudo dependendo, escreveu acertadamente a sentença, do ajuste das partes. E no ca-

so, «conforme avençado, a locadora não se obrigou ao custeio direto dessas despesas, mas, apenas, a antecipá-las, para reembolso posterior».

V

Assim posta a questão, força é convir que, *in specie*, tem aplicação a Súmula nº 585, da Corte Suprema, ao enunciar que «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».

VI

A restituição far-se-á com correção monetária, tal como pedido e decido na sentença (TFR, Súmula nº 46).

VII

Com estas considerações, meu voto é no sentido de confirmar a r. sentença, por seus fundamentos.

Nego, em consequência, provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 52.962-MG — Rel.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Remte.: Juiz Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. — USIMINAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo (Em 6-5-81 — 4ª Turma) (Sustentou oralmente o Dr. Juventino Moraes da Franca, pela USIMINAS, apelada.

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 53.062 — RS

Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima

Apelante: Cranston Woodhead S/A — Com. e Representações

Apelados: Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis e Still S/A Sociedade Técnica de Instalações Industriais

EMENTA

Processual Civil. Honorários. Extinção do processo.

Não só na hipótese mencionada no § 2º do art. 267 se impõe a condenação em honorários. A regra do art. 20 é submeter aos ônus da sucumbência todo aquele que, decaindo de qualquer pretensão, ainda que somente processual, haja dado à parte contrária os incômodos e as despesas da ida a juízo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade,

dar provimento à apelação, a fim de incluir na sentença a condenação em honorários advocatícios à base de 10%, 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 1984 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **Jesus Costa Lima**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Jesus Costa Lima**: Trata-se de apelação da **Cranston Woodhead S.A.** — Comércio e Representações contra a seguinte sentença proferida em fase de saneamento pelo MM. Juiz da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Sul, Dr. **Ubiray L. Costa Terra**:

«1. O DEPREC, com esta ação, quer citar e condenar a **Hamburg Sud** — Agências Marítimas, na qualidade de afretadora solidária do navio **Sauzon**, a pagar os danos da manobra infeliz com que dito mercante atropelou o pier de Rio Grande. Relata a inicial que o navio é da Cie. de Navigatio **Dorbigny**.

Querendo, claramente, citar e condenar apenas a afretadora solidária, pede ainda a notificação da seguradora e da proprietária do **Sauzon** para que assumam posição de litisconsortes.

Não fosse suficiente a clareza da petição inicial, os fatos conjuntos de essa inicial não querer citar desde logo a proprietária com o afretador, de querer apenas notificar o proprietário quanto à ação, e de colocar na mesma plana de notificações o segurador com o proprietário, tudo isso torna deslumbrante que o DEPREC imputa ao segurador e ao proprietário um indireto e secundário interesse ad *adjuvandum*.

Portanto, para o libelo, citável e condenável é o afretador solidário, enquanto, em seu entendimento, o segurador e o proprietário são científicáveis para uma intervenção muito adesiva.

Não interessa, também, para a inicial discutir o contrato de afretamento ou a vigência e extensão da apólice de seguro.

2. Mas, solidariedade não se presume. Ela resulta de lei ou da vontade das partes (Cód. Civil 896).

Mesmo na «time charter» o navio viaja sob a responsabilidade do capitão, pela simples e cortante causa de a lei não solidarizar o afretador na roda do timoneiro. De outro lado, em nenhum instante, o libelo consignou a possibilidade de existir um particular e especial *pactum de solidum* que enlaçasse o afretador-réu nas manobras do prático ou do capitão. E se o libelo não consignou que existisse tão estranhável avença, o afretador, que foi revel, mesmo revel, não poderia, como não pode, confessar o que não constou no libelo.

3. Decorre do exposto que a **Hamburg Sud**, nesta espécie, não pode ser processada na qualidade de afretadora. Como foi revel, não merece os louros da sucumbência.

4. De outra banda, a **Cranston Woodhead S.A.** não possui direito de abrir ingresso pessoal em processo alheio. O que o DEPREC pedia, no requerimento de fl. 146, era que a proprietária do navio (Cie. de Navigatio **Dorbigny**) e que sua seguradora (**The United Kingdon Insurance**) — fossem citadas através de sua representante local a «**Cranston Woodhead S.A.**», mas sem demandar o que quer que fosse da mesma «**Cranston Woodhead S.A.**»

O mandado expedido portou cópias da inicial e desse requerimento de fl. 146 e nenhuma das duas cópias autorizava «**Cranston Woodhead S.A.**» a arrogar-se alguma legitimação passiva, tal como fez em sua defesa pessoal (fls. 167/171).

Aliás, a litiscontestação já estava fechada com a revelia da afretadora.

A procuração que a ilustre Doutrora da «Cranston Woodhead S.A.» trouxe aos autos, à fl. 171, é uma procuração da «Cranston» para defender a «Cranston», não constando nela poderes para patrocinar interesses da proprietária do mercante ou da seguradora, embora nada haja contra a «Cranston» neste processo.

5. Admitindo, por mero amor do tema, que «Cranston Woodhead» encampasse dores alheias e defendesse, em nome próprio, causa alheia, sua situação processual desaguardaria num biunívoco empate de sucumbência. Ao cabo das contas, possivelmente ela perderia e ganharia o processo de si mesma e para si mesma, em sua dupla qualidade de proprietária do barco e seguradora em posições antagônicas. Como proprietária, sua contestação não negou a manobra infeliz, a causação de danos e o apremamento desses. Mas como seguradora, em sua primeira contestação, diria que não representava a seguradora para depois dizer que não cobriria o risco e numa segunda contestação, inviável e extemporânea, diria que a seguradora não existia com o nome dado, mas com outro mais longo, terminando, à fl. 195, por adotar o nome curto.

6. O que importa, contudo, é que o autor e seus litisconsortes, DNPVN e Stiiil, que, aliás ingressaram com seus pedidos após a revelia da Hamburg, não quiseram nunca a Cranston como parte ou quase-parte, como se vê da inicial e do requerimento de fl. 146.

7. Nem «Hamburg Sud», nem a seguradora, nem a proprietária do navio constituíram advogados.

8. O processo não tem condições de prosseguir. O afretador não tem legitimação passiva. Talvez única parte passiva seja o proprietário do navio, que já remeteu ao

Juízo Cr\$ 677.819,25, não se sabendo a que título, e que o libelo quis notificar como simples assistente ao lado da seguradora e cuja condenação não pediu. Se se pudessem dar ao requerimento de fl. 146 o poder de reformar a inicial e mudar o réu, então seria tarde, uma vez já citada a «Hamburg Sud» como única ré.

Isto posto, por força do art. 267, IV, do CPC, extingo o presente processo do DEPREC, DNPVN e Stiiil S.A. contra a afretadora «Hamburg Sud» — Agências Marítimas S.A., dispensadas as autarquias das custas e devendo Stiiil S.A. — Soc. Técnica de Instalações Industriais pagá-las sobre Cr\$ 58.780,17» (fls. 222/225).

2. Insurge-se a apelante contra a falta de condenação do autor em honorários de advogado. Diz que não «encampou dores alheias», nem abriu «ingresso pessoal em processo alheio» como refere a sentença, mas, ao contrário, a ele foi trazida em virtude de citação, a ele ficando presa durante anos, apesar de seus pedidos de exclusão, tendo assim de se defender e realizar despesas de patrocínio (fls. 232/236).

O Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, autarquia do Estado do Rio Grande do Sul, contrarrazoou (fls. 244/245), dizendo incabível, no caso, a verba pleiteada. A condenação em honorários só teria fundamento na hipótese expressamente mencionada no § 2º do art. 267.

3. A douta Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 252/253, pelo não-provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): A apelante foi citada a pedido do autor (fls. 146/147v.); respon-

deu, pedindo, preliminarmente, sua exclusão do feito por ilegitimidade (fl. 165). Isto, em 25-6-71. Em 23-7-71 insistiu no pedido (fl. 177). Voltou a insistir em 24-5-72 (fl. 187), em 15-10-73 (fl. 195), em 19-12-74 (fl. 210). Todavia, como assevera, continuou amarrada ao feito até a data da sentença, que é de 8-6-77. Portanto, pelo período de seis (6) anos.

2. Afirma a douta sentença, em trecho destacado e acolitado pela douta Subprocuradoria-Geral, que o mandado de citação portou cópias da inicial e do requerimento de fl. 146 e que nenhum desses documentos autorizava a apelante a arrogar-se legitimação passiva, de modo a fazer defesa pessoal. Mas, data venia, e feito o necessário esclarecimento de que, na oportunidade, o processo não era presidido pelo ilustre prolator da sentença, o certo é que isto são questões pré-processuais, a serem examinadas, pelo próprio Juízo, antes de determinar a citação. O mandado de fl. 147 foi para citação da apelante, como se ela respondesse materialmente, no Brasil, pelos negócios da empresa de que seria representante. Ou, pelo menos, como sua substituta processual.

Entendo que, em face da manifesta ambigüidade da inicial e do mandado, reconhecida na própria sentença, seria demasiado rigorismo exigir que a apelante, sob a ameaça de revelia, tomasse outra atitude que não a de defender-se.

3. Por outro lado, não me parece aceitável a alegação do apelado, de que somente na hipótese do § 2º do art. 267 (isto é, quando extinto o processo por não promover o autor as diligências que lhe caibam) tenha pertinência a condenação em honorários. A regra do art. 20 é submeter aos ônus da sucumbência todo aquele que, decaído de qualquer pretensão, ainda que somente de natureza processual como na hipótese, haja dado à parte contrária os incômodos

e as despesas da vinda a Juízo. Aliás, nos casos de desistência da ação depois de contestada (art. 267, item VIII), este Tribunal tem admitido a condenação da verba.

«EMENTA:

Honorários de advogado.

Pedido de desistência formulado pelo INPS, considerando que a executada já havia satisfeito o débito, ao ser ajuizada a ação.

Procedente a condenação em honorários advocatícios, em face da necessidade da ré de se defender em Juízo por meio de procurador devidamente constituído.

Recurso a que se nega provimento» (AC nº 43.412-SP, Rel.: Min. José Néri da Silveira, in DJ de 18-12-1978).

Vale a parêmia ubi eadem ratio, ibi legis dispositio.

4. Assim sendo, dou provimento ao apelo. Arbitro os honorários em 10% do valor atribuído à causa.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 53.062-RS — Rel.: O Sr. Min. Jesus Costa Lima. Apte.: «Cranston Woodhead S.A. Com. e Representações». Apdos.: Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis e Stiiil S.A. Sociedade Técnica de Instalações Industriais.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deu provimento à apelação, a fim de incluir na sentença a condenação em honorários advocatícios à base de 10%, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (Em 10-2-84 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Evandro Gueiros Leite e William Patterson votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 54.626 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis
Remetente: Juiz Federal da 1ª Vara
Apelante: União Federal
Apelada: Manufatura de Brinquedos Estrela S/A

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Remessa para o exterior. Serviços técnicos.

A jurisprudência do Alto Pretório, no regime fiscal anterior ao Decreto-Lei nº 1.418/75, sempre se mostrou uníssona no sentido da prevalência do princípio da territorialidade da lei tributária, na sua perspectiva do local onde o rendimento é produzido, e não, onde é realizado, em ordem a interpretar a dicção «fonte» dos arts. 33 e 200 do RIR baixado com o Decreto nº 58.400/66, no sentido de país onde rendimento é produzido, onde se situa a força geratriz do rendimento de onde provém o capital ou o trabalho determinante da renda.

Súmula 585 — Portaria Ministerial 164/66, item VII. Precedentes deste Tribunal.

Correção monetária devida na restituição (Súmula 46, deste Tribunal).

Negou-se provimento ao recurso da União e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Manufatura de Brinquedos Es-

trela S.A. ajuíza a presente ação, sob procedimento ordinário, contra a Fazenda Nacional, pretendendo a restituição de imposto de renda recolhido na fonte à conta de remessa de dinheiro para pagamento de serviços de assessoramento ali prestados, bem como o tributo respectivo, por reflexo, incidente a mais sobre o lucro apurado na declaração de pessoa jurídica, no concernente aos anos de 1966 a 1972, conforme Anexos 32/4.

Consoante o articulado na inicial, a suplicante vem operando no ramo de brinquedos há 35 anos, e pela sua projeção crescente nesse setor e acompanhamento do mercado internacional, contrata assessores técnicos no exterior, que a mantêm informada sobre as inovações ocorridas, nesse campo industrial, conforme dados que indica, nos Estados Uni-

dos e na Alemanha, assessores estrangeiros com domicílio e sede naqueles países, tudo conforme contratos devidamente registrados no Banco Central; a título de remuneração pelos trabalhos executados fora do Brasil e para cobertura de despesas feitas também no exterior, por esses assessores, e na conformidade do estipulado contratualmente, a a. efetuou em ocasiões diferentes as remessas correspondentes, e, ao ensejo das mesmas, a fim de pagar os serviços importados, o Sr. Delegado da Receita Federal, em São Paulo, exigiu a retenção na fonte do imposto de renda dado como devido, como se os serviços tivessem sido prestados no Brasil, e em face da coação surgida e para que não se tornasse inadimplente com seus assessores, viu-se a requerente compelida a efetuar os recolhimentos pertinentes, daqui decorrendo, ainda, os reflexos considerados para efeito de cálculo lucro tributável na pessoa jurídica.

À luz desses pressupostos fático-jurídicos e enfatizando a circunstância de tratar-se de serviço técnico prestado no exterior por assessores ali domiciliados, e reportando-se à doutrina e jurisprudência que invoca, sustenta a ilegalidade da cobrança efetuada e o direito da demandante à restituição pleiteada.

Respondeu a União às fls. 76/81, opondo o disposto no inc. VI do art. 12 do Código de Processo Civil, a extinção prevista no art. 168 do Código Tributário Nacional, e, no mérito, pede a improcedência do pedido; saneador, à fl. 16, rejeitando a primeira preliminar, e reservando o exame da segunda para a final; realizou-se perícia, com laudo, às fls. 129/73 e 281.

O MM. Juiz Federal a quo, o culto magistrado Dr. Caio Plínio Barreto, à fl. 298, julgou procedente, em parte, a ação, condenando a ré a restituir à a. as importâncias não prescritas, referentes ao imposto retido

na fonte, acrescido de juros e correção monetária, de acordo com a lei e verba advocatícia de 3% sobre o apurado em liquidação submetendo o julgado à censura deste Tribunal.

Apela a vencida e com a resposta da vitoriosa, aqui a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela reforma do julgado.

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): A r. sentença de primeiro grau, ao dar pela procedência da ação, em parte, mandou restituir o imposto de renda retido na fonte, à conta das remessas efetuadas, não cobertas pelo prazo de extinção do art. 168 do Código Tributário Nacional, acrescido de correção monetária e juros, na forma da lei, indeferindo pedido, no relativo ao tributo pago, refletido no cálculo do lucro tributável da pessoa jurídica, por falta de dados concludentes, conforme informou a perícia.

O apelo da União insiste na tese de que as parcelas remetidas se originam de fonte pagadora situada no país, impugnando a incidência da correção monetária, por falta de texto legal autorizativo expresso.

Tomando posição no debate, inicialmente, é de assentar-se inexistir divergência, quanto à matéria de fato, não havendo dúvida, no relativo às remessas alegadas, seus pressupostos materiais e formais prestação do trabalho e domicílio dos assessores no exterior, montante do tributo recolhido, existência dos contratos pertinentes, sua formalização e registro no Banco Central, tudo consoante perícia e documentação junta, estando, dessarte, o dissídio confinado à matéria de direito.

Detendo-me no enfoque jurídico, antes de tudo, é de ressaltar-se que,

ao tempo das remessas (1966 a 1972) o Brasil não mantinha acordo ou traslado sobre dupla tributação com a Alemanha e os Estados Unidos, países destinatários dos valores remetidos, pelo que o exame do tema deve centrar-se na lei interna brasileira vigente no período considerado (Lei nº 4.506/64 e RIR aprovado pelo Decreto nº 58.700/66).

Neste particular, embora a orientação deste Tribunal tenha oferecido hesitação, a princípio, quanto ao *thema decidendum*, a verdade é que a jurisprudência do Alto Pretório, no regime fiscal anterior ao Decreto-Lei nº 1.418/75, sempre se mostrou uníssona no sentido da prevalência do princípio da territorialidade da lei tributária, na sua perspectiva do local onde o rendimento é produzido, e não, onde é realizado, em ordem a interpretar a dicção «fonte» dos arts. 33 e 200 do RIR baixado com o Decreto nº 58.400/66, no sentido de país onde o rendimento é produzido, onde se situa a força geratriz do rendimento de onde provém o capital ou o trabalho determinante da renda.

É o entendimento que defluiu da torrencial jurisprudência da Corte Magna como se vê *inter plures* dos julgados proferidos no RE nº 72.190 (RTJ 58/846), RE nº 69.513 (RTJ 61/119), RE nº 77.773 (DJ 26-4-74), RE nº 77.920 (DJ 8-8-74) RE nº 78.479 (DJ 18-2-75), RE nº 80/622 (DJ 15-8-75), RE nº 81.945 (RTJ 76/945) orientação que veio a sedimentar-se no verbete da Súmula nº 585, verbis:

«Não incide o imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento de serviços prestados no exterior, por empresa que não opere no Brasil».

De outro lado, na área administrativa, a Portaria Ministerial 164/66 sancionara o mesmo entendimento, segundo se colhe do seu item VII.

A luz desses pressupostos, em face da uniformidade de orientação dos

órgãos máximo do judiciário e da área administrativa, com a qual se afina a sentença recorrida, é de prevalecer a tese ali adotada.

Nesse sentido, aliás, se manifestou esta Egrégia Turma na AC nº 54.596, de que fui Relator em aresto de que destaco:

«Tributário. Imposto de Renda. Remessa para o Exterior. Serviços Técnicos.

A jurisprudência do Alto Pretório, no regime fiscal anterior ao Decreto-Lei nº 1.418/75, sempre se mostrou uníssona no sentido da prevalência do princípio da territorialidade da lei tributária, na sua perspectiva do local onde o rendimento é produzido, e não, onde é realizado, em ordem a interpretar a dicção «fonte» dos arts. 33 e 200 do RIR baixado com o Decreto nº 58.400/66, no sentido de país onde o rendimento é produzido, onde se situa a força geratriz do rendimento de onde provém o capital ou o trabalho determinante da renda.

.....»
No relativo à condenação na correção monetária, a sentença, encontra suporte no enunciado da Súmula nº 46 deste Tribunal.

Pelo exposto, é de manter-se o julgado recorrido.

Nego provimento ao recurso da União e à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 54.626-SP — Rel.: Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Manufatura de Brinquedos Estrela S.A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária e ao recurso voluntário (5ª Turma, em 18-10-82).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e Moacir Catunda, votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 60.747 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso
 Remetente: Juiz Federal da 7ª Vara
 Apelante: União Federal
 Apelada: S/A Fiação e Tecelagem Ipiranga Assad

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Lançamento reflexivo. Glosa de despesas de publicidade. Imposto de renda na fonte.

I — Despesas feitas pela empresa e impugnadas pelo Fisco, como falsas. Enquanto não resolvido, em definitivo, o procedimento originário, vale dizer, aquele que tem por base a alegação do Fisco, no sentido de que as despesas são falsas, não se pode falar em lançamento reflexivo, já que este seria resultante daquele.

II — Glosa de despesas de publicidade. Não está, em caso tal, a sociedade obrigada a cobrar imposto de renda na fonte, dos acionistas. Inocorrência de distribuição disfarçada de lucros.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 6 de abril de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Em execução fiscal ajuizada pela União Federal contra S.A. Fiação e Tecelagem Ipiranga «Assad», para haver desta a importância de Cr\$ 201.789,00, mais os consectários legais, relativa a imposto de renda dos exercícios de 1964 e 1966, na mesma incluídas as multas, con-

forme certidão de fl. 3, a executada apresentou embargos, às fls. 8/14, sustentando, em síntese, que a dívida é reflexo de uma outra autuação procedida pelo Fisco, em decorrência do alegado motivo de haver a executada contabilizado, à conta de Lucros e Perdas, faturas relativas a despesas de propaganda, com o propósito de diminuir o lucro tributável. O levantamento fiscal, todavia, apóia-se em meras presunções. Diz, preliminarmente, que a inscrição da dívida fez-se após a concessão da segurança, pelo que é nula. Preliminarmente, ainda, ocorre litispendência entre a execução e o mandamus. Também preliminarmente sustentou ser ilíquida a dívida, por isso que foi impugnada toda a despesa com propaganda. No mérito, diz que não é exato que a executada tenha-se valido de faturas majoradas, para o fim de diminuir o lucro tributável. A propaganda foi, efetivamente, concretizada e os pagamentos estão comprovados. Ademais, se os acionistas re-

ceberam dividendos, em razão de quantias «devidas ao Fisco», tais recebimentos decorreriam do lucro apurado em balanço e devidamente acusado na escrita. A distribuição de dividendos, teria sido feita, então, com base em deliberação tomada em assembléia-geral. Os tributos teriam sido pagos. Repete-se, mais: o levantamento está calcado em meras presunções, pelo que a dívida aqui cobrada não tem fato gerador, pelo que é nula. Por outro lado, a correção monetária deveria incidir sobre o principal e a multa, desde o momento em que o tributo se tornou exigível, não podendo retroagir. Ademais, a correção monetária não incide sobre a multa. Houve a concessão de mandado de segurança. Não há correção monetária enquanto suspença a exigibilidade do crédito. Impugna, outrossim, o duplo pedido de honorários advocatícios: ou se pagam honorários da sucumbência, ou as percentagens da Lei nº 4.439.

A embargada impugnou (fls. 38/44).

Na instrução, fez-se prova pericial.

A sentença, ao cabo, rejeitou as preliminares argüidas e julgou procedentes os embargos, condenando a Fazenda Nacional na verba honorária de 15% do valor da cobrança, custas e salários dos peritos (fls. 231/235).

Subiram os autos, em razão do princípio legal do duplo grau de jurisdição obrigatória e apelo da União Federal, às fls. 240/248 — lê.

Resposta às fls. 253/259.

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 262/269. Sustenta, em preliminar, ser nula a sentença, por não ter sido designada a audiência de instrução e julgamento. No mérito, assim o parecer:

«9. No mérito. De que os lucros sonegados pela pessoa jurídica

acarretam uma dupla incidência do imposto de renda, dúvida não padece: a) incide o imposto de renda referente à pessoa jurídica sobre os lucros sonegados e, b) incide o imposto de renda referente às pessoas físicas dos sócios sobre os mesmos lucros sonegados e, de conseqüente, distribuídos disfarçadamente.

10. O laudo pericial de fls. 223/226 é categórico em afirmar que as despesas de propaganda, glosadas pelo Fisco, não foram realizadas, eis que houve fraude consistente em:

a) Faturar publicidade em jornais e revistas sem circulação (restrita ao número de anunciantes);

b) Superfaturar a publicidade realmente realizada em jornais e revistas de circulação normal;

c) Faturar publicidade em rádio e televisão correspondente a programas inexistentes;

d) Superfaturar em cruzeiros e em tempo de publicidade. Neste caso existia, por exemplo, em televisão, a projeção de slides ou textos de segundos, porém o faturamento correspondia a um programa inteiro. Nenhum contribuinte autuado por essa prática exibiu como prova elementos obtidos na fiscalização de programas de televisão, por exemplo a TV Fiscal que, embora se tratando de empresas privadas, pela seriedade com que realizava o seu trabalho, merecia fé da fiscalização» (fl. 224).

11. Se glosadas as despesas de propaganda, por que não realizadas, necessariamente, o respectivo valor foi distribuído entre os sócios da sociedade anônima embargante. Como a embargante não reteve na fonte o imposto de renda devido pelos sócios como devera, responde por seu pagamento.

12. Lucros sonegados são sempre distribuídos disfarçadamente, motivo por que sua distribuição nunca pode ser feita por assembleia geral, nem registrada nos livros contábeis, sob pena de o próprio sonegador se denunciar, o que é inverossímil aconteça.

13. Reza a Lei nº 4.506 — de 30 de novembro de 1964:

«Art. 251. Consideram-se formas de distribuição disfarçadas, de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica:

.....
 III — o pagamento de remuneração por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, que não corresponda a serviços efetivamente prestados»;

14. Como se vê, a lei considera — Distribuição Disfarçada de Lucro — o pagamento de remuneração por serviços não prestados. No caso em exame, foi exatamente o que sucedeu: comprovado que as despesas de propaganda não foram realizadas, o Fisco glosou tais despesas, considerou-as como lucros distribuídos disfarçadamente, e sobre eles calculou o imposto sobre a renda devido.

15. É bem de ver que essa presunção legal de distribuição disfarçada de lucros é uma presunção *juris et de jure* porque a lei que a estabeleceu não admitiu prova adversa.

16. É bem de ver ainda que o pagamento de remuneração por trabalho assalariado fictício, caracterizador da distribuição disfarçada de lucros, pode ser feito, tanto a pessoa física ou a pessoa jurídica, conforme ficou assente na jurisprudência do TFR, a partir da prolação do seguinte Acórdão:

«AMS nº 74.705-RS

Rel.: Min. Amarílio Benjamin.

Decisão: Por decisão unânime, deu-se provimento ao recurso para reformar a sentença e cassar a segurança. (2ª Turma, em 11-6-75).

Ementa: Imposto de Renda. Glosa de pagamento, sob a argumentação de distribuição disfarçada de lucros. Prevalência do processo fiscal.

«Art. 251. Consideram-se formas de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica (Lei nº 4.506, art. 72);

a)

b)

c) o pagamento de remuneração por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, que não corresponda a serviços efetivamente prestados» (RIR art. 251).

Segundo o preceito transcrito, não há distinção, para o pagamento, entre pessoa física e pessoa jurídica.

Fora disso, a defesa apresentada pelo contribuinte exige prova que o mandado de segurança, porém, não comporta» (Cf. DJU de 24-9-75, pag. 6829).

17. Quanto à correção da multa fiscal, é pacífica sua cabida, conforme decidiu o STF no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 83.897/SP, 85.213-SP, 85.780-SP, 86.431-SP e 86.444-SP, cujos Acórdãos ficaram assim resumidos:

Ementa: A correção monetária incide, também, sobre a multa fiscal, e não somente sobre o tributo. Reexame do tema pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE nº 82.616, de 10-6-77). Dissídio jurisprudencial superado. Recurso extraordinário não conhecido» (Cf. fl. 247).

Em face do exposto, somos pelo provimento das apelações necessá-

ria e voluntária para o fim de, preliminarmente, anular o processo de embargos à execução, por falta da insuperável audiência de instrução e julgamento; no mérito, para rejeitar os embargos».

Os autos me foram distribuídos em 23-6-1980.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Sustento que a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, quando oficia nos autos, oferecendo parecer, assim o faz na condição de Ministério Público, fiscal da lei, e não como advogada da União. Porque, como é curial, a parte não oficia nos autos, não oferece parecer. Apresenta, sim, petições, respostas, razões, recursos, em prazos próprios, previstos na lei processual, prazos que, não utilizados, a tempo e modo, são apanhados pela preclusão.

De outro lado, se fosse permitido à União, como autora ou ré, como recorrente ou recorrida, complementar ou suprir razões de recurso ou respostas a recursos, sem limitação de prazo, teríamos ocorrente grave lesão ao princípio da igualdade processual que decorre de preceito constitucional (CF, art. 153, § 1º), e que o CPC, como não poderia deixar de fazê-lo, consagrou (CPC, art. 125, I).

Nessa linha de raciocínio, não poderia ser conhecida a arguição de nulidade feita pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, no parecer, no sentido de que seria nula a sentença, por não ter sido realizada audiência de instrução e julgamento.

Ê que a União Federal, ré e apelante, nada alegou, no particular, quer anteriormente à sentença, quer

no recurso. Ao contrário, quando o magistrado determinou que as partes especificassem provas, a União foi categórica, na cota de fl. 45v., ao escrever: «Pelo julgamento».

Não custa, todavia, dizer uma palavra a respeito do tema. A audiência, na forma do que dispõe o art. 330, CPC, é preciso esclarecer, só será realizada se houver prova a ser feita em audiência. Fora daí, teríamos a realização de ato processual inútil.

Retomando, todavia, o fio do raciocínio anterior, não conheço da preliminar de nulidade argüida pela ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

II

Mérito.

«Trata-se de tributação, na fonte, do valor das despesas de propaganda lançadas pela recorrida durante os anos de 1964 e 1966, glosadas pela fiscalização e consideradas como dividendos distribuídos nos mesmos anos a pessoas não identificadas» (fl. 66).

Tem-se, no caso, portanto, cobrança de imposto de renda na fonte, em decorrência ou reflexo, correspondente à pessoa jurídica. O Fisco glosou despesas da pessoa jurídica, feitas com publicidade. Entendeu então, que, em decorrência daquela glosa, teria havido distribuição disfarçada de lucros em favor dos acionistas. Não tendo a apelada retido, na fonte, o imposto de renda, cobrase, aqui, tal imposto.

A sentença, no particular, resumiu a questão com propriedade:

«Entende a autoridade fiscal que a simples contabilização das denominadas «notas frias» conduz à conclusão de que os valores correspondentes foram desvinculados do

patrimônio de pessoa jurídica e; assim, por decorrência inofismável, distribuídos aos acionistas.

A cobrança, no caso, é, assim o reflexo de uma outra autuação procedida pelo Fisco, sob a alegação de haver a ora executada contabilizado, à conta de lucros e perdas, diversas faturas relativas a despesas de propaganda (Despesas Operacionais), com o propósito preconcebido de diminuir o lucro tributável».

(fl. 232).

Em verdade, se o lançamento aqui discutido é mero reflexo da autuação levada a efeito contra a empresa, ao argumento de que as despesas que teriam sido feitas, com publicidade, são fictícias, ou falsas, enquanto não resolvido, em definitivo, o procedimento originário, vale dizer, aquele que tem por base a alegação do Fisco, no sentido de que as despesas são falsas, não se pode falar em lançamento reflexivo, já que este seria resultante daquele.

Assim decidimos, nesta Egrégia Turma, na AMS nº 79.860-SP, de que fui Relator, ficando o Acórdão ementado da seguinte forma:

«Tributário — Imposto de Renda — Lançamento Reflexivo — Distribuição Disfarçada de Lucros.

I — Despesas feitas pela impetrante e impugnadas pelo Fisco, como falsas. Enquanto não resolvido, em definitivo, o procedimento originário, vale dizer, aquele que tem por base a alegação do Fisco, no sentido de que as despesas são falsas, não se pode falar em lançamento reflexivo, já que este seria resultante daquele.

II — Inocorrência da hipótese de incidência inscrita no art. 302 do RIR. Em tese, após o julgamento definitivo da impugnação do Fisco, ter-se-ia distribuição disfarçada de lucros.

III — Recurso desprovido».

A sentença, no particular, deixou claro:

«A embargada não trouxe aos autos a notícia do julgamento final, nas esferas — administrativas ou judicial — da primeira autuação, e que, se lhe tiver sido favorável, cortaria toda e qualquer discussão neste processo, mera consequência conceitual daquela. Não obstante, a embargada conseguiu demonstrar, nestes autos, através da perícia contábil, em que avulta o laudo do Sr. Perito Judicial que, efetivamente, efetuou as despesas de propaganda impugnadas pelo Fisco, na primeira autuação; esse aspecto fático, contudo, se me afigura de discussão deslocada, pois, como foi dito, deverá ser debatido e discutido no âmbito da referida primeira autuação».

fls. 132/3

Só por si, pois, mereceria confirmação a sentença.

Há mais, todavia.

Ao apreciar a AMS nº 80.727-SP, Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, decidiu a Egrégia 3ª Turma, na sua composição antiga:

«Tributário.

Despesas de publicidade. Glosa. Reflexo nos acionistas. Desconto de renda na fonte.

Embora haja glosa de despesas de publicidade na renda da sociedade anônima, não autoriza isto a que fique ela obrigada a cobrar imposto de renda, na fonte, dos acionistas, com acréscimo de multa, ao fundamento de distribuição disfarçada de lucros, por não ser impondível fato tributário que se supõe existente apenas por presunção».

Na oportunidade do citado julgamento, votei na linha da tese sustentada pelo eminente Ministro-Relator.

S. Exa., o Sr. Ministro Aldir Passarinho, como é costumeiro, proferiu substancioso voto, em que analisou todos os ângulos da questão. Vale a pena transcrevê-lo:

«Como se viu do relatório, não discute a impetrante, no presente mandado de segurança, a imposição fiscal com relação à glosa nas despesas de publicidade, no que diz respeito ao seu imposto de renda. Somente discute — a par de seu pedido quanto à declaração de devedor remisso — que seja nulificado o procedimento judicial quanto à cobrança do imposto de renda na fonte, com acréscimo de multa, em decorrência daquela glosa, posto que aquela glosa importava em ter-se como havendo distribuição disfarçada de lucros em favor dos acionistas.

Matéria símile já foi objeto de exame em oportunidades anteriores, não só nesta Turma como nas demais que compõem esta Corte.

A Colenda 2ª Turma, Relator o Sr. Ministro Décio Miranda, e que foi acompanhado pelos seus ilustres pares que compuseram a assentada julgadora, ao ensejo do exame do Ag. MS nº 67.801-SP, entendeu não ser possível, por falta de previsão legal, o procedimento fiscal impugnado e que, exatamente, considerara que a contabilização de despesas com as chamadas «notas frias» conduzia à conclusão de que os valores correspondentes foram desvinculados do patrimônio da pessoa jurídica e, assim, por decorrência, distribuídos aos acionistas. No caso referido, a autuação fiscal dizia respeito a lançamentos dos exercícios de 1965 e 1966 e, portanto, sob a disciplina, respectivamente, dos Regulamentos do Imposto de Renda aprovados pelos Decretos nºs 55.866-65 e 58.400-66. Na hipótese ora em exame, igualmente, os exercícios são abrangidos pelos dois aludidos re-

gulamentos, embora o auto de infração somente se refira ao segundo, pois as glosas atingiram lançamentos dos exercícios fiscais de 1965 e 1967, anos-bases de 1964 e 1966.

No seu lúcido voto, acentuou o nobre Ministro Décio Miranda hoje no Supremo Tribunal Federal:

«A norma invocada pelo Fisco para exigir o imposto na fonte sobre dividendos presumidamente pagos (presunção decorrente da afirmada sonegação de lucros na pessoa jurídica) é, em relação ao exercício de 1965 — base 1964, o § 2º do art. 237 do Regulamento do Imposto de Renda consubstanciado no Decreto nº 55.866, de 25-3-65, e, em relação ao exercício de 1966 — base 1965, o § 2º do art. 302 do vigente regulamento, Decreto nº 58.400, de 10-5-66. (fl. 44).

Tratam ambos os dispositivos da alíquota impositiva ao beneficiário de dividendos de ações ao portador que opte pela não-identificação, alíquota que era de 60% naquele anterior regulamento e é de 40% do atual, na espécie considerada.

Inserem-se tais dispositivos em normas que regulam especificamente os rendimentos de títulos ao portador, fazendo para cada espécie, as distinções cabíveis, com as conseqüentes diferenças de alíquotas, em nenhuma delas encontrando-se autorização para cobrança de uma alíquota genérica, abrangente do que ali não estivesse taxativamente indicado.

Não é possível inserir nos artigos em causa uma espécie que, podendo ser prevista, não o foi, a da distribuição presumida de lucros disfarçados em despesas.

Essa espécie teve tratamento específico em outro ponto da lei, tratamento que, por sua singula-

ridade, exaure a ação repressiva do Fisco.

Consultem-se, no Decreto nº 55.866/65, os arts. 192 e 193, e, no Decreto nº 58.400/66, os arts. 251 a 253.

Tratam da distribuição disfarçada de lucros, com todo o elenco das suas modalidades e com as cominações conseqüentes.

Neles não se prevê a espécie irrogada à impetrante.

Em ambos os regulamentos, previsto está o imposto imponible à pessoa jurídica, «sem prejuízo do imposto que couber à pessoa física beneficiada».

Mas também aí não se prevê a espécie irrogada à impetrante.

Logo, as únicas cominações possíveis eram aquelas que não transcendiam do imposto correspondente à pessoa jurídica, com a multa que fosse considerada adequada à gravidade da infração, multa que, pelo seu peso, deve compensar a irreparabilidade das conseqüências do ato do contribuinte.

Além disso, é de ponderar, por último, que a empresa, de referência à primeira dívida contra ela levantada, obteve o parcelamento, a princípio com fundamento no Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, e, depois, consoante se vê de fls. 42/43, de acordo com a Portaria GB nº 647, de 30-9-68, baseada no Decreto-Lei nº 352, de 11-6-68.

Especialmente neste último decreto-lei, o parcelamento, envolvendo confissão do contribuinte e concessões do Fisco, é modalidade de transação, nos termos do art. 171 do Código Tributário Nacional.

Assim, se fosse cabível a exigência do imposto na fonte sobre a presumida distribuição dos lu-

ros a ações de portadores não-identificados, seria de examinar-se a legalidade da segunda cobrança, por autuação fiscal de 27-5-70, fl. 44, no aspecto de sua sobreposição à cobrança iniciada por procedimentos de novembro de 1966, fl. 60, princ., aparentemente liquidada por transação que a lei autorizou, com possível abandono, pelo contribuinte, de defesas que possuía.

Verdadeira a asserção da autoridade fiscal, fl. 60 fines, de que a apontada sonegação por «notas frias» acarretava a presunção absoluta da distribuição «de fato» de dividendos, então as duas autuações deviam ter sido concomitantes e, não distanciarse, como se distanciaram, três anos e meio uma da outra, de modo a criar, para o contribuinte, uma aparente impossibilidade de defender-se da segunda por haver atendido ao aceno da lei para a confissão da liquidação da primeira.

Meu voto é, pois, pela confirmação da sentença recorrida, pelos fundamentos que acabo de expor.

Nego provimento».

Ainda no mesmo sentido julgou esta C. Turma o Ag. MS nº 74.306-SP, Relator o Sr. Ministro Sebastião Reis, ocasião em que acompanhei S. Exa. no seu douto voto, como igualmente o fez o Sr. Ministro Néri da Silveira. Disse o Sr. Ministro-Relator, na ocasião:

«No concernente à hipótese, o RIR referido, depois de estabelecer no inciso 2º, letras a e b, atribuição, mediante desconto na fonte, à alíquota de 15%, sobre dividendos de ações ao portador, bonificações e ações novas distribuídas aos titulares dessas ações, prescreveu no art. 302, seguintes:

«§ 2º O beneficiário dos rendimentos referidos nas letras a e b do item 2º, do artigo anterior, poderá optar pela não-identificação, caso em que o imposto será cobrado na fonte.

b) a razão de 40% (quarenta por cento), ressalvado o disposto no § 5º no caso das demais sociedades (Lei nº 4.728, art. 55).

Ressai de texto transcrito que a tributação aqui cogitada se refere a rendimentos de títulos ao portador, especificados em dividendos, bonificações e ações novas, modelo que não se identifica com a hipótese dos autos, que consubstancia distribuição disfarçada de lucros, através do artifício da despesa fictícia, quadro objeto de tratamento específico nos arts. 251 a 253 do mesmo Regulamento, de feição exaustiva e no qual não se insere o caso ora focalizado.

A tipificação do fato gerador em lei — desdobramento do princípio geral da legalidade da Administração — é tese hoje considerada insita à filosofia do Estado de Direito e, entre nós, é consagrada constitucionalmente e no Código Tributário Nacional, daí por que a definição e identificação do fato impositivo por integração analógica não é autorizada em nosso ordenamento jurídico».

O Sr. Ministro Sebastião Reis, a par de mencionar, em respaldo do seu voto, o Acórdão aludido na C. 2ª Turma, mencionou também aresto, no mesmo sentido, da C. 1ª Turma, Relator o Sr. Ministro Márcio Ribeiro, no AMS nº 64.205 (Acórdão unânime, em 21-2-1973).

Anoto que esta Turma, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg, ao ensejo do julgamento da Remessa ex officio nº 47.027-RJ que

dizia com matéria semelhante, julgou procedente o executivo fiscal, mas prendeu-se basicamente à alegação que fora formulada quanto à existência de coisa julgada — o que não foi acolhido — assim como não ter feito a então executada prova capaz de ilidir a presunção de liquidez e certeza do direito da União, conseqüente da inscrição da dívida.

Na presente oportunidade, e re-examinando a matéria, estou em que a r. sentença é de ser confirmada. A legislação fiscal, como bem acentuado nos votos aludidos, que inacolhe a tese do Fisco, não configura tipicidade do fato gerador, na hipótese considerada.

O acatado José Luiz Bulhões Pedreira, ao examinar o reflexo nos sócios dos lançamentos contra a pessoa jurídica, particularizando o aspecto das deduções glosadas nesta última, em comentário que reforça o entendimento daqueles julgados, assinala:

«Aliás, a remuneração de trabalho autônomo é a única espécie de rendimento em que a lei expressamente autoriza a tributação dos sócios em decorrência do lançamento contra a pessoa jurídica: a Lei nº 3.470 (art. 2º) recusa a dedução, como Despesa Operacional, das importâncias que foram declaradas como pagas ou creditadas a título de comissões, bonificações, gratificações ou semelhantes, quando não for indicada a operação ou causa que deu origem ao rendimento, e quando o comprovante do pagamento não individualizar seu beneficiário. Nas sociedades anônimas, esses pagamentos ficarão sujeitos à tributação na fonte como rendimentos de acionistas ao portador e, nas demais sociedades, na firma individual, considerar-se-ão lucros pagos aos sócios ou titulares».

O Código Tributário Nacional, conforme seu art. 108, § 1º, não permite o emprego da analogia para exigência de tributo não previsto em lei, e o seu art. 112 dispõe que a lei tributária que define infrações, ou comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao contribuinte quanto à capitulação legal do fato. Não é possível, deste modo, ter-se como impositivo fato tributário criado à base de presunção sem expressa reserva legal, nem impor-se penalidade sem que se caracterize infração prevista na legislação pertinente.

Quando ao pedido, igualmente formulado no «writ», no sentido de que seja declarado nulo o ato de declaração de devedor remisso referentemente à impetrante, não é possível atendê-lo integralmente, no particular, posto que a jurisprudência desta Corte se firmou entendendo que não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato em si, não sendo apenas cabível a aplicação das sanções decorrentes de tal ato declaratório.

Pelo exposto, mantenho parcialmente, a r. sentença de 1º grau, no que tange ao pedido referente ao aspecto tributário, bem como para não-aplicação das sanções decorrentes da declaração de devedor remisso, mantido, contudo, o ato de declaração de devedor remisso.

É o meu voto».

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Senhor Presidente, acompanho o voto de V. Exa., tanto na preliminar, como no mérito. De fato, houve preclusão: a própria apelante pediu que o Juiz passasse à prolação da sentença; não pode agora impug-

nar o rumo que tomou o procedimento.

Por outra parte, o Ministério Público da União não tem legitimidade para arguir a preliminar.

O Tribunal poderia afirmá-la de ofício, se se tratasse de nulidade absoluta.

Não é o caso, contudo, pois, se nulidade houvesse, seria apenas relativa.

Relativamente ao mérito, convém acentuar que o simples fato de a Administração entender que o lançamento contábil, relativo ao pagamento de despesas com publicidade, não corresponde à realidade, não autoriza a passar (sem solução de continuidade) à efetuação de lançamento tributário baseado em mera suposição.

Como dispõe o art. 142 do Código Tributário, o lançamento há de se referir a fato gerador; este é um trecho do passado, cuja individuação precisa ser efetuada com toda precisão, de tal modo que a legalidade da atividade da administração possa ser objetivamente verificada.

O estado de direito não quer tributo, simplesmente; mas, tributos lançados e cobrados na conformidade da lei.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Sr. Presidente, também acompanho o Senhor Ministro-Relator; seja quanto à preliminar, por entender tratar-se de matéria alcançada pela preclusão, quer seja quanto ao mérito, por me inclinar pelos precedentes jurisprudenciais desta casa.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 60.747-SP — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Remte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: S.A. Fiação e Tecelagem Ipiranga Assad.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo. Sus-

tentou, oralmente, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, pela apelada (Em 6-4-81 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza e Pedro da Rocha Acioli votaram com o Relator. Impedido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.137 — MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara

Apelante: União Federal

Apelada: Mineradora Federal

EMENTA

Ação declaratória. Interpretação de cláusula contratual. Partes. Manifesto de Mina. Sua natureza jurídica.

I — Se a ação declaratória visa a explicitar o conteúdo de declaração de vontade da parte cedente, em escritura de cessão de direitos hereditários, deve ser movida contra quem declarou e não somente contra quem deva ter eficácia a declaração.

II — O Manifesto de Mina, resultante da ação declaratória a que se referia o artigo 10 do Código de Minas de 1934, é título distinto do da propriedade do solo, pois constitui um direito perante a Administração. Se não especificado na escritura de cessão de direitos hereditários e não descrito no auto de adjudicação lavrado no processo de inventário, não pode a Administração averbar a sua alienação.

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 julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): José de Almeida e Alexandre Roth adquiriram da viúva meeira e da única herdeira de José Pio da Mota, todo o direito e ação sobre os bens deixados pelo de cujus, e dados a inventário na Comarca de Senador Firmino, em Minas Gerais.

Os bens, localizados no Município de Braz Pires, foram adjudicados por auto lavrado no processo de inventário e assim descritos: 1º) seis alqueires de terras de cinqüenta litros, no lugar Socavão; 2º) quatro e meio alqueires de terras no distrito de Piranga; 3º) quarenta e dois alqueires e vinte litros de terra, no lugar Malacacheta; 4º) uma casa de morada; 5º) uma casa em construção; 6º) um moinho de fubá; 7º) cinco ranchos para colonos; 8º) três ranchos de sapé em ruínas; 9º) sete carrinhos de ferro; 10º) quinze picaretas; 11º) sete pás; 12º) duas enxadas; 13º) uma cavadeira de ferro; 14º) dez metros de trilho e uma alavanca; 15º) um carro de boi; 16º) 380 quilos de mica.

Os imóveis Malacacheta e Socavão e suas benfeitorias foram dados, pelos adquirentes, em 1958, como integralização do capital da Mineradora Federal, da qual eram sócios. Nesses imóveis, havia mina de mica manifestada em 1935 pelo falecido José Pio da Mota.

A transferência desse Manifesto das sucessoras para os compradores não foi de logo averbada no Departamento Nacional de Produção Mineral. Ao ser requerida, o Departamento exigiu que ficasse expresso, em ação própria, que entre os bens transferidos pelas sucessoras de José Pio da Mota, estava compreendido o direito ao Manifesto de Mina nº 78/35.

Para esse fim, os adquirentes moveram ação declaratória contra a União Federal, que cumularam com a cominatória, para que o DNPM seja compelido a promover a averbação do manifesto.

Sustentaram os autores que a herança é uma universalidade de direito, compreendendo o imóvel, o solo e o subsolo. O Manifesto da Mina está incluído na cessão de todo direito e ação, mesmo considerado o subsolo distinto do solo.

Ademais, o Código de Minas autoriza a interpretação acima, ao dispor em seu art. 55 que «subsistirá a concessão quanto aos direitos, obrigações, limitações e efeitos dela decorrentes, quando o concessionário a alienar ou gravar, na forma da lei».

Contestou a União Federal, transcrevendo parecer da Assessoria Jurídica do DNPM que, em sua parte essencial para a ação, afirma que «sob prisma sumamente legal, toda a posse, domínio, direito e ação», transferidos pelas referidas vendedoras, ao comprador e cessionário, cingem-se aos bens expressamente relacionados na aludida escritura pública — isto é, as terras, casas, ranchos e benfeitorias — jamais ao Manifesto de Mina nº 78/35, dada a absoluta autonomia deste, assegurada em disposição constitucional. É que, a apartir do ano de 1934, aos nossos dias — assim, anteriormente à aludida sucessão, ocorrida em 9-11-62 — «os minerais contidos no subsolo passaram para o domínio da União, posto que, desligados, juridicamente, da superfície territorial, deixaram de constituir «acessório do solo» (fl. 64).

Realça o assessor que a viúva outorgou, em 1952, procuração com expressos poderes ao seu advogado para promover a transmissão de título e registro de mineração da jazida São José, no Ministério da Agricultura concedido ao finado José Pio da Mota, demonstrando estar ciente da extensão de sua propriedade, compreendendo as terras e o Manifesto de Mina.

Conclui a assessoria que as terras, propriamente ditas, foram vendidas, transferidos ao comprador todo o direito e ação sobre elas, mas o Manifesto de Mina nº 78/35, não incluído na transação, é ainda remanescente do espólio de José Pio da Mota, sujeito à sobrepartilha.

Replicou a autora.

Requisitado o processo administrativo, foram trasladados os documentos de fls. 82/322, sobre os quais falaram as partes.

Em audiência foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela autora, seguindo-se a produção de alegações finais.

Por sentença, o Juiz Federal da 3ª Vara julgou procedente a ação para declarar que, na expressão «todo direito e ação à herança de José Pio da Mota», contida na escritura de cessão da herança feita pelas herdeiras de José Pio da Mota, está compreendido o Manifesto de Mina nº 78/35. Em consequência, mandou que se proceda à averbação postulada, com a cominação da pena de Cr\$ 500,00 por dia de retardamento.

Sentença remetida.

Apelou a União.

Contra-arrazoou a autora.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento da remessa e o provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Eis os termos da escritura pública de cessão de direitos hereditários, lavrada em 23 de junho de 1956:

«pela presente escritura e na melhor forma de direito, vendem aos outorgados compradores todo direito e ação referidos, de que são titulares, sem exceção da área excedente já praxeada na Comarca de Senador Firmino e pertencente à Fazenda Socavão, como de fato vendido têm pelo preço certo de cem mil cruzeiros, já pago pelos compradores, em moeda corrente nacional, dando-lhes, por isso, as vendedoras plena e rasa quitação,

transferindo-lhes como ora transferem toda a posse, domínio, direito e ação que exerciam sobre os imóveis que pertenceram ao referido espólio... (fl. 19)».

Os bens vendidos e adjudicados em 1957 são os referidos no relatório. Mas no Registro de Imóveis da Comarca de Senador Firmino, no mês de dezembro de 1957, foram transcritos apenas os seis alqueires de terras de Socavão, e os quarenta e dois alqueires e vinte litros de terra de Malacacheta e as benfeitorias encontradas na sua superfície.

Esses bens foram dados em incorporação, pelos compradores, à ora autora, por escritura pública de 1958.

Verifica-se, ainda, da certidão que instrui a inicial, que as sucessoras requereram ao Juiz de Direito da Comarca autorização para arrendarem a Mina São José, sita no imóvel Malacacheta. O Juiz determinou a comprovação da autorização para a exploração da Mina.

A inventariante pediu prosseguimento do feito, para que a autorização de arrendamento fosse dada quando fizessem a prova exigida.

O Juiz de Direito determinou a avaliação dos bens descritos. Feito o laudo, a inventariante protestou ter havido omissão da avaliação da Mina de Mica. O Dr. Promotor Público concordou, acentuando que a avaliação deve abranger não só os bens declarados, mas todos os encontrados, que pertençam ao Espólio (fls. 15/18).

Na certidão omitiu-se o que desde aí se seguiu, nos autos do inventário sobre a avaliação dos bens, só reproduzindo a escritura de cessão dos direitos hereditários de junho de 1956 e o auto de adjudicação de 16 de agosto de 1956 (fls. 18/22).

Não ficou esclarecido, como deveria, se a mina foi ou não arrendada, ou mesmo se foi avaliada. Certo é

que a inventariante considerava como bem distinto dos demais, a mina de mica. E na procuração que outorgou ao advogado, conferiu-lhe poderes para o inventário e para «promover a transmissão do título e registro de mineração da Jazida São José, no Ministério da Agricultura, concedido ao finado José Pio da Mota, para o nome da outorgante».

Havia, portanto, da parte da viúva, plena ciência da existência do Manifesto de Mina, como bem avaliável e transferível, não só por inventário, mas pelo procedimento administrativo próprio.

Ora, a escritura de cessão da herança alude à venda de todo direito e ação sobre a mesma, mas no auto de adjudicação, em passagem alguma se faz referência ao Manifesto da Mina.

No depoimento de José Almeida, um dos adquirentes dos bens do espólio, lê-se que em 1956 celebrou um contrato de exploração da jazida com as duas sucessoras de José Pio da Mota. Esse contrato tinha opção de compra da jazida. A exploração da jazida foi feita em caráter experimental, depois houve a aquisição das terras e das jazidas. Mas isso não está na escritura, que alude apenas a todo direito e ação sobre a herança, nem no auto de adjudicação, que silencia sobre a jazida.

Sustenta a autora que, sendo a herança uma universalidade, não havia necessidade de aludir-se, na escritura, ao Manifesto da Mina, pois o vocábulo «todo» o incluía. Daí aplicar-se o art. 55 do Código de Mineração, semelhante ao art. 33 do Código de Minas revogado.

E a sentença, levando em conta o depoimento de um dos adquirentes e a circunstância de que foram incluídos na transação casas, ranchos e alguns petrechos acessórios de mineração, concluiu que não há como

duvidar que a transação incluiu o principal, que era a mina.

Arremata o Juiz que, «em se tratando de manifesto de que era titular o de cujus, somente os seus sucessores e herdeiros teriam legitimidade para demandar sobre o mesmo e reivindicar a sua titularidade. Uma vez que tal incorre, a negativa da averbação, ou mesmo a exigência de propositura de ação para fazê-lo, é de ser tomada como excesso de zelo do departamento próprio da ré — o DNPM» (fl. 352).

Data venia, o Juiz abordou, mas não identificou déficit primordial da ação, que é a ausência das vendedoras ou seus sucessores, já que se busca fixar o conteúdo de uma declaração de vontade de ambas. A ação declaratória havia de ser proposta contra elas e não contra a União, para que dessem o exato alcance da expressão «todo direito e ação» da escritura de cessão de direitos hereditários. A eficácia dessa declaração é que opera contra a União.

Em segundo lugar, a própria autora reconhece que a mina, ou melhor, a jazida, já era considerada propriedade distinta do solo. Cita ela o art. 33 do Código de Minas de 1940, que assim dispunha:

«Art. 33. A autorização (de lava) subsistirá, quanto aos direitos, obrigações, limitações e efeitos dela decorrentes, quando o cessionário a alienar ou gravar, na forma da lei, mas os atos de alienação ou oneração só valem depois de averbados à margem do registro da autorização».

Ora, a averbação tem de basear-se em transação certa, com expressa menção ao Manifesto de Mina. Não a um genérico direito e ação sobre bens. Sobretudo, porque, na especificação desses bens no auto de adjudicação, não se incluiu o manifesto.

O manifesto instituído pelo Código de Minas de 1934, art. 10, visou exatamente ao controle da atividade minerária, e se inspirou no princípio de que as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração. Os artigos 118 e 119 da Constituição de 1934 consagraram esse princípio.

Leciona Pontes de Miranda:

«A Lei nº 4.265, de 15 de janeiro de 1921, art. 5º, veio desessentializar como parte integrante do solo a mina. Passava essa a ser parte integrante não essencial do solo. Foi essa a situação que a Constituição de 1934 encontrou. Ao estatuir que o aproveitamento das quedas de água já utilizadas industrialmente na data de sua promulgação não dependia de concessão ou de autorização, como também a «exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa», de modo nenhum se referia à propriedade: referia-se à atividade iniciante e fiscalizadora do Estado, ao princípio da autorização ou concessão da mina. Esse princípio limita o conteúdo do direito da propriedade. A Constituição de 1934 afastou, quanto às minas em lavra, a 16 de julho de 1934, essa limitação. A ação que teriam os exploradores de tais minas, necessariamente em terras suas, porque o artigo 118 da Constituição mantinha o princípio vitorioso em 1891, seria declaratória» («Tratado de Direito Privado». Tomo II, pág. 107).

O Manifesto de Mina, resultante da ação declaratória a que se refere o saudoso jurisconsulto, é um título completamente distinto do da pro-

priedade do solo, pois constitui um direito perante o Poder Público.

O art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1946 manteve a dispensa de concessão ou autorização para exploração das minas em lavras na data da Constituição de 1934. A Constituição de 1967 não reeditou a norma transitória, mas o Código de Mineração, que é de 28 de fevereiro de 1967, reconhece, em seu artigo 6º, a mina manifestada de acordo com a legislação anterior, como forma representativa do direito de lavra.

De todo o exposto, não cabe a pretensão de impor à Administração o reconhecimento, por averbação, da transferência de um título, que foi criado especificamente para ter validade e eficácia perante ela, sob a cláusula genérica de «todo direito e ação». Só com a presença das detentoras do manifesto na ação teria a declaração eficácia contra a Administração.

Dou, assim, provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 63.137-MG — Rel.: O Sr. Min. Carlos Madeira. Apte.: União Federal. Apda.: Mineradora Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente a ação (3ª Turma — 31-5-83).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.532 — RS

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelante: Farroupilha Companhia Nacional de Seguros

Apelado: Adão Elizeu de Carvalho

EMENTA

Processual civil. Execução hipotecária. Comparecimento espontâneo do devedor suprimindo a falta de citação regular. Embargos extemporâneos.

I — Se para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu, o seu comparecimento espontâneo, no entanto, supre a falta de citação (CPC, art. 214 e respectivo parágrafo 1º). De qualquer modo, ainda que não se tenha como válida, na espécie dos autos, a citação por edital do executado, a sua vinda ao processo para apresentar defesa sanou qualquer irregularidade, acaso, existente, no particular, pois a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu, a fim de se defender (CPC, art. 213).

II — O processo caminha no tempo, sob prazo, desenvolvendo-se os atos processuais no espaço temporal de dois termos: o *dies a quo* e o *ad quem*. O prazo de embargos é peremptório, sendo defeso às partes reduzi-lo ou prorrogá-lo (CPC, art. 182, primeira parte) e até mesmo antecipá-lo, quando a lei o fixa, expressamente. Não deve, pois, o juiz receber, após quatro (4) meses da intimação da penhora, embargos oferecidos pelo devedor, em petição carente dos requisitos legais previstos no art. 282 do CPC, com mais de seis (6) meses de antecedência da referida penhora. Tais embargos afiguram-se intempestivos.

III — Apelação provida. Sentença reformada, para que se prossiga na execução.

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 que a ação tenha prosseguimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de junho de 1983. (Data do julgamento).

Por motivo de licença deixa o presente Acórdão de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Adão Elizeu de Carvalho opôs embargos à execução que lhe moveu a Caixa Econômica Federal, «alegando nulidade da citação, uma vez que a ação de execução foi proposta sob o regime do Código Processual de 1939 e a citação foi feita por edital, porém, com infração da norma do artigo 177 daquele diploma legal, pois no contrato de hipoteca consta o seu endereço correto, porém na inicial a exequente após o endereço do imóvel objeto do contrato; por outro lado, por ser o embargante militar do serviço ativo da Brigada Militar do Estado é de ser aplicado o parágrafo único do art. 216 do Código atualmente vigente.» (SIC — fl. 72).

Tendo havido substituição da exequente pela Farroupilha Companhia Nacional de Seguros, em virtude de sub-rogação de crédito, os embargos foram impugnados por esta, que levantou, como preliminar, a intempestividade dos mesmos, por terem sido interpostos antes da data da efetivação da penhora. «No mérito, alega ter sido feita validamente a citação, uma vez que consoante a Lei nº 5.741/71, que no particular afastou a aplicação das normas do CPC então vigente, para a hipótese sub judice; na cláusula 2ª do contrato o executado, então mutuário, se comprometia destinar o imóvel para sua residência, logo sem sombra de dúvida lá é que deveria ter sido feita a citação, o que ocorreu, certificando o oficial que o réu era desconhecido, daí a citação por edital; no que tange ao fato de ser militar, não lhe aproveita o dispositivo processual pois que se encontrava fora da jurisdição do imóvel. Ainda, à fl. 55 verso dos autos da ação de execução o oficial «citou» o representante legal, ao mesmo tempo que o intimava da penhora e finalmente, o réu em nenhum momento demonstrou interesse em purgar a mora.

Junta cópia da escritura de contrato-padrão, e Acórdão do Colendo T. J. do Estado (fls. 19/35). Na sua réplica o embargante pede desentranhamento da impugnação por não apresentado instrumento de procuração, no mais reitera os termos dos embargos. As fls. 45/48 instrumentos de procuração e substabelecimentos para legitimar a representação judicial da embargada. Às fls. 51/53 petição do embargante, invalidado os substabelecimentos, por ter sido outorgado o mandato originariamente a uma pessoa jurídica, o que contraria o art. 1.324 do C. Civil. À fl. 56 a embargada refutando estas alegações. À fl. 58 manifestação da União.» (SIC — fls. 72/73).

O MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio

Grande do Sul decidiu a controvérsia, nestes termos:

«Nos autos da execução, fl. 48, há comprovação de que o interesse da Caixa Econômica Federal persiste, todavia, como não se habilitou como assistente, considero os embargos devidamente processados, mesmo sem a intimação e conseqüente manifestação da Caixa Econômica Federal.

No que tange à intempestividade dos embargos por anteriores à penhora, não vejo como admitir tal hipótese, uma vez que só foram recebidos após a penhora (autos da execução fl. 57 e despacho à fl. 14 dos autos de embargos). Se interpostos antes de decorridos 10 (dez) dias da intimação da penhora são de serem conhecidos.

Assim, conheço dos embargos.

A alegada nulidade da procuração outorgada pela embargada a pessoa jurídica, no meu entender, não existe, pois se é possível outorgar mandato a pessoa natural não capacitada para postulação para que ela substabeleça a advogado, da mesma forma é possível conceder procuração a uma empresa para que esta por sua vez substabeleça para advogados. Rejeito assim a preliminar de desentranhamento da impugnação requerida pelo embargante, por ilegitimidade da representação judicial da embargada.

Não poderia realmente ser afirmado que o executado estivesse em lugar incerto e/ou desconhecido, pois no contrato assinado entre a exequente (CEF e o executado (fls. 8/10 dos autos da execução) consta que:

o mesmo era militar, logo sempre estaria em lugar certo e sabido.

O executado residia na rua Bento Gonçalves nº 5.380, apartamento 7.

Ademais, na própria petição inicial da execução consta na qualifi-

cação do réu, a sua profissão de militar; logo não poderia requerer a então exequente a citação do executado por edital, como fez à fl. 16 dos autos da ação de execução, pois não verificou qual o endereço exato do executado uma vez que era militar. Não aproveitou à embargada nem a Lei nº 5.741/71, pois nesta só se permite expressamente a citação por edital no caso do executado residir fora da jurisdição da situação do imóvel, o que em nenhum momento foi comprovado; no silêncio da lei especial, os demais casos de citação por edital seriam os do art. 177 do Código Processual de 1939.

É de se ressaltar que não há nem necessidade de recorrer ao art. 216 do vigente Código Processual, pois mesmo em 1971/72 não se poderia afirmar que um militar estivesse em lugar incerto ou não sabido, exigência expressa da lei processual de então (art. 177, inciso I).

Afastada, por outro lado, a norma do inciso I do mesmo art. 177 do Código de 1939, por não provada a incidência do § 2º do art. 3º da Lei nº 5.741/71, é de toda irregular a citação do executado por edital.

Não se pode considerar válida a atitude da exequente em não promover a citação do executado no endereço constante do contrato e sim no do imóvel objeto do empréstimo por ser obrigatório o uso deste para residência do mutuário, se a própria lei específica (Lei nº 5.741/71) prevê a hipótese de residência do mutuário não só em outro endereço como em outra comarca; logo não há presunção nem *juris tantum* de que a residência obrigatória é no endereço do imóvel para se concluir, a partir daí, que não sendo encontrado o executado em tal endereço, reside em lugar incerto ou não sabido, apesar de ter fornecido à exequente outro

endereço (fls. 8/10 dos autos da ação de execução) além de ser militar (fl. 3, *idem*) o que possibilitaria a localização do endereço do executado.

O v. Acórdão juntado pela embargada é estranho ao feito pois, aí se trata de, por maioria, entender válida a citação por edital, mesmo se conhecido o endereço do executado, se fora da jurisdição da situação do imóvel, fato nem alegado quanto mais comprovado à época do requerimento da citação por edital (fl. 16 dos autos da ação de execução) e meramente alegado na impugnação dos embargos (fl. 17, item 9 dos autos dos embargos) sem justificativas nem provas.

Quanto à alegada «citação» certificada pelo oficial de justiça à fl. 55 verso, dos autos da execução é absurda a afirmação do auxiliar do juízo, pois, a citação só pode ser ordenada por juiz, ora, o mandado de fl. 55 é de «mandado de penhora», para se cumprir despacho de fl. 51 dos autos da ação de execução do seguinte teor: «Expeça-se mandado de penhora», logo a certidão de fl. 55 verso é **resnon escripta** por nula, sem embasamento legal.

Pelo exposto, julgo procedentes os embargos, para decretar a nulidade da citação por edital, feita nos autos da ação de execução, anulando aquele feito de execução a partir da citação, desconstituindo assim a penhora.

Condeno a embargada nas custas e honorários advocatícios que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da execução.

Na intimação da sentença ter-se-á por citado da execução o embargante nos termos do art. 214, § 2º, do CPC» (fls. 73/76).

A embargada apelou, sustentando a preliminar de extemporaneidade dos embargos, e, no mérito, a vali-

dade da citação e dos atos subseqüentes.

Após o recebimento do apelo, sobreveio a resposta do recorrido (fls. 84/86), subindo os autos, em seguida, para este Egrégio Tribunal.

É o relatório, sem revisão, na forma do RI/TFR.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): A Lei nº 5.741 de 1º de dezembro de 1971, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação estabelece que o executado poderá opor embargos no prazo de dez (10) dias contados da penhora (art. 5º).

Por sua vez, o Código de Processo Civil vigente (Lei nº 5.869, de 11-1-73), que se aplica, subsidiariamente na cobrança de crédito hipotecário por força do art. 10 da referida Lei nº 5.741/71, dispõe, expressamente, que não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo pela penhora, na execução por quantia certa ou pelo depósito, na execução para entrega de coisa (art. 737, I e II).

Já o Código de 1939 disciplinava a matéria com termos semelhantes: «Não serão admissíveis embargos do executado antes de seguro o juízo pela penhora ou depósito da coisa, objeto de condenação, ou de seu equivalente.» (art. 1.008).

Como se vê, a falta de segurança do juízo importa na inadmissibilidade dos embargos.

O processo caminha no tempo, sob prazo. Os atos processuais se desenrolam no espaço temporal de dois termos: o *dies a quo* e o *ad quem*. O prazo de embargos é peremptório, sendo defeso às partes reduzi-lo ou prorrogá-lo (CPC, art. 182) e muito menos ainda, antecipá-lo, quando a lei o fixa expressamente.

Eurico Túllio Liebman dizia, com acerto, que «o único meio de que o

executado dispõe são os embargos, que poderão ser promovidos em tempo e forma devida e, para maior garantia do exeqüente, só depois de seguro o juízo pela penhora ou depósito da quantia devida.» (In «Processo de Execução» — Edição Saraiva — 1980 — pág. 216).

No caso em tela, verifica-se que o executado, Adão Elizeu de Carvalho, ingressou nos autos da execução, através de advogado legalmente constituído, com petição de vista do processo, datada de 14 de fevereiro de 1978 (fl. 36 da execução em apenso), após a citação editalícia que pretende anular.

Se para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu, o seu comparecimento espontâneo, no entanto, supre a falta de citação (CPC, art. 214, § 1º). Em outras palavras, ainda que não se tenha como válida, na espécie dos autos, a citação por edital do executado, a sua vinda ao processo para apresentar defesa sanou qualquer irregularidade, acaso, existente, nesse particular, pois a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender (CPC, art. 213).

Ainda compulsando os autos da execução em apenso aos embargos, observa-se que a penhora do bem hipotecado efetuou-se em 28 de novembro de 1978 (fl. 56), de que foi intimado, pessoalmente, o devedor, somente em 31 de janeiro de 1979, consoante informa a certidão de fl. 59v.

Ora, a petição datada de 3 de maio de 1978, foi convertida em embargos do devedor, por força do despacho judicial, que mandou desentranhá-la do processo de execução para ser autuada em apartado, aos 15-3-79 (fl. 64).

Tem-se, pois, que os embargos do devedor, ora, em discussão, foram apresentados, sem os requisitos legais exigidos para ação autônoma de

sua espécie, (CPC, art. 282) com mais de seis (6) meses de antecedência da efetivação da penhora que garantiu a execução, e, recebidos pelo juízo do feito somente há quase quatro (4) meses após a aludida penhora.

Não vejo como se admitir tais embargos, uma vez que sua intempestividade é manifesta, apresentando-se fora do tempo e da forma legal prevista.

Acolho, portanto, a preliminar argüida pela apelante, sendo que, no mérito, o recurso também prospera, em face das razões acima expostas, que comprovam o suprimento da citação do devedor bem antes de realizada a penhora.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso, para que se prossiga na execução.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.532-RS — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Apte.: Farrouilha Companhia Nacional de Seguros. Apdo.: Adão Elizeu de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para que a ação tenha prosseguimento. (Em 15-6-83 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 67.757 — CE

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Apelante: Cibrig do Nordeste Ind. Eletrônica S/A

Apelada: União Federal

EMENTA

Processual. Execução. Penhora. Embargos. Prazo. CPC, art. 738, II.

O prazo para embargos conta-se da intimação da penhora, e não da juntada do auto respectivo ao processo.

Intimação. Oficial de Justiça. Fé Pública. CPC, art. 239, Parágrafo único — III.

Se a pessoa intimada pelo oficial de justiça apõe sua assinatura no auto, improcede a alegação de nulidade; feita ao argumento de falta dos nomes das testemunhas, pois a anuência do intimando, objetiva com a assinatura, prova-se com a certidão do meirinho, que tem fé pública.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas

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

Custas como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Assim se manifestou o Juiz na sentença (fl. 51):

«Os embargos do devedor têm de ser oferecidos dentro no prazo de dez dias contados da intimação da penhora (CPC, art. 738, I), em nada influenciando a data em que foi juntado aos autos o mandado construtivo regularmente cumprido (STF, RE nº 89.873-5-RJ, in DJU, 7-11-78, pág. 8828 e RE nº 90.068-3-MG, in DJU, 21-11-78, pág. 9475).

Ora, no caso, a penhora foi intimada ao representante da devedora no dia 14 de agosto de 1978 (fl. 11v. dos autos em apenso) e, assim, 24 daquele mês (dia útil) era o último dia do prazo para interposição dos embargos. Oferecidos no dia 25 de agosto (ut carimbo de recebimento na portaria fl. 2), o foram a destempo e deveriam ter sido rejeitados (CPC, art. 739, I).

Do exposto, rejeito os embargos por intempestivos e mando que se prossiga com os atos de execução, pois o recurso contra esta decisão só pode merecer efeito devolutivo (CPC, 520, V, e 587, 1ª parte, 2ª hipótese)».

Apelou a embargante alegando, em síntese, nulidade da intimação e cerceamento de defesa por falta de vista após a juntada do processo administrativo (fls. 53/56).

Contra-razões às fls. 58/59.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: A certidão da penhora, assim como a da sua intimação ao representante legal da firma executada, contém a assinatura deste, como depositário dos bens penhorados, e também como intimando, consoante se verifica de fls. 11/11v. do processo em apenso. Dita assinatura coincide com a da procuração outorgada pelo próprio (fl. 4, dos embargos), seguindo-se pela autenticidade de todas elas, aliás não posta em dúvida pelo douto patrocínio. A exigência dos nomes de testemunhas, na certidão de intimação, só tem cabimento quando a pessoa intimada se recusar a apor a nota de ciência (CPC — art. 239, parágrafo único, III), o que não ocorre no caso.

A intimação da penhora, tal como foi formalizada, autoriza a conclusão de certeza sobre a ciência da executada, sobre a penhora. E porque o prazo de 10 dias, para os embargos, no regime do CPC, conta-se da intimação da penhora (no caso 14-8-78), e não do dia da juntada do auto respectivo ao processo, CPC art. 738, I, tem-se que os embargos oferecidos no dia 25 do indicado mês o foram a destempo, pois o decêndio, contado com exclusão do dia do início, se exaurira no dia anterior, 24 de agosto, dia útil.

Por estes motivos e pelos da sentença, nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 67.757-CE — Rel.: O Sr. Min. Moacir Catunda. Apte.: Cibrig do Nordeste Ind. Eletrônica S.A. Apda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso (29-6-83 - 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.253 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Revisor: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

Apelante: União Federal

Apelada: LTM — Administração e Participações S/A

EMENTA

Ação declaratória. Perdas ou diferenças de câmbio. Decreto-Lei nº 401/68 e Portaria 31/69, do Ministério da Fazenda.

Direito ao tratamento fiscal dispensado a perdas ou diferenças cambiais, em financiamento em moeda estrangeira, contraído na vigência do Decreto-Lei nº 401, de 1968, e Portaria GB 31/69, do Ministro da Fazenda.

— Sentença que se mantém por seus próprios fundamentos.

— Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 25 de agosto de 1982 (Data do julgamento) — Ministro **José Fernandes Dantas**, Presidente — Ministro **Miguel Jerônimo Ferrante**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim expõe a espécie, na sentença de fls. 162/168:

LTM — Administração e Participações S.A., com sede nesta capital, ajuizou a presente Ação Declaratória contra a União Federal, ob-

jetivando que a sentença reconheça que:

«A aquisição de ações com recursos em moeda estrangeira tem direito ao tratamento fiscal previsto no Decreto-Lei nº 401/68, em seu artigo 18, na Portaria do Ministério da Fazenda nº 31/69 e demais legislação mencionada na presente petição, para os financiamentos do ativo circulante e, conseqüentemente, as diferenças cambiais deles decorrentes, declaradas como custos ou despesas operacionais».

Alega que, em 23-10-1970, através de instrumento particular de cessão e transferência de ações do Banco Econômico do Rio de Janeiro, em cujo ato figura como cessionária, obrigou-se a liquidar empréstimo efetuado no exterior, na forma da Resolução nº 63, do Banco Central;

que a responsabilidade por ela assumida foi decorrente do fato de que, na aquisição do controle acionário do Banco Econômico do Rio de Janeiro, a moeda de pagamento

foi de parte em dinheiro e o restante através da sub-rogação da responsabilidade dos vendedores, na liquidação de empréstimo no exterior, contraído, como já foi dito, na forma da Resolução nº 63, do Banco Central;

que, assim, as obrigações passivas dos cedentes e Banco Econômico do Rio de Janeiro, consistentes em empréstimo de SW Fr 4.300.000,00, passaram, em decorrência do contrato de 23 de outubro de 1970, à responsabilidade dela, autora;

que, como não poderia deixar de ser, a cessão do controle acionário, bem como a transferência da obrigação de saldar dívidas dos cedentes, foi efetuada mediante processo regular, junto ao Banco Central;

que, cumprindo obrigações contratuais assumidas no instrumento de 23-10-70, pagou, em 20 de junho de 1971 e 28 de junho de 1971, ao credor estrangeiro as quantias de:

a) Cr\$ 201.953,20 — a título de juros sobre empréstimo;

b) Cr\$ 880.683,00 — a título de diferença de câmbio;

que, em 28-6-72, a digna fiscalização do Ministério da Fazenda — Secretaria da Receita Federal — 7ª Região, 3ª Inspeção — sediada nesta cidade do Rio de Janeiro por intermédio do Agente Fiscal dos Tributos Federais — (AF'TF) Sr. Emilio Habibe Filho, serventuário da ré, resolveu lavrar contra ela auto de infração (Processo nº 3.001.222/72), com base em que:

Diferenças de Câmbio no valor de Cr\$ 880.683,00; e

Juros sobre Empréstimos no valor de Cr\$ 201.953,20, são despesas estranhas aos custos e, assim, indedutíveis da receita;

que, em 28-7-1972, tempestivamente, apresentou sua defesa (ro-

tulada, administrativamente, como Reclamação), perante a autoridade fazendária competente, ou seja, o Sr. Delegado Regional da Receita Federal no Estado da Guanabara — hoje Estado do Rio de Janeiro;

que, não logrando provimento a reclamação formulada ao Sr. Delegado da Receita, interpôs, em 11-1-1973, recurso perante o Egrégio Conselho de Contribuintes e que tomou o nº 1.222/72;

que, em 22-4-1975, recebeu, pelo Correio, intimação, sem número, relativa ao Processo nº 1.222/72, através de cujo exame se verifica:

«a) que o Egrégio Conselho de Contribuintes deu provimento, em parte, ao recurso;

b) que a autora tem um prazo de 30 dias para recolher o valor de Cr\$ 268.014,00, acrescido de correção monetária, multa de 50% e juros de mora».

Finalizando, assim concluiu a autora sua peça vestibular:

«Pelo exposto, havendo a suplicante sido intimada em 22-4-75, para recolher, aos cofres da ré, a quantia de Cr\$ 268.014,00, acrescida de correção e multa (vide documento nº 9, incluso), certo de que a mencionada importância tem por motivo gerador a interpretação dada pela ré, de que diferença de câmbio e juros sobre empréstimos não são, para fins de tributação de Imposto de Renda, consideradas como despesas operacionais e, conseqüentemente, dedutíveis na escrituração contábil da autora, é a presente para requerer a V. Exa. a citação da ré na pessoa de um dos seus ilustres procuradores para, querendo, contestar a presente ação que deverá ser julgada procedente com o fim de V. Exa. declarar, por sentença, que;

a) A aquisição de ações com recursos em moeda estrangeira tem direito ao tratamento fiscal previsto no Decreto-Lei nº 401/68, em seu artigo 18, na Portaria do Ministério da Fazenda nº 31/69 e demais legislação mencionada na presente petição, para os financiamentos do ativo circulante e, conseqüentemente, as diferenças cambiais deles decorrentes, declaradas como custos ou despesas operacionais;

b) que é indevida a cobrança, pela ré, à autora, do valor constante da intimação de 2-4-75, que se reporta ao Processo nº 1.222/72, o qual, por sua vez, diz respeito ao auto de infração de 28-6-72, que considerou como despesas estranhas ao custo da autora verbas relativas a diferença de câmbio e juros sobre empréstimos nos valores de Cr\$ 880.683,00 e Cr\$ 201.953,20, respectivamente.

Requer, também, a suplicante que a ré seja condenada em custas e honorários de advogado, na base de 20%.

Juntou os documentos de fls. 9/35.

Houve citação regular (fl. 38).

Contestação às fls. 40/42, integrada com os documentos de fls. 43/64, ressaltando que o objetivo da ação, na realidade, é anular o lançamento do imposto de renda constante da intimação de fl. 26 e que se refere, tão-somente, à diferença de câmbio de Cr\$ 880.683,00, que foi computada nos custos de venda das ações de que trata o contrato de fls. 10/12. Por outro lado, a legislação invocada nos itens 14, 15 e 16 da inicial não tem aplicação no caso dos autos.

Réplica às fls. 66/69, com documento de fls. 70/71.

Deferida prova pericial (fl. 86), a diligência foi realizada (fl. 90). Laudo do perito às fls. 100/126, tendo os assistentes-técnicos oferecido os seus às fls. 130, 136/137.

As partes tiveram vista dos autos (fl. 140), prestando o assistente-técnico da autora os esclarecimentos de fls. 152/155.

Tornou-se desnecessária a realização da audiência de instrução e julgamento, eis que nenhuma outra prova havia a produzir-se naquela oportunidade, pelo que é de aplicar-se o disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil».

A seguir, julgou procedente a ação, condenando a ré nas custas e honorários advocatícios, à base de 10% sobre o valor da causa, e submetendo a sentença ao duplo grau de jurisdição.

Apelou a ré, com as razões de fls. 171/173 (lê).

Contra-razões, às fls. 177/180.

Nesta Instância, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina, às fls. 184/188, pela reforma do decisório.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Na aquisição do controle acionário do Banco Econômico do Rio de Janeiro, através de contrato particular de 23 de outubro de 1970, a apelada, pela cessão e transferência das respectivas ações, pagou Cr\$ 1.600.000,00, e obrigou-se a liquidar um empréstimo de SW Fr 4.300.000,00, contraído na forma da Resolução nº 63, do Banco Central do Brasil.

Em conseqüência da responsabilidade assumida, pagou, a 20 e 28 de junho de 1972, ao credor estrangeiro, mutuante, Cr\$ 201.953,00, a título de

juros, e Cr\$ 880.683,00, como diferença de câmbio.

A pretensão fiscal se esteia no entendimento de que essa diferença de câmbio constitui despesa vinculada à inversão em bens de ativo, e, destarte, ao contrário dos juros, tidos como despesa válida pelo 1º Conselho de Contribuintes, com base no Parecer Normativo CST 123/73, não pode ser considerada como custo operacional. Estranha aos custos, seria despesa indedutível da receita.

Por seu turno, a apelada sustenta a natureza operacional de tal despesa. Enfatiza que a aquisição de sociedade, com recursos em moeda estrangeira, tem direito ao tratamento fiscal do Decreto-Lei nº 401, de 1968, e da Portaria GB nº 31, do Ministro da Fazenda, vigentes à época dos fatos, «em consequência do que a efetiva utilização dos recursos financeiros corresponde ao tratamento fiscal dado aos financiamentos do ativo circulante» (fl. 68).

A controvérsia, portanto, reside em saber se, na hipótese, a diferença de câmbio é ou não despesa operacional.

Posta a questão nesses termos, tem-se que, realmente, à época dos fatos, regiam as perdas ou diferenças cambiais, nos financiamentos em moeda estrangeira, o art. 18 do Decreto-Lei nº 401, de 1968, que deu nova redação ao art. 56, suas alíneas e parágrafo único, da Lei nº 4.506, de 1964, e a Portaria GB nº 31/69, do Ministro da Fazenda.

Sob o comando da nova redação dada ao art. 56 da Lei nº 4.506, de 1968, pelo art. 18 do Decreto-Lei nº 401/68, as perdas de câmbio, verificadas no curso do ano-base, deveriam ser escrituradas em conta especial do ativo pendente, para compensação do ativo imobilizado ou de manutenção do capital de giro próprio, conforme o caso.

Já a Portaria GB nº 31/69, distinguindo as obrigações contraídas para financiamento do ativo imobilizado daquelas contraídas para financiamento do ativo circulante, estabelecia:

«III — nas obrigações contraídas para financiamento do ativo imobilizado:

a) o saldo devedor será anualmente atualizado, simultaneamente com a correção monetária do imobilizado (artigo 57 § 5º da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958), observadas as seguintes condições:

1. a correção do valor dos bens para cuja aquisição as obrigações tiverem sido contraídas, compensará a atualização do passivo, representado pelo saldo dessas obrigações;

2. a atualização terá por limite a compensação referida no inciso I anterior;

b) as perdas de câmbio realizadas no curso do exercício social, em relação à taxa adotada na última correção procedida nos termos da alínea a anterior, serão registradas:

1. como custo ou despesa operacional, na proporção da depreciação, amortização ou exaustão acumulada dos bens para cuja aquisição as obrigações tiverem sido contraídas; e

2. como acréscimo do ativo, na proporção do valor desses bens;

IV — nas obrigações contraídas para financiamento do ativo circulante:

a) as perdas de câmbio realizadas poderão ser registradas como custo ou despesa operacional; e

b) o saldo devedor dessas obrigações será computado no passivo exigível para efeito de determinar o

montante do capital de giro próprio de que trata o artigo 19 do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968».

Também o Decreto nº 54.145, de 1964, que regulamentou os artigos 3º, 5º e 6º da Lei nº 4.357, de 1964, veio estabelecer:

«Art. 2º Integram o ativo imobilizado, para os efeitos de correção monetária, os bens que se destinem à exploração do objeto social ou à manutenção das atividades da pessoa jurídica».

E, ainda, o art. 27 da Lei nº 4.357, de 1964, e o artigo 19, do Decreto-Lei nº 401, de 1968, facultaram às pessoas jurídicas abater do lucro tributável, apontado nos exercícios a que se referem «a importância correspondente ao capital de giro próprio durante o período, base da declaração». E definiam o capital de giro próprio, para o efeito que preconizavam, como «o resultado da soma dos valores do ativo disponível e ativo realizável, diminuído do valor do passivo exigível, depois de excluídos do ativo realizável», entre os valores que especificam, «as ações, quotas e quaisquer títulos, correspondentes à participação societária em outras empresas».

Ao enfoque dessas normas legais e regulamentares, o vistor oficial, após asseverar que a apelada cumpriu as regras contábeis determinadas pelo art. 18 do Decreto-Lei nº 401, de 1968, e Portaria GB 31/69, mencionados, e de examinar os aspectos da questão, suscitados nos quesitos das partes, assim sintetiza sua análise:

«a) que em junho de 1971, eram vigentes o artigo 18 do Decreto-Lei nº 401/68 e a Portaria nº 31/69 do Ministério da Fazenda, com relação à escrituração e ao tratamento fiscal das perdas ou diferenças de câmbio;

b) que o tratamento dado pela Portaria nº 31/69 para as perdas de câmbio depende da efetiva aplicação dos recursos na aquisição do bem e, para que seja considerado como bem conseqüente de financiamento do ativo imobilizado, para os efeitos fiscais, deve ser corrigível monetariamente, bem como, que seja depreciable, amortizável ou exaurível, o que permitirá, por inteiro, a simultânea atualização anual da obrigação com a compensação com o valor corrigido do bem e a dedução, como custo ou despesa operacional, das perdas cambiais no curso do exercício da proporção da depreciação, amortização ou exaustão acumulada do mesmo bem. Foi assim esclarecido que as ações de sociedades emissoras obrigadas à correção monetária, quando constantes do ativo imobilizado da sociedade acionista não podem ser corrigidas, pois ensejaria a dupla correção, não podendo, obviamente, ocorrer a simultânea correção do valor das ações com o valor da obrigação. Conseqüentemente, não podendo ser considerada como valor de inversão, pela não aplicação dos recursos como bem de ativo imobilizado sujeito à correção monetária, e sendo obrigatória a escrituração atualizada do saldo da obrigação do financiamento em moeda estrangeira, evidente que as diferenças cambiais decorrentes dessa atualização serão escrituradas, em contrapartida, no ativo pendente, para sua apropriação como custo ou despesa operacional quando da sua efetiva liquidação, o que ocorreu em junho de 1971;

c) que conforme dispõe o art. 27 da Lei nº 4.357/64 e o art. 19 do Decreto-Lei nº 401/68, as ações, cotas e outros títulos correspondentes à participação societária em outra empresa, são bens do ativo realizável e, como tal, bens adquiridos

com financiamento do ativo circulante. Como bens e valores do ativo circulante são enquadrados aqueles que integram o ativo disponível e o ativo realizável.

E conclui:

«... que a pretensão da autora encontra, na sua opinião, amparo no § 1º do art. 2º do Decreto nº 54.145/64, face a que as ações de capital de sociedades não integram o ativo imobilizado para os efeitos da correção monetária» (fls. 109/110).

De igual modo, ao exame da matéria, dou pela legitimidade dessa pretensão.

É que não vislumbro, na questionada diferença de câmbio, resultado de inversão em bens do ativo.

A meu ver, as considerações e conclusões do laudo oficial não deixam dúvida quanto à improcedência do procedimento fiscal.

Aliás, em tese, a apelante não nega, à luz da legislação referenciada, que a perda de câmbio resultante de empréstimo em moeda estrangeira constitua despesa operacional.

Tão-só se firma na alegação de que, no caso vertente, os acessórios decorrentes do empréstimo em foco derivaram de investimento feito pela apelada, portanto sem condições de gerar despesas operacionais. À apelada, pelo fato de não ter participado, diretamente, da operação de empréstimo, não assistiria direito de considerar como despesas operacionais os encargos que provieram dessa transação. A parcela de diferença de câmbio, na hipótese, caracterizar-se-ia, não como despesa, e sim como custo de aquisição do ativo. Assim, o encargo não seria dedutível, posto que estaria a traduzir inversão em aquisição de bens.

Nessa linha de entendimento está toda a sua defesa.

Seu assistente-técnico insiste nesse ponto de vista, embora endosse as respostas do perito do Juízo no concernente «à parte doutrinária e técnico-fiscal», que reputa expostas com «clareza e brilhantismo». Aduz que, por não haver a apelada pactuado o contrato de financiamento, «as normas relativas à Resolução nº 63 no que tange à legislação do Imposto de Renda não podem ser consideradas no caso em exame». A seu parecer, descabe a pretensão da apelante porque não há «prova de celebração de qualquer aditivo entre a autora e o Banco Industrial de Campina Grande S.A.», no qual foram depositadas as ações transferidas, em garantia do empréstimo enfocado.

Tal posicionamento me parece equivocado.

Com efeito.

A vinculação ao contrato de financiamento decorre do próprio contrato de cessão do controle acionário do Banco Econômico do Rio de Janeiro S.A. que, obviamente, só se efetivou mediante processo regular perante o Banco Central do Brasil.

Na realidade, ao assumir a responsabilidade pelo empréstimo, a apelada substituiu o mutuário no pólo da relação jurídica, obrigando-se perante o credor estrangeiro, na forma da citada Resolução nº 63. E é de notar que o 1º Conselho de Contribuintes reconheceu essa substituição, ao excluir da exigência fiscal o valor dos juros pagos em razão do empréstimo. E fê-lo, também, o estabelecimento bancário no qual se encontravam depositadas as ações, em garantia do empréstimo, senão por força da celebração formal do aditivo, pelo menos tacitamente, ao receber da apelada os valores correspondentes aos juros e ao principal emprestado.

Tenho, pois, como corretas, as seguintes asseverações sentenciárias:

«Entendo, *data venia* do pronunciamento da Procuradoria da República e do laudo do assistente-técnico da ré, que os benefícios fiscais concernentes à verba de juros confunde-se com a da diferença de câmbio para o pagamento do contrato de aquisição do poder acionário, sob pena de ficar desfigurada a transação que, em parte — quanto aos juros do empréstimo — fora acolhida, pendendo a mais elevada, da diferença de câmbio, não obstante ser óbvio o seu pagamento em decorrência da destinação, única e exclusiva, da aquisição das ações de que fala a inicial.

A prova pericial nesse sentido realizada deixou bem claro, inclusive com a concordância dos assistentes técnicos, que a pretensão da autora encontra amparo no § 1º do art. 2º do Decreto nº 54.145/64, face a que as ações de capital de sociedade não integram o ativo imobilizado para os efeitos da correção monetária.

Também ficou expresso que, nos termos do art. 27 da Lei nº 4.357/64 e do art. 1º do Decreto-Lei nº 401/68, as ações, cotas e outros títulos correspondentes à participação societária em outra empresa, são bens do ativo realizável e, como tal, bens adquiridos com financiamento do ativo circulante. Como bens e valores do ativo circulante são enquadrados aqueles que integram o ativo disponível e o ativo realizável».

.....

«O raciocínio e a interpretação dos louvados refletem, realmente, o princípio do ordenamento fiscal que foi acolhido quanto à verba menor, de juros, mas desatendido na parte maior, da diferença de câmbio decorrente da despesa declarada como financiamento que integrou as obrigações assumidas

pelos adquirentes do controle acionário.

Portanto, a tributação das despesas operacionais não deve incidir sobre essa verba, que nada mais representa do que uma obrigação assumida, em moeda estrangeira, de financiamento do ativo circulante, e não imobilizável, como quis fazer crer a autoridade fazendária.»

Face ao exposto, nego provimento à apelação, mantida a decisão remetida por seus próprios fundamentos.

É o voto.

VOTO REVISÃO

O Sr. Ministro Américo Luz: Senhor Presidente. Senhores Ministros.

O exame a que procedi nos presentes autos trouxe-me à conclusão de que o MM. Juiz a quo decidiu a espécie acertadamente, ao fundamentar-se *in verbis*:

«Entendo, *data venia* do pronunciamento da Procuradoria da República e do laudo do assistente-técnico da ré, que os benefícios fiscais concernentes à verba de juros confunde-se com a da diferença de câmbio para o pagamento do contrato de aquisição do poder acionário, sob pena de ficar desfigurada a transação que, em parte — quanto aos juros do empréstimo — fora acolhida, pendendo a mais elevada, da diferença de câmbio, não obstante ser óbvio o seu pagamento em decorrência da destinação, única e exclusiva, da aquisição das ações de que fala a inicial.

A prova pericial nesse sentido realizada deixou bem claro, inclusive com a concordância dos assistentes-técnicos, que a pretensão da autora encontra amparo no § 1º do art. 2º do Decreto nº 54.145/64, face a que as ações de capital de sociedade não integram o ativo imobilizado para os efeitos da correção monetária.

Também ficou expresso que, nos termos do art. 27 da Lei nº 4.357/64 e do art. 1º do Decreto-Lei nº 401/68, as ações, cotas e outros títulos correspondentes à participação societária em outra empresa, são bens do ativo realizável e, como tal, bens adquiridos com financiamento do ativo circulante. Como bens e valores do ativo circulante são enquadrados aqueles que integram o ativo disponível e o ativo realizável.»

Leiam-se os seguintes esclarecimentos prestados pelo perito, com os quais os assistentes-técnicos, em tese, concordaram:

a) que em junho de 1971, eram vigentes o artigo 18 do Decreto-Lei nº 401/68 e a Portaria nº 31/69 do Ministro da Fazenda, com relação à escrituração e ao tratamento fiscal das perdas ou diferenças de câmbio;

b) que o tratamento dado pela Portaria nº 31/69 para as perdas de câmbio depende da efetiva aplicação dos recursos na aquisição do bem e para que seja considerado como bem conseqüente de financiamento do ativo imobilizado, para os efeitos fiscais, deve ser corrigível monetariamente, bem como, que seja depreciável, amortizável ou exaurível, o que permitiria, por inteiro, a simultânea atualização anual da obrigação com a compensação com o valor corrigido do bem e a dedução, como custo ou despesa operacional, das perdas cambiais no curso do exercício, na proporção da depreciação, amortização ou exaustão acumulada do mesmo bem. Foi assim esclarecido que as ações de sociedades emisoras obrigadas à correção monetária, quando constantes do ativo imobilizado da sociedade acionista não podem ser corrigidas, pois ensejaria a dupla corre-

ção, não podendo, obviamente, ocorrer a simultânea correção do valor das ações com o valor da obrigação. Conseqüentemente não podendo ser considerada como valor de inversão, pela não-aplicação dos recursos como bem de ativo imobilizado sujeito à correção monetária, e sendo obrigatória a escrituração atualizada do saldo da obrigação do financiamento em moeda estrangeira, evidente que as diferenças cambiais decorrentes dessa atualização serão escrituradas, em contrapartida, no ativo pendente, para sua apropriação como custo ou despesa operacional, quando da sua efetiva liquidação, o que ocorreu em junho de 1971».

O raciocínio e a interpretação dos louvados refletem, realmente, o princípio do ordenamento fiscal que foi acolhido quanto à verba menor, de juros, mas desatendido na parte maior, da diferença de câmbio decorrente da despesa declarada como financiamento que integrou as obrigações assumidas pelos adquirentes do controle acionário.

Portanto, a tributação das despesas operacionais não deve incidir sobre essa verba, que nada mais representa do que uma obrigação assumida, em moeda estrangeira, de financiamento do ativo circulante, e não-imobilizável, como quis fazer crer a autoridade fazendária.»

Com o devido respeito, não vislumbro o equívoco apontado pelo ilustrado Subprocurador-Geral da República, porquanto a sub-rogação da apelada em direitos de terceiro, na espécie, se operou validamente. A perícia realizada nos autos evidenciou que a apelada fez jus, *ex vilegis*, a sub-rogar-se nos aludidos direitos, fato esse que a sentença, implicitamente, reconheceu, sem incidir no en-

gano mencionado pelo nobre representante da União Federal nesta Turma.

Tais considerações, agora enriquecidas pelas que em seu judicioso voto acaba de aduzir o eminente Ministro-Relator, levam-me a confirmar a sentença remetida, pois, como S. Exa., nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 68.253-RJ — Rel.: Min. O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante — Revisor: O Sr. Ministro Américo

Luz — Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara — Apte.: União Federal — Apda.: LTM — Administração e Participações S.A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (6ª Turma — em 25-8-82). Sustentou, oralmente, pela apelada o Dr. Rodolpho de Barros Corrêa, e pela apelante o Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros: Américo Luz e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.439 — RS

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Sacartezini

Remetente: Juízo de Direito da 2ª Vara de São Jerônimo

Apelantes: Heli Rodrigues da Silva e IAPAS

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Previdência social. Aposentadoria especial. Revisão de proventos. Auxílio-doença Acidentário mensal.

O segurado aposentado que efetuou obrigatoriamente o recolhimento das contribuições devidas, na forma da lei, faz jus à revisão de seus proventos para que neles sejam incluídos os valores relativos ao período em que esteve em gozo de auxílio-doença acidentário (Lei nº 5.316/67, art. 7º, parágrafo único).

— Preliminar rejeitada.

— Prescrevem em 5 anos os benefícios de pagamento único e as mensalidades, não o direito à pensão, expressamente ressalvado.

— Apelos improvidos.

— Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento às apelações, na

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

Custas como de lei.

Brasília, 11 de maio de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Carlos

Madeira, Presidente — Ministro
Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini:
Ação sumaríssima relatada pelo cul-
to Juiz monocrático, à fl. 19, verbis:

«Heli Rodrigues da Silva, qualifi-
cado à fl. 2, ajuizou a presente
ação contra o Instituto Nacional de
Assistência Médica da Previdência
Social — INAMPS, pleiteando fos-
sem incluídos os períodos em que
esteve em gozo de auxílio-doença
acidentário, no cálculo do valor de
sua aposentadoria. Discrimina os
períodos na inicial, pedindo a re-
quisição do processo administrati-
vo e, a final, condenação do réu.

Em contestação, alega-se que o
direito de revisão da aposentadoria
encontra-se prescrito, consoante
disposição do artigo 214 da Consoli-
dação das Leis da Previdência So-
cial (Decreto nº 77.077, de 24-1-76)
e artigo 383 do Regulamento dos
Benefícios da Previdência Social
(Decreto nº 83.080, de 30-3-1979); no
mérito, afirma-se que inexistente su-
porte legal e fático para amparar
a pretensão do autor.

Apresentados o processo admi-
nistrativo e a carteira de trabalho
do autor, conforme consignado em
ata, não havendo outras provas,
encerrou-se a instrução. No deba-
te, as partes reprisaram suas ante-
riores alegações, manifestando-se
o Dr. Promotor Público pela im-
procedência do feito.»

Decidindo o litígio, o ilustre Julga-
dor a quo assim manifestou o seu
entendimento (fl. 21):

«O período de afastamento da
atividade laboral, decorrente de
acidente de trabalho, não pode vir
em prejuízo do obreiro. A índole
protetiva das leis sobre acidentes
do trabalho e normas previdenciá-
rias impõem que se aplique a lei,

atendendo-se aos fins sociais a que
ela se dirige.

Ademais, efetiva-se o desconto
em favor da previdência social,
mesmo quando o acidentado se en-
contra percebendo o auxílio-doença
acidentário. E a razão deste des-
conto só pode ser encontrada na
finalidade de evitar prejuízos futu-
ros ao acidentado, que se afastou
do trabalho temporariamente.

Daí que existe suporte legal e fá-
tico a amparar a pretensão deduzi-
da em Juízo.»

Deu pela procedência da ação,
condenando o réu a efetuar a corre-
ção do valor da aposentadoria do au-
tor, com as demais conseqüências da
condenação, conforme consta da
íntegra da sentença recorrida (fls.
19/22).

Apelou o suplicante (fls. 24/29), in-
conformado com parte da sentença,
sendo oferecidas contra-razões pelo
Instituto às fls. 36/38.

Recorreu a Autarquia às fls. 39/42,
contra-arrazoado pelo Postulante às
fls. 44/46.

Não se manifestou a douta
Subprocuradoria-Geral da Repúbli-
ca, assistente no feito.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini:
Não há como ser atendida a preten-
são do impetrante de que se trata de
Processo de Acidente do Trabalho.

Trata-se de ação previdenciária,
dada a natureza do pedido.

Pretende-se a revisão de benefício.

O que se discute é se se deve in-
cluir as parcelas descontadas a títu-
lo do auxílio-doença no cálculo da
aposentadoria, e que não é matéria
acidentária.

Competente é, portanto, a Justiça
Federal para apreciar e decidir so-
bre o pedido.

Correto, outrossim, a meu ver, o entendimento do MM. Juiz monocrático, esposado em sua decisão ao declarar prescritas as parcelas anteriores aos últimos cinco anos, pois nada mais fez que aplicar a disposição legal concernente (arts. 270 e seguintes — Regulamento dos Benefícios da Previdência Social).

Não se há de falar em prescrição do direito de revisão como pretende o réu, amparado nos artigos 214 da CLPS e 383 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

A respeito, bem e corretamente esclareceu o Dr. Juiz ao dizer que os dispositivos citados pelo réu são complementados e explicitados pelos mandamentos dos artigos 109 da CLPS e 271 e 272 do Rg. dos Benefícios da Previdência Social, dizendo:

«Dispõe o artigo 109: «O direito ao benefício não prescreverá, mas prescreverão as prestações respectivas não reclamadas no prazo de cinco anos contados da data em que forem devidas». Acrescentando o parágrafo único que «A aposentadoria ou pensão para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos não prescreverá mesmo após a perda da qualidade de segurado.»

Estatui o artigo 271 do Regulamento «Não prescreve o direito do beneficiário às prestações...» complementando o artigo 272 que prescrevem em cinco anos, contados da data em que começaram a ser devidas as mensalidades ou os benefícios de pagamento único.

Assim colocada a questão e sabendo-se que os textos interpretados devem ser tidos como harmônicos e não conflitantes, segue-se que prescrevem em cinco anos os benefícios de pagamento único e as mensalidades, não o direito à pensão, expressamente ressalvado.

Daí que as contribuições, infrações e prestações previdenciárias, não poderão ser revistas, após cinco anos, salvo tratando-se de aposentadoria, pensão ou outro fato que dê origem a prestações sucessivas. Nestas, prescrevem apenas as prestações, não o fundo ou núcleo do direito.

Consagrou a legislação previdenciária tese também aceita no âmbito do Direito do Trabalho: «Na Lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina» (Prejulgado do TST nº 48)».

Inadmissível, a meu ver, a preliminar argüida pelo réu, razão por que a rejeito.

É o meu voto.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: No mérito, pretende o Instituto negar ao autor revisão do valor da aposentadoria que lhe foi paga por entender que não é devido, para conjunto nos cálculos, o período de acidente do trabalho em que esteve em gozo o ora apelado.

Entende a Autarquia que seria uma acumulação sem suporte legal para tanto.

Meu entendimento é contrário. O autor, conforme consta da CTPS, foi passível de diversos acidentes do trabalho, recebendo então os correspondentes auxílios-acidentes e por eles fez o respectivo desconto previdenciário.

Quando dos acidentes, estava em vigor na Lei nº 5.316/67, que em seu art. 7º, parágrafo único, garantia ao acidentado o auxílio-acidente mensal e não vitalício, e mandava adicioná-lo ao salário de contribuição para o cálculo de qualquer outro benefício

não resultante do acidente. Com a lei nova, a de nº 6.367/76, tal benefício passou a ser vitalício, não podendo, destarte, ser adicionado para cálculo de aposentadoria, pois, enquanto viver o segurado receberá paralelamente a qualquer outro benefício.

Como visto, o autor não se enquadra nesta segunda hipótese. E, se por razão de benefícios recebidos, teve que recolher os descontos previdenciários é justo que estes sejam levados em conta para o cálculo da aposentadoria, mormente quando o autor não os receba vitaliciamente.

Nego provimento a ambos os apelos e confirmo a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 70.439-RS — Rel.: O Sr. Min. Flaquer Scartezini — Remte.: Juízo de Direito da 2ª Vara de São Jerônimo. Aptes.: Heli Rodrigues da Silva e IAPAS. Apdos.: Os mesmos.

Decisão: A turma, por unanimidade, negou provimento às apelações. (Em 11-5-82).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Mins. Carlos Madeira e Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 72.023 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Apelante: Produtos Alimentícios Cardoso S/A

Apelada: Ind. Alimentícia Aymoré Ltda

EMENTA

Administrativo. INPI. Marca registrada. Sua integração em nome comercial ou denominação social.

No caso concreto, a denominação social, incluindo a expressão «Aymoré», precedeu ao registro da marca «Aymoré».

A cessão do registro nº 351.416 em que se louva a inicial — primeira das marcas múltiplas Aymoré transferida à a. — dada como legítima na sentença, não lhe comunicou exclusividade de marca, único título hábil a autorizar a pretensão da suplicante, ante a coexistência de outras idênticas, à época, de propriedade da cedente; qualquer aperfeiçoamento posterior desse direito, mediante cessão ou aquisição dos demais registros de igual marca, relativamente ao mesmo ramo, terá realmente encontrado a ré tutelada pelo arquivamento oportuno, no órgão competente, da alteração da sua denominação social, ora atacada, situação subjetiva imune a fatos supervenientes que favoreçam terceiros.

Negou-se provimento ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 25 de junho de 1982. (Data do julgamento.) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Produtos Alimentícios Cardoso S.A. ajuizou a presente ação contra Indústrias Alimentícias Aymoré Ltda., objetivando compelir a ré a alterar sua denominação para dela retirar o termo «Aymoré».

Apensados a esses autos encontram-se os referentes a uma ação ordinária proposta pela ré acima contra a Companhia Aymoré de Representações e Administração e o INPI, pretendendo anular contrato de cessão de diversas marcas Aymoré, entre as quais a do Registro nº 351.415, relativo à marca de igual nome (Aymoré) e obter o cancelamento da anotação de transferência do citado registro, ação em que Produtos Alimentícios Cardoso ofereceu oposição, para ver reconhecida a legitimidade do contrato de cessão e seu direito à marca Aymoré, registro pré-referido.

No referente à presente ação, a r. sentença de primeiro grau, às fls. 392/4 equacionou a controvérsia nesses termos:

«Sustenta a ora autora que é sua a marca que antes pertencera a Massas Alimentícias Aymoré Ltda. e que depois foi cedida à Companhia Aymoré de Representações e Administração pelo contrato datado de 3 de setembro de 1968. Essa última empresa, já sob a denominação de Cara-Administração e Representações Ltda., cedeu à ora autora a marca mediante o instru-

mento de fls. 24/25 dos segundos autos, tendo sido essa transferência levada à anotação no INPI pelo documento de fl. 26.

A antiga Companhia Aymoré de Representações e Administração depois Cara-Administração e Representações Ltda., não somente pelo contrato de cessão de marcas, como também pelo contrato de cessão de quotas de que saiu da participação societária das Massas Alimentícias Aymoré Ltda. teria ficado com todas as marcas Aymoré, inclusive a de nº 351.415, ficando expresso na cláusula 5ª desse último ato que os cessionários das quotas apenas as usariam por período determinado, a critério da cedente, que deveria indicar aqueles para quem as marcas deveriam ser transferidas e pagar as despesas de transferência inclusive.

Assim, somente como um ato abusivo poderia a ora ré, então sob a denominação de Indústria Alimentícia Piam Ltda., pretender a anotação, em seu nome, da marca Aymoré, objeto do Registro nº 351.415.

Argumenta a autora que, pertencendo-lhe o direito da exclusividade de uso da marca sob o nº 351.415, nenhuma outra sociedade do mesmo ramo poderia incluir em sua denominação a marca Aymoré sem violar esta exclusividade. Assim teriam entendido os Egrégios Supremo Tribunal Federal e Tribunal Federal de Recursos.

Tanto maior seria a má fé da ré que, mesmo sabendo que não tinha direito ao uso da marca e do nome comercial Aymoré, promoveu a alteração de seu contrato social para substituir o nome Indústria Alimentícia Piam Ltda. para Indústrias Alimentícias Aymoré Ltda. Se a marca em questão destina-se a assinalar «massas alimentícias»,

como os produtos incluídos no ramo de atividades da ré, a inclusão do nome comercial Aymoré na denominação dessa empresa poderia gerar confusão entre os consumidores dos produtos fabricados pela autora sob a marca Aymoré.

Haveria, de parte da ré, devido às circunstâncias que cercaram a adoção do nome Aymoré, até concorrência desleal, em que ela procuraria granjear um proveito não merecido.

Daí a ação em que Produtos Alimentícios Cardoso S.A. deseja obrigar Indústrias Alimentícias Aymoré Ltda. a retirar de sua denominação a expressão identificadora da marca, sob pena de, não o fazendo, pagar uma multa diária de Cr\$10.000,00, a partir da citação, mais custas e honorários advocatícios.

Indústrias Alimentícias Aymoré Ltda. contestou a ação às fls. 58/61, levantando duas preliminares:

A primeira, de falta de pressuposto essencial para que a autora possa obrigá-la a retirar a expressão Aymoré de sua denominação, pois o contrato de cessão de marcas, datado supostamente de 3-9-70, seria nulo pelos motivos já expostos na outra ação, não produzindo efeitos, de sorte que a empresa Cara Administração e Representações Ltda., não poderia transferir, à primeira, a marca. Não sendo titular da marca, não poderia a autora compelir a ré a tomar tal providência.

A segunda preliminar prende-se à decadência do direito da ação, sabendo-se que em matéria de nome comercial, o prazo extintivo seria de cinco anos, previsto para as ações por ofensa ou dano causador ao direito de propriedade, nos termos do artigo 178, parágrafo 10, inciso IX, do Código Civil. A ré ado-

tou sua nova denominação através de sua 39ª alteração contratual datada de 19-4-71 e protocolada na Junta Comercial em 27-5-71. A decadência, na pior das hipóteses, teria ocorrido, assim, em 27-5-76.

De cinco anos também seria o prazo da ação de nulidade do ato de arquivamento de atos instituídos das sociedades nos órgãos do Registro de Comércio (Código Civil, art. 178, § 10, VI), se esse fosse o objeto da presente ação.

Quanto ao mérito, a ré teria agido de boa fé, tanto ao incluir em sua denominação a expressão disputada, como ao solicitar a anotação da mudança de titular da marca que considera legitimamente integrante de seu patrimônio.

A Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro teria lhe dado razão em dois processos que ali correram sobre o assunto.

Por esses motivos, seria improcedente a ação.»

Paralelamente, o culto magistrado a quo, Dr. Carlos Augusto Thibau Guimarães, julgou improcedente a ação, condenando a autora a pagar a honorária de 20% sobre o valor dado à causa.

Apelou a vencida, sustentando que das marcas mencionadas no contrato celebrado em 30-9-68 e referidas na sentença, algumas já lhe foram transferidas e outras deixaram de existir por falta de prorrogação do prazo de vigência, de modo que, nesta altura, é ela a única titular de registros da marca em causa no ramo de produtos alimentícios, e, mais especificamente, nas classes 32 e 33, circunstâncias que lhe asseguram a «exclusividade de seu uso, nos termos do art. 59 da Lei nº 5.772/71; sem resposta, neste Tribunal, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo improvido do recurso, em parecer da lavra do Dr. Paulo Sollberger, com

juntada de elementos fornecidos pelo INPI, e, sobre esses, pronunciou-se a apelante, ratificando a douta Subprocuradoria-Geral da República o seu parecer anterior.

É o relatório. Ao eminente Revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): Consoante emerge dos autos, na presente ação, pretende a a. contra a ré seja essa compelida a excluir de sua denominação social — Indústrias Alimentícias Aymoré — a componente última — Aymoré — alicerçando a inicial no fato de ser titular do registro da marca «Aymoré», objeto do Registro nº 351.415, no ramo de massas alimentícias, fl. 32, a ela transferida, através do documento de fls. 24/5 com anotação no INPI (fl. 26), alegando que aquele uso indevido afronta o seu direito de exclusividade, assegurado no art. 59 da Lei nº 5.772/71.

A r. sentença recorrida, ao dar pela improcedência da ação, contendo-se nos limites da controvérsia então posta no fundamento básico de direito e de fato, aduzido na inicial, e à luz da prova até então produzida, considerou que a a. era titular apenas de um dos múltiplos registros da marca Aymoré, como resulta claro de fl. 402, verbis:

«À oponente foi transferida somente uma das marcas Aymoré, aquela registrada sob o nº 351.415 (fls. 24/25). Ora, pelo contrato de cessão de marca, celebrado em 3-9-68 entre Massas Alimentícias Aymoré Ltda. e Companhia Aymoré de Representações e Administração, são diversas as marcas Aymoré e não somente a de nº 351.415. Todas as demais ficaram com a Companhia Aymoré de Representações e Administração ou, pelo menos, não foram transferidas à autora.

Assim, não pode a autora pretender exclusividade na utilização da marca ou de nome comercial que contenha a mesma expressão de marca, posto que outras empresas que não a autora, também poderão desfrutar do mesmo direito.»

A apelante, em suas razões de recurso, sustenta que, diversamente do concluído pelo MM Juiz a quo, não é ela proprietária, apenas, do Registro nº 351.415, mas o é ainda das demais marcas «Aymoré», registradas no INPI, decorrendo daqui a exclusividade alegada no ramo de produtos alimentícios, em especial, das classes 32 e 33, como se vê dos outros Registros de nºs 358.165 e 258.345 (docs. 1/6 juntos ao apelo), aditando, em memorial, que, também, ao opostamente entendido pela douta Subprocuradoria-Geral da República que a componente Aymoré da denominação social da ré não precedeu à marca Aymoré da recorrente, reportando-se, ainda, aos elementos fornecidos pelo INPI, às fls. 442/5, trazidos por solicitação da Subprocuradoria-Geral da República.

Extrai-se da prova que a suplicada passou a denominar-se com a expressão integrante «Aymoré» em 19-4-71, Protocolo nº 15.400, de 27 de maio seguinte (doc. 12) e os direitos sobre o Registro nº 351.415 foram cedidos à a., a 20-6-77 (doc. 6), sendo certo que a cedente era então titular de outros registros da marca Aymoré (doc. 3); outrossim, conforme ofício de fl. 442, de 7-12-81, a suplicante é detentora além do Registro nº 351.415 (doc. 32), mais os de nºs 258.345 (doc. 29), 358.165 (doc. 32), 502.050 (doc. 33), 502.753 (doc. 33), 502.754 (doc. 35), 13.458 (doc. 32), todos referentes a produtos afins, gêneros alimentícios, e que os demais, em número de oito, pertencem a outras firmas e se referem a classes diferentes, não-afins a produtos alimentícios.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao oficiar nos autos, às fls. 436, depois de recordar que a legislação brasileira sempre proibiu o registro dos atos constitutivos de sociedade cujo nome contenha expressão de fantasia, anteriormente registrada para marca de terceiros (art. 110 do Decreto-Lei nº 7.903/45 e 49 da Lei nº 4.126/65, acrescentou (fl. 439):

«Na hipótese, todavia, a denominação social, incluindo a expressão «Aymoré», precedeu a marca «Aymoré» em nome da apelante. Pelo contrato de cessão pactuado em 20-7-77 (fls. 24/25) a apelante adquiriu a titularidade de uma das diversas marcas Aymoré então existentes, não os direitos relativos ao nome comercial.

Não pode a apelante, por via de uma simples transação marcária obter exclusividade na utilização da expressão «Aymoré» também ao nome comercial, até mesmo porque, segundo se verifica das informações em anexo, não é a apelada a única empresa, no ramo dos produtos alimentícios a incluir, em seu nome comercial, a expressão «Aymoré».

Posteriormente, ante a insistência da apelante, volta a afirmar (fl. 452):

«O fato de pertencerem à apelante «todos os registros referentes à marca Aymoré que digam respeito a massas e produtos de padaria e confeitaria», em nada modifica a conclusão do nosso pronunciamento de fls. 436/440.

É que a denominação social da ré, incluindo a expressão Aymoré como parte principal e característica, precedeu as marcas Aymoré, em nome da autora. A ré negociou as marcas, não os direitos relativos ao nome comercial que integra o seu fundo de comércio, representado pelo conjunto das coi-

sas corpóreas e incorpóreas que constituem seu patrimônio.»

De fato, como já antecipado, a alteração social da denominação da ré, impugnada pela a., é de 1971 (doc. 12) enquanto a cessão do Registro nº 351.415 à a., invocado na inicial, é de 20-6-77, seis anos após; de outro lado, ao tempo da propositura da ação, a suplicante era titular apenas daquele registro, e os demais, das classes afins 29, 32 e 33, só lhe passaram à titularidade após a fixação dos limites da lide e, alguns, possivelmente, depois da sentença de primeiro grau, sendo certo que, no caso concreto e nos limites da lide posta no Juízo de primeiro grau, não há falar-se em exclusividade decorrente de marca, com projeção na composição de denominação social da ré por filiada apenas a um registro, coexistente outros de igual marca, no mesmo ramo de comércio, ao tempo da cessão primeira.

Em síntese, a cessão do Registro nº 351.415 em que se louva a inicial — primeira das marcas múltiplas Aymoré transferida à a. — dada como legítima na sentença, não lhe comunicou exclusividade de marca, único título hábil a autorizar a pretensão da suplicante ante a coexistência de outras idênticas, à época, de propriedade da cedente, como acertadamente concluía a sentença; qualquer aperfeiçoamento posterior desse direito, mediante cessão ou aquisição dos demais registros de igual marca, relativamente ao mesmo ramo — pedida reformulação constante do apelo — terá realmente encontrado a ré tutelada pelo arquivamento oportuno, no órgão competente, da alteração da sua denominação social, ora atacada, situação subjetiva imune a fatos supervenientes que favoreçam terceiros, consoante adequadamente se manifestou a douta Subprocuradoria-Geral da República.

Em face desses pressupostos e endossando o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República transcrito, nego provimento ao recurso voluntário.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Revisor): Apela Produtos Alimentícios Cardoso S.A. da decisão de primeira Instância, sustentando que das marcas mencionadas no contrato celebrado em 30-9-68 e referidas na sentença, algumas já lhe foram transferidas e outras deixaram de existir por falta de prorrogação do prazo de vigência, de modo que, nesta altura, é ela a única titular de registros da marca em causa, no ramo de produtos alimentícios, e, mais especificamente, nas classes 32 e 33, circunstâncias que lhe asseguram a exclusividade de seu uso, nos termos do art. 59 da Lei nº 5.772/71.

Tenho para mim que não assiste razão à apelante no uso da marca Aymoré, na extensão que pretende. Tem, realmente, direito à referida marca, porém não com exclusividade. Nesse sentido, posicionou-se a r. sentença recorrida, ao decidir a oposição formulada pela recorrente, nestes termos:

«À oponente foi transferida somente uma das marcas Aymoré aquela registrada sob o nº 351.415 (fls. 24/25). Ora, pelo contrato de cessão de marcas celebrado em 3-9-68 entre Massas Alimentícias Aymoré Ltda. e Companhia Aymoré de Representações e Administração são diversas as marcas Aymoré e não somente a de nº 351.415. Todas as demais ficaram com a Companhia Aymoré de Representações e Administração ou, pelo menos, não foram transferidas à autora.

Assim, não pode a autora pretender exclusividade na utilização da marca ou do nome comercial que contenha a mesma expressão da

marca, posto que outras empresas, que não a autora também poderão desfrutar do mesmo direito» (fl. 402).

A essa mesma conclusão, porém com outro fundamento, chegou o parecer da douta SGR, do qual destaca:

«Em verdade, a legislação brasileira, com o objetivo de prevenir conflitos entre denominações sociais e marcas, sempre proibiu o registro dos atos constitutivos de sociedades cujo nome contiver expressão de fantasia, anteriormente registrado como marca de terceiros.

Assim dispunha o Código de Propriedade Industrial de 1945, art. 110, e assim estabelece a Lei nº 4.726/65, art. 49.

Na hipótese, todavia, a denominação social, incluindo a expressão «Aymoré», precedeu à marca «Aymoré», em nome da apelante. Pelo contrato de cessão pactuado em 20-7-77 (fls. 24/25), a apelante adquiriu a titularidade de uma das diversas marcas Aymoré então existentes, não os direitos relativos ao nome comercial.

Não pode a apelante, por via de uma simples transação marcária obter exclusividade na utilização da expressão «Aymoré» também ao nome comercial, até mesmo porque, segundo se verifica das informações em anexo, não é apelada a única empresa, no ramo dos produtos alimentícios, a incluir, em seu nome comercial a expressão «Aymoré» (fl. 439).

De tudo se conclui, à evidência das provas trazidas aos autos, que a recorrente Produtos Alimentícios Cardoso Ltda. tem direito, tão-somente, à titularidade da marca Aymoré, classe 41, registrada sob nº 351.415, por força do contrato de cessão (doc. de fl. 24).

Nessa linha de idéia, nego provimento ao recurso, para confirmar a r. sentença recorrida.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AC nº 72.023-RJ — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis. Apte.: Pro-

duto Alimentícios Cardoso S.A. Apda.: Ind. Alimentícias Aymoré Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (5ª Turma — Julgado em 25-6-82)

Votaram com o Relator, o Sr. Ministro Pedro Acioli e Moacir Catunda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 73.850 — DF

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Apelantes: Joalina Transportes Ltda. e INCRA

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Administrativo. Contrato. Rescisão. Conseqüências. Perdas e danos.

A possibilidade de rescisão unilateral do contrato administrativo, por parte do Poder Público, decorre da sua própria natureza, resultante do resguardo da conveniência ou interesse públicos. Todavia, tal permissão não exclui a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes, que se apuram na forma da preceituação do Direito Privado, através das perdas e danos.

In casu, a rescisão do contrato celebrado entre o INCRA e a autora, para transporte de colonos, importou em prejuízos apurados em perícia técnica, realizada em Juízo.

Ao Instituto cabem os encargos da indenização.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento aos recursos, para confirmar a sentença e julgar procedente a ação, 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, 6 de outubro de 1981 (Data do julgamento) — Ministro **Evanildo Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **William Patterson**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **William Patterson**: A hipótese versada nestes autos foi assim resumida pelo Dr. **Ilmar Nascimento Galvão**, eminente Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal:

«Joalina Transportes Ltda., qualificada na inicial, propôs a presente ação contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, objetivando «a justa reparação dos danos sofridos com antecipada extinção do contrato» que celebrou com a referida autarquia, para prestação de serviço de transporte de colonos, e seus pertences, das áreas de Remanso e Sento Sé para Bom Jesus da Lapa, no Estado da Bahia, em razão do qual imobilizou vultosos recursos para compor a frota de 12 ônibus e 10 caminhões exigidos na cláusula primeira do ajuste, que foi unilateralmente rescindido, em 20 de junho de 1977 — menos de um ano após o início de sua vigência e mais de 6 meses antes de seu termo final (31-12-77) — sob a mera alegação de «interesse público».

Alegou que, conquanto se trate de um contrato administrativo, não poderia a Administração rescindi-lo unilateralmente ou faltar ao cumprimento das obrigações assumidas, sem motivo de força maior ou sem uma relevante causa justificativa, devendo neste último caso indenizar o prejuízo sofrido pela contraparte.

Pediu fosse o r. condenado a pagar-lhe a quantia de Cr\$ 10.037.016,00, correspondente ao somatório das faturas que lhe cabia emitir até o termo do contrato, abatidas, apenas, as despesas que deixou de fazer, em virtude da paralisação dos transportes, considerado, no entanto, o desgaste das viaturas em razão dessa paralisação, mais juros de mora, custas e honorários advocatícios, à razão de 20% do total.

Inicial instruída (fls. 11/41).

Contestou o r. (fls. 49/58), argüindo, preliminarmente, que o preparo foi feito a destempo, que o advogado da a. não está habilitado para advogar no Distrito Federal e

que os subscritores da procuração não estão legitimados a assinar pela a.

Quanto ao mérito, disse que o contrato de transporte celebrado com a a., em 28 de julho de 1976, visava a atender à transferência de 4.000 famílias da área que seria ocupada pela Barragem de Sobradinho para o Projeto de Colonização Serra do Ramalho, e que, iniciada a sua execução, verificou-se, em março de 1977, após uma interrupção motivada pela estação chuvosa, que as pessoas que deveriam ser transportadas desistiram da transferência para o aludido projeto, onde, apesar de intensa campanha de motivação feita pelo INCRA, ficaram desocupadas 1.518 casas, o que determinou a desativação do sistema de transporte, mediante a rescisão do contrato em tela.

Assim, tornou-se impossível o cumprimento do objeto do contrato, sem culpa do r., em face da excludente de força maior que se verificou, e que desobriga o contratante da obrigação de indenizar.

Sustentou, por fim, que ainda que coubesse a indenização, a quantia pleiteada pela a. é absurda, de vez que na estimativa não foi considerado o desgaste que os veículos empregados no transporte iriam sofrer até o final do contrato, nem as despesas com combustível, motoristas e seus auxiliares, além de outras. Além do mais, o número de 4 viagens previsto na cláusula segunda foi estipulado em favor do r. e não em favor da a., não se podendo afirmar que tinha esta assegurado esse número mínimo de viagens.

Replicou a a., por meio do telex de fl. 61, rebatendo a primeira preliminar, por já haver sido feito o preparo do feito, sem qualquer prejuízo para o r. e requerendo o

prazo de 15 dias para comprovação da regularidade do exercício profissional de seu patrono e de sua própria representação em juízo. Acerca do mérito, negou ter havido evento extraordinário, imprevisível, irremovível e impeditivo da execução, tanto mais que a população receou ser transportada devido a alarmantes notícias oriundas das agrovilas do r., resultantes de planejamento leviano e apressado de sua parte, não se tendo verificado, igualmente, caso de força maior. Acrescentou, por fim, que o contrato assegurava à a., contrariamente ao que afirma o r., o mínimo de 4 viagens mensais.

As fls. 65/73 e 76 foram trazidos pela a. para os autos, seu contrato social e comunicação feita à OAB-DF, de exercício eventual de advocacia, referente ao advogado Antônio Luiz Calmon Navarro Teixeira da Silva.

Saneado o processo (fl. 79), foi deferido exame técnico contábil, havendo o perito apresentado laudo que foi subscrito pelo assistente técnico do r. (fls. 115/136), com o qual também concordou o assistente da a., com reparos que foram consignados em peça à parte (fls. 138/142).

Na audiência (fls. 161/162), foi ouvido o perito, para esclarecimentos, havendo as partes, nos debates, reiterado as suas respectivas razões».

Sentenciando, julgou procedente, em parte, o pedido, para condenar o réu a pagar à autora a quantia de Cr\$ 6.188.978,13 (seis milhões, cento e oitenta e oito mil, novecentos e setenta e oito cruzeiros e treze centavos), a título de perdas e danos, incidindo sobre o valor os juros de mora e correção monetária, além dos consectários (fl. 188).

Houve embargos declaratórios (fls. 191/194) sobre pagamento dos

honorários periciais, bem assim acerca de termo inicial da correção monetária, resolvidos às fls. 197/198.

A autora recorreu (fls. 200/204) quanto à parte da sentença que reduziu a indenização, por isso que há comprovação de que a frota ficou à disposição do INCRA. Reage à recusa de reembolso das despesas financeiras.

Apelou, também, a Autarquia-ré, com as razões de fls. 207/209, onde alega força maior para rescisão do contrato, ou seja a falta de colonos para o transporte.

Contra-razões às fls. 212/214 e 217/219, respectivamente.

Neste Tribunal, após distribuição, vieram-me os autos conclusos (fl. 223).

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

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: O INCRA celebrou com a firma autora contrato de prestação de serviços, objetivando transportar colonos para Agrovilas construídas no Município de Bom Jesus da Lapa, no Estado da Bahia. O instrumento previa o número mínimo, o tipo e a qualidade dos veículos a serem empregados na operação (Cláusula I), bem como as viagens, os roteiros, as condições de conforto, os encargos da contratada, estabelecendo, ainda, a possibilidade de rescisão de pleno direito, pelo Instituto, independentemente de aviso ou interpelação judicial, sem indenização ou ressarcimento, nos seguintes casos:

«a) se a contratada vier a sofrer pedido de falência, concordata ou dissolução, por quaisquer motivos, em quaisquer circunstâncias;

b) se a contratada, sem prévia anuência da contratante, transferir

ou sublocar a terceiros, no todo ou em parte, a execução dos serviços ora contratados;

c) se a contratada inadimplir qualquer das cláusulas ou condições ora estabelecidas, caso em que, além da rescisão do presente contrato, responderá por perdas e danos» (Cláusula XIII).

O motivo da rescisão não se enquadra nas especificações alinhadas, ensejando, sem obstáculo intransponível de ordem jurídica, o reconhecimento da possibilidade de indenização, na forma apurada. Na verdade, trata-se de hipótese sujeita aos resultados da perícia judicial posto que a natureza do contrato não cria empecos à responsabilidade administrativa.

O professor Hely Lopes Meirelles, em magnífico trabalho, intitulado «Contrato Administrativo — Rescisão por interesse público,» abordou, de modo direto, tais aspectos, ao salientar que a rescisão unilateral do contrato administrativo é preceito de ordem pública, decorrente do princípio da continuidade do serviço público. Apóia-se na melhor doutrina alienígena (André de Laubadère, Gaston Jèze e Roger Bonnard). A seguir enfrentando as consequências do procedimento, é incisivo:

«Todavia, embora a consulente não possa opor-se com êxito à efetivação da rescisão unilateral objeto deste parecer, cabe-lhe o direito à reparação dos danos sofridos, porque a satisfação do interesse público não chega ao extremo de impor sacrifícios individuais ao particular. A posição inferior que este assume nos ajustes administrativos relaciona-se unicamente com a prerrogativa reconhecida à Administração de impor unilateralmente a sua vontade, em consonância com as necessidades do serviço público. Quanto ao mais, a Administração, nos seus contratos,

equipara-se ao particular, e, assim sendo, tem, como este, a obrigação de indenizar a outra parte pelos prejuízos que lhe causar.

É o que unanimemente ensina a doutrina pela palavra de renomados publicistas como Gaston Jèze (obra citada); Roger Bonnard, «Précis de Droit Administratif», 1935, págs. 582/583; Marcel Waline, «Traité Élémentaire de Droit Administratif», pág. 388; Georges Vedel, «Droit Administratif», 1961, pág. 656; Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, III/156; Miguel Angel Bercaitz; «Teoria General de los Contratos Administrativos», 1952, págs. 394 e ss.; e Marcello Caetano» *Manual de Direito Administrativo*, 1951, págs. 561 e ss.»

O mesmo entendimento está expresso em monografia de Eduardo Soto Klass, Professor de Direito Administrativo da Universidade do Chile («La Contratación Administrativa: Un retorno a las fuentes clásicas del contrato», in «Arquivos», do Ministério da Justiça, a. 36, nº 150), onde, após realçar as características do instrumento e enfatizar a possibilidade incontestável de a Administração pôr fim ao mesmo, em razão do interesse público, adverte:

«Pero este «poder jurídico» va acompañado del correspondiente «deber jurídico» de reparar el daño que produzca al cocontratante, a quien se le otorga, o mejor dicho, reconoce (al menos en nuestro ordenamiento) el derecho a la correspondiente indemnización de los perjuicios sufridos» (ob cit. pág. 47).

Idêntica colocação está espelhada na magistral sentença de primeiro grau.

Restaria indagar se houve danos, identificados na perícia realizada em decorrência da rescisão do contrato. A apuração resultou de criterioso

exame técnico, cujas parcelas foram contabilizadas minuciosamente, consoante se lê do seguinte trecho do decisorio:

«De acordo com o levantamento feito pelo perito (fl. 120), no período acima enfocado, as receitas brutas da a., por quatro viagens mensais, levados em conta os reajustes previstos na cláusula décima segunda da avença, montariam a Cr\$ 10.583,40.

De acordo ainda com o laudo, em 1977, os doze ônibus contratados, gastariam, mensalmente, Cr\$ 85.903,20 de combustível para a realização de quatro viagens, e os dez caminhões, Cr\$ 71.586,00 (fl. 126), o que totaliza Cr\$ 1.574.892,00 em dez meses (abril/dezembro).

De salários e encargos sociais, devidos por 44 motoristas indispensáveis à movimentação dos veículos, despenderia a a. Cr\$ 1.249.978,80 no mesmo período (fl. 126).

De impostos e seguro, Cr\$ 125.652,54. E de despesas administrativas com os 22 veículos, Cr\$ 417.256,20 (10 meses de 1977 — fl. 128).

Há de se computar, ainda, a depreciação dos veículos no período, que foi calculada pelo perito à razão de 20% de seu valor, por ano (o que dá 17,5% em 10 meses).

Ajustando-se o valor de Cr\$ 1.271.608,65 correspondente ao ano de 1977 (fl. 130), aos 10 meses que faltaram para o termo do contrato (abril/dezembro), tem-se a quantia de Cr\$ 1.059.673,33.

Somadas todas as parcelas acima, obtêm-se a quantia de Cr\$ 4.427.452,87, que corresponde ao valor das despesas indispensáveis à realização das viagens programadas, até o final do contrato.

Trata-se de despesas que, em face da rescisão unilateral, deixaram de ser feitas pela a.

Com efeito, foi suprimido o gasto de combustível e as despesas com motoristas. Aquele, por motivos óbvios e estas, tendo em vista que os motoristas ou foram dispensados ou utilizados em serviço das demais linhas de transporte exploradas pela a. Não se pode admitir que permaneceram ociosos à espera de uma reconsideração do r. relativamente à rescisão do contrato.

Da mesma forma, não ficou demonstrado que a a. permaneceu com a frota arrendada em estado de ociosidade, nem seria justificável que tal acontecesse, não sendo de convencer, por outro lado, o argumento de que os veículos, pelas pequenas modificações que lhes foram introduzidas, se tornaram impróprios para outros serviços.

Explorando a a. não somente o transporte rodoviário de passageiros e derivados de petróleo, a granel (fl. 115), é certo que poderia utilizar os ônibus de imediato, nas linhas intermunicipais que explora e os caminhões, com a mera substituição de carrocerias por tanques, de logo estariam aptos ao transporte de gasolina.

Por esse motivo, abate-se também o custo de impostos e seguro e o de despesas administrativas, que passaram, ou deveriam ter passado, a ser apropriados por outras atividades, que não o serviço do INCRA.

Por fim, é de considerar-se que a depreciação de veículos, conquanto para efeitos contábeis seja indiferente que estejam estes parados ou

não, na prática é incomparavelmente maior quando os veículos estão circulando, mormente em estradas das que servem à região em foco, que foram descritas pela a. como verdadeiras veredas (fl. 61).

Na verdade, conforme registrou o perito (fl. 118), os efeitos de uma paralisação de veículos se fazem sentir sobre algumas peças, como os bicos dos injetores e baterias, e efeitos esses facilmente afastáveis mediante cuidados mínimos que, certamente, não foram negligenciados pela a., que tem grande parte de seu patrimônio representado por máquinas da espécie.

Por esse motivo, o valor dessa depreciação, que ocorreria fatalmente se as viagens fossem realizadas, é de ser deduzido para apuração do lucro líquido, que monta, assim a Cr\$ 6.155.587,13 (Cr\$ 10.583.040,00 — Cr\$ 4.427.452,87).

A esse valor é de ser acrescida a quantia de Cr\$ 33.400,00, correspondente à metade das despesas efetuadas pela a. com a instalação de gradilho e encerado nas carrocerias dos caminhões (fl. 113), perfazendo Cr\$ 6.188.987,13.

Não há como se computar parcela referente a despesas financeiras oriundas de pretensos financiamentos que a a. teria sido compelida a fazer em face da ausência dos recursos representados pelas prestações devidas pelo r., de vez que a perícia não logrou apurar o seu valor.

Também não pode ser considerado, como quer o assistente técnico da a. (fls. 139/144) o valor de correção monetária por ele calculada sobre parcelas que a a. tem a receber do adquirente de uma de suas linhas de transporte, pelo singelo motivo de não ter sido demonstrado, nem sequer alegado, que a alu-

da venda foi efeito direto da rescisão do contrato com o r.»

Os recursos oferecidos não afetaram a fundamentação da r. sentença. Com efeito, não poderiam ser incluídas, no total a ser indenizado, despesas que não foram feitas, ainda que se alegue, como faz a autora, que a frota esteve à disposição do INCRA. A paralisação dos veículos importou em não-realização dos gastos. A parcela devida corresponde aos lucros que seriam auferidos no período, sem lugar para ressarcimento de despesas não havidas.

No que tange ao apelo do réu, resumido à legitimidade da rescisão, por motivo de força maior, é de ver-se que a natureza do contrato não exclui a responsabilidade pelos prejuízos dela resultantes, sendo certo, também, que o próprio instrumento prescreveu as hipóteses em que a indenização ou ressarcimentos não seriam devidos (Cláusula XIII), nelas não figurando a alegada nestes autos.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos, para confirmar a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 73.850-DF — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Apelantes: Joalina Transportes Ltda. e INCRA. Apelados: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos, para confirmar a sentença e julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. (Em 6-10-81 — 2ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.165 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Apelante: Wadik Thomé

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

EMENTA

Execução fiscal. Contribuições previdenciárias. Prescrição e decadência. Preliminar de descabimento da apelação. Aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, e do art. 34 da Lei nº 6.830/80.

I — A alçada prevista no art. 34 da Lei nº 6.830/80 há de ser considerada na data do ajuizamento da execução e não naquela em que foram ajuizados os embargos ou proferida a sentença.

II — Proclama-se a decadência do direito de constituir o crédito previdenciário quanto aos débitos abrangidos pelo prazo quinquenal entre a data da ocorrência do seu fato gerador e a da notificação do respectivo lançamento.

III — A falta de pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, nem sempre decorre de dolo, fraude ou simulação, situações defraudadoras que devem ser provadas e, no caso, sequer foram alegadas nos autos. Aplicação da primeira parte do § 4º do art. 150 do CTN e não da sua parte final.

IV — 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, 15 de março de 1982 (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. 22):

Wadik Thomé oferece embargos, objetivando ilidir a execução fiscal que lhe move o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social para a cobrança da quantia de Cr\$ 61.741,21, a título de contribuição e acréscimos.

Argüiu, em preliminar, inépcia da inicial, ante a contradição desta com a certidão de dívida; prescrição com fulcro nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional e, ainda com apoio nesses argu-

mentos, que não há liquidez e certeza do título.

No mérito, sustenta, em síntese, que à hipótese dos autos se aplicam as normas do Código Tributário, portanto incide a prescrição quinquenal e, por outro lado, devem ser aplicados os preceitos do Código Civil no tocante à multa.

A exequente impugnou os embargos (fls. 10/14).

Apreciando a controvérsia, o Dr. Horácio Cintra Gonçalves Pereira, MM. Juiz de Direito de Itapeva-SP, julgou os embargos improcedentes e condenou o embargante no pagamento das custas e honorários advocatícios de 10%, a serem calculados sobre o total da dívida, argumentando (fls. 23/24):

«Rejeito as preliminares.

Com efeito, consoante se verifica da citada Lei nº 6.830, em seu art. 6º, § 1º, a certidão da dívida ativa fará parte integrante da petição inicial, como se nela estivesse transcrita.

Dessa forma, não há que se falar em contradição dessas duas peças, pois, é inegável, nessas circunstâncias, a prevalência da certidão da dívida ativa.

A alegada prescrição que, como é óbvio, pressupõe a existência de um título executivo, no caso, formado pelo próprio credor, isto é, pelo Fisco. Assim, o crédito tributário só pode ser considerado definitivo com o esgotamento das providências administrativas preparatórias, que, na hipótese, tiveram início com a lavratura do auto de infração e se encerraram com a subsequente inscrição da dívida. E, nesse momento, é que se pode falar em constituição definitiva do crédito.

O que, na verdade, somente ocorreu em 14 de março de 1980 com o ajuizamento desta execução

em 21 de agosto do mesmo ano, antes, portanto, do implemento do quinquídio previsto para a extinção do direito da credora para constituir o seu crédito.

No mérito, superadas as preliminares, resta apenas apreciar a aplicação da multa.

Pois bem, ainda uma vez mais, nenhuma razão assiste ao embargante, pois não se aplicam à hipótese dos autos os dispositivos do Código Civil, principalmente, no tocante à multa. Essa, vem prevista nos artigos 61, § 3º, e 145 do Decreto nº 83.081/79.

Dessa forma, nada sendo alegado pelo embargante que pudesse ilidir a liquidez e certeza da dívida, impõe-se a rejeição destes embargos».

Apelou o vencido (fls. 27/30). Alega, em síntese, que a sentença não discutiu as várias questões suscitadas nos embargos, por cuja procedência postula, com a reforma da sentença recorrida.

Contra-arrazoado o recurso (fl. 35), argúi o embargado, em preliminar, o seu descabimento, à vista do art. 34 da Lei nº 6.830/80, e, no mérito, pede a confirmação da sentença.

Subindo os autos, ontem, vieram-me distribuídos.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): de início, afasto a preliminar de descabimento do recurso, invocada pela embargada, ao argumento de que o valor da causa é inferior a 50 ORTNs, razão por que, à vista do artigo 34 da Lei nº 6.830/80, só seriam admitidos embargos infringentes e de declaração.

Com efeito, a orientação que vimos seguindo é no sentido de que tal

valor há de ser apurado na data do juizamento da execução e não naquela em que foram ajuizados os embargos ou proferida a sentença.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator: Consoante se depreende dos textos de sentença, transcritos no relatório, as questões suscitadas nos embargos foram respondidas, ao contrário do que se alega no recurso.

Contudo, merecem exame as preliminares de decadência e de prescrição, deduzidas com invocação dos artigos 173 e 174 do CTN, embora de forma confusa, desde que, segundo se verifica à fl. 28, o apelante confunde os dois institutos

II

Perfilho a orientação no sentido de que as contribuições previdenciárias são tributos e, por isso, acham-se sujeitas às regras do Código Tributário Nacional, inclusive sobre prescrição e decadência. Tal entendimento aliás, é o prevalente nesta Corte.

III

Sobre o modo de contar os prazos de decadência e de prescrição, votei, dentre numerosos outros precedentes, na AC nº 48.711-PR, cuja ementa assim redigi, de forma didática:

Tributário. Crédito tributário. Inocorrência da decadência do direito de constituir-lo e de prescrição da ação para cobrá-lo.

I — Não há falar em decadência do direito de constituir o crédito tributário se não transcorreu o prazo quinquenal entre a data da ocorrência do fato gerador do tributo e a da lavratura do auto de infração, com que se consumou o respectivo lançamento (CTN, art. 142).

II — No caso da interposição de reclamação e recurso na via admi-

nistrativa, 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, art. 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, art. 586, caput). Ora, enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever (*actione non nata non praescribitur*).

III — Apelação provida.

IV

Na espécie, segundo se verifica na certidão de dívida (apenso, fl. 4), os débitos referem-se ao período compreendido entre 8/72 e 12/76, tendo ocorrido a notificação do lançamento, através da NFLD 15.269, em 6-11-79. Portanto, as dívidas vencidas anteriormente a 6-11-74 estão abrangidas pela decadência do direito de constituir o crédito tributário a elas relativo.

No tocante à prescrição da ação para cobrar o crédito questionado, não há como identificá-la. Com efeito, entre a data do lançamento (6-11-79) e a do ajuizamento da execução (18-8-80), cuja citação deu-se em 15-9-80 (apenso, fls. 8v.), não transcorreu o prazo quinquenal prescricional.

V

Isto posto, em conclusão, dou parcial provimento ao recurso, ou seja, para proclamar a decadência do direito de constituir o crédito tributário, no período retromencionado. Deverá o apelado reembolsar as custas adiantadas pelo apelante e suportar a verba advocatícia, esta no percen-

tual fixado pela sentença recorrida, na proporção do seu sucumbimento.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Sr. Presidente, tendo em conta a fundamentação do voto do eminente Ministro Carlos Mário Velloso, acrescento que aplico à espécie a primeira parte do § 4º do art. 150 do CTN e não a sua parte final. Assim procedo porque, no caso, sequer foi alegada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No voto que proferi nos Embargos na Apelação Cível nº 43.272-MG, tive ensejo de desenvolver em maiores detalhes o meu entendimento sobre o tema. Por isso farei anexá-lo aos autos, para melhor compreensão da minha posição.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 43.272 — MG

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Perfilho a orientação no sentido de que as contribuições previdenciárias consubstanciam tributos, prescrevendo a ação para cobrá-las, bem como decaindo o direito de constituir o crédito a elas relativo, em cinco anos, por se achar revogado o art. 144 da Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) pelos arts. 173 e 174 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), entendimento esse que vem prevalecendo nesta Corte (REO nº 63.572-PR, EAC nº 64.478-MG, EAC nº 56.959-SP, EAC nº 62.733-SP, EAC nº 67.761-MT).

No caso, o débito cobrado refere-se a contribuições de janeiro de 1949 a maio de 1973, abrangendo, portanto, período anterior à vigência do CTN que entrou em vigor em 1-1-67.

Daí ter pertinência a aplicação à espécie da doutrina no sentido de

que a lei que reduz prazo é aplicável, a partir da sua vigência, desde que o prazo nela estipulado seja inferior ao saldo a fluir pela lei antiga.

II

No entanto, embora nessa linha de idéias, o ilustre Relator, em seu voto, para rejeitar os embargos, por não identificar, na espécie, a existência de contribuições cobertas pelo quinquênio prescricional, precisou de sustentar tese, ainda não sufragada pela jurisprudência desta Corte, sobre a contagem do prazo de decadência, nas hipóteses de lançamento por homologação, se ocorridas as ressalvas previstas na parte final do § 4º do art. 150 do CTN (dolo, fraude ou simulação). Preconiza a adoção do seguinte critério:

«Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando, não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexatidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexatidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-1980, poderia o Fisco

constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro da 1977. Até 31-12-1981, deverá o lançamento estar concluído (CTN, art. 173, caput).

III

José Souto Maior Borges, após assinalar que o art. 150, § 4º, não dispõe sobre o prazo que, em substituição, deve ser computado nos casos de dolo, fraude ou simulação, enumera as seguintes alternativas com que se defronta o intérprete («Tratado de Direito Tributário», vol. IV, Forense 1ª ed., 1981, pág. 477):

a) considerar que, na imprevisão específica do prazo, o lançamento poderá ser efetuado a qualquer tempo, não fluindo, então, nenhum prazo decadencial;

b) aplicar subsidiariamente o prazo decadencial previsto no Direito privado;

c) aplicar o prazo estabelecido no art. 173 do CTN, contando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado ex officio;

d) aplicando ainda o art. 173, contar-se o termo inicial a partir do exercício seguinte àquele em que o Fisco tomasse conhecimento da ocorrência das apontadas cir-

cunstâncias agravantes da ilicitude tributária.

IV

Consoante se depreende, o ilustre Relator optou pela terceira hipótese, o que se me afigura razoável. No entanto, não vejo como adotá-la em concreto, se a configuração de dolo, fraude ou simulação sequer foi alegada nestes autos. Com efeito, aquelas situações defraudadoras do Direito não se presumem, devendo resultar provadas, e, em caso de dúvida, há de preferir-se exegese que as exclui.

Nesse sentido, preleciona Carlos Maximiliano («Hermenêutica e Aplicação do Direito, 5ª edição, Freitas Bastos, 1965, pág. 275):

«Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjeturas, se admite alguém ter agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao Direito ou à Moral.

V

De ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, imposto de renda na fonte) nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, em tal situação, são as seguintes as atitudes que pode assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio (Souto Maior Borges, opus cit., pág. 476):

a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;

b) efetuar-lo com insuficiência;

c) não efetuar-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;

b) de erro na apreciação da situação fáctica pelo sujeito passivo;

c) de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, conforme se vê, nem sempre a falta do pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, resulta da prática de dolo, fraude ou simulação.

VI

Em resumo, afasto, em concreto, o critério de contagem do prazo de decadência preconizado pelo ilustre Relator, porque, na espécie:

a) sequer foi alegada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

b) aquelas situações defraudadoras não se presumem, mas devem ser provadas nos autos;

c) a falta de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, nem sempre decorre da prática daqueles atos contrários ao Direito.

VII

Ao assim proceder, sou levado a concluir que, na espécie, não há, em verdade, contribuições cobertas pela prescrição quinquenal, razão por que, nesse ponto, peço vênha para retificar o meu voto vencido em apelação. O que há são contribuições abrangidas pela decadência. Senão vejamos.

A dívida executada diz respeito a contribuições compreendidas no período de janeiro/49 a maio/73. Em vigor o CTN, a partir de 1-1-67, desta data há de contar-se o prazo para homologação ficta, que venceu em 1-1-72, no tocante às contribuições derivadas de fatos geradores ocorridos no quinquênio anterior. Como o lançamento de ofício, decorrente de

levantamento, só se fez em 31-5-74 (fls. 36/38), é de admitir-se que estão abrangidas pela decadência todas contribuições anteriores a maio de 1969.

VIII

Ocorre que a questão relativa à decadência não foi abordada no acórdão recorrido e, por isso, nos embargos sub examen. Diante disso, o Sr. Ministro-Relator só a apreciou como pressuposto que considerou necessário à verificação da ocorrência, ou não, de prescrição da ação.

Nessas condições, adstringindo o *thema decidendum* à questão da prescrição, não vejo como proclamá-la na espécie. De fato, se se tiver como *dies a quo* do prazo prescricional a data da homologação ficta (1-1-72) ou do lançamento de ofício (31-5-74), é de ver-se que, quando esta ação anulatória foi ajuizada, em janeiro de 1975, não havia, ainda, transcorrido o prazo prescricional da ação de cobrança das questionadas contribuições.

IX

Por tais razões, embora diversas das em que se baseou o Sr. Ministro-Relator, alternativa não me resta senão rejeitar os embargos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Tenho posição já conhecida a respeito da matéria. No caso, o período da dívida vai de agosto de 1972 a dezembro de 1976, e o lançamento efetivou-se no dia 6 de novembro de 1979. Trata-se, no caso, de lançamento por homologação.

Nessa hipótese, sustento que o prazo decadencial começa a correr a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia realizar-se. Quanto ao

período mais remoto, no caso, agosto de 1972, a homologação — assim, o lançamento — poderia efetivar-se até agosto de 1977.

Sendo assim, na forma do que dispõe o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial iniciou-se no dia 1º de janeiro de 1978 e terminaria em 31 de dezembro de 1982.

No voto que proferi, por ocasião do julgamento dos Embargos na Apelação Cível nº 43.272-MG, examinei o problema em pormenor. Farei juntar cópia do mencionado voto, para boa compreensão do meu pensamento a respeito.

Com essas considerações, com a vênha devida ao eminente Sr. Ministro-Relator, meu voto é no sentido de negar provimento ao apelo.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Começo por acentuar o meu entendimento no sentido de que as contribuições previdenciárias são tributos e, como tais, sujeitas ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional, inclusive aos prazos de decadência e de prescrição inscritos neste último diploma legal (CTN, artigos 173 e 174).

Assim tenho votado, nesta Egrégia Corte. Menciono, *inter plures*, AC nº 41.990-SP, de que fui Relator (Rev. TFR, 67/65).

Esta Egrégia Seção, aliás, tem acolhido o entendimento no sentido de que o crédito previdenciário está sujeito à prescrição quinquenal do art. 174, do CTN, tal se vê do decidido, por exemplo, nos EAC nº 50.134-SP, EREO nº 63.572-PR, EAC nº 44.174-SP, EAC nº 67.831-MG, EAC nº 58.666-SP, EAC nº 58.003-MG, EAC nº 64.478-MG, EAC nº 56.631 e EAC nº 55.355-SP.

Por ocasião do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência havido na AC nº 58.664-SP, de que fui Relator, que acabou não se ultimando, por entender a Corte inoportuna a uniformização, em razão da edição da Lei nº 6.830, de 1980, deixei claro o meu pensamento a respeito. Faço anexar cópia do voto que então proferi (IUJ na AC Nº 58.664-SP).

II

O r. voto vencido, em que se apóiam os embargos infringentes sob apreciação, deu provimento parcial à apelação, «a fim de decretar a prescrição» das contribuições «que já estejam cobertas pelos quinquênios» (fl. 69).

Destarte, a partir do entendimento de que as contribuições previdenciárias são tributos, assim sujeitas à prescrição quinquenal (CTN, art. 174), cumpre verificar, no caso, as contribuições «que já estejam cobertas pelos quinquênios.»

III

O débito cobrado diz respeito a contribuições do período de 1-1-1949 a maio de 1973. O levantamento, assim, lançamento, efetivou-se em 31-5-1974 (fls. 36/38).

O CTN, Lei nº 5.172, de 25-10-66, entrou em vigor em 1-1-1967 (CTN, art. 218). Até então tinha vigência o art. 144 da LOPS, que estabelecia, sem distinguir, em 30 (trinta) anos, os prazos de decadência e de prescrição.

Sabe-se que a lei que abrevia ou reduz prazos de decadência e de prescrição deve ser aplicada assim: a) se o saldo, na forma da lei velha, é inferior ao prazo da lei nova, observa-se o prazo da lei atinga; b) se o saldo, na forma da lei velha, é superior ao prazo da lei nova,

observa-se o prazo desta, a partir da entrada em vigor da lei nova.

Tem-se, no caso, a hipótese sub b, suso. Porque, em 1-1-1967, o saldo do prazo, na forma do art. 144 da LOPS era superior ao prazo dos artigos 173 e 174, CTN.

IV

Os prazos de decadência e de prescrição, portanto, inscritos no CTN, deveriam ser contados a partir de 1-1-1967.

V

As contribuições previdenciárias estão sujeitas ao lançamento por homologação (CTN., art. 150).

É preciso distinguir, primeiro que tudo, o lançamento por homologação das demais modalidades de lançamento, à luz do CTN. O ato privativo da autoridade administrativa, vinculado e obrigatório, que constitui o crédito tributário, que é o lançamento, «procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível» (CTN, art. 142 e parágrafo único), resulta ou ocorre via de declaração (CTN, art. 147), de ofício (CTN, art. 149), ou por homologação (CTN, art. 150).

Este último, por homologação, tem lugar no momento em que a autoridade administrativa homologa a atividade exercida pelo sujeito passivo, consistente no pagamento do tributo, ou no cumprimento do dever imposto ao contribuinte «de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa» (CTN, art. 150). Assim, se a homologação atinge o cumprimento do dever de antecipar o pagamento, inexistente essa condição — antecipação do pagamento — não há lançamento por ho-

mologação. Esta, com magnífica clareza, a lição de Luciano da Silva Amaro:

«O que se homologa», diz o dispositivo, é a «atividade assim exercida». Portanto, na falta dessa atividade (antecipação do pagamento) não há o que homologar se o sujeito passivo não antecipa o pagamento, é logicamente inconcebível o lançamento por homologação, porque este carecerá precisamente do objeto a homologar: o pagamento antecipado «Lançamento por Homologação e Decadência», «Resenha Tributária», 1975, 1.3,25/75, pág. 335).

Asseverou, com precisão, o Ministro Jorge Lafayette Guimarães, forte em Aliomar Baleeiro, no AgPt. nº 37.239 DJ de 13-2-75, pág. 784, «Fisco e Contribuinte», São Paulo, junho/75, págs. 468/470), que «exige, pois, o lançamento por homologação, o pagamento antecipado do imposto pelo contribuinte, sem prévio exame da autoridade» (Aliomar Baleeiro, «Dir. Trib. Brasileiro», 2ª ed., pág. 462»).

Essa modalidade de lançamento é chamada, impropriamente, de autolancamento. Impropriamente, porque o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa (CTN, art. 142). Leciona, a propósito, José Souto Maior Borges, que «o conceito doutrinário de autolancamento não encontra correspondência com o direito positivo brasileiro, e é passível de críticas,...» («Tratado de Dir. Trib. Bras.» Forense, IV, «Lançamento Tributário», 1981, pag. 427). Afastando-nos do significado técnico-jurídico do termo, até que encontraríamos justificativa para o uso da terminologia autolancamento. Porque, em realidade, para antecipar o pagamento, deverá o contribuinte efetuar operações que caracterizam o lançamento, para o fim de determinar, v. g., quanto pagar (cálculo do montante devido); verificação da ocorrência do fato gerador; identifi-

cação do sujeito passivo, ou identificar-se o lançador como sujeito passivo.

Mas a verdade é que, à luz do CTN, mesmo efetivado por antecipação, o pagamento, não há que se falar, ainda, em lançamento por isso que, não custa repetir, o lançamento é ato privativo da autoridade (CTN, art. 142). Com rigor técnico-jurídico-tributário, de conseguinte, lançamento só haverá, em caso tal, no momento em que a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade do contribuinte, expressamente a homologa, ou no caso da homologação ficta (CTN, art. 150, caput, e § 4º).

Isto posto, temos: a) pagando o contribuinte, antecipadamente, o tributo, cumpriu ele a obrigação que lhe impôs a lei (CTN, art. 150); b) cumprida a obrigação, extingue-se, sob condição resolutória (ulterior homologação), o crédito (CTN, art. 150, § 1º); c) atendida a condição — homologação do pagamento antecipado — extinto estará o crédito (CTN, art. 156, VII).

Surge, então, a indagação: em que prazo deve o Fisco proceder à homologação? A resposta está no § 4º do art. 150, CTN. No prazo, pois, de regra, de 5 (cinco) anos, que é de decadência, contado a partir da ocorrência do fato gerador, ocorrerá a homologação: (a) expressa, ou, na falta desta, (b) ficta.

Na primeira hipótese, haverá a manifestação expressa do Fisco; na segunda, por um motivo ou por outro, o Fisco deixa de manifestar-se no prazo mencionado. Expirado este, sem manifestação da Fazenda, «considera-se homologado o lançamento.» Num caso e no outro, extinto estará o crédito. Mas, acrescenta o citado § 4º do art. 150 que tal homologação ficta não ocorrerá, «se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação».

Então, mesmo esgotado o prazo de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, e não tendo se manifestado a Fazenda, comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não há que se falar em extinção do crédito, podendo o Fisco, depois de findo o prazo em apreço, proceder ao lançamento de ofício.

Indaga-se: seria essa regra cabível no caso de, feita a homologação expressa, assim efetivado o lançamento, vir o Fisco, ao depois, descobrir e comprovar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação?

Ocorrendo a hipótese da homologação expressa, com esta o lançamento terá havido. Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o caso será de revisão de lançamento, na forma do disposto no art. 145, III, c/c o art. 149, VII, CTN. Essa revisão só poderá ocorrer ou somente «pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública» (CTN, art. 149, parágrafo único), ou seja, no prazo de cinco anos, com observância da regra inscrita no art. 173, parágrafo único. Vale dizer, o prazo seria contado a partir da homologação expressa, por isso que, se a mera «medida preparatória, indispensável ao lançamento», tem o condão jurídico de deslocar o dies a quo do prazo de caducidade para a data da notificação dessa medida, seria ilógico que a notificação do próprio lançamento (notificação decorrente da homologação) não tivesse força idêntica.

Imaginemos, agora, a hipótese de deixar o contribuinte de efetuar a antecipação do pagamento do tributo, deixando, assim, de cumprir a obrigação que lhe foi imposta pela lei. Como deverá o Fisco proceder? Simplesmente fazendo instaurar o lançamento de ofício (CTN, art. 149, V). O prazo de decadência, nesse caso, não será o do art. 150, § 4º, CTN, por isso que, ali, está-se tratando de hipótese em que houve a antecipação do pa-

gamento. Não tendo havido, então, a antecipação do pagamento, a regra a ser seguida é a do art. 173, CTN, observando-se, em princípio, a regra do inciso I do art. 173.

O mesmo deve ser dito, aliás, no caso da ocorrência da ressalva contida no § 4º do art. 150, CTN, *in fine*: dolo, fraude ou simulação, tratando-se de homologação ficta.

Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexistência, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexistência ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim, lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-1980, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o

fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-1981, deverá o lançamento estar concluído (CTN, art. 173, *caput*).

Esta interpretação parece-me razoável, por isso que de um certo modo benéfica ao interesse público, o que se justifica, dadas as peculiaridades da situação em que o contribuinte cometeu falta séria, deixando de cumprir obrigação decorrente de lei, assim fraudando a lei (não antecipação do pagamento, com apropriação de contribuições descontadas do salário do empregado, fraude à lei, fraude em sentido lato), ou procedendo com dolo, fraude (fraude em sentido estrito) ou simulação. De outro lado, ajusta-se ao sistema do CTN, que adota o princípio consagrado na Teoria Geral do Direito, da ocorrência de prazos de caducidade e de prescrição, como regras necessárias à garantia e segurança das relações jurídicas.

VI

Voltemos ao caso sob julgamento.

Em vigor, a partir de 1º de janeiro de 1967, o CTN, segue-se que a partir desta data contar-se-ia o prazo de 5 (cinco) anos da homologação ficta, que venceria em 1º de janeiro de 1972. Aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN, tem-se que, de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 31-5-1974 (fls. 36/38), é fácil verificar que o foi dentro no prazo legal (CTN, art. 173, I).

A partir daí é que começaria a fluir o prazo prescricional. A presente ação foi ajuizada em janeiro de 1975. Não há que se falar em prescrição, no caso.

VII

Diante do exposto, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 75.165-SP — Rel.: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Apelante: Wadik Thomé. Apelado: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Carlos Mário

Velloso, deu provimento parcial à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 15-3-82 — 4ª Turma).

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

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.165 — SP

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Embargante: IAPAS

Embargado: Wadik Thomé

EMENTA

Tributário e processual civil. Contribuições previdenciárias. Decadência. Lançamento por homologação. Falta de antecipação do pagamento. Presunção de simulação e fraude à lei. Lançamento ex officio. Embargos infringentes. Limites objetivos.

1. O pressuposto básico de cabimento dos embargos infringentes é a falta de unanimidade do julgado (CPC, art. 530), apurando-se «o desacordo pela conclusão do pronunciamento de cada votante, não pelas razões que invoque para fundamentá-lo» (J. C. Barbosa Moreira, in «Comentários...», V., nº 293). No julgamento da apelação, cindindo-se a discussão entre duas teses, acerca do termo inicial do prazo de decadência, não extravasa os limites objetivos dos embargos infringentes o modelo de decidibilidade proposto com base numa terceira tese, que se situa a meio caminho das teses postas no Acórdão infringido.

2. Nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, a exemplo das contribuições previdenciárias, é obrigação do sujeito passivo antecipar o pagamento. A falta deste — que é a hipótese dos autos — ou sua realização em desacordo com os critérios legais, no que concerne ao montante e à época de recolhimento, configura conduta omissiva, autorizando o lançamento ex officio; neste caso, o prazo de cinco anos para o Fisco «constituir o crédito» de ofício começa a contar «do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado» (CTN, art. 173, I).

3. Não há presumir que «não sendo feita a antecipação do pagamento, pratica o contribuinte simu-

lação e fraude à lei, em sentido lato», para, a pretexto de construção jurisprudencial, mandar contar o prazo de dez (10) anos a partir da ocorrência do fato gerador (contando-se o prazo do art. 173, I, após o prazo de cinco anos que seria para o lançamento por homologação, previsto no § 4º, do art. 150 do CTN). Tal presunção, por repousar em probabilidade, reclama a audiência do interessado em obséquio ao «due process of law».

Ademais, a construção de norma particular, neste sentido, tem apoio em interpretação analógica, de apropriação cautelosa, no trato do Direito Tributário, quando não desaconselhável, como no caso.

4. A ressalva respeitante a dolo, simulação ou fraude do § 4º do art. 150 do CTN melhor se compadece com o entendimento segundo o qual dita ressalva pretende afastar a definitividade da homologação ficta, cedendo espaço, no que couber, à incidência das normas inscritas nos artigos 149, IV e V; 156, VII; 158 e 173, I, do CTN).

5. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, no mérito, receber parcialmente os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza, que os recebiam e o Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, que os rejeitava. Quanto à preliminar suscitada em 19-4-83 pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, votaram pela sua rejeição os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Geraldo Sobral, Moacir Cautunda, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e Miguel Ferrante. Quanto ao mérito, votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral, Wilson Gonçalves, que se considerou habilitado a fazê-lo na assentada, Sebastião Reis e Miguel Ferrante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fa-

zendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Torreão Braz, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: O IAPAS opõe embargos infringentes a acórdão da Eg. 4ª Turma, na parte em que se proclamou «a decadência do direito de constituir o crédito previdenciário quanto aos débitos abrangidos pelo prazo quinquenal entre a data da ocorrência do seu fato gerador e a da notificação do respectivo lançamento» (fl. 68).

O débito cobrado, na espécie, compreende o período de agosto de 1972 a dezembro de 1976, de cujo lançamento foi o contribuinte notificado em 6-11-79, tendo sido abrangidas pela decadência as contribuições venci-

das antes de 6-11-74, no entendimento do Sr. Ministro-Relator da apelação.

A divergência lavra-se entre o voto do Ministro Antônio de Pádua — para quem o prazo de decadência, no caso, começa desde logo a fluir a partir do fato gerador — e o voto vencido do Ministro Carlos Mário Velloso, que entende deva fluir o prazo para constituição do crédito previdenciário a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o autolancamento (homologação) poderia ter sido realizado, isto é, «quanto ao período mais remoto, no caso, agosto de 1972, a homologação — assim, o lançamento — poderia efetivar-se até agosto de 1977. Sendo assim, na forma do que dispõe o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial iniciou-se no dia 1º de janeiro de 1978 e terminaria em 31 de dezembro de 1982» (fl. 49), segundo o voto vencido cujo prevalectimento advoga o embargante.

Admitidos os embargos, os autos me foram conclusos, após decorrido o prazo legal sem impugnação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Merece esclarecer, de início, que o débito cobrado refere-se a contribuições previdenciárias correspondentes ao período de agosto de 1972 a dezembro de 1976, considerada feita a notificação do lançamento *ex officio* em 6-11-79, conforme referência constante do voto do Relator da apelação.

Como é sabido, as contribuições previdenciárias constituem espécie tributária sujeita ao sistema de lançamento por homologação, cabendo ao empregador antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa (CTN, art. 150), através do recolhimento ao IAPAS

até o último dia subsequente àquele a que se referir o fato imponible das contribuições (RCPC — Decreto nº 83.081/79, art. 54).

No caso, o lançamento de ofício deu-se à mingua do pagamento na época própria, descartando-se a hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação (CTN, art. 150, § 4º).

Fica descartada a existência de fraude porque a lei tributária, no caso, não a presume.

A presunção legal absoluta, como a ficção legal, é um recurso de que se vale a técnica legislativa consistente na formulação de proposição incompleta que oferece solução imperfeita aos problemas com que se depara o direito positivo, por isso que constitui uma verdade legal que não se harmoniza necessariamente com a realidade pré-jurídica. Embora úteis, uma e outra, à dogmática jurídica, são insuficientes como modelos de solução jurídica. Nessa conta, é salutar que a sua recepção e aplicação no direito tributário deva ser operada como solução a nível legislativo, não sendo recomendada a sua adoção em sede de construção jurisprudencial.

No particular, sobreleva notar o que dispõe a «Ley General Tributaria Española» de 28 de dezembro de 1963:

«Para declarar que existe fraude de ley será necessário un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y si dé audiencia al interesado.» (Art. 24, nº 2, *in fine*, citado por Pérez de Ayala in «Las Ficciones en el Derecho Tributario», Editorial de Derecho Financiero — Madrid, 1970).

Pois bem. Para declarar-se a fraude à lei convém seja ouvido o interessado, em obséquio ao «due process of law» manifestado pela assimilação dos princípios constitucio-

nais úteis a regular a operacionalidade do procedimento administrativo fiscal (cf., a propósito, trabalho inédito de Carlos Fonseca, intitulado «Em Torno do «Due Process of Law» no Direito Administrativo Fiscal»).

Feitas essas colocações, convém tecer algumas considerações acerca da figura do lançamento do Direito Tributário.

II

Algumas considerações sobre o lançamento, especialmente o lançamento por homologação:

O legislador pátrio conceituou lançamento como procedimento e que a atividade administrativa de lançamento compete privativamente à autoridade fiscal (CTN, artigo 142, caput). O cotejo desse dispositivo com os artigos 150, §§ 1º e 2º, e 156, item VII, permite concluir que, segundo o direito positivo brasileiro, lançamento é procedimento e ato administrativo. O procedimento dá corpo ao lançamento, que se perfaz pelo ato da autoridade fiscal; sem este, inexistente lançamento. Tais idéias emprestam ao lançamento um caráter dinâmico e estático.

O conceito, a nível doutrinário, é configurativo de uma decisão administrativa, entendida como ato administrativo estritamente vinculado, de aplicação do Direito Tributário Material, baseado num procedimento prévio composto, em menor ou maior grau, de elementos contraditórios. Esse entendimento está inspirado no conceito de decisão administrativa proposto por Mário Nigro, in «La decisione amministrativa». Referido pelo Prof. Alberto Pinheiro Xavier («Curso de Direito Empresarial», vol. 2 — Direito Tributário, pág. 53, EDUC / Resenha Tributária Ltda., São Paulo, 1976.)

Essas primeiras anotações têm a virtude de nos advertir que o lança-

mento por homologação supõe a prática de um ato do controle da legalidade tributária, realizado (o controle) pelo exame prévio, efetivado pela Fazenda Pública, do procedimento de quantificação e, se for o caso, do pagamento feito segundo as prescrições legais. Assim, não existe lançamento sem o devido ato da Administração. Isto é, o só procedimento de concreção ou quantificação não se qualifica de lançamento.

No caso do lançamento por homologação, constitui obrigação acessória do contribuinte a atividade prévia do procedimento, consistente na escrituração de livros e outros documentos fiscais, operações de contabilização e quantificação, inclusive a antecipação do pagamento na época legalmente prevista. Este procedimento, quantificação do crédito tributário e antecipação do pagamento, se for o caso, é homologado por ato da Fazenda Pública. Esse ato, que não sana vício nem convalida ilegalidade, atesta que a norma tributária material foi perfeitamente aplicada e cumprida. A oportunidade da homologação, contudo, se dá dentro do prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato imponível.

III

A substituição do lançamento por homologação pelo lançamento ex officio:

É obrigação do sujeito passivo antecipar o pagamento. A falta deste — que é a hipótese dos autos — ou a sua realização em desacordo com os critérios legais, no que concerne ao montante e época de recolhimento, configura conduta omissiva do sujeito passivo, desautorizando a homologação e ensejando o exercício do lançamento ex officio. Assim, dispõe o Código Tributário Nacional:

«Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela auto-

ridade administrativa nos seguintes casos:

V — quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;»

Aqui, a não antecipação do pagamento merece ser sobremodo valorada, porque representa o descumprimento mesmo da obrigação principal. E é exatamente o ingresso de meio o objeto de toda pretensão fiscal. Por isso mesmo, não havendo antecipação de pagamento não há falar em homologação, expressa ou tácita, por faltar-lhe objeto. Digo que mesmo a homologação ficta está vinculada ao pagamento antecipado, como se extrai do conteúdo normativo do art. 156, item VII, do CTN. Só a homologação dada nos termos do § 4º do art. 150 acompanhada da antecipação do pagamento é suficiente a extinguir o crédito tributário.

IV

O direito de constituir o crédito tributário e o direito de lançar:

Diz o artigo 142, *caput*, que o crédito tributário é constituído pelo lançamento. Objetivando a revisão a anulação de um lançamento preexistente, dando lugar a um crédito redimensionado, tem-se que a revisão também é meio adequado para se constituir o crédito tributário; constituição — advirto — compreendida em termos de formalização e declaração da existência material do crédito.

Do art. 142 exsurge, escancaradamente, que o direito de lançar presuppõe o direito de constituir e vice-versa. Existindo um, subsiste o outro. É corolário que tipifica o axioma ontológico.

Do exposto, se a obrigação de antecipar o pagamento é descumprida,

o prazo para exercício do direito de lançar *ex officio* será o previsto no art. 173 do CTN. Assim, o decurso do prazo previsto no § 4º do art. 150 do Código Fiscal não afasta o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito de ofício, se ainda não consumado o prazo disciplinado nos itens I e II do art. 173.

A esse entendimento se opõe Souto Maior Borges. Argumenta o mestre pernambucano:

«Poder-se-ia pretender que, se o sujeito passivo descumpre a obrigação, deixando de efetuar qualquer antecipação do pagamento, não caberia falar-se em homologação e portanto, nessa hipótese, não caberia a invocação do art. 150, § 4º, mesmo após o transcurso do prazo nele referido. Dessa omissão só decorreria para o fisco a abertura da via do lançamento *ex officio*. Mas, ainda nessa hipótese, é possível, até em consequência de desconhecimento do concreto estado de coisas pelo Fisco, venha a ser, a atividade prévia, homologada, precisamente porque a homologação não é somente referível ao pagamento. Por outro lado, em impostos como IPI e o ICM, sujeitos a conta corrente fiscal, pode o crédito, em certo período, superar o débito; e nada obstante deverá o obrigado apresentar ao Fisco uma guia «negativa» para fim de controle. E essa atividade deverá ser objeto de homologação. Logo, o pagamento não é necessariamente levado em linha de conta, para os efeitos do art. 150, § 4º.» («Lançamento Tributário», in «Tratado de Direito Tributário Brasileiro», vol. 4, pág. 466, Forense, Rio — 1981).

Não se pode desconsiderar o entendimento de um mestre do escol de Souto Maior Borges, ainda mais pela seriedade da obra idealizada pelo não menos preclaro jurista Aliomar Baleeiro («Tratado de Direito Tributário», ainda não concluído). Mas de-

vo dizer que os argumentos daquele tributarista emérito não me convencem.

O marco inicial do prazo previsto no § 4º do art. 150 é anterior ao marco inicial das hipóteses de prazo previstas nos itens I e II do art. 173. Assim, quando termina o prazo do primeiro dispositivo (art. 150, § 4º) ainda remanesce o prazo para constituir o crédito. O entendimento do Prof. Souto Maior Borges afasta a aplicação do art. 173 sem o suficiente amparo jurídico, porque custa-me entender que, não havendo o sujeito passivo antecipado o pagamento do tributo sujeito ao lançamento por homologação, não possa mais a Fazenda Pública, após o prazo do § 4º do art. 150 sem — obviamente — homologação, constituir o crédito tributário, conquanto ainda em curso o prazo para constituição do mesmo crédito por via de lançamento de ofício.

V

A solução ao caso concreto:

Invertendo-se o sentido do art. 173, tem-se que a Fazenda Pública tem o direito de constituir o crédito tributário no prazo de cinco anos, contados:

«I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;»

O período mais remoto, no caso, é agosto de 1972. Já no exercício de 1972 poderiam ter sido operados tanto a homologação como o lançamento *ex officio*. Para este, o prazo começa, pois a fluir no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, 1º de janeiro de 1973, findando o quinquênio em 1º de janeiro de 1978. Como a notificação deu-se em 6-11-79, no meu entender, apenas estão atingidas pela decadência as contribuições vencidas até 30 de novembro de 1973. Outras palavras, para contagem do

prazo de decadência do direito de constituir, exclui-se o exercício do vencimento das contribuições (porque antes do vencimento não tem lugar o lançamento *ex officio*) ou o exercício em que já podia ser realizado o lançamento.

Este meu entendimento põe-se em testilha com as teses agitadas na apelação.

Não posso entender que o prazo começa a fluir do fato gerador, como quer o Ministro Antônio de Pádua, à vista da clara disposição do item I do art. 173: «do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado». O lançamento referido é o de iniciativa da Fazenda, isto é, o *ex officio*.

Não me parece que o art. 173 autorize o entendimento de que o prazo tenha início do 1º dia do exercício seguinte àquele após consumado o prazo de cinco anos previsto no § 4º do art. 150, como defende o Ministro Carlos Mário Velloso, conforme voto nos autos.

A minha oposição à segunda tese está em que se consideramos o crédito previdenciário vencido em setembro de 1972, ninguém duvidaria que já no exercício seguinte (1973) pudesse o IAPAS, em visita à empresa, preparar o lançamento *ex officio*. Ora, iniciado que seja o prazo para o exercício do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, começa a correr concomitantemente o prazo para consumação da decadência do respectivo direito. Neste ponto, creio eu, reside a vulnerabilidade da segunda tese, defendida pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso.

Assim, a minha tese fica a meio caminho, entre a do Ministro Antônio de Pádua e a do Ministro Carlos Mário Velloso. Creio até que, em julgamento anterior, acompanhei o Ministro Antônio de Pádua. Mas agora,

depois de estudo mais apurado da matéria, discordo de S. Excelência. Ao meu ver, pois, estão atingidas pela decadência as contribuições vencidas até 30 de novembro de 1973. A propósito da tese do Ministro Pádua, segundo a qual estariam alcançadas pela decadência as contribuições vencidas até 6 de novembro de 1974, vale salientar, ainda, que as contribuições previdenciárias só se vencem a cada dia 30 do mês.

Por todo o exposto, acolho parcialmente os embargos.

É o voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Américo Luz: Na sessão de 5 do corrente mês, após o voto do Sr. Ministro-Relator, Pedro Acioli, pedi vista dos autos, em face de haver S. Exa. recebido parcialmente os embargos, adotando ponto de vista «a meio caminho» dos votos proferidos no julgamento da apelação.

Asseverou o Sr. Ministro Acioli, verbis:

«Invertendo-se o sentido do art. 173, tem-se que a Fazenda Pública tem o direito de constituir o crédito tributário no prazo de cinco anos, contados:

«I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;»

O período mais remoto, no caso, é agosto de 1972. Já no exercício de 1972 poderia ter sido operado tanto a homologação como o lançamento *ex officio*. Para este, o prazo começa, pois, a fluir no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, 1º de janeiro de 1973, findando o quinquênio em 1º de janeiro de 1978. Como a notificação deu-se em 6-11-79, no meu entender apenas estão atingidas pela decadência as contribuições vencidas até 30 de

novembro de 1973. Noutras palavras, para contagem do prazo de decadência do direito de constituir, exclui-se o exercício do vencimento das contribuições (porque antes do vencimento não tem lugar o lançamento *ex officio*) ou o exercício em que já podia ser realizado o lançamento.

Este meu entendimento põe-se em testilha com as teses agitadas na apelação.

Não posso entender que o prazo comece a fluir do fato gerador, como quer o Ministro Antônio de Pádua, à vista da clara disposição do item I do art. 173: «do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado». O lançamento referido é o de iniciativa da Fazenda, isto é, o *ex officio*.

Não me parece que o art. 173 autorize o entendimento de que o prazo tenha início no 1º dia do exercício seguinte àquele após consumado o prazo de cinco anos previsto no § 4º do art. 150, como defende o Ministro Carlos Mário Velloso, conforme voto nos autos.

A minha oposição à segunda tese está em que se consideramos o crédito previdenciário vencido em setembro de 1972, ninguém duvidaria que já no exercício seguinte (1973) pudesse o IAPAS, em visita à empresa, preparar o lançamento *ex officio*. Ora, iniciado que seja o prazo para o exercício do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, começa a correr concomitantemente o prazo para consumação da decadência do respectivo direito. Neste ponto, creio eu, reside a vulnerabilidade da segunda tese, defendida pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso.

Assim, a minha tese fica a meio caminho, entre a do Ministro Antônio de Pádua e a do Ministro Carlos Mário Velloso. Creio até que,

em julgamento anterior, acompanhei o Ministro Antônio de Pádua. Mas agora, depois de estudo mais apurado da matéria, discordo de S. Excelência. A meu ver, pois, estão atingidas pela decadência as contribuições vencidas até 30 de novembro de 1973. A propósito da tese do Ministro Pádua, segundo a qual estariam alcançadas pela decadência as contribuições vencidas até 6 de novembro de 1974, vale salientar, ainda, que as contribuições previdenciárias só se vencem a cada dia 30 do mês.»

Recebi dos eminentes Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Mário Velloso valiosos subsídios. Do primeiro, o brilhante voto de S. Exa. no julgamento da Ac nº 80.254-MG. Do segundo, excelente trabalho de sua lavra, publicado na «Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia», sobre o tema «A Decadência e a Prescrição do Crédito Tributário — As Contribuições Previdenciárias — A Lei nº 6.830, de 22-9-1980: Disposições Inovadoras».

Para bem situar a controvérsia, releio tópicos do relatório de fls. 78/79:

«O débito cobrado, na espécie, compreende o período de agosto de 1972 a dezembro de 1976, de cujo lançamento foi o contribuinte notificado em 6-11-79, tendo sido abrangidas pela decadência as contribuições vencidas antes de 6-11-74, no entendimento do Sr. Ministro-Relator da apelação.

A divergência lavra-se entre o voto do Ministro Antônio de Pádua — para quem o prazo de decadência, no caso, começa desde logo a fluir a partir do fato gerador e o voto vencido do Ministro Carlos Mário Velloso, que entende deva fluir o prazo para constituição do crédito previdenciário a partir do primeiro dia do exercício seguinte

àquele em que o autolancamento (homologação) poderia ter sido realizado. Isto é, «quanto ao período mais remoto, no caso, agosto de 1972, a homologação, assim, o lançamento, poderia efetivar-se até agosto de 1977. Sendo assim, na forma do que dispõe o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial iniciou-se no dia 1º de janeiro de 1978, e terminaria em 31 de dezembro de 1982» (fl. 49), segundo o voto vencido cujo prevalecimento advoga o embargante.»

Data venia dos que sustentam opiniões contrárias, o meu entendimento é de que o art. 150 e seu parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional, não se aplica à espécie, que não pressupõe lançamento por homologação, visto como o executado não recolheu aos cofres do exequente as contribuições previdenciárias dele exigidas na execução fiscal.

Dispõe o caput do aludido artigo 150:

«O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.»

Os parágrafos dessa norma refletem a certeza jurídica de que só se homologa quando há pagamento do tributo, ainda que sujeito tal pagamento à condição resolutória.

Caso é, na espécie, de lançamento ex officio, previsto no artigo 149, inciso V, da Lei nº 5.172/66 (CTN), de vez que o contribuinte deixou de pagar, nos prazos legais, o que devia à Previdência Social.

Partindo dessa premissa, coloque-me na linha de raciocínio do ilustre

Ministro-Relator, exatamente no tópico em que S. Exa. assevera:

«É obrigação do sujeito passivo antecipar o pagamento. A falta deste — que é a hipótese dos autos — ou a sua realização em desacordo com os critérios legais, no que concerne ao montante e época de recolhimento, configura conduta omissiva do sujeito passivo, desautorizando a homologação e ensejando o exercício do lançamento *ex officio*. Assim, dispõe o Código Tributário Nacional:

«Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....
 V — quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte»;

Aqui, a não antecipação do pagamento merece ser sobremodo valorada, porque representa o descumprimento mesmo da obrigação principal. E é exatamente o ingresso de meio o objeto de toda pretensão fiscal. Por isso mesmo, não havendo antecipação de pagamento não há falar em homologação, expressa ou tácita, por faltar-lhe objeto. Digo que mesmo a homologação ficta está vinculada ao pagamento antecipado, como se extrai do conteúdo normativo do art. 156, item VII, do CTN. Só a homologação dada nos termos do § 4º do art. 150 acompanhada da antecipação do pagamento é suficiente a extinguir o crédito tributário.»

Afastada a incidência do lançamento por homologação, *in casu* desfaz-se a necessidade do confronto entre os prazos previstos no § 4º do art. 150 e no art. 173, inciso I, do Código Tributário, para que apenas essa última regra seja considerada.

Ora, as competências cobradas do executado referem-se a agosto de 1972 até dezembro de 1976, conquanto a notificação (NFLD) date de 6-11-1979 (fl. 4 dos autos apensados).

Forçoso, destarte, é concluir-se, à vista do que dispõe o inciso I e o parágrafo único do mencionado artigo 173 do CTN, que os débitos atingidos pela decadência são os atinentes às contribuições de agosto de 1972 a novembro de 1973, conforme explicação feita no voto do inclito Ministro Pedro Acioli, que reproduzo:

«... para contagem do prazo de decadência do direito de constituir, exclui-se o exercício do vencimento das contribuições (porque antes do vencimento não tem lugar o lançamento *ex officio*) ou o exercício em que já podia ser realizado o lançamento.»

Tal entendimento é perfilhado pelo especialista Ruy Barbosa Nogueira, *in* «Decadência no Direito Tributário Brasileiro», Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1982, pág. 19:

«Se a Fazenda Pública, dispondo real ou presumidamente, dos elementos com que poderia ter efetuado o lançamento no seu respectivo exercício, não o fizer, isto é, não iniciá-lo com a notificação ao sujeito passivo, deixando passar ainda o prazo de 5 anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao do exercício financeiro, não mais o poderá fazer, porque o próprio direito ficará extinto por decadência *ut universi* do direito de lançar. Observe-se que o termo decadencial do item I do art. 173 não é *ut singuli*, mas *ut universi*.

Esta disposição não pode ter outra interpretação, pois ela só se refere aos casos em que a Fazenda Pública, podendo ter lançado, não lançou, deixando as situações, de seu conhecimento real ou presumido, passar *in albis*.

Na mesma obra estão transcritos venerandos Acórdãos do Colendo Supremo Tribunal Federal, exarados nos RR. EE. n.ºs 94.462-1-SP e 89.765-2-SC., relatados respectivamente pelos Senhores Ministros Soares Muñoz e Moreira Alves, em cujas decisões ficou conhecido que o prazo decadencial se conta «do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado» (ob. cit., págs. 55 a 64).

Quando foram apreciados pela Segunda Seção deste Egrégio Tribunal os Embargos na AC n.º 43.272-MG., relatados pelo ilustre Ministro Carlos Mário Velloso, versando matéria semelhante, S. Exa., em seu douto voto, sustentou a mesma posição orientadora de seu pronunciamento nestes autos, com a percuciência que todos lhe reconhecem.

Ao votar, asseverei:

«Também acompanho, na conclusão, o eminente Ministro-Relator, sem me comprometer com os argumentos doutrinários constantes do voto de S. Exa. Reservar-me-ei para, em outra oportunidade, analisá-los convenientemente.»

Naquele caso, os embargos opostos pela «Associação Comercial de Minas Gerais», embargado o IAPAS, foram rejeitados.

Examinando agora mais pormenorizadamente a questão, divirjo da tese proclamada por S. Exa., o que faço com o maior respeito.

Com estas considerações, data venia dos eminentes Ministros que participaram do julgamento da apelação, acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, recebendo, em parte, os embargos.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, ouvi atentamente o voto do Sr. Ministro Pedro

Acioli tanto quanto o do eminente Ministro Américo Luz. Chamo a atenção, porém, para um aspecto fundamental, preliminar, qual seja: os votos de S. Exas. extravasam dos limites dos embargos. Ambos sustentam que no caso tratar-se-ia de lançamento de ofício, e por isso aplicam a regra do art. 173, § 1.º, do Código Tributário Nacional. Ocorre que na Turma não houve qualquer dissidência quanto a tratar-se de hipótese outra que não lançamento por homologação. Na assentada do julgamento do recurso apelatório todos os votos admitiram que a espécie configurava lançamento por homologação. A dissidência travou-se apenas no tocante a saber-se se a solução da controvérsia deveria dar-se pela aplicação da primeira parte ou da 2.ª parte do § 4.º do art. 150 do Código Tributário Nacional, que leio: (lê).

«Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação».

De fato, enquanto o voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso considerou o curso do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido homologado, meu voto contou aquele prazo a partir da ocorrência dos fatos geradores do tributo. Insisto: apliquei a primeira parte do § 4.º do art. 150 do CTN, enquanto o Ministro Carlos Mário Velloso aplicou a 2.ª parte.

Essa, portanto, é a divergência que há de ser dirimida.

Leio o voto do eminente Ministro Carlos Mário Velloso: (lê).

«Tenho posição já conhecida a respeito da matéria. No caso, o período da dívida vai de agosto de 1972 a dezembro de 1976, e o lançamento efetivou-se no dia 6 de novembro de 1979. Trata-se, no caso, de lançamento por homologação.

Nessa hipótese, sustento que o prazo decadencial começa a correr a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia realizar-se. Quanto ao período mais remoto, no caso, agosto de 1972, a homologação — assim, o lançamento — poderia efetivar-se até agosto de 1977.

Sendo assim, na forma do que dispõe o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial iniciou-se no dia 1º de janeiro de 1978 e terminaria em 31 de dezembro de 1982.

No voto que proferi, por ocasião do julgamento dos Embargos na Apelação Cível nº 43.272-MG, examinei o problema em pormenor. Farei juntar cópia do mencionado voto para boa compreensão do meu pensamento a respeito.

Com essas considerações, com a vênia devida ao eminente Senhor Ministro-Relator, meu voto é no sentido de negar provimento ao apelo.»

E S. Exa. juntou outro voto, voto em que suscitei a matéria preliminar, consistente em saber se no caso da parte final do § 4º do art. 150 do CTN é ou não necessária a prova de dolo, fraude ou simulação, e os eminentes Ministros deixaram para apreciá-la em outra oportunidade.

Esse é o aspecto básico, e bem sabe o eminente Ministro Carlos Mário Velloso que são numerosos os casos de nossa dissidência na Turma. Toda dissidência se trava apenas nesse ponto. Exijo que no caso de lançamento por homologação se comprove o dolo, fraude ou simulação, para o

fim de aplicar a parte final do § 4º do art. 150 do CTN. Quando não há essa comprovação, aplico a primeira parte do referido § 4º e, portanto, conto o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador. E o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, nessa hipótese, despreza a necessidade dessa prova e aplica a parte final. Portanto, ele conta a partir do fato gerador cinco anos, e depois de contar esse prazo, a partir do primeiro dia do exercício seguinte, então se...

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): Sabe V. Exa. por que faço isso? Por dois motivos: primeiro, porque, não tendo havido antecipação do pagamento, lançamento por homologação não há; segundo, porque a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos — salutar jurisprudência — é no sentido de responsabilizar, por exemplo, o gerente, quando se trata de tributos sujeitos a lançamento por homologação, porque teria havido apropriação.

Dois argumentos então, eminente Ministro.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Mas, eminente Ministro Carlos Mário Velloso, se homologação não há, então é caso de lançamento de ofício, e não de lançamento por homologação, que V. Exa. afirma expressamente em seu voto e, aliás, no voto que anexou desenvolve explicitamente essa conhecida tese de V. Exa.

Então, no caso concreto, não vejo como possa V. Exa. dizer que não se cuida de lançamento por homologação.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): Não é isso, eminente Ministro. São dois argumentos, e V. Exa. impressionou-se apenas com um. Está aqui no meu voto e vou ler para V. Exa. É o voto ao qual me reporto para boa compreensão do meu pensamento.

Digo eu: (lê).

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Eminentíssimo Ministro Velloso, o voto por V. Exa. mencionado, anexo ao voto proferido na apelação, é um voto extenso e contém numerosas considerações doutrinárias, mas o que importa aqui é examinar a sua parte conclusiva, isto é, a questão decidida naquela assentada. As numerosas considerações laterais são irrelevantes. Com efeito, num voto sobre a matéria tributária acerca de lançamento pode-se falar sobre lançamento por declaração, sobre lançamento por homologação; e outros temas. O fundamental, na espécie, eminentíssimos Ministros, é saber qual a questão decidida no voto que o eminentíssimo Ministro Carlos Mário Velloso trouxe para os autos. Leio o seu próprio voto, para verificar que a questão decidida foi outra. Diz S. Exa. no voto em que acabou de ler a parte inicial de suas considerações: (lê).

«Imaginemos, agora, a hipótese de deixar o contribuinte de efetuar a antecipação do pagamento do tributo, deixando, assim, de cumprir a obrigação que lhe foi imposta pela lei. Como deverá o fisco proceder? Simplesmente fazendo instaurar o lançamento de ofício (CTN, art. 149, V). O prazo de decadência, nesse caso, não será o do art. 150, § 4º, do CTN, por isso que, ali, está-se tratando de hipótese em que houve a antecipação do pagamento. Não tendo havido, então, a antecipação do pagamento, a regra a ser seguida é a do art. 173, CTN, observando-se, em princípio, a regra do inciso I do art. 173.

O mesmo deve ser dito, aliás, no caso da ocorrência da ressalva contida no § 4º do art. 150, CTN, in fine: dolo, fraude ou simulação, tratando-se de homologação ficta.»

Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício se-

guinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexactidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexactidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador.»

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): V. Exa. leu a primeira parte. Houve dúvida nessa parte ou não houve?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Veja V. Exa., estou lendo seu voto para demonstrar que, se fosse caso de lançamento de ofício V. Exa. teria chegado à mesma conclusão do eminentíssimo Ministro Pedro da Rocha Acioli, mas, como V. Exa. entendeu que se tratava de lançamento por homologação, simplesmente contou 5 anos e a partir do exercício seguinte...

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): V. Exa. terá que acompanhar todo o meu raciocínio.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Essa é a minha afirmação. Vamos verificar o que consta dos autos, não vamos inventar; os autos traduzem fatos, não vamos esmiuçar questões paralelas. Temos a obrigação de nos ater ao que foi decidido e, eminentíssimo Ministro Velloso, li no seu voto: «Se se trata de lançamento de ofício, aplica-se a regra do art. 173, I.»

Nesse sentido, os eminentíssimos Ministros Acioli e Américo Luz votaram por entender que se trata de caso de lançamento de ofício, mas o eminentíssimo

te Ministro Velloso, em seu voto, assim não entendeu. E tanto não entendeu que contou 5 anos e depois do primeiro dia do exercício seguinte aos 5 anos é que enquadrou o caso dos autos. E por que fez assim? Assim procedeu porque entendeu que o caso era de aplicação da parte final do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, isto é, hipótese de ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Isto é o que decidiu V. Exa. Leia o seu exemplo e conclusão, mas, data venia, deixe eu continuar lendo...

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): Eminente Ministro, o meu voto divide-se em duas partes; V. Exa. ignora uma e fica com a outra, data venia.

O Sr. Ministro Washington Bolívar (Presidente) (Aparte): Srs. Ministros, a Mesa faz um apelo. Como sabem os senhores, há o problema — como já tenho salientado de outras vezes — de não podermos perder as douradas palavras dos Srs. Ministros e há o risco, com esses apartes entrecortados, de que algumas dessas palavras se percam no vazio. Compreendo muito bem a veemência e a vivacidade com que os eminentes Ministros discutem o tema; isso é muito saudável, mas, segundo me parece, o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro dará a conclusão do seu voto e o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, também assim o fará na sua oportunidade, pois será o intérprete bem autêntico do seu próprio pensamento, lerá e interpretará o seu próprio voto, o que não tira, evidentemente, do eminente Ministro Pádua Ribeiro o direito de, também, interpretá-lo e discuti-lo. Assim, apelo para que não falem em paralelo, em face da circunstância anteriormente apresentada. Continua com a palavra o eminente Ministro Pádua Ribeiro.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Então, Sr. Presidente, leio e verifico que o voto do eminente Mi-

nistro Velloso não só afirmou explicitamente que se tratava de lançamento por homologação; mas ainda: deu à hipótese as conseqüências jurídicas de tratar-se de lançamento por homologação. Diz S. Exa.: (lê).

«Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, art. 173, I). Até 31-12-1980, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-1981, deverá o lançamento estar concluído (CTN, art. 173, caput).»

Veja que o fato gerador ocorreu em maio de 1970 e V. Exa. contou cinco anos — maio de 1975. A partir do 1º dia do exercício seguinte, então, 1º de janeiro de 1976, até 31 de dezembro de 1980, poderia o Fisco constituir o seu crédito.

Portanto, essa é a tese do eminente Ministro Mário Velloso: se se trata de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, S. Exa. conta os cinco anos a partir do fato gerador, em seguida, a partir do 1º dia seguinte ao exercício subsequente aos cinco

anos, conta o prazo quinquenal. Concede, portanto, prazo mais dilatado.

Pois bem, depois de dar essa regra...

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): Sr. Presidente, V. Exa. permite uma observação? Esta é uma parte do meu voto e, para que não seja necessário na próxima sessão ter que voltar novamente ao tema, desejo reiterar apenas o seguinte: o meu voto tem dois argumentos. A fl. 7, depois que explano a primeira parte, digo o seguinte...

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Mas já passei da folha sete.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): Pois é, V. Exa. passou, mas parece que não deixou claro. Então digo assim: (lê).

Então eminente Ministro, quero deixar claro que nunca poderia imaginar que o meu pensamento fosse interpretado assim, pois sustento essa tese com base em dois argumentos: 1º) Em princípio, trata-se de lançamento por homologação; observam-se, então, as regras do lançamento por homologação. Porém, verificando-se que não houve a antecipação do pagamento, cai-se na regra geral do lançamento de ofício: primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a fiscalização teria o prazo final para homologar aquilo que, em princípio, era por homologação, mas que na realidade deixou de ser; 2º) Ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, volto à tese que estou sustentando. Os votos até aqui proferidos pelos eminentes Ministros Pedro da Rocha Acioli e Américo Luz extravasam dos limites dos embargos, porque todos os votos proferidos na Turma o foram no pressuposto de tratar-se de lançamento por homologação, e estou demonstrando que o voto do eminente

Ministro Velloso não discrepou desse entendimento. Leio: (lê).

«Em vigor, a partir de 1º de janeiro de 1967, o CTN, segue-se que a partir desta data contar-se-ia o prazo de 5 (cinco) anos da homologação ficta, que venceria em 1º de janeiro de 1972. Aplicando-se a regra do art. 173, I, CTN, tem-se que, de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 31-5-1974 (fls. 36/38), é fácil verificar que o foi dentro do prazo legal (CTN, art. 173, I).

A partir daí, é que começaria a fluir o prazo prescricional. A presente ação foi ajuizada em janeiro de 1975. Não há que se falar em prescrição, no caso.»

O Sr. Ministro Américo Luz (Aparte): Aqui deverei interferir, Sr. Presidente, data venia, porque tenho diante de mim uma nota de Theotônio Negrão ao art. 530 do Código de Processo Civil, em que o autor assevera: (lê) «A medida da... RT 4.388, Ementa nº 95.»

De maneira que no meu entendimento o voto proferido pelo Ministro-Relator, que acompanho, está perfeitamente contido nos limites dos embargos porque o que se contrapõe nos autos são duas teses: a do Ministro Pádua, que conta a partir do fato gerador o prazo decadencial, e a do Ministro Carlos Mário Velloso, que constrói o seu brilhante raciocínio já exposto.

Acho, data venia, que não estamos fugindo aos limites dos embargos, recebendo-os em parte; porquanto, o que o embargante pretende? Que prevaleça o voto vencido. Nós, com um voto médio, estamos perfeitamente dentro dos limites cabíveis nos embargos infringentes, data venia.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Não obstante a ponderação

do eminente Ministro Américo Luz, acredito que o texto do art. 530 do Código de Processo Civil não tem tamanho elástico. Nós, ao julgarmos os embargos, temos de proferir voto apoiado nos pressupostos de fato em que foi proferido o julgamento apelatório. No caso, o pressuposto de fato, que estou a demonstrar, em que foi proferido o julgamento apelatório, é o de que se trata de lançamento por homologação; daí discutir-se: aplica-se a 1ª parte ou a 2ª parte do artigo 150? Surge, agora, uma outra posição que, partindo de outro pressuposto de fato, isto é, cuidar-se de lançamento de ofício e aplica o art. 173, § 1º, do CTN. Penso que tal proceder não se compreende no texto do art. 530.

O Sr. Ministro Américo Luz (Aparte): Sr. Presidente, inicialmente, no voto, respeito o ponto de vista de S. Exa. o Sr. Ministro Velloso, que afirmou categoricamente: «No caso não se trata de lançamento por homologação, porque não houve antecipação de pagamento. É caso de lançamento *ex officio*».

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: V. Exa. diz que afirmou isso e leio o contrário (fl. 49): «trata-se, no caso, de lançamento por homologação».

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Aparte): Há um sociólogo francês que diz o seguinte: «Depois que manifestamos um pensamento não somos mais dono dele».

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Aparte): Gostaria de obter uma informação. No caso concreto verifiquei que não houve a homologação, não houve para o contribuinte o pagamento; então, conseqüentemente, foge do lançamento por homologação para passar ao lançamento *ex officio*, por força do art. 173, § 2º, e não do art. 150, § 4º, como está entendendo o eminente Ministro. É este o meu ponto de vista que defendi

baseado no princípio do lançamento *ex officio*.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: data venia, Sr. Ministro, isso é matéria de mérito. Saber se no caso de lançamento por homologação é ou não necessária a antecipação do pagamento, isso só vou examinar depois. A única questão que estou a colocar, que estou demonstrando, é esta: na Turma, de maneira incontroversa, decidiu-se que, no caso, se cuida de lançamento por homologação. Apliquei a primeira parte do § 4º do art. 150, e o Ministro Carlos Mário Velloso, a segunda parte. O voto do eminente Ministro Velloso foi proferido no pressuposto de tratar-se de lançamento por homologação e não de lançamento de ofício. Não é possível que ele tenha afirmado uma coisa e concluído outra. Isso não é próprio do Ministro Velloso, que sempre teve raciocínio lógico, por nós respeitado. Dizem os votos dos Ministros Acioli e o do Ministro Américo Luz: conta-se o prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício do fato gerador. Já o voto do eminente Ministro Carlos Mário Velloso, ao sustentar que se trata de caso de dolo, fraude ou simulação, aplicou aqueles cinco anos e acréscimos, no pressuposto de se tratar de lançamento por homologação ou não de lançamento de ofício. Diz S. Exa.: (lê).

«Em vigor, a partir de 1º de janeiro de 1967, o CTN, segue-se que a partir desta data contar-se-ia o prazo de 5 (cinco) anos da homologação ficta.»

Ora, por que falar em homologação ficta quando se trata de lançamento de ofício? Como entender isso?

Mas continua S. Exa., e repito: (lê).

«Em vigor a partir de 1º de janeiro de 1967, o CTN, segue-se que a partir desta data contar-se-ia o

prazo de 5 (cinco) anos da homologação ficta, que venceria em 1º de janeiro de 1972. Aplicando-se a regra do artigo 173, I, CTN, tem-se que, de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 31-5-1974 (fls. 36/38), é fácil verificar que o foi dentro do prazo legal (CTN, art. 173, I)».

Em suma, esse o ponto que procurei demonstrar e acredito inequívocos nos autos. Todos os três votos proferidos no recurso apelatório o foram no pressuposto de que, no caso, se trata de lançamento por homologação. Não há outro entendimento; não há pinçar frases que apenas esclarecem a colocação doutrinária do tema para depois sustentar tese oposta com relação ao caso julgado, com relação à questão controvertida. Por isso é que, na espécie, sustento essa questão preliminar. Impõe-se que se fixe o objeto dos embargos, e este há de ser o seguinte: cuida-se, no caso, de aplicação da primeira parte do § 4º do art. 150, isto é, os cinco anos do prazo decadencial quinquenal contam-se do fato gerador ou, ao contrário, contam-se da maneira preconizada pelo Ministro Carlos Mário Velloso, no pressuposto de ocorrer a hipótese de dolo, fraude ou simulação? É a questão preliminar que submeto à Egrégia Presidência e, através dela, a esta Egrégia Segunda Seção. Superada, passarei ao mérito.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): Senhor Presidente, como evidenciei no relatório, o eminente Ministro Antônio de Pádua aplicou, no julgamento da apelação, a primeira parte do § 4º do art. 150 do CTN, segundo ele mesmo declarou há pouco. Quer dizer: o Ministro Pádua admite, *ipso facto*, que, no caso, trata-se de lançamento por homologação.

O Ministro Carlos Mário Velloso, entretanto, afirma não ser caso de lançamento por homologação, porque não teria havido a antecipação do pagamento das contribuições e, mais, por admitir a presença presumida de fraude, defende que o prazo corre, não do fato gerador como quer o Ministro Pádua, mas do primeiro dia do exercício seguinte ao quinquênio em que poderia ter sido realizado o chamado lançamento por homologação. Com esse entendimento, o Ministro Carlos Mário Velloso deixou de aplicar o § 4º (primeira parte) do art. 150 para aplicar o item I do art. 173, dando, porém, a este dispositivo uma interpretação particular, a par da existência presumida de fraude que ele admite.

O pressuposto básico de cabimento dos embargos infringentes é a falta de unanimidade do julgado (CPC, art. 530). Nas idéias acima expostas, ficou claro que os eminentes Ministros Pádua e Velloso não falam, indubitavelmente, a «mesma língua». É manifesta a divergência das teses que cada um defende.

Nos embargos infringentes, basta a divergência material do julgado, podendo o Tribunal acolher uma ou outra tese, ainda que por fundamento legal diferente, não agitado no julgamento da apelação.

Rejeito a preliminar, data venia, conhecendo dos embargos como já me pronunciei.

É o voto.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente. Pelas razões que já expendi em aparte ao eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, entendo que os votos proferidos pelo eminente Ministro-Relator, e por mim, não extravasam dos limites de cabimento dos embargos.

Na espécie, a devolução da matéria ao julgamento desta Seção é to-

tal e os embargos podem ser recebidos por outro fundamento, que não os estritamente aduzidos nos votos divergentes, contanto que a conclusão se contenha dentro dos lindes quantitativos do voto vencido. Ora, o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso sustenta que, não havendo antecipação de pagamento, não há que se falar em lançamento por homologação, embora construa tese doutrinária a respeito, quando desenvolve seu pensamento.

Data venia, rejeito a preliminar.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Vogal): Senhor Presidente entendo que os votos já proferidos não extravasam dos limites dos embargos, porque ficaram no meio termo: entre o voto proferido pelo Ministro Carlos Mário Velloso e o proferido pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Pelas mesmas razões já aduzidas pelo Ministro Américo Luz, rejeito a preliminar, data venia.

VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Entendo que, dentro desse contexto, o enfoque foi comum aos votos proferidos. Tanto o vencido quanto o vencedor entenderam que, in casu, se tratava de lançamento por homologação. Assim, o novo enfoque dado pelo Relator, de tratar a matéria como se fosse lançamento de ofício, não está contido nos limites da controvérsia. É um enfoque que suscita um tratamento diferente.

Data venia, na preliminar, acompanho o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

VOTO MÉRITO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: No mérito, entendo, com de-

vida vênia, que o caso é mesmo de lançamento por homologação.

Sustenta o voto do Sr. Ministro-Relator, após transcrever o art. 149, caput, e seu inciso V, do CTN, que, no caso, não se trataria de lançamento por homologação. São suas estas palavras: «não havendo antecipação de pagamento não há falar em homologação, expressa ou tácita, por faltar-lhe objeto».

Com a devida vênia, discordo de tal entendimento. Com efeito, não há como se admitir, mesmo nos casos de lançamento por homologação, que se homologue lançamento praticado por contribuinte. Isso porque lançamento é ato privativo de autoridade (CTN, artigo 142: «compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento»). Por isso mesmo, sustenta o insigne tributarista, José Souto Maior Borges, com a sua conhecida autoridade («Tratado de Direito Tributário», volume IV, Forense, 1981, pág. 432):

«O que se homologa, nas hipóteses de lançamento por homologação, não é ato de lançamento, mas pura e simplesmente a «atividade» do sujeito passivo, tendente à satisfação do crédito tributário».

Essa linha de raciocínio, aliás, conforma-se com o art. 150, caput, do CTN, nestes termos:

«O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa».

Insisto: o que se homologa não é lançamento, nem pagamento, mas a atividade exercida pelo sujeito passivo!

Nesse sentido, é incisivo Souto Maior Borges (Opus cit., pág. 438):

«... a homologação pressupõe sempre atividade anterior do sujeito passivo, que pode consistir na prestação de um quantum pecuniário, ou, até mesmo, na simples apresentação de uma guia de recolhimento «negativa», em impostos tais como o ICM e IPI, porque o acúmulo de créditos, no período fiscal, superou o montante do débito. Logo, o que a autoridade administrativa homologa não é necessariamente o pagamento, mas eventualmente o simples cumprimento de obrigação acessória (CTN, artigo 113, caput e § 2º)».

Em outro passo, diz aquele consagrado autor (Opus cit., pág. 434):

«De notar-se portanto que a homologação nem sequer se refere sempre a tributo pago, mas eventualmente a tributo apenas contabilizado, dada a circunstância eventual de que a conta corrente fiscal apure, no período considerado, a existência de créditos acumulados superiores aos débitos realizados. A confirmação dessa circunstância, quer da prestação tributária efetiva, quer da contabilização formal do tributo, é a confirmação de simples regularidade da «atividade» anterior do sujeito passivo».

Nesse contexto, é que se há de enquadrar o art. 149, inciso V, do CTN, que dispõe acerca da conversão do lançamento por homologação em lançamento de ofício, citado no voto do Sr. Ministro-Relator. Transcrevo o respectivo texto:

«Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

V — quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no

exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte».

Note-se que o preceito fala em omissão, inexatidão e atividade. Não se refere a pagamento!

Nessa linha de raciocínio, é que há de se harmonizar a parte final do § 4º do art. 150 do CTN, antes transcrito, ao dizer que não se dá a homologação tácita, se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De fato, se comprovada aquelas atitudes defraudadoras do direito, o lançamento sai do regime de homologação e passa para o regime de ofício. Daí surgir a difícil questão, consistente em saber, nesse caso, qual é o termo inicial da contagem do prazo de decadência, assunto sobre o qual escrevi despretenso trabalho, que distribuí aos ilustres colegas («Decadência: contagem do prazo no caso de lançamento por homologação». Resenha Tributária, Edição nº 33, 1982, págs. 685/704). A fim de que integre a fundamentação deste voto, farei anexar cópia daquele trabalho.

Na espécie, porém, cuida-se, a meu ver, de hipótese de lançamento por homologação, em que não se comprovou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Daí que, em tema de decadência, o que se há de aplicar é a regra da 1ª parte do art. 150 do CTN, em sua singeleza, ou seja: contar o prazo decadencial das contribuições questionadas a partir da ocorrência dos respectivos fatos geradores. Foi isso o que fiz no voto que proferi na Turma. Discordei do voto do Ministro Velloso, que entendia aplicável a parte final do § 4º do art. 150 do CTN, ao argumento fundamental de que, na espécie, não restou comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Assim, aliás, votei na consonância de numerosos outros votos, como na AC nº 80.254-MG, onde disse:

«Na espécie, divirjo do voto do eminente Relator em ponto fundamental: penso que, no caso, a solução da controvérsia há de dar-se pela aplicação da 1ª parte e não da parte final do questionado § 4º do art. 150 do CTN. Com efeito, ao contrário do ilustre Ministro Velloso, sustento que não tem amparo no Direito presumir-se a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, tanto mais que o § 4º do art. 150 do CTN fala em comprovação daquelas ocorrências conspurcadoras do Direito (Ver trabalho citado, anexo, pág. 702/704). Nesse sentido, votei, dentre outros casos, nos EAC nº 43.272-MG; e nas ACs nºs 47-985-SP, 63.729-MG e 62.738-SP.

Quando do julgamento do EAC nº 43.272-MG, a questão, embora suscitada no voto do Ministro Velloso, não foi apreciada pela Egrégia Segunda Seção, por não ter sido necessária à solução da questão versada naquele feito. Naquela oportunidade, após sustentar que as contribuições previdenciárias consubstanciam tributos e que estão regidas pelo CTN, no que concerne aos prazos de decadência e prescrição, disse:

«No entanto, embora nessa linha de idéias, o ilustre Relator, em seu douto voto, para rejeitar os embargos, por não identificar, na espécie a existência de contribuições cobertas pelo quinquênio prescricional, precisou de sustentar tese, ainda não sufragada pela jurisprudência desta Corte, sobre a contagem do prazo de decadência, nas hipóteses de lançamento por homologação, se ocorridas as ressalvas previstas na parte final do § 4º do art. 150 do CTN (dolo, fraude ou simulação). Preconiza a adoção do seguinte critério:

«Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em

que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexatidão, ou a falta de pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexatidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 1973, I). Até 31-12-1980, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31 de dezembro de 1981, deverá o lançamento estar concluído («Código

Trib. Nacional», art. 173, caput).

III

José Souto Maior Borges, após assinalar que o art. 150, § 4º, não dispõe sobre o prazo que, em substituição, deve ser computado nos casos de dolo, fraude ou simulação, enumera as seguintes alternativas com que se defronta o intérprete («Tratado de Direito Tributário», Vol. IV, Forense, 1ª ed. 1981, pág. 477):

a) considerar que, na previsão específica do prazo, o lançamento poderá ser efetuado a qualquer tempo, não fluindo então nenhum prazo decadencial;

b) aplicar subsidiariamente o prazo decadencial previsto no Direito Privado;

c) aplicar o prazo estabelecido no art. 173 do CTN, contando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado ex officio;

d) aplicando ainda o artigo 173, contar-se o termo inicial a partir do exercício seguinte àquele em que o Fisco tomasse conhecimento da ocorrência das apontadas circunstâncias agravantes da ilicitude tributária.

IV

Consoante se depreende, o ilustre Relator optou pela terceira hipótese, o que se me afigura razoável. No entanto, não vejo como adotá-la, em concreto, se a configuração de dolo, fraude ou simulação sequer foi alegada nestes autos. Com efeito, aquelas situações defraudadoras do Direito não se presumem, devendo

resultar provadas, e, em caso de dúvida, há de preferir-se exegese que as exclui.

Nesse sentido, preleciona Carlos Maximiliano («Hermenêutica e Aplicação do Direito», 5ª edição, Freitas Bastos, 1965, pág. 275):

«Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite alguém ter agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao Direito, ou à Moral».

V

De ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, imposto de renda na fonte) nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, em tal situação, são as seguintes as atitudes que pode assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio (Souto Maior Borges, *opus cit.*, pág. 476):

a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;

b) efetuar-lo com insuficiência;

c) não efetuar-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;

b) de erro na apreciação da situação fáctica pelo sujeito passivo;

c) de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, conforme se vê, nem sempre a falta do pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, resulta da prática de dolo, fraude ou simulação.

VI

Em resumo, afasto, em concreto, o critério de contagem do prazo de decadência preconizado pelo ilustre Relator, porque, na espécie:

a) sequer foi alegada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

b) aquelas situações defraudadoras não se presumem, mas devem ser provadas nos autos;

c) a falta de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, nem sempre decorre da prática daqueles atos contrários ao direito».

Por tais fundamentos, em conclusão, rejeito os embargos.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Em face da natureza controversa da matéria, pedi vista dos presentes autos, que me vieram conclusos, após a Sessão de 19 de abril próximo passado.

Para melhor apreciação da *quaestio juris*, lembrem-se as palavras do eminente Relator, Ministro Pedro Acioli que, assim, delimitou a lide:

«O IAPAS opõe embargos infringentes a Acórdão da Eg. 4ª Turma, na parte em que se proclamou «a decadência do direito de constituir o crédito previdenciário quanto aos débitos abrangidos pelo prazo quinquenal entre a data da ocorrência do seu fato gerador e a da notificação do respectivo lançamento» (fl. 68).

O débito cobrado, na espécie, compreende o período de agosto de 1972 a dezembro de 1976, de cujo lançamento foi o contribuinte notificado em 6-11-79, tendo sido abrangidas pela decadência as contribuições vencidas antes de 6-11-74, no entendimento do Sr. Ministro-Relator da apelação.

A divergência lavra-se entre o voto do Ministro Antônio de Pádua — para quem o prazo de decadência, no caso, começa desde logo a fluir a partir do fato gerador — e o voto vencido do Ministro Carlos Mário Velloso, que entende deva fluir o prazo para constituição do crédito previdenciário a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o autolancamento (homologação) poderia ter sido realizado. Isto é, «quanto ao período mais remoto, no caso, agosto de 1972, a homologação — assim, o lançamento poderia efetivar-se até agosto de 1977. Sendo assim, na forma do que dispõe o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial iniciou-se no dia 1º de janeiro de 1978 e terminaria em 31 de dezembro de 1982» (fl. 49), segundo o voto vencido cujo prevailecimento advoga o embargante».

No caso em tela, adotando ponto de vista diverso dos expostos pelos Senhores Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Mário Velloso, o Relator dos embargos apresenta solução à controvérsia, nestes termos:

«Invertendo-se o sentido do art. 173, tem-se que a Fazenda Pública tem o direito de constituir o crédito tributário no prazo de cinco anos, contados:

«I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado»;

O período mais remoto, no caso, é agosto de 1972. Já no exercício de 1972 poderia ter sido operado tanto a homologação como o lançamento *ex officio*. Para este, o prazo começa, pois, a fluir no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, 1º de janeiro de 1973, findando o quinquênio em 1º de janeiro de 1978. Como a notificação deu-se em 6-11-79, no meu entender apenas estão atingidas pela decadência as contribuições vencidas até 30 de novembro de 1973. Noutras palavras, para contagem do prazo de decadência do direito de constituir, exclui-se o exercício do vencimento das contribuições (porque antes do vencimento não tem lugar o lançamento *ex officio*) ou o exercício em que já podia ser realizado o lançamento.

Este meu entendimento põe-se em testilha com as teses agitadas na apelação.

Não posso entender que o prazo comece a fluir do fato gerador, como quer o Ministro Antônio de Pádua, à vista da clara disposição do item I do art. 173: «do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado». O lançamento referido é o de iniciativa da Fazenda, isto é, o *ex officio*.

Não me parece que o art. 173 autorize o entendimento de que o prazo tenha início no primeiro dia do exercício seguinte àquele após consumado o prazo de cinco anos previsto no § 4º do art. 150, como defende o Ministro Carlos Mário Velloso, conforme voto nos autos.

A minha oposição à segunda tese está em que se consideramos o crédito previdenciário vencido em setembro de 1972, ninguém duvidaria que já no exercício seguinte (1973) pudesse o IAPAS, em visita à empresa, preparar o lançamento *ex officio*. Ora, iniciado que seja o

prazo para o exercício do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, começa a correr concomitantemente o prazo para consumação da decadência do respectivo direito. Neste ponto, creio eu, reside a vulnerabilidade da segunda tese, defendida pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso.

Assim, a minha tese fica a meio caminho, entre a do Ministro Antônio de Pádua e a do Ministro Carlos Mário Velloso. Creio até que, em julgamento anterior, acompanhei o Ministro Antônio de Pádua. Mas agora, depois de estudo mais apurado da matéria, discordo de S. Excelência. Ao meu ver, pois, estão atingidas pela decadência as contribuições vencidas até 30 de novembro de 1973. A propósito da tese do Ministro Pádua, segundo a qual estariam alcançadas pela decadência as contribuições vencidas até 6 de novembro de 1974, vale salientar, ainda, que as contribuições previdenciárias só se vencem a cada dia 30 do mês».

Com o devido respeito aos que pensam de modo contrário, entendo que, no caso dos autos, não se pode cogitar de lançamento por homologação, que pressupõe sempre o pagamento antecipado do tributo, sem prévio exame da autoridade administrativa competente.

In casu, nenhum pagamento houve. Não haveria, por conseguinte, o que se homologar.

Ainda que as contribuições previdenciárias sejam daqueles tributos cuja legislação (Decreto nº 83.081/79, artigo 54) determine o lançamento por homologação, atribuindo ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento, creio que, em não havendo tal pagamento, inexistente objeto à homologação, sendo inaplicável, à espécie, o artigo 150 e respectivo parágrafo 4º do CTN.

Quando a pessoa legalmente obrigada a fazer o lançamento por homologação não faz, a Administração, de ofício, no uso de seu poder-dever específico, efetua o lançamento necessário. (CTN, art. 149, inciso V).

É o caso dos autos.

Válidos são, aqui, os ensinamentos de Ruy Barbosa Nogueira, nestas letras:

«Neste ponto é que se pode explicar mais satisfatoriamente a ratio essendi do lançamento ex officio sendo o lançamento, como já vimos ao tratar da sua natureza jurídica, um procedimento administrativo vinculado, o seu exercício não é facultativo, mas obrigatório, e está adstrito aos termos da lei.

Ora, se é verdade que no auto-lançamento, como no lançamento misto, é de um lado convocada para a elaboração do lançamento a atividade do contribuinte ou de terceiro obrigado, temos de outro lado que estes não são funcionários da administração. Não sendo funcionários, não estão sob o estatuto legal dos funcionários públicos. Assim sendo, sua omissão ou ação infratora das obrigações desse procedimento tributário não constitui desobediência a deveres funcionais, mas sim a obrigações tributárias acessórias.

Disso decorre que se o contribuinte ou o terceiro obrigado não cumpre as obrigações de seu curso no lançamento, além de continuar integral a necessidade de apuração da obrigação principal, acresce à função do próprio lançamento a de apurar também o descumprimento dessas obrigações acessórias.

É exatamente neste momento que a qualidade que o lançamento tem de procedimento privativo da autoridade administrativa, mais se caracteriza e se exterioriza.» (in

«Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário» — 3ª Edição — Ed. José Bushatsky — 1971 — págs. 199/200).

Tendo como afastada a hipótese de lançamento por homologação, para a espécie dos autos, assim como a aplicação do prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, considero desfeito o **punctum saliens** da controversia, para adotar, in casu, sem mais delongas ou repetições, nos termos do que dispõe o artigo 173, inciso I, da referida lei, a douda conclusão do eminente Ministro-Relator, no sentido de que «estão atingidas pela decadência as contribuições vencidas até 30 de novembro de 1973», considerando a notificação feita em 6-11-79 e o direito da Fazenda Pública constituir seu crédito tributário, no prazo de cinco (5) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado.

Com estas considerações e acompanhando o voto do Senhor Ministro-Relator, recebo, parcialmente, os embargos.

É o meu voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, recebo os embargos.

Sustento a tese no sentido de que certos tributos estão sujeitos ao lançamento por homologação. Por isto, a esses tributos aplicam-se as regras do lançamento por homologação. Todavia, se se verifica a não ocorrência do pagamento por antecipação, dá-se a incorrência, in concreto, do lançamento por homologação. Em sendo assim, instaura-se o lançamento de ofício.

No caso, não houve antecipação do pagamento. Então, deveria ser instaurado o lançamento de ofício.

Quando? Como se faria a contagem do prazo em caso assim?

Penso que há de ser aplicada a regra do art. 173, número I, do Código Tributário Nacional, se não ocorrer a hipótese mencionada no parágrafo único do mesmo artigo, vale dizer: se não tiver «sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento».

Agora, por que sustento a tese no sentido de que esse lançamento ex officio poderia ser instaurado no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte em que a homologação ficta poderia ter ocorrido? É que, conforme dizia no início do meu voto, certos tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, a eles aplicam-se, em princípio, as regras do lançamento por homologação.

Ora, estabelece o Código Tributário Nacional, no art. 150, § 4º, que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Sabemos que, nesse tipo de lançamento, a homologação pode ser expressa ou ficta. A expressa pode dar-se até no dia seguinte à ocorrência do fato gerador. Uma ou outra ocorrerão no prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador; quer dizer, a autoridade, em cinco anos, poderá iniciar um procedimento de fiscalização, e pode ocorrer que no último dia desses cinco anos, iniciado o processo de fiscalização, verifique ela que o pagamento não foi antecipado conforme determina a lei, por não ter cumprido o contribuinte a obrigação que lhe impunha a lei.

Ora, se a Administração tem até cinco anos, imaginemos que ela verifique, no último dia dos cinco anos, que o pagamento não se efetivou. Não tendo se efetivado o pagamento,

lançamento por homologação não existirá. Mas não se pode afastar a afirmativa no sentido de que, por estar sujeita, em princípio, às regras do lançamento por homologação, cinco anos tinha o Fisco para fazer esta verificação.

Assim, aplico a regra do art. 173, I. Conto o prazo para instauração desse lançamento de ofício a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao em que essa homologação ficta poderia ocorrer, ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que expiraria para o Fisco o prazo para efetivar a fiscalização e tornar expressa a homologação, ou em que se daria a homologação ficta.

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante (aparte): Gostaria de perguntar a V. Exa. como conciliar esse entendimento de V. Exa. com a segunda parte do § 4º do art. 150, que diz: (lê)

«Se a lei não fixar ... fraude ou simulação».

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Mais na frente darei resposta específica a essa indagação de V. Exa. Mas dizia: a lei assina um prazo de 5 anos para a homologação, que pode ser expressa, ou ficta. Dentro desse prazo de 5 anos, imaginemos que, no segundo ano da ocorrência do fato gerador, o Fisco vai lá na empresa, verifica a antecipação do pagamento e homologa expressamente. A regra, entretanto, é a homologação ficta, porque não haveria tantos fiscais para freqüentarem as milhares e milhares de empresas que pagam o INPS; até nós pagamos INPS para as nossas cozinheiras. Então, a lei confere ao Fisco o prazo de 5 anos, dentro do qual ele fará a homologação, assim o lançamento, ou essa homologação, que não ocorreu expressamente, será ficta. Entretanto, eminente Ministro Miguel Ferrante, essa homologação ficta, ao cabo de 5 anos, não poderá ocorrer,

in concreto, no caso de não ter havido antecipação do pagamento e, não tendo havido antecipação do pagamento, o lançamento por homologação não terá havido, tendo em vista a cabeça do art. 150, CTN.

Ora, não tendo havido essa antecipação, o lançamento por homologação não terá existido, **in concreto**; mas ao procedimento, aplicar-se-á, para a instauração do lançamento de ofício, a regra do lançamento por homologação, tendo em vista a natureza do tributo que comporta esse tipo de lançamento. Este é o primeiro argumento que utilizo para contar, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia o fisco efetivar a homologação, o prazo de decadência.

Este é o meu primeiro argumento.

O Sr. Ministro Pedro Acioli (aparte): V. Exa. sustentou que se tratava de lançamento **ex officio**, mas está defendendo o oposto, por homologação.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: V. Exa. não entendeu, **data venia**, o meu raciocínio, e a culpa deve ser minha, que não estou me fazendo claro.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): O meu pensamento é exatamente como o do Ministro Pedro Acioli, porque sustentei uma preliminar na sessão passada, no sentido de que, por unanimidade, a Turma havia decidido ser caso de lançamento por homologação. No entanto, fiquei vencido, ao argumento de que, no caso, era lançamento de ofício: daí não sei como conciliar. Se é lançamento de ofício, que se aplique o entendimento do eminente Relator, Ministro Pedro Acioli; acho que não há outra alternativa. Se é lançamento por homologação, então vamos apreciar outras alternativas. Era isso que queria ponderar a V. Exa.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Estou apenas fazendo uma interpretação sistemática do Código, utilizando diversos dispositivos, fazendo, enfim, o que Luciano da Silva Amaro também fez quando escreveu a respeito do lançamento por homologação. Aplicar-se-ão, em princípio, as regras do lançamento por homologação. Entretanto, faltando elemento essencial, instaura a Administração o lançamento de ofício, e foi o que ocorreu, no caso. Este é o primeiro argumento. O segundo é o seguinte: dispõe o § 4º do art. 150: (lê).

O que sustento, Senhor Ministro Ferrante, é que o Código, no particular, se utiliza das palavras «dolo, fraude ou simulação» em sentido largo. Aristóteles dizia que fazer justiça é tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais. Difícil, diria eu, é descobrir quem são os iguais e quem são os desiguais. Mas parece-me ser fácil afirmar que aquele que está sujeito ao lançamento por declaração não se equipara àquele que está sujeito ao lançamento por homologação, que antecipa um pagamento sem o prévio exame da autoridade, assim, senhor absoluto do ato.

Realmente, no lançamento por homologação há muito mais possibilidade de simulação e de fraude. De sorte que, tratando desigualmente os desiguais, não posso emprestar aos dispositivos legais que cuidam do lançamento por homologação uma interpretação liberal. O que penso é o seguinte: os tributos que estão sujeitos ao lançamento por homologação ensejam, de regra, apropriação por parte do contribuinte **de jure**, por que esse tributo comumente repercute; ele é pago, em última análise, pelo contribuinte de fato. Refiro-me ao IPI, ao ICM e, com muito mais razão, às contribuições previdenciárias. O não recolhimento de contribuições previdenciárias tem, em verdade, caráter de apropriação

indébita; há o desconto no salário do empregado, sem que se faça o recolhimento aos cofres da instituição de previdência, e isto se dá longe dos olhos do Fisco, pois, em se tratando de lançamento por homologação, corre ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade (CTN, art. 150).

Muita vez o recolhimento é feito em parte. Outro dia conversava com um contador de empresas, e ele me dizia que certas empresas utilizam o seguinte estratagema: a folha de pagamento é de dez milhões de cruzeiros. Sobre esses dez milhões, são feitos os descontos das contribuições dos empregados, todavia, para a empresa obter a quitação do INPS, a folha oficial se reduz a um milhão de cruzeiros, e o recolhimento se faz sobre um milhão. Vejam, senhores Ministros, como esse tipo de lançamento propicia simulações, omissões e fraudes. Sustento, então, que nesse tipo de lançamento, não sendo feita a antecipação do pagamento, pratica o contribuinte simulação e fraude à lei, em sentido lato. Por isso mesmo, nesse tipo de lançamento, dá-se, não tendo havido antecipação do pagamento, a ocorrência da ressalva contida no § 4º *in fine*, do art. 150, mesmo porque teria havido apropriação. Por isso, observada a regra final do § 4º do artigo 150, a Administração, após os cinco anos da homologação ficta, utilizar-se-á do princípio inscrito no art. 173, I, CTN.

Dir-se-á que esta é uma interpretação muito favorável ao Fisco. Acho que não, mesmo porque o Fisco sustenta que, neste caso, não haveria nunca decadência. Como a Teoria Geral do Direito admite sempre a ocorrência de prazos de decadência e de prescrição como garantia das relações jurídicas, eu preciso construir no sentido de encontrar um marco para essa decadência. Reconheço que esta interpretação, de certo modo, é favorável ao Fisco. Neste

ponto, entretanto, acho que procedo com acerto, tendo em vista o interesse público corrente. Retorno à afirmativa anterior: é que este tipo de lançamento enseja simulações e fraudes por parte dos contribuintes.

Senhor Presidente, com estas breves considerações e ratificando o voto que proferi na Turma, recebo os embargos da autarquia previdenciária, não sem antes deixar expresso que o faço com a licença dos meus eminentes Colegas que não pensam desta forma, especialmente dos meus eminentes Colegas, Ministro Pádua Ribeiro e Ministro Pedro Acioli.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Sr. Presidente, em face da discussão, inclino-me pelo voto do eminente Ministro-Relator, data venia do brilhante voto do Ministro Carlos Mário Velloso, porque entendo que, não tendo havido lançamento por homologação, a hipótese é de lançamento *ex officio*; logo, a regra é do artigo 173, item I.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, no seio da 4ª Turma, tenho deixado de abordar de modo direto o assunto ora controvertido porque não subscrevo o enunciado da Súmula 108 de nossa jurisprudência: respeitando, embora, a doutíssima opinião da maioria, ao acatá-la, ressalvo que não adiro aos seus pressupostos, pois tenho para mim que o crédito previdenciário não se reveste da natureza de crédito tributário, o que não me impede, contudo, de reconhecer e observar o tratamento administrativo-fiscal que numerosas disposições legais, até mesmo da Lei Orgânica da Previ-

dência Social, asseguram ao crédito correspondente a contribuições.

Assim também, não me incluo entre aqueles que lêem na Lei Orgânica da Previdência Social preceito que estabelece como de cinco anos o prazo decadencial, em virtude dessa limitação temporal do ônus de conservar a documentação relativa ao débito correspondente.

A instituição de decadência (tor-nando bem explícito meu pensamento) não se coaduna com meras inferências, recolhidas ao longo de conjugação de textos legais.

Por assim entender, tenho-me dispensado de penetrar no âmago da elegante controvérsia em que, no seio da 4ª Turma, têm debatido freqüentemente nossos eminentes colegas, Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Mário Velloso; tenho-me limitado, ao me inclinar pela orientação proposta pelo Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, a considerá-la mais próxima daquela minha opinião, no que concerne aos resultados práticos do julgado, que vejo menos gravosos para os relevantíssimos interesses da previdência social, os de ordem estritamente social.

Ao longo desta sessão, contudo, depois de atentamente ouvir, de novo, os argumentos que resumem as correntes opostas; e a despeito do inegável valor do escrito doutrinário da autoria do Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro sobre o tema, devo tornar explícito, com todo o respeito e estima para com a douta opinião de S. Exa., que me dou por convencido dos argumentos do Sr. Ministro Velloso.

De fato, o art. 150, § 4º do Código Tributário, a ser observado em razão mesmo da Súmula nº 108, «se a lei não fixar prazo à homologação» remete inegavelmente o intérprete para o prazo, que será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; este, no entanto, é o prazo para

o recolhimento do débito pelo contribuinte, de modo espontâneo. Expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, diz o preceito que se considera «homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito».

Ora, o pressuposto básico de fato, a meu ver incontornável para a incidência desta norma, é que tenha havido lançamento.

E, neste caso, lançamento por homologação.

Ora, o lançamento por homologação é fato de natureza complexa, definido pelo CTN no artigo 150:

«O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa».

É preciso que haja, portanto, providência de natureza não somente documental da parte do devedor, senão também providência prática, de entrega de certo numerário.

A homologação precisamente consistirá no fato de o Fisco deixar de impugnar essa atividade complexa, que consistiu em declaração, documentação e entrega de numerário (podendo, também, ser expressa).

Por outro lado, pode dar-se que o Fisco venha a impugnar o lançamento, ao tomar conhecimento do modo como o contribuinte o efetuou.

Se, porém, o contribuinte declara o que deve, mas nada recolhe; ou se nem mesmo declara, não há, evidentemente, lançamento por homologação: não pode haver, porque não há o que homologar.

Por outro lado, se o contribuinte providencia documentos, preenche

carteiras de empregados, registra em folha a dedução das contribuições feitas aos salários destes e, no entanto, não recolhe, por um lado, não há lançamento a homologar e, não havendo lançamento, não pode dar-se a falta de homologação. Por outro lado, resulta patente *quantum satis* o dolo, a malícia do empregador, pelo simples fato de descontar as contribuições e retê-las em seu poder, ao omitir o lançamento.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Pode acontecer a hipótese de que nada recolhe por nada ter a recolher, pois pode ter crédito a seu favor.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Admito. Mas então, por que é que o contribuinte alcançado pelo procedimento administrativo de levantamento *ex officio* do débito não se defende, para mostrar que a hipótese não era de recolhimento, que ele nada descontou de seus empregados, ou que o que descontou, recolheu?

Se ele não acode ao procedimento administrativo (que é direito seu), por que é que, por ocasião dos embargos à execução, não alega os fatos impeditivos da demanda de cobrança, mostrando que ele não admitiu tais ou quais empregados, que nunca os teve; ou que eram autônomos; ou que o recolhimento não pendia de providência dele?

O que não vejo é que seja necessário instaurar uma demanda para que o Fisco possa convencer o Juiz da fraude cometida pelo contribuinte que, admitindo, embora a prestação, a seu benefício, de trabalho assalariado e deixando de negar os descontos feitos em folha, no entanto se acha em débito...

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Data venia, essa comprovação de fraude há de ser feita no procedimento Administrativo-fiscal.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: A meu ver, o que a lei exige (e neste ponto não posso aderir ao voto do eminente Ministro Acioli), o que está no CTN, artigo 150, § 4º, é «... salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação». Por que meio se comprova a fraude? Ora, a fraude se comprova por qualquer meio permitido em direito ...

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): V. Exa. me permite? Não estamos discutindo acerca de meio de produção da prova da fraude. Admite-se, obviamente, que fraude se prova através de indícios, de testemunho, de documentação, de perícia, de presunção; estamos discutindo o ônus da prova da fraude. Entendo que é ao Fisco a quem cabe comprová-la e V. Exa., ao contrário, diz que é ao contribuinte.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Levei, para não faltar ao rigor da norma, o que estabelece o artigo 333 do Código de Processo Civil no tocante ao assunto:

«Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I — ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor».

O que é, portanto, que cabe à União Federal ou à Previdência Social provar, senão o fato constitutivo do seu direito?

Esse seu direito advirá do fato de o empresário ter admitido trabalho assalariado; por isso, se presume devedor da Previdência Social, até que prove que recolheu, oportuna e corretamente, o que, conseqüentemente, se tornara devido.

Ora, se o empregador não nega o trabalho assalariado; se não nega os descontos e, no entanto, não prova que recolheu, que mais se pode exigir do Fisco para que se evidencie o

dolo, a fraude, a simulação? Ela está *in re ipsa* ...

Peço ao Sr. Ministro Pádua que tenha a bondade de ponderar com paciência: o IAPAS afirma, no procedimento administrativo, por notificação, mediante levantamento, que a empresa notificada é devedora de tais contribuições; implícito está que admitiu a seus serviços os assalariados mencionados no levantamento; se, porém, isto não ocorreu ou se não foi notificado o empregador, por que é que ele não instrui a petição inicial dos seus embargos com certidão extraída dos autos do procedimento administrativo-fiscal, provando que lá o Fisco nada evidenciou?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Mas, eminente Ministro Bueno de Souza, é muito simples a prova do Fisco. Basta que neste caso faça lançamento de ofício, instaure o procedimento fiscal, convoque o contribuinte, notifique-o para que apresente a sua escrita. Basta isso. Se, notificado, o contribuinte se omite, não traz a escrituração que é da sua obrigação, não traz os elementos, aí, sim, vamos presumir — se é que é caso de presunção — que realmente houve fraude, porque oportunidade ele teve de trazer os documentos, mas se omitiu. Veja V. Exa. que é muito fácil para o Fisco; basta notificar o contribuinte: «traga escrito, traga os seus elementos». Se o contribuinte não tem elementos, então vamos presumir fraude. Agora, partir do pressuposto ...

O Sr. Ministro Bueno de Souza: É precisamente o que estou a dizer.

A meu ver, o que cumpre ao Fisco é afirmar o fato gerador, para usar a terminologia do Direito Tributário, aplicando, a seguir, o Direito Administrativo-Fiscal, até mesmo pena de decadência, por obra da Súmula nº 108.

O que é que faz o Fisco? Notifica o contribuinte de que fez levantamento *ex officio*, porque não encontrou as providências do próprio contribuinte, de lançamento por homologação ou porque não as aceitou como válidas.

Qual é o ônus do contribuinte, que corresponde também ao seu direito?

É o direito e o ônus de desfazer a equivocada ou errônea presunção inicial do Fisco, de que ele seja empregado, de que tenha assumido trabalho assalariado, a seu benefício; de que se tenha tornado devedor. Desfazer tudo isto é muito simples. Ele o faz por defesa na esfera administrativa e tem outras oportunidades. Veja-se o caso presente: foi demandado em execução fiscal e trouxe embargos; mas, em que ponto dos embargos negou o fato gerador? Em nenhum ponto. Li a petição inicial dos embargos e posso afirmá-lo.

Então, tem-se que o Fisco considerou jurídico fato constitutivo do seu crédito levado ao conhecimento do devedor e por ele não contestado.

Indaga-se: mas, onde há prova da fraude?

Ora, a fraude se presume. A fraude entre parentes se presume; a fraude contra o Fisco, neste caso, se presume. E se presume pelo conjunto dos fatos e das disposições de natureza tributária e administrativo-fiscal, pois o contribuinte tem o dever e o ônus de manter documentação para, a qualquer tempo, provar que não procedeu com fraude. De fato, quem desconta do trabalhador certa quantia, não o faz. Esse, além disso, não alega que o que recolheu era o efetivamente devido; se apenas alega prescrição, porventura não reconhece a fraude, o dolo?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Mas, eminente Ministro Bueno de Souza, O que está se discutindo aqui é exatamente a decadência. Não é isso?

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Exatamente.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Então exatamente, o aspecto a se verificar é esse. O Fisco apenas alegou que se devia contribuição. Agora, para que ele possa afastar a decadência, contada na consonância da primeira parte do § 4º do artigo 150 do CTN, teria de ficar caracterizado nos autos que no procedimento administrativo se apurou fraude; senão, cai-se na regra geral. O Direito segue o princípio de normalidade.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Pois bem. O que se discute é: o prazo de decadência, de cinco anos (Súmula nº 108), quando começa a correr?

V. Exa., Senhor Ministro Pádua, entende que o termo inicial coincide com a data do fato gerador, ou seja, aquele em que o salário é pago. E isso, porquanto V. Exa. aplica ao caso do lançamento relativo a contribuição previdenciária o artigo 150, § 4º do CTN, em termos de considerar que o Fisco deve homologar o lançamento em cinco anos, a contar do fato gerador ... E por quê? Porque não se evidencia fraude, dolo ou simulação ...

Acompanho, no entanto, o Senhor Ministro Velloso. Assim, não tendo havido declaração nem recolhimento; tendo o empresário retido, depois de descontar do empregado as contribuições, não se aplica ao caso o citado preceito; e, sim, o do artigo 173, I do CTN.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Está nisso a fraude?

O Senhor Ministro Bueno de Souza: Isto não é fraude, Senhor Ministro Pádua? Descontar do salário de um empregado, de Cr\$ 15.000,00, Cr\$ 1.800,00, a título de contribuição; e, depois, dizer o Fisco que tal contribuição não foi recolhida e admitir o

contribuinte esses fatos: não é isto fraude?

E isto está nos autos.

E tudo aquilo que a parte tenha o ônus de provar para destruir uma presunção, e não prova, fica residindo nos autos e pode gerar presunção.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Mas, eminente Ministro Bueno de Souza, recorde-se V. Exa. que, na sessão anterior, suscitei preliminar e a preliminar que suscitei foi exatamente a seguinte: a Turma, por unanimidade, votou partindo do pressuposto de que se tratava de lançamento por homologação. Se se cuidasse de lançamento por homologação, talvez pudéssemos considerar e alongar o debate ora trazido por V. Exa., mas fiquei vencido. Entenderam que o caso não era de lançamento por homologação. Só eu e o eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis sustentamos que, realmente, era lançamento por homologação; então, deveríamos travar o debate partindo desse pressuposto, mas fiquei vencido. Então, o problema agora é de lançamento de ofício; há, pois, de se aplicar a regra relativa a lançamento de ofício. Não podemos, lateralmente, julgar uma questão já vencida em preliminar votada.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Qual a preliminar que foi votada?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): A preliminar é, exatamente, que se cuida de lançamento de ofício, e não de lançamento por homologação. E, lamentavelmente ...

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Isso aqui não são embargos infringentes?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Esta é a indagação que faço: V. Exa. votou na preliminar? Não sei se V. Exa. votou na preliminar, porque o julgamento agora é o julgamento conseqüente à preliminar.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Não me recordo.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Penso que V. Exa. não votou na preliminar e está se alongando no debate.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Com todo o respeito, digo que me causa muita espécie que uma tal preliminar se tenha posto ...

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (aparte): V. Exa. queria que o Tribunal discutisse a questão por se tratar de um lançamento por homologação; então nós não poderíamos desenvolver argumentos no sentido de que, inexistindo o pagamento, inexistente o lançamento por homologação; então, instaura-se o lançamento de ofício. O que o Tribunal decidiu foi rejeitar a preliminar de V. Exa. Foi, enfim, data venia, libertar-se da camisa de força que V. Exa. queria envolver a questão. Tendo em vista a preliminar rejeitada, estamos discutindo o assunto com maior amplitude.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Eminentíssimo Ministro Carlos Mário Velloso, data venia, a questão que eu coloquei na preliminar foi de extrema simplicidade. O meu entendimento foi o seguinte: na Turma, a divergência travada entre o meu voto e o de V. Exa. foi esta: «aplica-se, no caso, a primeira parte ou a segunda parte do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional»? Ora, tal controvérsia tem por pressuposto necessário tratar-se de lançamento por homologação. Foi isto que suscitei, mas fiquei vencido, porque a maioria entendeu que era caso de lançamento de ofício. Então, não sei porque estamos a revolver a matéria.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (aparte): V. Exa. me perdoe, mas a maioria rejeitou a camisa de força; só isto.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): Ao contrário. V. Exa. disse que é camisa de força, mas V. Exa. procura a todo o momento voltar à questão que se diz abrangida pela camisa de força ...

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (aparte): Só admito discutir questões jurídicas com liberdade ...

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Consulto a V. Exa., que entendeu bem a decisão preliminar, se no meu voto estou extrapolando o que já foi decidido.

O Sr. Ministro Torreão Braz (Presidente): Não.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Então, louvo-me no Presidente, porque não entendi tudo que se falou sobre isso, porque, parece-me, com o devido respeito, algo fora de vila e termo: o teor dos embargos não pode ser dado por uma preliminar. O teor dos embargos é dado pela divergência e pelos próprios embargos.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: E se a preliminar versa sobre a divergência?

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Então, são outros os limites dos embargos. Estou explicitando o meu entendimento porque, na Turma, como V. Exa. sabe (nem sei se neste caso votei; parece-me que não), tenho-me cingido a seguir o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso por aquele entendimento de que não admito, por razões minhas próprias, decadência de crédito tributário. Como a súmula estabelece que há, inclino-me pela orientação do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, mas o faço — verifico agora — com certa injustiça para com S. Exa., porque os seus argumentos, pude ouvir e comparar com textos legais, são de ordem a convencer-me, pois, realmente, parecem os mais adequados, sem prejuízo do brilho com que o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro sustentou os seus.

Concluo o meu voto dizendo assim: na verdade, como não há lançamento por homologação, que possa ser homologado ...

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante (Inaudível).

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Ministro Miguel Ferrante, isso não é lei; isso é decreto, e não me oriento por decreto; julgo de acordo com a lei. Uso decreto só para verificar se o funcionário agiu dentro do decreto, mas não julgo segundo o decreto. No tempo do Império, o Imperador fazia decretos explicando aos Juizes como é que deviam votar, mas na República não é mais assim...

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Se V. Exa. me permite, há um decreto regulamentar, regulamentando a Lei nº 4.729, de 1964, que disciplina o processo para apuração de crimes contra a Fazenda — Sonegação Fiscal.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: No âmbito da administração. A fraude está afirmada pelo Fisco, quando ele diz: «você é empresário, tem empregados e não recolheu». Então, ele tem que dizer: «realmente, não recolhi, mas devo mostrar que não descontei; ou, então, recolhi a menos. Veja, porém, que também a menos descontei».

Onde ele não provar isto, quando o Fisco diz: «você é empresário e, por isso, deve ter recolhido, deve ter descontado e, no entanto, não recolheu», está dizendo, com todas as letras: «você é fraudulento».

Ora, então, o artigo 173, inciso I, aplica-se porque o Fisco está diante da inexistência de nada para ser homologado. Então, ele está in albis para dar início ao procedimento administrativo de lançamento ex officio, porque alguém deveria antecipar certa soma e não antecipou e, ao fazê-lo assim, agiu com fraude, porque efetuou descontos. O que o

contribuinte pode fazer? Pode negar que tenha feito descontos, pode mostrar que recolheu, que recolheu aquilo que descontou, e assim ele afasta as evidências de simulação, fraude ou dolo; não o fazendo, há uma jurisprudência que diz que, para se mover ação contra o diretor da empresa, o sócio-gerente, é preciso primeiro mover uma demanda para convencer de que houve a responsabilidade do gerente; é uma jurisprudência respeitabilíssima. Até o eminente Desembargador e Professor Humberto Teodoro Júnior comunga desse entendimento, mas o nosso Tribunal não a mantém. O nosso Tribunal entende o seguinte: que se a empresa deixou de recolher, se a empresa é demandada e não se encontram bens da empresa (o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro também comunga dessa orientação) alcançam-se os bens do sócio e é o sócio que tem o ônus de provar o que quer que seja a bem da sua defesa, como diz o Sr. Ministro Pádua, que é por embargos.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (aparte): A solução de V. Exa. é a seguinte: V. Exa. amarra o contribuinte no pau, dá-lhe chicotadas e depois quer que ele comprove que não apanhou. Data venia, isso é demais.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Não é bem isso. V. Exa. agravou nas cores. O contribuinte se presume devedor, o empresário se presume devedor, porque não pode haver empresário, não pode haver nenhum advogado, um médico, uma psicóloga, hoje, que não tenha empregado, quando não para abrir a porta do seu consultório. Então, todos eles têm o ônus de provar que recolheram a contribuição; quando não provarem, militarão em favor do Fisco a presunção. Se ele efetuou os descontos, tanto que ele não nega e afirma decadência, resulta a fraude, mas pode, entretanto, afastá-la.

Pedindo escusas por qualquer impropriedade, peço respeitosa vênia aos doutos subscritores da opinião contrária para votar na conformidade do voto do Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, recebendo os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Sr. Presidente, sem embargo dos autorizadíssimos votos em contrário, pronuncio-me no sentido de acompanhar o eminente Ministro-Relator, Pedro Acioli, e o faço por entender, em substância, que a ressalva atinente a dolo, simulação ou fraude do § 4º do art. 150 do CTN pretende afastar a definitividade da homologação ficta em 5 anos, e, no caso concreto, estamos diante de um lançamento de ofício, a que não se comunica aquela regra especial. Em outras palavras, lançamento oficial afasta homologação ficta.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Há três modalidades de lançamento: a) autolancamento, ou lançamento por homologação; b) lançamento misto ou por declaração; e c) lançamento direto ou de ofício. O Código Tributário Nacional se denomina «lançamento por homologação» (art. 150), «lançamento por declaração» (art. 147) e «lançamento ou revisão de ofício» (art. 149).

O lançamento por homologação ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, como os impostos indiretos e instantâneos, em que o fato gerador se realiza em cada ato, fato ou situação. Opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando ciência do pagamento do tributo, expressa-

mente o homologa. «Correspondendo o imposto a cada evento» — observa Ruy Barbosa Nogueira — «o próprio contribuinte faz um lançamento provisório ou sujeito à homologação e paga o tributo» («Teoria do Lançamento Tributário», ed. Resenha Tributária Ltda., 1973, pág. 51).

O lançamento misto ou por declaração é aquele efetuado com base na declaração do contribuinte ou de terceiro obrigado. A propósito disserta Ruy Barbosa Nogueira:

«No segundo tipo de lançamento, chamado lançamento misto ou por declaração, cooperam desde o início, de um lado o contribuinte ou o terceiro obrigado, e de outro a repartição fiscal. Dentro de prazos previstos, o contribuinte ou o terceiro obrigado apresenta declaração que é apreciada pela repartição fiscal».

«Tanto o obrigado, como a administração fiscal desempenham no lançamento misto atividade própria. É verdade que a atividade da administração é que prevalece, pois ela tem não só a direção do procedimento, mas também determina definitivamente o crédito tributário.

O contribuinte tem direito subjetivo de participar desse lançamento, nos termos em que a lei regula essa sua participação, especialmente no sentido de cooperar para que o nascimento do crédito tributário seja conforme os pressupostos de fato, previstos na lei material» (ob. cit. pág. 51).

Por último, o lançamento direto, de ofício — ou para usar a linguagem do Código, lançamento «efetuado e revisto de ofício» — é aquele feito exclusivamente pelo órgão fiscal, sem a colaboração normal do contribuinte. Comenta o citado Ruy Nogueira, a respeito:

«Em primeiro lugar podemos verificar que ele existe como tipo normal de lançamento direto, apenas para poucos tributos, em geral diretos, lançados por períodos certos de tempo e ligados a atividades ou situações que a administração já tem de cadastrar ou sobre eles exercer controle de polícia administrativa.

Assim, neste primeiro caso estão a maioria dos tributos municipais, como o imposto territorial rural, urbano, predial, etc.

Mas é em decorrência do princípio que mais o caracteriza, qual seja o da oficialidade, que o lançamento *ex officio* exerce sua maior função: nos casos em que os obrigados ao autolancamento ou às declarações e informações para o lançamento misto deixam de cumprir, ou cumprem incompletamente, as suas obrigações.

Neste ponto é que se pode explicar mais satisfatoriamente a *ratio essendi* do lançamento *ex officio*: sendo o lançamento como já vimos ao tratar da sua natureza jurídica, um procedimento administrativo vinculado, o seu exercício não é facultativo, mas obrigatório e está adstrito aos termos da lei» (ob. cit. pág. 60).

Com essas sucintas notas sobre a mecânica da atividade da prestação tributária, convém ressaltar que o lançamento não só se ajusta à natureza de cada tributo como às diversas situações ou fatos que se verificarem no exercício da pretensão fiscal. Observa o citado Ruy Barbosa Nogueira:

«Se, em grande parte é a natureza de cada tributo que condiciona a utilização dos métodos de lançamento, é bem de ver que especialmente num país de regime federativo como o nosso, cuja discriminação constitucional de rendas é feita quase na sua integralidade pela

forma nominal e privativa, pouca escolha de métodos fica ao legislador ordinário.

Como já vimos, os tributos sujeitos ao autolancamento ou ao lançamento misto também podem e em determinados casos têm de ser lançados *ex officio*.

Além disso, há tributos que, embora sob uma única denominação, incidem sobre fatos diversificados. Assim, por exemplo, o imposto sobre a renda incide sobre vários tipos de rendimentos e proventos. A lei estabelece as deduções cabíveis em cada tipo para apurar-se o rendimento líquido tributável.

Também conforme a natureza do rendimento é aplicado um dos três métodos de lançamento.

Assim, de um modo geral, encontramos dentro do imposto de renda o lançamento por declaração ou misto, para os rendimentos de pessoas físicas e jurídicas; o autolancamento para os recolhimentos de fonte e o *ex officio* para os inadimplimentos a um ou ao outro dos lançamentos» (ob. cit. pág. 53).

Seria também oportuno lembrar, com vista à questão em debate, a natureza de tributo especial da contribuição previdenciária e a sua submissão, via de consequência, às normas do Código Tributário Nacional em matéria de decadência e prescrição.

Daí, considerada a contribuição tributo de natureza especial, tem-se que seu recolhimento, a cargo do empregador ou do segurado, se faz até o último dia do mês seguinte àquele a que se referir (art. 142 da CLPS), através de autolancamento ou lançamento por homologação. O empregador e o segurado obrigatório, nos termos da legislação pertinente, estão obrigados a apurar e a declarar o *quantum* das contribuições devidas, sem prévio exame da

repartição previdenciária, e recolhê-lo até o último dia do mês seguinte.

A esse enfoque, importa indagar quando se extingue o crédito previdenciário.

Ora, se o segurado ou o empregador adianta a contribuição e a repartição a recebe, e homologa a sua atividade, opera-se a extinção do crédito.

Afora essa hipótese, duas situações poderão ocorrer:

a) adiantada a contribuição, a repartição não homologa expressamente a atividade do contribuinte.

b) o contribuinte não faz nenhum pagamento, é totalmente inadimplente.

Os preceitos pertinentes são o art. 173, I, e § 4º do art. 150, ambos, do CTN. A propósito, observa Aliomar Baleeiro: «Esse art. 150, § 4º, regula a matéria, em parte, diferentemente do art. 173» («Direito Tributário Brasileiro», 10ª edição, pág. 522).

No primeiro caso, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN:

«Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.»

Comenta Aliomar Baleeiro:

«O direito de o Fisco rever o lançamento do sujeito passivo e, em consequência, exigir diferença ou suplementação do tributo, ou, ainda, aplicar penalidade, salvo caso de dolo, fraude ou simulação, caduca em 5 anos, reservado à lei do poder tributante fixar prazo maior ou menor. Se esgotar-se o prazo, há decadência do direito de revisão por parte do Fisco, considerando-

se automaticamente homologado o lançamento em que se baseou o sujeito passivo para efetuar o pagamento antecipado.

O § 4º desse art. 150 diz: «Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda se tenha pronunciado ...» Logo, a homologação, ou revisão definitiva pelo pronunciamento da autoridade, deverá ser ato completo e acabado nos 5 anos contados do fato gerador. Não basta ao Fisco iniciá-lo. Esse artigo 150, § 4º, regula a matéria, em parte, diferentemente do artigo 173» (ob. cit. pág. 522).

Assim, vejamos: recolhendo o empregador ou segurado a contribuição até o último dia do mês seguinte a que a mesma se referir, terá a Previdência Social o prazo de cinco anos, a contar da expiração desse termo (último dia do mês seguinte àquele a referir a contribuição), para homologar o lançamento ou revê-lo, se for o caso, suplementando-o através de lançamento *ex officio*.

Após esse prazo, extingue-se a obrigação, salvo a verificação de dolo, fraude ou simulação.

Na hipótese de não ter havido qualquer adiantamento de contribuição, não há que falar em lançamento nem em homologação, pois lançamento (autolancamento) não houve, nem há possibilidade de homologação, porque não se pode homologar o que inexistente.

Caracterizada, nesse caso, a inadimplência, o prazo para o lançamento passará a reger-se pelo item I do artigo 173 do CTN: a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter se efetivado. Assim, contribuição de maio do corrente ano se não adiantada até o último dia útil de junho (autolancamento, lançamento por homologação), assistirá à Previ-

dência lançar *ex officio* dentro de cinco anos, a partir de 1º de janeiro de 1984.

Diante do exposto, tenho que na espécie dos autos a norma do citado § 4º do art. 150 não se aplica, porquanto, consoante posto em destaque pelo eminente Relator, a parte não adiantou qualquer pagamento da contribuição devida. Portanto, não se haveria de entender que houve autolancamento a ensejar a homologação. O que houve foi inadimplência, abrindo a oportunidade para o lançamento *ex officio*, no referencial prazo do art. 173, I, do CTN.

A exegese do § 4º do art. 150 em foco, preconizada pelo eminente Ministro Mário Velloso, embora inspirada em boas razões de resguardo dos interesses públicos, a meu ver, *data venia* não se ajusta à sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Na realidade, o que o legislador tem proclamado é a decadência *ut universi* do direito de lançar. Se a Fazenda Pública não exercita esse direito no prazo de 5 anos, não mais poderá fazê-lo. O § 4º do art. 150 prefalado não enseja outra interpretação, diferindo do art. 173, item I, como anotado, apenas quanto ao termo inicial para rever ou homologar o lançamento.

Atente-se para a parte final do preceito:

«... expirado o prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito ...»

APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.922 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelantes: Caixa Econômica Federal — CEF e Walter Santa Helena

Apelados: Os mesmos

Acompanho, pois, *data venia*, o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 75.165-SP — Rel.: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli — Embgte.: IAPAS — Embgdo.: Wadik Tomé.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, no mérito, a Seção, por maioria, recebeu parcialmente os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza, que os recebiam, e o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que os rejeitava. Quanto à preliminar suscitada em 19-4-83 pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, votaram pela sua rejeição os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Geraldo Sobral, Moacir Catunda, Torreão Braz, Carlos Mário Velloso e Miguel Jerônimo Ferrante. Quanto ao mérito, votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral, Wilson Gonçalves, que se considerou habilitado a fazê-lo na assentada, Sebastião Reis e Miguel Jerônimo Ferrante.

Não participou do julgamento no mérito o Sr. Ministro Torreão Braz, por se encontrar no exercício da Presidência da Seção. Ausentes, nesta assentada, por motivo justificado, os Srs. Ministros Armando Rollemberg e Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Torreão Brás (Em 17-5-83 — Segunda Seção).

EMENTA

Execução de sentença — juros, custas e honorários.

É defeso, na liquidação, discutir-se de novo a lide ou modificar a sentença exequênda (artigo 610 do CPC). Acobertados, portanto, pela coisa julgada, estão as custas vencidas e os juros de mora, estes devidos a partir da citação inicial e computados sobre o capital corrigido afinal, na data do efetivo pagamento. Precedentes do Tribunal.

A incidência dos honorários advocatícios opera sobre o valor total da condenação, isto é, sobre todos os seus itens, nos termos do § 3º, artigo 20, do CPC.

Repelida a argüição de litigante de má fé.

Prejudicados os agravos retidos de fls. 812 e 835 e provido o de fl. 946.

Improvido o apelo da Caixa Econômica e provido em parte o do autor.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, preliminarmente, julgar prejudicados os agravos retidos de fls. 812/835, e dar provimento ao agravo retido de fl. 946; no mérito, negar provimento ao apelo da Caixa Econômica Federal e dar provimento parcial ao apelo 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, 9 de dezembro de 1983. (Data do julgamento. — Ministro **Washington Bolívar**, Presidente — Ministro **Otto Rocha**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Otto Rocha**: Em ação ordinária em que contendem **Walter Santa Helena** e **Caixa Econômica Federal**, já em fase de execução, e que teve por objetivo recebimento de prêmio de **Loteria Esportiva**, apelaram ambas as partes da sentença de fl. 961 homologatória dos cálculos de fls. 940/941 e 942, vazada nos seguintes termos:

«Vistos, etc.

Tendo em vista a concordância das partes, homologo os cálculos de fls. 940/941, no valor de onze milhões, duzentos e oitenta e nove mil, quinhentos e oitenta e três cruzeiros e oitenta e um centavos.

Homologo, outrossim, os cálculos de fl. 942, no valor de onze milhões, seiscentos e vinte mil e cinquenta e dois cruzeiros e trinta e oito centavos, posto que o Acórdão de fl. 666 deu provimento ao recurso adesivo do autor para que os honorários incidissem sobre o valor da condenação e não sobre o valor originário. Assim sendo, não pode ser considerado, para efeito de incidência dos honorários, um valor intermediário, homologado em abril de 1980, pois, só se extingue o crédito com o pagamento e, não ocorrendo este, incide a correção monetária sobre o quantum da condenação. Tal correção é hoje imperativo da Lei nº 6.899/81».

A Caixa insurge-se contra o cálculo dos honorários que incidiram sobre a apuração total do depósito judicial corrigido, contada nestes termos a correção havida no período decorrido após a efetivação do depósito, quando, no seu entender, já estava exonerada da obrigação de pa-

gar. E sustenta, também, não incidir sobre os honorários a correção monetária de que trata a Lei nº 6.899, de 1981, por não se tratar de causa pendente de julgamento.

Walter Santa Helena pede a reforma da sentença para que sejam providos os agravos retidos de fls. 812, 835 e 947, e desta forma fique confirmada a exclusividade da condenação da ré na verba honorária, no processo de conhecimento; sejam calculados os juros moratórios sobre o saldo da ré, homologado pela sentença apelada, corrigido até o dia em que a ré o pagar; sejam contadas as custas vencidas no processo de conhecimento; sejam calculados os honorários sobre as verbas acima referidas, ainda não liquidadas; e a ré, no processo de liquidação e execução, seja também condenada nas custas e nos honorários de 20% sobre o valor da execução, ao menos como sucumbente.

Respondendo como apelados, Walter Santa Helena ofereceu as contrarrazões de fls. 981/990 e a CEF as de fls. 992/995.

Dispensada a revisão nos termos do item IX do artigo 33 do RI.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator). Sr. Presidente: Preliminarmente, tenho como prejudicados os agravos retidos de fls. 812 e 835, cujas matérias foram apreciadas e decididas no julgamento do Agravo de Instrumento nº 42.725.

Quanto ao agravo retido de fl. 946, que cuida do cálculo dos juros de mora e das custas vencidas, para complementação da liquidação, estou em que estes estão acobertados pela coisa julgada.

Em verdade, concluiu a sentença:

«Julgo procedente a ação, condenando a ré a pagar...

«juros da mora a partir da citação inicial...

... custas processuais e honorários»...

No que tange aos juros moratórios, o voto condutor do Acórdão que confirmou o decisum de primeiro grau, explicitou:

«A condenação ao pagamento dos juros moratórios, a partir da inicial, está conforme a reiterada jurisprudência do Tribunal».

Ora, se os juros da mora estão agasalhados pela coisa julgada, «é defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou», nos precisos termos do artigo 610 do CPC.

Ademais, mesmo que assim não fora, autoriza a Súmula nº 254, da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal:

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

Dou, assim, preliminarmente, provimento ao agravo retido de fl. 946.

No que respeita à apelação da Caixa Econômica Federal, insurge-se ela contra a sentença homologatória dos honorários que foram calculados sobre a apuração do total do depósito judicial corrigido.

Em verdade, segundo os termos da lei, os honorários advocatícios são fixados sobre o valor da condenação, isto é, sobre todos os itens da condenação.

É o que autoriza o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Assim decidi, nesta Turma, ao julgar o AI nº 37.674, de Minas Gerais.

Não merece provimento, desta sorte, o apelo da Caixa Econômica Federal.

No que concerne ao apelo do autor merece ele ser provido, parcialmente.

Acerca dos juros moratórios, com o provimento preliminar do agravo retido de fl. 946, nada há mais a acrescentar a não ser que estes são devidos a partir da citação inicial e computados sobre o capital corrigido afinal, na data do efetivo pagamento, conforme tem decidido o Tribunal (AC nº 67.561).

Decidiu ainda esta Turma, em Acórdão de minha lavra:

«Juros de mora sobre correção monetária e cálculo de honorários em execução de sentença.

Para que a taxa real dos juros moratórios corresponda à taxa nominal, seu cálculo há que se operar sobre o capital certo, ou seja, corrigido monetariamente.

Os honorários advocatícios incidirão sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC.

Agravo improvido» (AI nº 37.674-MG).

No mesmo sentido, também decidimos a AC nº 81.839, Relator, Min. Washington Bolívar, julgada em 20-10-81.

Com referência aos honorários advocatícios e às custas judiciais, estão também acobertados pela coisa julgada, no processo de conhecimento, como se viu anteriormente.

Não entendo, na espécie, como pensa o apelante, tratar-se de liti-

gante de má fé. Não vejo, aqui, nenhum daqueles pressupostos de que nos dá notícia o art. 17 do CPC, descabendo, desta sorte, a condenação prevista no art. 18, do mesmo diploma legal.

Em conclusão, preliminarmente, julgo prejudicados os agravos de fls. 812/835 e dou provimento ao agravo retido de fl. 946.

No que concerne ao mérito, nego provimento à apelação da Caixa Econômica Federal e dou provimento, em parte, ao apelo do autor.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 75.922-RJ — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Aptes.: Caixa Econômica Federal — CEF e Walter Santa Helena. Adpos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, julgou prejudicados os agravos retidos de fls. 812 e 835, e deu provimento ao agravo retido de fl. 946; no mérito, negou provimento ao apelo da Caixa Econômica Federal e deu provimento parcial ao apelo do autor. (Em 9-12-83 — 1ª Turma.)

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.248 — DF

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: IAPAS

Apeladas: Leda Dias Porto Chiavegato e outras

Rec. Adesivo: Leda Dias Porto Chiavegato e outras

EMENTA

Funcionárias inativas da CEF. Revisão de proventos. Função gratificada.

Compõe os proventos de inatividade, a função gratificada exercida, mesmo que em níveis diversos, por mais de dez anos interpoladamente, ou por mais de cinco ininterruptamente.

É o que dispõe o artigo 180, da Lei nº 1.711, de 1952, cuja aplicação à aposentadoria da mulher fora pacificada com o advento da Lei nº 6.481/77.

Também a gratificação adicional deve ser incluída, em percentual correspondente ao tempo de efetivo serviço, nele não se incluindo licença-saúde e licença-prêmio contada em dobro.

Não acolhido o recurso adesivo, no qual trazem as recorrentes certidões divergentes e contraditórias daquelas apresentadas na primeira instância.

Improvido, também, o recurso do IAPAS.

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Leda Dias Porto Chiavegato e mais dez (10) litisconsortes, qualificadas como servidoras aposentadas da Caixa Econômica Federal, ajuizaram a presente ação contra o IAPAS, objetivando a revisão dos seus proventos de inatividade, para neles incluir, acumuladamente ou não, função gratificada exercida por mais de dez anos interpoladamente, ou cinco, ininterruptamente, bem como adicionais por tempo de serviço.

O MM. Juiz, à vista da farta documentação acostada aos autos, as-

sim decidiu a questão: reconheceu o direito à incorporação aos proventos da função gratificada a Leda Dias Porto Chiavegato, Dulce Freitas Ferraz, Zely Monteiro Souza Bello, Djanira Eloy Gentil, Grazia Assunta Garambone da Cruz, Maria de Lourdes Paes de Lemos Bessa, Mafalda de Andréa e Iracy de Almeida Martins, concluindo ser irrelevante que o tempo tenha sido cumprido em mais de um cargo ou função, ou em função exercida no SASSE, como requisitada, ou ainda que tenham se aposentado aos 30 anos de serviço (Lei nº 6.481/77). Negou a pretensão a Perminia Costa Pedra que não completou cinco anos de função, a Maria Wanda Sampaio Campos que não comprovou o tempo de serviço em função gratificada e a Giselda Pereira Brito, que embora fizesse jus à acumulação dos 20% de função e 20% de final de carreira, não comprovou que não infringiria a proibição constitucional de receber o servidor, na inatividade, proventos maiores que na atividade (art. 177, § 1º, da CF). Negou a gratificação adicional do 6º quinquênio a Zely, Iracy, Maria, Wanda, Perminia (5º e 6º) e Djanira, por terem se aposentado antes de completar os 30 anos de efetivo serviço, eis que se utilizaram de licenças-prêmio não gozadas, ou período de licença-saúde,

concedendo-a apenas a Maria de Lourdes.

Os reajustes foram concedidos a partir da concessão das aposentadorias, com juros e correção monetária. Os honorários foram fixados em 10% sobre a condenação (sentença de fls. 448/458).

O INPS apelou, sustentando que a r. decisão ofendeu o disposto no art. 180, a e b, da Lei nº 1.711, de 1952, eis que nenhuma das autoras preenchia os requisitos nele estabelecidos, ou seja, cinco (5) anos consecutivos na mesma função, e no seu exercício no momento da aposentadoria, ou, 10 anos interpolados, não importando que em diversas funções, mas com mais de dois (2) anos na última delas, sem o que os proventos serão concedidos na base da função anterior. Explicita a situação de cada uma das autoras e pede a reforma da sentença (fls. 461/467).

As autoras interpuseram o recurso adesivo de fls. 469/476 e ofereceram as contra-razões de fls. 497/500.

A resposta do INPS foi juntada às fls. 503/506.

Dispensei a revisão, nos termos do art. 33, item IX, do RI.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: — O Dr. Ilmar Nascimento Galvão, ilustre Juiz Federal da 2ª Vara, da Seção Judiciária do Distrito Federal, após detido e minucioso exame das provas trazidas aos autos, assim fundamentou o seu decisório, no tocante ao mérito da causa:

«A questão sobre se a redução do tempo de serviço para a aposentadoria da mulher funcionária importaria em igual redução de tempo no que respeitava à aplicação do art. 180, da Lei nº 1.711/52, que

suscitou tanta controvérsia, ficou dirimida com o advento da Lei nº 6.481/77, que deu nova redação aos artigos 186 e 178 e ao *caput* dos artigos 178 e 180 do aludido diploma legal, com declaração expressa de que seus efeitos retroagiriam a 15 de março de 1968.

A jurisprudência é copiosa e pacífica quanto a esse entendimento, conforme demonstraram as aa., dispensando maiores comentários.

Todas as aa. foram aposentadas após aquela data.

Por outro lado, é também assente que a regra do art. 23, letra d, do Decreto nº 43.913/58 (Regulamento do SASSE) e do art. 180, letra a, da Lei nº 1.711/52, antes da redação que lhe deu a Lei nº 6.481/77, não impedia a soma de períodos de exercício em diversas funções, desde que sem solução de continuidade, para verificação do lapso de tempo nela exigido, conforme, aliás, observou o ilustre Min. Sebastião Reis, no julgamento trazido pelas aa. à colocação à fl. 110.

O mesmo se pode dizer no que se refere à exigência de cargo em comissão ou função gratificada por «10 anos consecutivos ou não», (Decreto nº 43.913/58, art. 23, e, e Lei nº 1.711, art. 180, b anterior redação), sendo certo que, a esse propósito, a nova redação dada ao último dispositivo citado pela Lei nº 4.851/77 reforçou esse entendimento, ao dispor, *verbis*:

«II - com idênticas vantagens, desde que o exercício de cargos ou funções de confiança tenha compreendido um período de 10 anos, consecutivos ou não».

O Decreto nº 43.913/58, que estabeleceu a disciplina jurídica dos funcionários da Caixa Econômica Federal, não vedava a acumulação do benefício dos proventos, aumentados de 20 por cento, ao funcioná-

rio ocupante da última classe da respectiva carreira com a vantagem da comissão ou função gratificada exercida nos últimos 5 anos ou por 10 anos, consecutivos ou não (art. 23, b, d e e, como fazia e faz a Lei nº 1.711/52 (art. 180, § 2º, antes, e 180, § 3º, agora).

A norma permissiva foi revogada pelo art. 101, § 3º, da Constituição de 1967, que vedou proventos de inatividade superiores à remuneração percebida na atividade.

No artigo 177, § 1º, da mencionada Carta, todavia, ficou resguardado o direito do servidor que já houvesse satisfeito ou viesse a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria em 17 de janeiro de 1967 (data da Constituição).

Por fim, há de se considerar que o período de licença especial não gozada só se conta em dobro para aposentadoria, não se podendo computar para efeito de adicionais, que exigem efetivo exercício (art. 117 da Lei nº 1.711). Igualmente, não é considerada tempo de serviço efetivo, a licença-saúde, senão em caso de doenças específicas (lex. cit., art. 79, XIII) e, obviamente, o tempo de serviço alcançado por arredondamento (id art. 78, § 2º).

Vista, assim, as questões jurídicas suscitadas pela controvérsia posta em juízo, há que se apreciar, por fim, a situação de cada litis-consorte.

Leda Dias Porto Chiavegato, Dulce Freitas Ferraz, Zely Monteiro de Souza Bello, Djanira Eloy Gentil, Grazia Assunta Garambone da Cruz e Maria de Lourdes Paes de Lemos Lessa, ao aposentarem-se, respectivamente, em 25 de março de 1977 (fl. 22), 20 de junho de 1977 (fl. 136), 12 de julho de 1977 (fl. 215), 1º de outubro de 1977 (fl. 251), 6 de abril de 1977 (fl. 259), e 6 de

janeiro de 1976 (fl. 312), exerciam cargo de confiança há mais de 5 anos ininterruptos, conforme provam os documentos de fls. 24, 139, 216, 252, 269 e 321.

Fazem jus, assim à vantagem de serem incorporados aos proventos da inatividade os valores da remuneração dos aludidos cargos ou funções.

Não importa que o lustro legal haja sido cumprido em mais de um cargo ou função, conforme se viu acima.

Nem tampouco que, no caso de Maria de Lourdes, a função haja sido cumprida como Secretária da Presidência do SASSE, como requisitada à Caixa Econômica, sabido que é que os serviços da autarquia previdenciária eram praticamente realizados por pessoal da autarquia bancária, incidindo sobre a gratificação paga por aquela a contribuição devida pela a.

É de ver-se que o indeferimento da pretensão formulada pela a. **Grazia Assunta** e por **Maria de Lourdes**, na via administrativa, se deveu ao fato de não terem elas completado 35 anos de serviço (fl. 264), óbice que já se encontra hoje definitivamente afastado, por força de Lei nº 6.481/77, cujos efeitos retroagiram a 15 de março de 1968.

Mafalda de Andréa e Iracy de Almeida Martins, de sua vez, haviam exercido, a primeira por 16 anos, e a segunda por quase 19, cargo de confiança (fls. 187/309), não havendo por que negar-lhes a pretendida inclusão, em seus proventos, do valor da remuneração desse cargo.

Já **Permínia Costa Pedra** e **Maria Wanda Sampaio Campos**, que manifestaram idêntica pretensão, não podem ser atendidas, porquanto a primeira, apenas por pouco mais de 4 anos exerceu função de confiança (fls. 201/202) e a segun-

da não provou, como lhe cumpria, o tempo de exercício em função gratificada.

Giselda Pereira Brito, de igual modo. Poderia ela ver acumulados, em seus proventos, o acréscimo de 20% que lhe foi deferido administrativamente (por ter atingido o fim de carreira), com o valor da gratificação pelo exercício, por mais de 10 anos, de cargo em comissão (fl. 155), conforme previa o Decreto nº 43.913/58. Para isso, entretanto, haveria de comprovar o que não fez que se encontrava ao abrigo do art. 177, § 1º, da Carta de 1967, que excepcionou a proibição de receber o servidor, na inatividade, proventos superiores à remuneração que recebia na atividade (art. 101, § 3º).

Zely Monteiro de Souza Bello, Iracy de Almeida Martins, Maria Wanda Sampaio Campos e Perminia Costa Pedra, aposentaram-se antes de completar 30 anos de serviço efetivo, servindo-se, as duas primeiras, de licença-prêmio não gozada (fls. 216/309), e as duas últimas, do arredondamento de saldo de dias, como permitido no artigo 78, § 2º, da Lei nº 1.711/52 (fls. 347/200). Obviamente, não lhes poderia ter sido atribuída a gratificação que reclamam pelo 6º quinquênio de trabalho, que não chegaram a completar. O 5º quinquênio, também reclamado por Perminia, ao que se colhe do requerimento de fl. 213, foi-lhe concedido pela autarquia. Djanira Eloy Gentil, também, não completou 30 anos de serviço efetivo, havendo computado, para efeito de aposentadoria, 1.098 dias de licença-saúde (fl. 252) que também não conta para efeito de gratificação adicional.

Já quanto a Maria de Lourdes Paes de Lemos Lessa, não há prova, nos autos, de que os 30 anos e

297 dias com que se aposentou (fl. 314), não correspondem a efetivo exercício, fazendo jus, portanto, à gratificação pelo 6º quinquênio».

E, assim concluiu:

— «Ante o exposto, julgo procedente, apenas em parte, o pedido, para condenar o r. a rever o cálculo de proventos das aa. Leda Dias Porto Chiavegato, Dulce Freitas Ferraz, Zely Monteiro de Souza Bello, Djanira Eloy Gentil, Grazia Assunta Garambone da Cruz, Maria de Lourdes Paes de Lemos Lessa, Mafalda de Andréa e Iracy de Almeida Martins, para nele incluir o valor da gratificação de função ou da remuneração por cargo em comissão por elas exercidos; e, ainda, para incluir, quanto a Maria de Lourdes Paes de Lemos Lessa, o adicional de seu 6º quinquênio, tudo a partir da concessão das respectivas aposentadorias, com os reajustes sobrevindos.

Sobre as parcelas vencidas, incidirão juros de mora e correção monetária.

Honorários de advogado, na base de 10% do valor da condenação».

Com efeito, frente à prova colhida, não poderia o MM. julgador a quo chegar a outra conclusão.

Agora, com o recurso adesivo, trazem as recorrentes outras certidões, que não aquelas apresentadas na primeira instância, e delas divergentes e contraditórias.

Não merece, desta sorte, acolhida o recurso adesivo de fls. 469/470, arrazoado às fls. 471/476.

Nego-lhe provimento.

No que respeita ao apelo do IAPAS (fls. 461/467), a interpretação dada pelo recorrente ao art. 180, da Lei nº 1.711/52, não se ajusta à jurisprudência do Tribunal.

Diz o apelante que «o aposentado, para ter direito a receber em seus

proventos de aposentadoria o vencimento do cargo em comissão ou função gratificada, terá que, à época que se aposentar, está exercendo tal cargo há cinco anos.

Ao contrário, a jurisprudência tem entendido que «a lei regedora da matéria não impede, para tanto, a soma de períodos em outras funções, sem solução de continuidade».

É o que decidiu a antiga 2ª Turma, ao julgar os autos da AC nº 62.760-DF, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis, em Acórdão com a seguinte ementa:

«Previdência Social. Aposentadoria. Servidores celetistas da Caixa Econômica Federal, filiados ao extinto SASSE. Adição aos proventos das gratificações de função e de produtividade.

1. Conjugados os preceitos da Lei nº 3.149/57 com os arts. 176, 178 e 180 da Lei nº 1.711/52, adicionam-se ditas gratificações aos proventos desses servidores.

2. Aplicação retroativa da Lei nº 6.481/77, como expresso em seu texto.

3. Correção monetária das parcelas atrasadas, consoante jurisprudência do Tribunal».

Ante o exposto, não vejo como modificar a respeitável sentença recorrida, a qual confirmo, pelos seus próprios fundamentos.

Nego provimento aos recursos, adesivo de fls. 469/476, e voluntário do IAPAS.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.248-DF — Rel.: O Sr. Min. Otto Rocha. Apte.: IAPAS. Apdas.: Leda Dias Porto Chiavegato e outras. Rec. Adesivo: Leda Dias Porto Chiavegato e outras.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos. (Em 30-9-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 77.698 — AL

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Apelante: Osman Mascarenhas Com. e Ind. Ltda.

Apelada: União Federal

EMENTA

Tributário. Imposto de renda. Distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60, I, § 3º, letra a). Valor de mercado.

1. Tratando-se de bem para o qual não exista mercado ativo (quotas de capital de sociedade limitada), a expressão do seu valor de mercado, para efeito de aplicação do art. 60, I, § 3º, letra a, do Decreto-Lei nº 1.598/77, pode ser aferida através do valor contábil do Patrimônio Líquido, desde que a contabilidade, como base da relação tributária, permita a partir de dados patrimoniais confiáveis, a elaboração de um juízo técnico da realidade do patrimônio

líquido, útil, dessa forma, a orientar a fixação das bases impositivas, como no caso.

2. O Estado, dentro de uma zona de discricionariedade e no exercício do seu direito potestativo de lançar, pesa, mede, avalia, examina, vistoria, confronta, compara e arbitra, construindo um juízo de realidade. Esse procedimento, necessário à apuração do crédito tributário e contra cujo resultado o contribuinte — no caso — nem se rebelou, não afeta a vinculação do ato conclusivo do lançamento nem o princípio da tipicidade.

3. Improvimento 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, 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, 22 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Sebastião Reis**, Presidente — Ministro **Pedro da Rocha Acioli**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Pedro da Rocha Acioli**: Trata-se de apelação interposta por **Osman Mascarenhas e Indústria Ltda.**, **Joubert Brandão Mascarenhas**, **Roberto Brandão Mascarenhas** e **Gilson Brandão Mascarenhas**, de sentença que julgou improcedente ação ordinária anulatória de lançamento fiscal.

A primeira autora detinha 65.625% de participação no capital da empresa controlada **Mavel — Mascarenhas Veículos Ltda.** Por razões comerciais e financeiras, aquela, ora apelante, resolveu alienar, em 26 de dezembro de 1979, a sua participação societária, transferindo pelo valor nominal, as cotas de que era titular, aos sócios majoritários, os demais autores, também ora recorrentes.

A Fazenda Nacional, entretanto, entendeu que a operação configurava forma de distribuição disfarçada de lucros, nos termos do art. 60, inc. I, e § 3º, do Decreto-Lei nº 1.598/77: alienação, por valor inferior ao de mercado, de bem do ativo a pessoas ligadas (sócios), mediante negócios entre estes, pessoas físicas, e a pessoa jurídica. Sob tal fundamento, lavrou o Fisco o competente auto de infração, em que se lê:

«Distribuição disfarçada de lucros — A empresa sob fiscalização alineou por valor notoriamente inferior ao seu valor real, quotas de capital, referentes a investimentos na firma **Mavel — Mascarenhas Veículos Ltda.**, em favor dos sócios **Joubert Brandão Mascarenhas — CPF nº 002.946.834-53**, **Roberto Brandão Mascarenhas — CPF 003.269.414-87** e **Gilson Brandão Mascarenhas — CPF 002.942.844-00**, os quais são ligados a ambas. O capital da **Mavel — Mascarenhas Veículos Ltda.**, em 31-12-79, data da alienação, era de Cr\$ 8.000.000,00, do qual a firma sob exame detinha Cr\$ 5.250.000,00, ou seja, 65.625%. Nesta mesma data, o patrimônio líquido desta, já corrigido, era de Cr\$ 17.488.849,00. Apuramos, também, que a empresa fiscalizada alterou a data do encerramento do exercício social — de junho para dezembro — procedendo, em 31-12-79, a transferência de valores constantes do Imobilizado

para o Circulante — através da alienação já referida — eximindo-se da correção monetária e do acréscimo oriundo do Ganho de Investimentos, face à condição de até aquela data (31-12-79), ser controladora da outra firma, já citada. Como a operação da alienação foi realizada em 31-12-79, data do encerramento de balanço de ambas as firmas, determinamos o valor real das quotas alienadas e conseqüentemente a DDL (Distribuição Disfarçada de Lucros), da forma que se segue:

	Cr\$
Patrimônio líquido (corrigido) da MAVEL — Mascarenhas Veículos Ltda.	17.488.849,00
Participação de Osman Mascarenhas Com. e Ind. Ltda. no Capital da empresa acima 65.625%, que corresponde a	11.477.057,00
Valor da alienação aos 3 (três) sócios de ambas as empresas.	5.250.000,00
Distribuição Disfarçada de Lucros.	6.227.057,00

Infrigência: artigo 60, inciso I e § 3º, a, do Decreto-Lei nº 1.598/77. O valor distribuído, disfarçadamente, será tributado como rendimento, classificado na cédula H, na declaração de rendimentos dos beneficiários conforme preceitua o artigo 62 do Decreto-Lei nº 598/77 (fls. 40/41)».

Os autores aduziram, na inicial, as seguintes razões de direito e de fato: o fisco tenta confundir ou estabelecer equivalência entre «valor de mercado» e «patrimônio líquido» ou «contábil», as normas que disciplinam

a figura da distribuição disfarçada de lucros caracterizam penalidades, não comportando extensões ou analogias; trata-se, na verdade, de uma presunção legal, subordinada aquela figura ao princípio da tipicidade, cingindo-se apenas às hipóteses expressamente descritas na lei; por isso, «se a lei presume como distribuição disfarçada de lucros a alienação efetuada por pessoas jurídicas a pessoa ligada, de bem do seu ativo, por valor notoriamente inferior ao de mercado, esta norma não pode ser invocada quando a alienação é processada por valor notoriamente inferior ao patrimônio líquido, a menos que patrimônio líquido estivesse definido na própria lei, como medida notoriamente inferior ao valor de mercado, o que não ocorre, como ficou exaustivamente comprovado (fl. 18)».

Acrescentaram:

«Realmente, como já foi relatado, foi a autora empresa autuada por ter vendido a sua participação societária em empresa controlada, aos seus sócios, demais autores neste processo, por valor notoriamente inferior ao de mercado, razão pela qual estariam enquadradas nas disposições do art. 60, inciso I do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Para justificar a acusação, a Fazenda Pública, antes do prazo legalmente fixado, corrigiu o patrimônio líquido da empresa controlada, para efeito de calcular o valor do investimento, tendo em vista a equivalência patrimonial. Feito isto, concluiu (a prevalecer o Acórdão do 1º C/C) que o valor nominal das participações societárias é sempre inferior ao valor de mercado, razão pela qual esta medida seria confiável para justificar o procedimento fiscal.

Como se patenteia, a conclusão fiscal, além de ilógica, ainda falsa e não está protegida por

nenhum embasamento legal, como de resto demonstra:

a) O valor nominal das quotas na ocasião da alienação (26-12-79) era de Cr\$ 5.250.000,00, e é por este valor que elas foram transacionadas aos sócios. O valor que a E. 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes apurou Cr\$ 11.447.047,00) seria o valor da conta de Investimentos da Empresa autuada, em 31-12-79, caso as cotas nesta data já não tivessem sido alienadas (docs. n.ºs 4 e 10);

b) A conclusão da 3ª Câmara do 1º C.C. de que a empresa controlada já havia vencido o estágio inicial de implantação, e já estava deslançando, é falsa e tendenciosa, haja visto que para demonstrar a procedência desta alegação o ilustre Relator não se pejou de afirmar que o patrimônio líquido da empresa controlada, em 1978, era de Cr\$ 11.800.000,00 — passando em 1979 para Cr\$ 17.400.000,00, e que a receita líquida passou de Cr\$ 51.000.000,00, em 1978, para Cr\$ 87.000.000,00.

Ora, é evidente a má fé da conclusão, pois o acréscimo do patrimônio líquido, cerca de 47%, foi exatamente o coeficiente de correção monetária aplicado obrigatoriamente nesta conta no encerramento do exercício de 1979, e o acréscimo da receita líquida está inferior ao índice inflacionário do ano de 1979, estimado pela Fundação Getúlio Vargas, em porcentagem superior a 80%. Logo, a empresa controlada estava em processo de retrocesso no seu desenvolvimento, como de resto a grande maioria das concessionárias das indústrias automobilísticas;

c) O valor do investimento pela equivalência patrimonial, calculado precipitadamente pela fiscalização, antes do momento legalmente fixado, não tem a menor equiva-

lência com o valor do mercado. Como já ficou exaustivamente demonstrado, tratam-se de medidas com definições próprias, e com pesos quantitativos completamente diferentes. Assim, é absolutamente falso que o valor do patrimônio líquido é sempre inferior ao valor de mercado.

O que pode ocorrer, isto sim, e a situação é expressamente prevista e admitida na lei tributária, como já se demonstrou, é que o valor de patrimônio líquido, seja superior ao valor de mercado, quando a participação societária não oferece razoável rentabilidade — e no caso posto, as quotas alienadas não ofereciam nenhuma rentabilidade, uma vez que a empresa controlada há dois anos consecutivos vinha apresentando resultados operacionais negativos (docs. n.ºs 12 e 13). (Fls. 18/20)».

Estas as razões com base nas quais pediram os autores a decretação da nulidade dos lançamentos fiscais. Devidamente instruídos os autos e processado o feito, sobreveio o Julgamento.

Ponderou o Dr. Juiz que, após a vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, não se trata mais de «matéria penalizante». E a modo de interpretação sistemática, extraiu dos vários parágrafos do art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, no essencial, as seguintes conclusões: o «valor do mercado» tal como conceituado pelo legislador, afasta-se do conceito oriundo do Direito Comercial e Financeiro, havendo os autores trabalhado com conceitos estabelecidos em doutrina e jurisprudência ultrapassadas; sendo a distribuição disfarçada de lucros presunção relativa, pode ser elidida. Assim, se o bem negociado quotas de capital não tem valor de mercado conhecido ou passível de aferição nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 60, a pessoa jurídica poderá basear-se em avaliação idônea, cabendo ao Fisco o

ônus da prova em contrário; se, no caso, os autores não se preveniram, isto é, não usaram da faculdade de elaborar laudo pericial fixando o valor do bem negociado, sobre eles recai o ônus de provar que não praticaram sonegação de imposto de renda e que o critério adotado pela fiscalização não fora adequado para a justa apuração do quantum simuladamente distribuído a título de lucro. Sob esses fundamentos, o Dr. Juiz a quo julgou improcedente o pedido, arbitrando a verba honorária de 10% sobre o valor atribuído à causa (fls. 113/122).

As razões do apelo cingem-se às seguintes conclusões:

«a) a Distribuição Disfarçada de Lucros é um instituto de natureza punitiva, pois tem como principal escopo tributar e punir atos ilícitos tendentes a transferir riquezas da pessoa jurídica para seus sócios, sem provocar o surgimento normal do fato gerador de imposto de renda;

b) as normas de Direito Tributário e, em especial, da Distribuição Disfarçada de Lucros se subordinam ao princípio da tipicidade, de forma que só se reputam materializados estes atos, quando todos os requisitos integrantes da definição legal estiverem patentemente exteriorizados;

c) alienação de quotas sociais pela pessoa jurídica aos seus sócios somente poderá ser caracterizada como Distribuição Disfarçada de Lucros, se estiverem presentes no ato todos os elementos que tipificam esta figura legal, ou seja: Se a negociação for feita por preço notoriamente inferior ao de mercado;

d) não existe mercado ativo para as cotas de sociedades limitadas, de sorte que a fixação do valor de mercado, nos precisos ter-

mos da lei vigente, somente poderia ser feita com base em negociações anteriores e recentes das mesmas cotas sociais, ou com fundamento em negociações contemporâneas de bens semelhantes (§ 6º do Art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/77);

e) nenhum sócio da empresa limitada jamais vendeu uma participação, razão pela qual a adequação da primeira hipótese, prevista no § 6º do Decreto-Lei nº 1.598/77, tornou-se de impossível aplicação, por falta do necessário paradigma. A segunda hipótese também resulta inaplicável porque ficou sobejamente demonstrado que é impossível a existência de sociedades limitadas que sejam semelhantes, a ponto de se aceitar sem discussão que suas cotas tenham idêntico valor;

f) a primeira recorrente estava também impossibilitada de promover a avaliação de suas cotas ao preço de mercado, porque não existem fontes de informações ou critérios conhecidos que possam ensejar a possibilidade de se aferir com razoável segurança o valor de mercado de cotas sociais; logo, a opção permitida pelo § 7º do art. 60, do Decreto-Lei nº 1.598/77, tornou-se de impossível execução;

g) tanto isto é verdade que a autoridade fiscal, não encontrando meios e fontes de informações para fixar o valor de mercado das cotas negociadas, avaliou-as pelo valor de patrimônio líquido o que caracteriza a Distribuição Disfarçada de Lucros, uma vez que este ilícito tributário só pode surgir quando a venda das cotas é feita por valor notoriamente inferior ao de mercado, e não ao de patrimônio líquido;

h) no entanto, o MM. Juiz a quo, partindo da falsa premissa de que a inexistência de laudo pericial

possibilita ao Fisco o direito de promover uma atuação por Distribuição Disfarçada de Lucros., aceitou a avaliação pelo patrimônio líquido e cometeu aos recorrentes o ônus de fazer a prova em contrário;

i) evidente que a conclusão é falsa e antijurídica. O máximo que o Poder Público poderia fazer era apurar qual valor real de mercado das cotas transacionadas, indicando os critérios usados e as fontes onde foram obtidos os dados que ensejaram a fixação do valor apurado, mesmo porque a condição essencial para a caracterização da Distribuição Disfarçada de Lucros é que a pessoa jurídica transacione as cotas com os seus sócios por valor notoriamente inferior ao de mercado;

j) caso isto tivesse sido feito, aí sim, poderiam os recorrentes demonstrar que o valor de mercado fixado pela fiscalização era irreal e inverídico, e esta prova seria feita até com facilidade, mesmo porque as cotas de sociedades limitadas, nos termos da lei vigente (salvo quando houver negociação recente), assim como da lei anterior, não tem comprovadamente valor de mercado;

l) de outro lado, ao decidir o MM. Juiz de Primeira Instância que a falta de laudo pericial possibilita ao Fisco promover atuação por Distribuição Disfarçada de Lucros, mesmo que o valor apurado pela autoridade fiscal seja o patrimônio líquido e não o de mercado, reflete inequivocamente que o P. Magistrado está criando direito novo, pois está instituindo, por sentença, uma hipótese de incidência não prevista na lei;

m) e, o § 1º do art. 108 do Código Tributário Nacional é expresso ao proibir a aplicação de analogia, quando resultar a exigência de tri-

buto não previsto em lei, e não pode restar a menor dúvida que a decisão do ilustre Magistrado de Primeira Instância resulta na exigência de tributo e multa punitiva, pela negociação feita por pessoa jurídica e seus sócios, de cotas registradas no seu ativo, por valor inferior ao valor de patrimônio líquido, e esta hipótese reconhecidamente não está definida entre os casos de distribuição disfarçada de lucros, previstos no artigo 60 do Decreto-Lei nº 1.598 (fls. 145/148)».

Contra-razões: fls. 154/157 — prestigiando os argumentos da sentença, pede a União a confirmação do julgado recorrido.

Preparado o recurso, subiram os autos. Nesta instância, oficiou a SGR no sentido de que seja improvido o apelo, à luz dos próprios fundamentos jurídicos da sentença (fl. 161).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): O preceito infringido reza:

«Art. 60. Presume-se Distribuição Disfarçada de Lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

I — aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

.....
§ 3º O disposto neste artigo aplica-se a negócios entre a pessoa jurídica e pessoa física que seja:

a) seu sócio, administrador ou titular (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977)».

Discute-se, na doutrina, se a regra em apreço descreve hipótese de incidência tributária ou se trata de preceito punitivo. A questão vem desde a Lei nº 4.506/64, que regulava a matéria de modo mais rígido.

Tivemos oportunidade de enfrentar o tema na AC nº 35.920-RS (Reg. nº 3.171.620), Acórdão publicado no DJ de 18-8-83 pág. 12084.

Convém ressaltar que o simples fato de distribuir lucro nunca foi reputado ato ilícito, muito pelo contrário. O que o legislador pretende é desestimular forma travessa ou oblíqua de distribuição de lucros, ou evitar expedientes que revelem distribuição disfarçada, com prejuízo para a Fazenda.

Entretanto, de índole punitiva ou não, o certo é que o gravame descrito submete-se ao princípio da tipicidade.

II

A regra do art. 60, I e § 3º, letra a, exige:

«negócio pelo qual a pessoa jurídica

- aliena, a pessoa física (sócio, administrador ou titular),
- bem do seu ativo,
- por valor notoriamente inferior ao de mercado».

No caso, foi celebrado um negócio pelo qual a pessoa jurídica, Osman Mascarenhas Com. e Ind. Ltda. alienou a seus sócios (Joubert Brandão Mascarenhas, Roberto Brandão Mascarenhas e Gilson Brandão Mascarenhas) bem do seu ativo (direitos decorrentes da participação societária no capital da empresa controlada — Mavel — 65,625% das cotas de capital desta). Para completar-se o ciclo da tipicidade, resta saber se a alienação se deu «por valor notoriamente inferior ao de mercado».

III

Sustentam os apelantes que se não existe mercado ativo para as cotas de capital de sociedades limitadas, não há como estabelecer parâ-

metros com base nos quais pudesse aferir-se o «valor de mercado». Se este não pode ser determinado, impossível qualificar a negociação, no caso, como sendo de valor notoriamente inferior ao de mercado.

Não concordo, data venia, com a conclusão.

A todo bem suscetível de valor, comerciável, pode ser atribuído um preço considerado normal, razoável, real: valor pelo qual qualquer terceiro interessado adquiriria o bem, com isenção de qualquer interesse especulativo.

Os critérios ou fontes de informação para avaliação do bem negociado, no caso, extraem-se dos registros contábeis da pessoa jurídica. A esse respeito, convém transcrever as ilações técnicas constantes do voto do Relator do recurso administrativo:

«Impõe-se, portanto, a conclusão que, para os fins de se presumir a Distribuição Disfarçada de Lucros de que trata o art. 60, do Decreto-Lei nº 1.598/77, todo o bem negociado entre a pessoa jurídica e as pessoas a ela ligadas tem um «valor de mercado». Essa interpretação tem o respaldo da reconhecida autoridade de Bulhões Pedreira que em sua recente obra intitulada «Imposto sobre a Renda — Pessoa Jurídica, Justec-Editora Ltda., ao tratar dos «critérios de avaliação do ativo», assim se pronunciou (pág. 334): «Alguns elementos do ativo da pessoa jurídica não se destinam a ser trocados no mercado, mas usados como fontes de renda. Nesse caso, seu valor não resulta (diretamente) dos padrões de relação de troca criados pelo mercado, mas é função da renda que pode ser derivada do seu uso. Daí falarmos em valor de uso, ou renda, ao lado do valor de troca. Ainda nessa hipótese, todavia, o valor de troca é (indiretamente) o fundamento do valor econômico:

valor de uso é o valor da renda que pode ser derivada do bem, mas o valor da renda é o valor de troca». Em síntese, o «valor de mercado» de um bem é o que resulta, direta ou indiretamente, dos padrões de relação de troca. Em consequência, não tem mais qualquer sentido polemizar-se sobre a existência ou não de «valor de mercado».

À vista do exposto, impõe-se, também, concluir que, se o valor do bem não puder ser determinado nos termos dos §§ 5º e 6º e inexistindo laudo de avaliação do perito ou empresa especializada, pode a autoridade tributária basear-se em outra medida, que, nas circunstâncias, comprovadamente se situe abaixo do valor econômico do bem. Exemplificando: o «valor de mercado» de um imóvel é, de um modo geral, superior ao seu valor contábil; o valor de mercado de cotas de capital de uma sociedade limitada é, em circunstâncias normais, superior ao seu valor nominal. À falta de «valor de mercado», pode a autoridade substituí-lo, nesses dois exemplos, pelo valor contábil e o valor nominal, respectivamente. É absurda a tese de que, não tendo o contribuinte providenciado a avaliação do bem negociado, estaria a autoridade tributária impedida de agir. O § 7º do art. 60, do Decreto-Lei nº 1.598/77 seria «letra morta». Um absurdo maior, ainda, seria a sustentação de que não tendo sido determinado o «valor de mercado» não se poderia cogitar da distribuição distarçada de lucros.

Nestes autos, utilizou a autoridade tributária o «valor do Patrimônio Líquido» da ex-controlada da recorrente como medida substitutiva ao «valor de mercado». Inquestionável a confiabilidade desse padrão. O artigo 45, da nova Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), por exemplo, indica-o de

forma expressa quando, em seu § 1º, trata da determinação do valor do reembolso, ou seja, da operação pela qual, nos casos previstos em lei, a companhia paga aos acionistas dissidentes de deliberação da assembléia geral o valor de suas ações. A única questão a se examinar é se o «valor do patrimônio líquido» da ex-controlada, segundo as informações trazidas pelo processo, está de fato, situado abaixo do «valor de mercado» de seu patrimônio. Os formulários da declaração de rendimentos da ex-controlada (fls. 34/36), relativa ao exercício financeiro de 1980, contendo informações sobre os exercícios sociais encerrados em 31 de dezembro de 1978 a 31 de dezembro de 1979, indicam que:

«a) são sensíveis as modificações de seu patrimônio de um exercício para o outro: as disponibilidades financeiras aumentaram em cerca de 1 (um) milhão de cruzeiros; o patrimônio líquido passou, aproximadamente, de Cr\$ 11.800.000,00 para Cr\$ 17.400.000,00; a receita líquida de 51 (cinquenta e um) milhões saltou para 87 (oitenta e sete) milhões, com um incremento de 70%; para um prejuízo operacional de Cr\$ 633.645,00 no exercício social de 1978, contrapõe-se um prejuízo de Cr\$ 358.014,00, no exercício social seguinte (a ex-controlada está deixando de ser uma empresa deficitária);

b) o índice de imobilização do «capital próprio» (confronto do patrimônio líquido com o ativo permanente), no balanço patrimonial de 31-12-1979, corresponde a 84%, enquanto que, no balanço patrimonial anterior, esse índice era de 80%, delineando-se a tendência de estar a empresa deslançando e, em consequência, deixando para trás o estágio inicial de implantação (de acordo com as cópias dos instrumentos de alteração contra-

tual de fls. 27/33, a ex-controlada iniciou as suas atividades em janeiro de 1977);

c) o «passivo circulante» e o «exigível a longo prazo», constantes do balanço de 31-12-1979, registram contas que podem representar obrigações decorrentes de «imobilizações» num montante de Cr\$ 7.193.655,00. O valor líquido do «Imobilizado» contudo, ascende à cifra de Cr\$ 20.796.243,00, não se confirmando a afirmativa da recorrente de que o patrimônio da ex-controlada não oferece nenhuma garantia, por estar onerado com dívidas».

.....

«Essa análise evidencia que a ex-controlada da recorrente, ao contrário de suas pessimistas deduções, está em nítida marcha ascendente em suas atividades operacionais. Em tais circunstâncias, o «valor do patrimônio líquido» é inferior ao «valor de mercado». Várias são as razões. A escrituração, por exemplo, não registra a valorização imobiliária e, ainda, certos «bens imateriais» que vão se incorporando ao patrimônio da pessoa jurídica, à medida que vai ela se impondo na praça. Novamente se convoca a opinião de Bulhões Pedreira que, em sua obra citada, assim ensina (pág. 500): «A avaliação do investimento pelo valor do patrimônio líquido contábil da sociedade afiliada não exprime valor econômico da participação societária, pois o patrimônio líquido contábil é o valor histórico do capital próprio do patrimônio». O critério do «valor histórico», utilizado pela contabilidade, não registra esses ganhos que se incorporaram ao patrimônio da pessoa jurídica e, por decorrência, ao «capital próprio.»

E conclui:

O cotejo do montante do «valor nominal» das quotas de capital (Cr\$ 5.250.000,00), tomado como padrão pela recorrente para a determinação do valor do negócio, com o valor de sua participação proporcional no «patrimônio líquido» da ex-controlada (Cr\$ 11.477.057,00), destaca, por si só, a notoriedade tão reclamada pela recorrente.» (fls. 49, 50, 51 e 52)».

Frise-se que a Fazenda, como bem anotou o Dr. Juiz a quo, «adotou como parâmetro o patrimônio líquido da controlada, tão-somente para aferição do quantum do lucro sonogado à tributação (fl. 121)». Nenhuma falha ou vício foi alegado contra esse procedimento, não demonstrando os apelantes que o valor das cotas apurado tivesse superado o valor de mercado.

IV

A tipicidade *tatbestand* tributário, como conceito de enquadramento à hipótese descrita na lei do fato economicamente relevante, admite, tolera, a atividade realizada pela fiscalização, visando à comprovação e valoração de elementos constitutivos da dívida tributária. E procedimento insito à atividade de lançamento, compreendido este na acepção larga de *acertamento*, tal como elaborado pela doutrina (cf. Alberto Pinheiro Xavier, «Conceito e Natureza do Lançamento Tributário», Ed. Juriscredi Ltda., págs. 25 e ss.).

No exercício do seu direito potestativo de lançar, o Estado pesa, mede, verifica, avalia, examina, vistoria, arbitra, compara, confronta, tem o direito, por extensão, de construir a sua prova, justificando-se, assim, a conclusão do Prof. Alberto Xavier, segundo a qual «não há dúvida de que, nos atos do processo tributário, há uma zona de discricionariedade, a qual nada afeta a vinculação do ato conclusivo» in «Curso de Direito

Empresarial», Vol. 2, vários autores, pág. 52, Educ/Ed. Resenha Tributária, 1976). Essa prova pode ser contraditada, ilidida pelo administrado, na condição de contribuinte ou sujeito passivo. No veio dessa relação jurídica, há direitos, sujeição, ônus e deveres recíprocos.

Na atividade de lançamento, atendo-se o Fisco dentro do limite que a tipicidade encerra — no que diz respeito ao aspecto material da tributação —, atua ele nos limites da legalidade, salvo prova em contrário produzida pelo sujeito passivo. Este tem o direito a uma tributação justa, direito, porém, que, para ser efetivamente assegurado, depende do ônus imposto ao titular de evidenciar a injustiça ou o excesso da exigência tributária, aferida segundo os marcos legais.

Inexiste, no caso, consoante demonstrado na sentença de primeiro grau, a irrogada afronta ao princípio da tipicidade, limitando-se os apelantes a tecer considerações que se inserem na sede da extremada formalidade, inconciliável mesmo com a finalidade que demora no conteúdo da norma infringida.

O Fisco baseou-se em informações contábeis para determinar o valor do patrimônio líquido, como sinal de expressão do valor do bem alienado (cotas de capital). É bem verdade que o patrimônio líquido contábil pode encerrar boa margem de ficção, distanciado do valor real, sobretudo levando em conta o nível de inflação apresentado pelo sistema econômico. Mas, o importante é que o valor do patrimônio líquido contábil apurado, no caso, não se mostra exorbitante, além do real, como ficou justificado pela análise técnico-contábil realizada no processo administrativo, conforme destaque do voto do Relator, transcrito linhas atrás.

Seria conveniente que se fizesse uma avaliação para efeito de fixar os direitos dos sócios, apurando-se segundo critérios confiáveis, o ativo líquido «real», isto é, o valor real do acervo líquido da empresa controlada, e assim se teria uma real idéia do valor considerável de mercado das cotas alienadas. É bom lembrar que especialistas recomendam a elaboração de um laudo nesse sentido, nos casos de fusão e incorporação de sociedades (cf., ainda, Alberto Xavier, «Incorporação de Sociedades e Imp. de Renda», Ed. Resenha Tributária, S. Paulo, 1978). Um juízo de valor técnico a respeito dos bens, a partir de dados patrimoniais que a contabilidade reflete, afigura-se útil a determinar as bases impositivas.

Ao se servir do valor do patrimônio líquido contábil, o Fisco adotou a contabilidade da empresa como base da relação tributária, isto é, admitiu a contabilidade como peça confiável, **in casu**, fundamental na demonstração dos resultados econômicos. Esse procedimento — repita-se — não foi discutido pelos apelantes, que não se animaram a elaborar laudo para efeito de apuração de acervo líquido real, talvez porque viesse resultar essa medida em desfavor deles próprios, sujeitos passivos.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 77.698-AL — Rel.: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli — Apelante: Osman Mascarenhas Com. Ind. Ltda. Apelada: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso (Em 22-8-1983 — 5ª Turma).

Os Srs. Mins. Geraldo Sobral e Sebastião Reis votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Sebastião Reis.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.004 — DF

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelante: União Federal

Apelada: Helena Mendes Lopes Cançado

EMENTA

Administrativo. Concurso público. Oficial de Chancelaria. Avaliação de costumes e conceito corrente. Não comprovação, em juízo, do que fora apurado pela Comissão de Avaliação do Concurso.

Se não se confirmam, na Justiça, as acusações apuradas unilateralmente, pela Administração, no que diz com a avaliação de costumes e conceito corrente, não pode a autora, candidata aprovada nos exames intelectuais e outras exigências, ser desclassificada do concurso de Oficial de Chancelaria.

Não condiz com os princípios da Administração Pública a utilização de critérios, dos quais não caiba recurso, sigilosos, para prejudicar direitos assegurados a todos os brasileiros.

Confirmação da sentença.

Não provimento da apelação da União Federal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da União Federal, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 25 de novembro de 1983. (Data do julgamento.) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Helena Mendes Lopes Cançado propôs ação, de rito ordinário, contra a União Federal, para que esta fosse

compelida a retificar o resultado final no concurso público para provimento de empregos da Categoria Funcional de Oficial de Chancelaria, da Tabela de Empregos do Ministério das Relações Exteriores, fazendo incluir o nome da autora, na ordem de classificação, segundo o critério determinado pelos graus parcialmente obtidos por ela.

Após ter seguido o processo seus trâmites, veio a sentença de fls. 137/140, julgando procedente a ação, em todos os termos, conforme o pedido.

Insurge-se a ré, sucumbente, manifestando apelação, dizendo que a autora, se exercia a função de Auxiliar Administrativo do Ministério das Relações Exteriores, já não podia fazê-lo como Oficial de Chancelaria, porque o critério seletivo seria mais rígido, com vistas à relevância das tarefas a serem desincumbidas pela candidata; que a autora não fo-

ra aprovada nos exames de avaliação de costumes e do conceito corrente dos candidatos; que desse resultado, não cabia recurso; que a apuração tinha caráter sigiloso, conforme Decreto nº 60.417, de 1967; que, em face desse decreto e do de nº 79.099, de 1977, o Chefe da Divisão de Pessoal do Ministério não poderia fornecer certidão do resultado; que diante de tudo isso, a candidata foi considerada reprovada; que a função da autora, na Embaixada do Brasil em Bonn (Alemanha) é a título precário, demissível *ad nutum*, com fulcro no art. 44 da Lei nº 3.917/61, de mero Auxiliar Administrativo, menos rigorosa do que a de Oficial de Chancelaria, na Secretaria de Estado das Relações Exteriores, no Brasil e no Exterior, constantes das especificações de que trata a Portaria nº 218, de 1976, do DASP, o que justificaria a utilização de critério mais exigente para a seleção de candidatas.

Contra-razões da autora, às fls. 148/149.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de fls. 153/155, pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Assim fundamentou o MM. Juiz da 3ª Vara, na Seção Judiciária do Distrito Federal, sua decisão, verbis:

«No Brasil, não está previsto um processo legal e eficaz de defesa do regime, a qual se faz, periodicamente, por meio de Revoluções, Golpes de Estado, Atos Institucionais.

A Constituição Socialista da URSS, supostamente defendida pela autora, priva do exercício de qualquer direito quem não obedece à Constituição e às leis soviéticas,

quem não respeita as regras da convivência socialista e não usa com dignidade o alto título de cidadão da URSS (art. 59 da Constituição de 7 de outubro de 1977). Esse texto, como observaram Biscaretti Di Ruffia e Crespi Reghizzi, priva todo «dissidente» de qualquer proteção legal (Ruffia e Reghizzi — «La Costituzione Sovietica Del 1977» — Giuffrè Editore — Milano — 1979 — pag. 183).

A Constituição capitalista, vigente no Brasil, estabelece a igualdade de todos perante a lei, independentemente de convicções políticas (art. 153, § 1º). Garante a todos os direitos de seus próprios adversários.

Não ficou provado que a autora tivesse se dedicado a atividades subversivas, quando estudante, nos anos de 1968 e 1969. Não foram apuradas em processo regular. Tais atividades não constituiriam, de acordo com a legislação vigente, empecilho para o exercício de empregos públicos providos por concurso».

A solução dada à controvérsia foi correta. Se não se apurou, em Juízo, as acusações contra a autora, que teriam levado à sua reprovação, no requisito pertinente à «avaliação dos costumes e do conceito corrente», há de prevalecer seu desempenho intelectual, no concurso para Oficial de Chancelaria, realizado em 1976, para preenchimento de vagas no Ministério das Relações Exteriores.

Acresce, em favor da autora, a circunstância de que já é ela empregada do mesmo Ministério, no Exterior (Bonn — Alemanha), o que elimina a suposição de que não pudesse integrar os quadros daquela Secretaria de Estado.

Se há incompatibilidade do candidato para com o Serviço Público, não importa em que função seja, se de menor ou maior graduação.

O fato de todo candidato a concurso declarar que conhece as condições de sua realização, e que as aceita, é claro, não depende dele, pois isso é verdadeira condição potestativa, imposta pela Administração unilateralmente que, no entanto, age por princípios, entre eles o da legalidade e isonomia, não podendo fazer restrições de caráter isolado, se isso não decorrer de lei.

Confirmo a sentença.

Nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.004-DF — Relator: O Sr. Ministro José Cândido. Apte.: União Federal. Apda.: Helena Mendes Lopes Cançado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da União Federal, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 25-11-83 — 2ª Turma.)

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.155 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: DNER

Apelados: Vitor Santos Corrêa e cônjuge

EMENTA

Processual Civil. Desapropriação. Liquidação do valor da indenização.

Cálculo do contador: abatimento do valor do depósito inicialmente efetuado pelo expropriante, sem referência à respectiva correção monetária.

Pretensão de abatimento, também, desse acréscimo. Inadmissibilidade.

Não tendo havido tradição do depósito (pois o expropriado não o levantou, nem mesmo em parte), continua ele a pertencer ao depositante.

É recomendável, assim, seja, afinal, levantado pelo próprio depositante, pois, não é razoável remeter o expropriado a sustentar pretensão de depositante (que não é) junto à depositária (CEF), quando podem surgir divergências quanto aos acréscimos incidentes (correção e juros).

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. Min. Carlos Mário 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, 9 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: A sentença do MM. Juiz Federal da 8ª Vara do Rio de Janeiro, como se vê à fl. 60, ao julgar procedente a expropriação, explicitou:

«Os juros compensatórios devem ser contados desde a data da imissão de posse, e calculados, 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.»

Inconformou-se a autarquia, tão somente com o valor principal.

Eis por que o Acórdão proferido no Ag. nº 64.330-RJ, de que fui Relator, somente a isso se limitou (fls. 83/88), como lhe cumpria.

Ao se proceder ao cálculo (fl. 93), insurge-se agora a autarquia (fls. 95/96) contra a parcela relativa a juros compensatórios, os quais sustentam deveriam ser de 6% ao ano, por não constar no julgado executando a indicação da taxa respectiva.

Homologado, não obstante, o cálculo, apela o expropriante para pleitear a incorporação dos acréscimos do depósito inicial ao pagamento final; e, bem assim, para que seja considerada também a correção monetária da oferta inicial no cálculo dos honorários advocatícios.

Com as contra-razões, subiram os autos e vieram-me distribuídos.

É o relatório, sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Na consonância de vários precedentes, ou se há de considerar a oferta inicial que permanece em depósito com os respectivos acréscimos, ou não será ele tido em consideração, na liquidação da indenização total.

É o que vimos decidindo, como se pode ver, entre outros julgados, nos das AACC nºs 80.277-RJ e 81.850-RJ, de que fui Relator. Para mais amplo esclarecimento, faço juntar cópia dos votos a que me reporto.

Neste ponto, por conseguinte (em que se impugna o abatimento do valor do depósito), merece prosperar a apelação, pois o cálculo deduz do débito da autarquia referido valor, sem considerar seus acréscimos, o que resulta incoerente.

Já no que diz com o modo de calcular os honorários, a sentença determinou que o respectivo percentual recairá «sobre a diferença entre o valor inicialmente ofertado e o fixado pela sentença, ambos corrigidos monetariamente (fl. 60)».

O cálculo, por sua vez, expressamente se reporta a esta determinação (fl. 93).

Pode, contudo, ter-se afastado desse critério, ao efetuar a dedução (que se mostra indevida) do valor da oferta inicial, o que pode ter afetado a correção aritmética que se exige da conta.

À luz destas diretrizes, deve refazer-se o cálculo, de modo a se desfazer a incerteza, como recomendado nos precedentes.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.277-RJ)

(VOTO ANEXO POR CÓPIA)

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Acentue-se que o comprovante do depósito inicial feito na Caixa Econômica Federal nada esclarece, de modo expresso, relativamente à correção monetária; e, bem assim, que o respectivo valor não foi levantado pelo expropriado.

Assim, de duas, uma: ou o depósito é levado à conta para abater o débito do expropriante e, neste caso, não

se pode desconsiderar a respectiva correção, desde que sobre sua incidência não paire dúvida; ou o depósito permanece à disposição do expropriante, então, não há tomá-lo em consideração, na demonstração do débito e elaboração do cálculo respectivo.

A orientação observada nos autos não é aconselhável, eis que envolve a adjudicação do depósito ao expropriado; não, porém, a da correção respectiva. Em consequência, dois alvarás seriam necessários: um, para autorizar o levantamento do principal (pelo expropriado); outro, para permitir o levantamento da correção monetária (pelo expropriante).

Acresce que pode surgir questão em torno da correção monetária: ora, não é razoável remeter o expropriante a sustentar pretensões de depositante (que ele não é) perante a depositária.

De tudo resulta evidente o acerto de nossos numerosíssimos precedentes, lamentavelmente negligenciados pela sentença.

De fato, vimos insistindo em que o depósito e a correção respectiva (se existente) podem ser levantados pelo expropriado, caso em que o respectivo montante será abatido desde logo do débito total, o que evita a demora de recebimento de parte, às vezes, significativa, da indenização.

A não se proceder assim, há que desprezar o depósito ainda subsistente e demonstrar o crédito total líquido do expropriado, caso em que o depósito, com seus acréscimos, permanecerá à disposição do depositante.

No caso, para evitar maiores delongas, impõe-se refazer o cálculo, desprezando-se o depósito.

Nestes termos, dou provimento à apelação.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.850-RJ)
(VOTO ANEXO POR CÓPIA)

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: No tocante à correção monetária do depósito inicial, atendendo ao fato de que o respectivo valor não foi levantado pelo expropriado, verifiquemos que não houve, portanto, tradição. Não tendo havido tradição, a respectiva propriedade permanece com a expropriante.

A regra antiqüíssima que recebemos do Direito Romano, de que os frutos ou acessórios seguem o principal, tenho-a por aplicável à correção monetária do depósito.

Assim procedo porque, muito embora, a rigor, não se possa designá-la como acessório (porque, de fato, não se trata de acréscimos, como se dá com os juros), contudo, para o efeito de evidenciar as parcelas da indenização total, o respectivo montante aparece como uma das partidas da sentença, tanto que, em certa época, foi negada pela jurisprudência.

Tivesse o depósito passado à efetiva disposição da expropriada, deveria então ser imputado no pagamento do débito o valor respectivo e não haveria cogitar de sua correção.

Assim, de duas, uma: ou bem o valor em depósito e a correção respectiva, bem como os juros vencidos, todos calculados individualmente, passem a pertencer ao expropriado e, neste caso, o respectivo montante será imputado no pagamento do débito; ou será assegurado ao expropriante o levantamento desses valores, incumbindo-lhe pagar ao expropriado o total devido em cumprimento ou execução do julgado.

Por conseguinte, dou provimento, em parte, à apelação da expropriante, com a devida vênia. Faço-o, porém, em maior extensão, a fim de ressaltar que a correção monetária,

que se agrega ao valor do depósito, deverá permanecer à disposição da expropriante, por não poder ser imputada no pagamento do débito total, já que o cálculo evidencia a parcela correspondente à correção e, desde que, não tendo havido tradição, é aplicável a regra de que o acessório acompanha o principal.

Então, respeitosamente, divirjo em parte de V. Exa., para prover o recurso da autarquia e acompanhar o douto voto de V. Exa., na parte restante.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: No que tange ao cálculo dos honorários advocatícios, ao que pude perceber, a conta de liquidação os calculou sobre a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas as parcelas.

No que toca ao refazimento do cálculo que o eminente Ministro-Relator manda efetivar, peço vênha para divergir. A oferta inicial pertence ao

expropriado, com seus frutos, vale dizer, com os juros moratórios, e ao mesmo pertence também a correção monetária da oferta, por isso que correção monetária é mera atualização.

Se o cálculo desprezou a oferta, não há que se falar em prejuízo para o expropriante. Com estas breves considerações, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 80.155-RJ — Rel.: O Sr. Min. Bueno de Souza. Apte.: DNER. Apdos.: Vítor Santos Corrêa e cônjuge.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, deu provimento à apelação. (Em 9-5-83 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Mário Velloso.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Mário Velloso.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.254 — MG

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Embargante: CEBE — Construções Elétricas Belo Horizonte Ltda.

Embargado: IAPAS

EMENTA

Tributário. Contribuições previdenciárias. Lançamento por homologação. Decadência.

Recolhendo o empregador ou o segurado a contribuição até o último dia do mês seguinte a que a mesma se referir, terá a Previdência Social o prazo de cinco anos, a contar da expiração desse termo (último dia do mês seguinte àquele a referir a contribuição), para homologar o lançamento ou revê-lo, se for o caso, suplementando-o através de lançamento ex officio. Após esse prazo, extingue-se a obrigação, salvo a verificação de dolo, fraude ou simulação.

Na hipótese de não ter havido qualquer adiantamento de contribuição, não há que falar em lança-

mento nem em homologação, pois lançamento (auto-lançamento) não houve, nem há possibilidade de homologação, porque não se pode homologar o que inexistente. Caracterizada, na hipótese, a inadimplência, o prazo para o lançamento passará a reger-se pelo item I do art. 173 do CTN: a contar do primeiro dia de exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter-se efetivado.

Aplicação da regra do § 4º do art. 150 do CTN, porquanto no caso trata-se de cobrança suplementar de contribuições recolhidas a menor.

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. Ministros Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Otto Rocha, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Perante a Egrégia 4ª Turma, o ilustre Ministro Carlos Mário Velloso, Relator da Apelação Cível nº 80.254-MG, assim resumiu a espécie, às fls. 591/599.

«CEBE — Construções Elétricas de Belo Horizonte Ltda., propôs ação anulatória de débito fiscal contra o IAPAS, objetivando a anulação de débitos previdenciários no valor de Cr\$ 1.135.957,48, correspondente a contribuições dos seguintes períodos: 9/66 a 11/66; 2/67 a 9/67; 11/67 a 7/69; 10/69 a 11/71; 1/72 a 11/72; 1/73; 3/73 a 8/73 e 3/74 a 8/76.

Alegou a autora que o débito reclamado é manifestamente indevido, acrescentando que apresentou defesa na esfera administrativa, a qual foi julgada improcedente. Disse que o levantamento foi feito de forma arbitrária, pois grande parte do débito já foi atingido pela decadência, nos termos do art. 173 do CTN. Além disso, parte do débito diz respeito ao vínculo empregatício entre a autora e José Gomes Santana, falecido em março de 1971, que nunca foi empregado da empresa. Sustentou, por último, que o procedimento do fiscal autuante não foi correto, pois utilizou a aferição indireta, quando a autora tem escrita regular e colocou todos os elementos à disposição da Fiscalização. Insurgiu-se, ainda, contra a aplicação do percentual de 50% sobre as faturas de prestação de serviço emitidas pela empresa contra terceiros, nos termos do art. 242, V, do Decreto nº 72.771, de 1973, porque a autora, embora tenha por objeto a exploração de construções e projetos de engenharia elétrica e civil, desde o início de suas atividades, em 1965, «sempre se dedicou à exploração pura e simples do ramo de construções referentes a projetos de engenharia elétrica, o que consiste na execução ou administração de serviços de construção e manutenção de linhas elétricas e montagem de subestações de força, em áreas não

residenciais, no interior de Minas e de outros Estados da Federação, mediante contratos de empreitadas de serviço e mão-de-obra especializada, ou de administração». Sustentou, também, a autora que são falsas as assinaturas de Eduardo Brant Costa Ribeiro e José Vicente dos Reis, o primeiro, procurador constituído pela autora para defender os seus direitos na ação de indenização ajuizada pelos pais de José Gomes Santana, e o segundo, preposto da autora na mencionada ação.

Contestou o IAPAS (fls. 30/37), sustentando a correção com que se houve o fiscal da autarquia, que se valeu da inscrição *ex officio* por ser um recurso admitido pela lei quando o contribuinte sonega ou recusa a apresentação de elementos necessários à fiscalização. No caso, houve a apresentação deficiente desses elementos. Sustentou a autarquia que a contribuição previdenciária não é tributo, por isso que a ela não se aplica o estatuído no art. 173 do CTN, e sim o previsto no art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. No mérito, disse ter ficado provado, através de procedimento judicial, que o falecido José Gomes Santana era empregado da autora, apesar de não registrado na empresa, quando de sua admissão.

Foram feitas, no curso do processo, perícia contábil e perícia grafotécnica, tendo sido os respectivos laudos juntados às fls. 382/393 e 515/517.

A sentença, ao cabo, julgou procedente a ação para decretar a nulidade do crédito previdenciário mencionado na NRDV nº 14.757, de 29-10-76, condenando a autarquia-ré ao reembolso das custas processuais, inclusive honorários dos peritos, além dos honorários advocatícios, que arbitrou em 20% sobre o valor atribuído à causa.

Argumentou:

«Assim, a primeira questão a ser resolvida neste processo se refere à natureza jurídica da contribuição previdenciária. Tenho entendido que a citada contribuição tem natureza tributária. Segundo o Professor Geraldo Ataliba, «qualquer exigência de dinheiro que faça o Estado aos sujeitos à sua soberania, somente pode configurar tributo, requisição ou confisco» (Banco Nacional da Habitação-Contribuição dos Empregadores — Natureza Jurídica — Fato Gerador», RDA, 83/408).

Ora, se exigida compulsoriamente, ajusta-se à definição de tributo (CTN, art. 3º), pouco importando a destinação legal do produto da sua arrecadação (CTN, art. 4º, II). Por isso, perfeita é a lição do ilustre mineiro, Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho, quando escreveu:

«Se o Estado, tirante a sua condição de donatário, não está nem arrecadando bens pecuniários vacantes nem recebendo multas, nem sendo indenizado em tempo de guerra ou paz, nem percebendo pecúnia *ex contractu*, tudo o mais que entra como receita, excluídas as entradas de caixa, tais como cauções e fianças, ou é tributo ou é enriquecimento sem causa. A questão é de ontologia jurídica e não de técnica legislativa. O tributo se legitima e se diferencia das prestações pecuniárias e apropriações até agora referidas em função, precisamente, de sua causa. Tributo é toda prestação pecuniária em favor do Estado ou de pessoa por ele indicada, tendo por causa um fato lícito, previsto em lei, instituidor de relação jurídica, diferenciando-se da multa, porque esta, embora prevista em lei em favor do Estado, decorre de um fato ilícito (ter o multado

descumprido algum dever contratual ou legal)».

Assim, conclui o mestre:

«O que entrar em dinheiro na burra estatal, sob a forma de prestação pecuniária — o que exclui as entradas de caixa (fianças, cauções) e as expropriações — que não seja indenização, multa ou contrato (aluguel, juro, foro, laudêmio, preço et caterva), só pode ser tributo».

E mais:

«Considerar uma prestação pecuniária compulsória imposta unilateralmente aos cidadãos, tendo por causa ou fato gerador uma situação lícita qualquer (ter renda, ser proprietário, exportar, ser empregador, possuir o estabelecimento mais de 100 empregados, ter imóvel valorizado por obra pública, receber serviços do Estado) ora é tributo ora não o é, desorganiza a tarefa, por si só árdua, de aplicação do direito à vida. A grande valia do Código Tributário Nacional foi ter sistematizado a disciplina jurídica básica do tributo, dando organicidade e condições de aplicação. Superou, por assim dizer, o caos que vigia antes da sua implantação, quando a União, os Estados e os Municípios, aos milhares, cada qual possuía a sua legislação, com os seus conceitos e os seus prazos e onde cada tributo tinha a sua lei e o seu regulamento» (cf. «Revista da Faculdade de Direito da UFMG» Belo Horizonte, nº 21, maio de 1979, págs. 451/465).

Diante dessa lição, e de dezenas de outras, ministradas pela maior parte dos tributaristas brasileiros e estrangeiros, não temos a menor dúvida em sustentar, também, o caráter tributário das contribuições previdenciárias, de modo a sujeitá-las aos princípios e regras

do sistema tributário constitucional e do Código Tributário Nacional.

Aliás, esse tem sido também o entendimento do Tribunal Federal de Recursos, quando, por exemplo, já decidiu que «contribuição previdenciária é tributo, assim, sujeita às regras de decadência e prescrição dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, que revogam o art. 144 da LOPS. Impossibilidade de distinção entre a contribuição do empregador e do empregado, de forma a fazer prevalecer, quanto a esta última, o art. 144 da LOPS, com base no art. 168, IV, do Código Civil. Embargos rejeitados» (cf. EAC nº 40.694-SP, em que foi Relator o Min. Carlos Mário Velloso).

É verdade que, em 22 de setembro de 1980, foi publicada a Lei nº 6.830, que dispôs:

«Art. 2º

§ 9º O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser estabelecido no art. 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960».

Assim, não obstante o caráter tributário do crédito decorrente das contribuições previdenciárias, a Lei nº 6.830, de 1980, restaurou a eficácia do art. 144 da Lei orgânica da Previdência Social, que previu a prescrição trintenária, mas somente a partir de sua vigência, isto é, 22 de setembro de 1980. Por outro lado, o mencionado e transcrito § 9º se refere, apenas, à cobrança do crédito previdenciário, ou seja, refere-se à prescrição (CTN, art. 174), e não ao prazo de decadência do direito à constituição do crédito tributário (CTN, art. 173). Esse continua sendo regulado pelo Código Tributário Nacional como, aliás, tem entendido hoje o Tribunal Federal de Recur-

sos, conforme Súmula nº 108, verbis:

«A constituição do crédito previdenciário está sujeita ao prazo de decadência de cinco anos».

Pois bem, se assim é, não há dúvida que o crédito exigido pelo Instituto-réu, através da Notificação para Recebimento de Débito Verificado (NRDV) nº 14.757, de 29 de outubro de 1976 (cf. fls. 153/162) foi, em grande parte, atingido pela decadência, porque entre a data da ocorrência do fato gerador da obrigação previdenciária, nos períodos compreendidos entre setembro de 1966 a setembro de 1971, e a data do lançamento (29 de outubro de 1976) decorreu um lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos (cf. fls. 153/162).

Logo, no mérito, a matéria em discussão ficará adstrita, apenas, aos períodos compreendidos entre outubro de 1971 a agosto de 1976, já que os períodos anteriores, como foi dito, foram atingidos pela decadência, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional, e da Súmula nº 108 do Tribunal Federal de Recursos.

Verifica-se, por outro lado, que a discussão acerca do vínculo empregatício entre José Gomes Santana e a autora, que motivou, inclusive, a realização de perícia grafoscópica (fls. 515/517), ficou, com a decretação da decadência, superada. Com efeito, o suposto empregado, José Gomes Santana, falecido em março de 1971, teria prestado serviços à autora no período compreendido entre dezembro de 1970 a março de 1971, quando faleceu em serviço (cf. fl. 182/506). Ora, as contribuições previdenciárias desse período foram alcançadas pela decadência.

Desta forma, resta saber-se, apenas, se o procedimento do fiscal-autuante, adotando o critério da

inscrição *ex officio*, ou da aferição indireta, por colocar em dúvida a fidelidade da escrituração da autora, nos termos do art. 242, V, do Decreto nº 72.771, de 1973, foi correto, devendo ser mantida a autuação (cf. Relatório Fiscal de fls. 15/16).

A meu ver, não. Realizada a perícia contábil, o ilustre perito Oficial, Antônio de Oliveira Leite, apresentou o seu laudo, subscrito, também, pelos assistentes-técnicos da autora e do réu (cf. fls. 382/393), onde ficou provado que a Empresa-autora mantém escrita regular, a cargo e responsabilidade de contador devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade, tendo recolhido, nas épocas próprias, as contribuições previdenciárias dela própria, juntamente com as descontadas dos salários de seus empregados. Isso, desde o início de suas atividades, em 1966, registrando, normalmente, os contratos de trabalho de seus empregados em livros de registro de empregados, devidamente autenticados pela Delegacia Regional do Trabalho, além de cumprir, religiosamente, todas as suas obrigações fiscais e trabalhistas. Os seus livros, por sua vez, encontram-se formalizados de acordo com a legislação em vigor, e escriturados pelo sistema «front-feed», sem quaisquer rasuras, emendas, entrelinhas ou espaços em branco, e com seus balanços regularmente transcritos no Diário, assinados por contadores legalmente habilitados (cf. respostas dadas aos quesitos nºs 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 e 15, formulados pela autora, às fls. 384/388).

Ora, tenho entendido que o critério adotado pelo fiscal, da aferição indireta ou do arbitramento, só deve prevalecer em casos excepcionais, como medida extrema, quando manifesta a imprestabilidade da

escrita, ou na falta total de escrituração. Esse, como vimos, pela conclusão da perícia, não é o caso dos autos. Por outro lado, não existe nos autos prova de que a autora tenha recusado ou sonogado elementos à fiscalização do réu, o que, na verdade, não deve ter ocorrido, porque, mantendo escrituração regular, não tinha razões para essa recusa. Ademais, as dúvidas do fiscal, relacionadas com as irregularidades na escrita da Empresa-suplicante, considerando-se improcedentes todos os lançamentos escriturados (cf. Relatório fiscal de fls. 15/16), foram desfeitas, por completo, pelo laudo oficial, subscrito, também, pelos assistentes-técnicos da autora e do réu (cf. respostas dadas aos quesitos nºs 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26, de fls. 388/392).

.....
(Fls. 560/569).

Apelou, então, o IAPAS (fls. 568/575), insistindo em que são inaplicáveis os prazos de decadência e prescrição do Código Tributário Nacional aos créditos previdenciários. É que o Direito Previdenciário tem autonomia frente ao Direito Tributário e possui princípios, institutos, área de incidência, objetivos e campos próprios e específicos. Diz que a Súmula nº 108-TFR, surgiu ao arrepio da lei. Sustenta, que, ainda que se atribua caráter tributário ao crédito decorrente das contribuições previdenciárias, ainda, assim, no caso corrente, não estaria ele sucumbido pelo prazo decadencial tributário, conforme entendimento consagrado pelo Acórdão proferido na AC nº 70.594, segundo o qual «o crédito do IAPAS, por contribuições previdenciárias que deixaram de ser recolhidas espontaneamente na época própria se aperfeiçoa pelo lançamento; e, este, por meio de notificação ao contribuinte». Diz mais

que no curso da presente ação ficou fartamente comprovado o vínculo empregatício de José Gomes Santana com a autora ora apelada e que, contrariamente ao entendimento da r. sentença, o Decreto nº 72.771/73 não trata apenas da construção civil. Cuida, também, de construções em geral, onde, naturalmente, se inclui o ramo construções elétricas. Postula, por isso, a reforma do r. decisório, para declarar a improcedência da ação.

Com a resposta de fls. 578/586, subiram os autos e, nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não ofereceu parecer (RI, art. 63, § 2º).»

A seguir, proferiu o seguinte voto:

«A sentença entendeu que as contribuições dos períodos anteriores a outubro de 1971 foram atingidas pela decadência.

Esta é, pois, a primeira questão a ser examinada.

O lançamento em discussão deu-se através da NRDV nº 14.757, de 29-10-1976 (fls. 153 e seguinte). Os períodos que a r. sentença entendeu como atingidos pela decadência são os seguintes: 9/66 a 11/66; 2/67 a 9/67; 11/67 a 7/69; 10/69 a 9/71.

Abriendo o debate, deixo expresso que concordo, inteiramente, com o douto magistrado a quo, quando S. Exa. sustenta o caráter tributário da contribuição previdenciária. Assim tenho votado, nesta Egrégia Corte. E no que tange à decadência do direito de constituição do crédito previdenciário, esta Egrégia Corte tem jurisprudência firmada no sentido de que tal direito extingue-se no prazo de cinco anos. Enuncia, em verdade, a Súmula nº 108-TFR: a constituição do crédito previdenciário está sujeita ao pra-

zo de decadência de cinco anos (Rev. do TFR, 92/78).

Sob o ponto de vista doutrinário, pois, a sentença é impecável.

Cumpra verificar, entretanto, se a matéria fática, no caso, autoriza a aplicação da Súmula nº 108-TFR.

Penso que não.

Quando do julgamento do EAC nº 43.272-MG, examinei a questão da contagem do prazo de decadência no lançamento por homologação (Rev. TFR, 92/88).

Disse eu, então, ao votar:

«As contribuições previdenciárias estão sujeitas ao lançamento por homologação (CTN, art. 150).

É preciso distinguir, primeiro que tudo, o lançamento por homologação das demais modalidades de lançamento, à luz do CTN. O ato privativo da autoridade administrativa, vinculado e obrigatório, que constitui o crédito tributário, que é o lançamento, «procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível», (CTN, art. 142 e parágrafo único), resulta ou ocorre via de declaração (CTN, art. 147), de ofício (CTN, art. 149), ou por homologação (CTN, art. 150).

Este último, por homologação, tem lugar no momento em que a autoridade administrativa homologa a atividade exercida pelo sujeito passivo, consistente no pagamento do tributo, ou no cumprimento do dever imposto ao contribuinte «de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa» (CTN, art. 150). Assim, se a homologação atinge o cumprimento do dever de antecipar o pagamento, inexistente essa

condição — antecipação do pagamento — não há lançamento por homologação. Esta, com magnífica clareza, a lição de Luciano da Silva Amaro:

«O que se homologa, diz o dispositivo, é a atividade assim exercida. Portanto, na falta dessa atividade (antecipação do pagamento) não há o que homologar. Se o sujeito passivo não antecipa o pagamento, é logicamente inconcebível o lançamento por homologação, porque este carecerá precisamente do objeto a homologar: o pagamento antecipado («Lançamento por Homologação e Decadência», Resenha Tributária, 1975, 1.3. 25/75, pág. 335)».

Asseverou, com precisão, o Ministro Jorge Lafayette Guimarães, forte em Aliomar Baleeiro, no AgPt nº 37.239 (DJ de 13-2-75, pág. 784, «Fisco e Contribuinte», São Paulo, junho/75, págs. 468/470), que «exige, pois, o lançamento por homologação, o pagamento antecipado do imposto pelo contribuinte, sem prévio exame da autoridade (Aliomar Baleeiro, «Direito Tributário Brasileiro», 2ª ed., pág. 462).

Essa modalidade de lançamento é chamada, impropriamente, de autolancamento. Impropriamente, porque o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa (CTN, art. 142). Leciona, a propósito, José Souto Maior Borges, que «o conceito doutrinário de autolancamento não encontra correspondência com o Direito positivo brasileiro, e é passível de críticas, ...» («Tratado de Dir. Trib. Brasileiro» Forense, IV, «Lançamento Tributário», 1981, pág. 427). Afastando-nos do significado técnico-jurídico do termo, até que encontraríamos justificativa para o uso da terminologia autolancamento. Porque, em realidade, para antecipar o pagamento, deverá o contribuinte efe-

tuar operações que caracterizam o lançamento, para o fim de determinar, v.g., quanto pagar (cálculo do montante devido); verificação da ocorrência do fato gerador; identificação do sujeito passivo, ou identificar-se o lançador como sujeito passivo.

Mas a verdade é que, à luz do CTN, mesmo efetivado, por antecipação, o pagamento, não há que se falar, ainda, em lançamento, por isso que, não custa repetir: o lançamento é ato privativo da autoridade (CTN, art. 142). Com rigor técnico-jurídico-tributário, de conseguinte, lançamento «só haverá, em caso tal, no momento em que a autoridade administrativa, tomando conhecimento da atividade do contribuinte, expressamente a homologa, ou no caso da homologação ficta (CTN, art. 150, *caput*, e § 4º).

Isto posto, temos: a) pagando o contribuinte, antecipadamente, o tributo, cumpriu ele a obrigação que lhe impôs a lei (CTN, art. 150); b) cumprida a obrigação, extingue-se, sob condição resolutória (ulterior homologação), o crédito (CTN, art. 150, § 1º); c) atendida a condição — homologação do pagamento antecipado — extinto estará o crédito (CTN, art. 156, VII).

Surge, então, a indagação: em que prazo deve o Fisco proceder à homologação? A resposta está no § 4º do art. 150, CTN. No prazo, pois, de regra, de 5 (cinco) anos, que é de decadência, contado a partir da ocorrência do fato gerador, ocorrerá a homologação: (a) expressa, ou, na falta desta, (c) ficta.

Na primeira hipótese, haverá a manifestação expressa do Fisco; na segunda, por um motivo ou por outro, o Fisco deixa de manifestar-se no prazo mencionado. Expirado este, sem manifestação da Fazenda,

«considera-se homologado o lançamento». Num caso e no outro, extinto estará o crédito. Mas, acrescenta o citado § 4º do art. 150, que tal homologação ficta não ocorrerá, «se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação».

Então, mesmo esgotado o prazo de cinco anos, contado da ocorrência do fato gerador, e não tendo se manifestado a Fazenda, comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não há que se falar em extinção do crédito, podendo o Fisco, depois de findo o prazo em apreço, proceder ao lançamento de ofício.

Indaga-se: essa regra seria cabível no caso de, feita a homologação expressa, assim efetivado o lançamento, vir o Fisco, ao depois, descobrir e comprovar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação?

Ocorrendo a hipótese da homologação expressa, com esta o lançamento terá havido. Comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o caso será de revisão de lançamento, na forma do disposto no art. 145, III, c/c o art. 149, VII, CTN. Essa revisão só poderá ocorrer ou somente «pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública» (CTN, art. 149, parágrafo único), ou seja, no prazo de cinco anos, com observância da regra inscrita no art. 173, parágrafo único. Vale dizer, o prazo seria contado a partir da homologação expressa, por isso que, se a mera «medida preparatória indispensável ao lançamento» tem o condão jurídico de deslocar o dies a quo do prazo de caducidade para a data da notificação dessa medida, seria ilógico que a notificação do próprio lançamento (notificação decorrente da homologação) não tivesse força idêntica.

Imaginemos, agora, a hipótese de deixar o contribuinte de efetuar a antecipação do pagamento do tributo, deixando, assim, de cumprir a obrigação que lhe foi imposta pela lei. Como deverá o Fisco proceder? Simplesmente fazendo instaurar o lançamento de ofício (CTN, art. 149, V). O prazo de decadência, nesse caso, não será o do art. 150, § 4º, CTN, por isso que, ali, está-se tratando de hipótese em que houve a antecipação do pagamento. Não tendo havido, então, a antecipação do pagamento, a regra a ser seguida é a do art. 173, CTN, observando-se, em princípio, a regra do inciso I do art. 173.

O mesmo deve ser dito, aliás, no caso da ocorrência da ressalva contida no § 4º do art. 150, CTN, *in fine*: dolo, fraude ou simulação, tratando-se de homologação ficta.

Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexistência, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexistência ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975. Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir do 1º

de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-1980, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio, empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária poderia se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se, em princípio, lançamento por homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31-12-1981, deverá o lançamento estar concluído (CTN, art. 173, *caput*).

Esta interpretação parece-me razoável, por isso que de um certo modo benéfica ao interesse público, o que se justifica, dadas as peculiaridades da situação, em que o contribuinte cometeu falta séria, deixando de cumprir obrigação decorrente de lei, assim fraudando a lei (não antecipação do pagamento, com apropriação de contribuições descontadas do salário do empregado, fraude à lei, fraude em sentido lato), ou procedendo com dolo, fraude (fraude em sentido estrito) ou simulação. De outro lado, ajusta-se ao sistema do CTN, que adota o princípio consagrado na Teoria Geral do Direito, da ocorrência de prazos de caducidade e de prescrição, como regras necessárias à garantia e segurança das relações jurídicas.

VI

Voltemos ao caso sob julgamento.

Em vigor, a partir de 1º de janeiro de 1967, o CTN, segue-se que a partir desta data contar-se-ia o

prazo de 5 (cinco) anos da homologação ficta, que venceria em 1º de janeiro de 1972. Aplicando-se a regra do art. 173, I, CTN, tem-se que, de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 31-5-1974 (fls. 36/38), é fácil verificar que o foi dentro no prazo legal (CTN, art. 173, I).

A partir daí, é que começaria a fluir o prazo prescricional. A presente ação foi ajuizada em janeiro de 1975. Não há que se falar em prescrição, no caso.

No caso, considerado o período mais remoto, setembro de 1966, segue-se que, a partir de 1-1-67, data em que entrou em vigor o CTN, contar-se-ia o prazo de cinco anos da homologação ficta, que venceria em 1-1-1972.

Aplicando-se a regra do art. 173, I, CTN, tem-se que, de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 29-10-1976 (fl. 153), força é concluir que o foi dentro no prazo legal (CTN, art. 173, I).

Dou provimento ao apelo, no ponto.

Examino a questão no seu aspecto de fundo.

II

No que concerne às contribuições sobre salário que teriam sido pagas a José Gomes Santana, que fora empregado não registrado da apelada, estou em que o recurso merece ser provido.

É que há, nos autos, prova no sentido de que existiu o liame empregatício entre a apelada e o mencionado José Gomes Santana.

Confira-se, a propósito, a declaração de fl. 263, reproduzida à fl. 506. De outro lado, os depoimentos que estão, por cópia, às fls. 264/265, atestam que José Gomes Santana foi empregado da apelada.

Acentue-se que a perícia grafo-técnica, que foi elaborada por um dos mais competentes especialistas de Minas Gerais, o Dr. Walter de Freitas, é expressa no afirmar que as assinaturas da declaração de fl. 263, ou fl. 506, não são falsas (laudo, fls. 514/517).

Ora, diante dessa prova, não há como deixar de emprestar validade ao lançamento fiscal, no ponto.

III

No voto que proferi por ocasião do julgamento da AC nº 68.887-MG, escrevi:

.....
 «Em verdade, na forma do disposto no art. 81, § 2º, da Lei nº 3.807/60, «ocorrendo a recusa ou a sonegação dos elementos mencionados no parágrafo anterior, ou a sua apresentação deficiente, poderá o Instituto Nacional da Previdência Social, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever ex officio as importâncias que reputar devidas, ficando a cargo do segurado ou empresa o ônus da prova em contrário». Esse dispositivo legal está regulamentado no art. 242, IV, do Decreto nº 72.771/73, ou art. 116, V, do Decreto nº 83.081, de 24-1-1979, que aprova o Regulamento do Custeio da Previdência Social, ou art. 145, § 2º, da CLPS, Decreto nº 77.077, de 1976.

Tem-se, pois, no caso, lançamento por aferição, ou por arbitramento, no qual cabe ao contribuinte provar que as importân-

cias reputadas devidas pela instituição previdenciária não estão corretas, ou que não deve ele, contribuinte, as importâncias levantadas por aquele».

Isto posto, resolve-se a questão pelo exame da prova que fica a cargo do contribuinte.

Escreveu o Dr. Juiz, na sentença:

«Desta forma, resta saber-se, apenas, se o procedimento do fiscal-autuante, adotando o critério da inscrição *ex officio*, ou da aferição indireta, por colocar em dúvida a fidelidade da escrituração da autora, nos termos do art. 242, V, do Decreto nº 72.771, de 1973, foi correto, devendo ser mantida a autuação (cf. Relatório Fiscal de fls. 15/16).

A meu ver, não. Realizada a perícia contábil, o ilustre perito Oficial, Antônio de Oliveira Leite, apresentou o seu laudo, subscrito, também, pelos assistentes-técnicos da autora e do réu (cf. fls. 382/393), onde ficou provado que a Empresa-autora mantém escrita regular a cargo e responsabilidade de contador devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade, tendo recolhido, nas épocas próprias, as contribuições previdenciárias dela própria, juntamente com as descontadas dos salários de seus empregados. Isso, desde o início de suas atividades, em 1966, registrando, normalmente, os contratos de trabalho de seus empregados em livros de registro de empregados, devidamente autenticados pela Delegacia Regional do Trabalho, além de cumprir, religiosamente, todas as suas obrigações fiscais e trabalhistas. Os seus livros, por sua vez, «encontram-se formalizados de acordo com a legislação em vi-

gor, e escriturados pelo sistema «Front-Feed», sem quaisquer rasuras, emendas, entrelinhas ou espaços em branco, e com seus balanços regularmente transcritos no Diário, assinados por contadores legalmente habilitados» (cf. respostas dadas aos quesitos nºs 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 e 15, formulados pela autora, às fls. 384/388).

Ora, tenho entendido que o critério adotado pelo fiscal, da aferição indireta ou do arbitramento, só deve prevalecer em casos excepcionais, como medida extrema, quando manifesta a imprestabilidade da escrita, ou na falta total de escrituração. Esse, como vimos, pela conclusão da perícia, não é o caso dos autos. Por outro lado, não existe nos autos prova de que a autora tenha recusado ou sonogado elementos à fiscalização do réu, o que, na verdade, não deve ter ocorrido, porque, mantendo escrituração regular, não tinha razões para essa recusa. Ademais, as dúvidas do fiscal, relacionadas com as irregularidades na escrita da Empresa-suplicante, considerando-se imprecidentes todos os lançamentos escriturados (cf. Relatório Fiscal de fls. 15/16), foram desfeitas, por completo, pelo laudo oficial, subscrito, também, pelos assistentes-técnicos da autora e do réu (cf. respostas dadas aos quesitos nºs 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26, de fls. 388/392).

(fls. 564/565).

Correta a sentença, no ponto.

A prova pericial deixa expresso que a escrita contábil não é deficiente. De outro lado, não há menção, no relatório do fiscal (fls. 15/16), de que tivesse havido recusa na apresentação de elementos

ou informações à fiscalização (CLPS, art. 145, § 2º).

O arbitramento, pois, cai por terra.

IV

De todo o exposto resulta que o apelo deve ser provido apenas no que concerne à decadência e às contribuições relativas ao contrato de trabalho de José Gomes Santana.

No mais, é de ser confirmada a sentença.

V

Em conclusão, dou provimento parcial ao recurso. A ora apelada pagará a metade das custas e a verba honorária de 10% do valor atribuído à causa, compensando-se com a honorária arbitrada na sentença.

O Ministro Romildo Bueno de Souza manifestou-se nestes termos:

«Senhor Presidente, tenho efetivamente por apropriadas e convincentes as considerações desenvolvidas sobre o tema em debate pelo Sr. Ministro Pádua Ribeiro, como se vê pelos argumentos que S. Exa. expõe em valioso estudo doutrinário a que se reporta.

Isto, bem entendido, no concernente à decadência, tal como disciplinada no art. 150, § 4º, da Lei nº 5.172.

Não obstante, tal já assinalai nesta Egrégia Turma, tenho para mim que, em verdade, não há falar em decadência relativamente ao direito de crédito da autarquia previdenciária, concernente às contribuições de que se trata.

Constitui, de fato, mera construção jurisprudencial (respeitável, sem dúvida), amparada em proposições doutrinárias, a orientação

que prevaleceu na Súmula nº 108 de nossa jurisprudência, ao admitir a decadência do direito da autarquia.

Note-se que a súmula nem mesmo explicita o modo de se contar o prazo a que se reporta; assim também, não determina o seu marco inicial.

Estou em que, na consonância da tradição do nosso direito, as decadências são somente aquelas como tais previstas em lei.

Desde que o crédito por contribuições previdenciárias não seja identificado ao tributário, já não cabe acatar, a propósito, o dispositivo do Cód. Tributário.

Inaplicável, a meu ver, o preceito da codificação tributária ao direito às contribuições previdenciárias, já que não há norma legal que expressamente limite, à observância de certo prazo, o exercício do direito da autarquia, pena de perecimento.

O certo, contudo, é que o Tribunal está adstrito à sua própria súmula; e que esta, no entanto, nada esclarece, explicitamente, quanto ao termo inicial do lapso decadencial nela mesma enunciado.

Eis por que, não podendo deixar de atender à súmula e não me convencendo da aplicabilidade do instituto ao tema em apreço, inclino-me por limitar sua incidência de modo a reduzir, quanto possível, a extensão do que reputo inconveniente aos legítimos interesses da previdência social.

À luz do exposto, por motivos de ordem meramente prática, dou minha adesão ao modo pelo qual o Senhor Ministro Velloso efetua a contagem do discutido prazo decadencial».

O ilustre Ministro Pádua Ribeiro proferiu o seguinte voto:

«Pedi vista destes autos apenas para examinar a questão relativa à decadência. Na espécie, as contribuições referem-se aos seguintes períodos: 9/66 a 11/66; 2/67 a 9/67; 11/67 a 7/69; 10/69 a 11/71; 1/72 a 11/72; 1/73; 3/73 a 8/73 e 3/74 a 8/76.

A douta sentença recorrida, após enfrentar o assunto, invocou a Súmula nº 108, desta Corte, no sentido de que «a contribuição do crédito tributário está sujeita ao prazo de decadência de cinco anos», e concluiu no sentido de que as contribuições cujos fatos geradores ocorreram anteriormente a outubro de 1971 foram atingidas, no caso, pelo citado fato extintivo. Argumenta o decisório (fls. 563/564):

«Pois bem, se assim é, não há dúvida que o crédito exigido pelo Instituto-réu, através da Notificação para Recebimento de Débito Verificado (NRDV) nº 14.757, de 29 de outubro de 1976 (cf. fls. 153/162) foi, em grande parte, atingido pela decadência, porque entre a data da ocorrência do fato gerador da obrigação previdenciária, nos períodos compreendidos entre setembro de 1966 a setembro de 1971 e a data do lançamento (29 de outubro de 1976) decorreu um lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos (cf. fls. 153/162).

Logo, no mérito, a matéria em discussão ficará adstrita, apenas, aos períodos compreendidos entre outubro de 1971 a agosto de 1976, já que os períodos anteriores, como foi dito, foram atingidos pela decadência nos termos do art. 173, do Código Tributário Nacional, e da Súmula nº 108, do Tribunal Federal de Recursos».

Dessa conclusão, discordou o voto do eminente Relator, que, ao invés de aplicar a regra geral, consubstanciada na 1ª parte do § 4º do

art. 150 do CTN, enquadrou a hipótese na sua parte final. Ou seja: não contou o prazo decadencial a partir da ocorrência dos respectivos fatos geradores das contribuições, mas a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido homologado. Eis as suas palavras:

«No caso, considerado o período mais remoto, setembro de 1966, segue-se que a partir de 1º de janeiro de 1967, data em que entrou em vigor o CTN, contarse-ia o prazo de cinco anos da homologação ficta, que venceria em 1-1-1972. Aplicando-se a regra do art. 173, I, CTN, tem-se que de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 29-10-1976 (fl. 153), força é concluir que o foi dentro no prazo legal (CTN, art. 173, I)».

II

Sobre o tema, dispõe o § 4º do art. 150 do CTN:

«Se a lei não fixar prazo à homologação será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação».

Acerca do termo inicial da contagem do prazo decadencial quinquenal, nos casos previstos na parte final do transcrito preceito, estou em ligeira divergência com o ilustre Relator, que não se reflete neste julgado. Em tais hipóteses, conto aquele prazo a partir do «primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido homologado; se, nesse

prazo, o Fisco notifica o sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, a partir da data de tal notificação correrá o quinquênio». Os fundamentos em que se baseia esse meu entendimento estão desenvolvidos no trabalho anexo, a que me reporto «Decadência: contagem do prazo no caso de lançamento por homologação» Resenha Tributária, Edição nº 33, págs. 685/705).

III

Na espécie divirjo do voto do eminente Relator em ponto fundamental: penso que, no caso, a solução da controvérsia há de dar-se pela aplicação da 1ª parte e não da parte final do questionado § 4º do artigo 150 do CTN. Com efeito, ao contrário do ilustre Ministro Velloso, sustento que não tem amparo no Direito presumir-se a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, tanto mais que o § 4º do art. 150 do CTN fala em «Comprovação» daquelas ocorrências conspurcadoras do Direito (ver trabalho citado, anexo, pág. 702/704). Nesse sentido, votei, dentre outros casos, no EAC nº 43.272-MG; e nas ACAC nºs 47.985-SP, 63.729-MG e 62.738-SP.

Quando do julgamento do EAC nº 43.272-MG, a questão, embora suscitada no voto do Ministro Velloso, não foi apreciada pela Egrégia Segunda Seção, por não ter sido necessária a solução da questão versada naquele feito. Naquela oportunidade, após sustentar que as contribuições previdenciárias consubstanciam tributos e que estão regidas pelo CTN, no que concerne aos prazos de decadência e prescrição, disse:

«No entanto, embora nessa linha de idéias, o ilustre Relator, em seu douto voto, para rejeitar os embargos, por não identificar, na espécie, a existência de contribuições

cobertas pelo quinquênio prescricional, precisou de sustentar tese, ainda não sufragada pela jurisprudência desta Corte, sobre a contagem do prazo de decadência, nas hipóteses de lançamento por homologação, se ocorridas as ressalvas previstas na parte final do § 4º do art. 150 do CTN (dolo, fraude ou simulação). Preconiza a adoção do seguinte critério:

«Contar-se-á o prazo, então, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, entendendo-se dita cláusula como significando não o exercício em que o sujeito passivo cometeu a inexatidão, ou a falta do pagamento, ou o cometimento dos vícios mencionados (dolo, fraude ou simulação), nem que aquele em que o Fisco tomasse conhecimento da existência da inexatidão ou da existência do vício, mas, sim, o exercício seguinte àquele em que a homologação, assim lançamento, poderia efetivar-se, de modo ficto, ou seja, no exercício seguinte ao término dos cinco anos contados a partir do fato gerador. Exemplo: efetivou-se a antecipação do IPI relativo a um fato gerador ocorrido em maio de 1970. O Fisco não se manifestou no prazo de cinco anos, isto é, até maio de 1975.

Ocorreria, nesta última data, a homologação ficta. Descobriu-se, entretanto, em 1979, a ocorrência de dolo. Contar-se-ia o prazo, então, a partir de 1º de janeiro de 1976 (CTN, 173, I). Até 31-12-1980, poderia o Fisco constituir o seu crédito. Outro exemplo: Pérsio empregador, deixou de recolher contribuições previdenciárias em 1971, referentes a empregados seus, cujos fatos geradores ocorreram em 1971; até o ano de 1976, a instituição previdenciária pode-

ria se manifestar, porque, por cumprir ao contribuinte antecipar o pagamento, tem-se em princípio, lançamento homologação. Mas a instituição previdenciária não se manifesta e vem a descobrir, em 1980, o fato. O prazo seria contado com observância do disposto no art. 173, I, vale dizer, a partir de 1º de janeiro de 1977. Até 31 de dezembro de 1981, deverá o lançamento estar concluído (CTN, art. 173, caput).

IV

José Souto Maior Borges, após assinalar que o art. 150, § 4º, não dispõe sobre prazo que, em substituição, deve ser computado nos casos de dolo, fraude ou simulação, enumera as seguintes alternativas com que se defronta o intérprete («Tratado de Direito Tributário», vol. IV, Forense, 1ª ed. 1981, pág. 477):

«a) considerar que, na imprevisão específica do prazo o lançamento poderá ser efetuado a qualquer tempo, não fluindo então nenhum prazo decadencial;

b) aplicar subsidiariamente o prazo decadencial previsto no Direito Privado;

c) aplicar o prazo estabelecido no art. 173 do CTN, contando-se como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o tributo poderia ter sido lançado ex officio;

d) aplicando ainda o art. 173, contar-se o termo inicial a partir do exercício seguinte àquele em que o Fisco tomasse conhecimento da ocorrência das apontadas circunstâncias agravantes da ilicitude tributária.

V

Consoante se depreende, o ilustre Relator optou pela terceira hipóte-

se, o que se me afigura razoável. No entanto, não vejo como adotá-lo em concreto, se a configuração de dolo, fraude ou simulação sequer foi alegada nestes autos. Com efeito, aquelas situações defraudadoras do Direito não se presumem, devendo resultar provadas, e, em caso de dúvida, há de preferir-se exegese que as exclui.

Nesse sentido, preleciona Carlos Maximiliano («Hermenêutica e Aplicação do Direito», 5ª edição, Freitas Bastos, 1965, pág. 275):

«Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite alguém ter agido com propósitos cavilosos, intuídos contrários ao Direito, ou à Moral».

De ter-se em conta que a falta de recolhimento, na época própria, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (contribuições previdenciárias, IPI, ICM, imposto de renda na fonte) nem sempre resulta de dolo, fraude ou simulação.

Com efeito, em tal situação, são as seguintes as atitudes que pode assumir o sujeito passivo dentro do quinquênio (Souto Maior Borges, *opus cit.*, pág. 476):

«a) efetuar o pagamento do tributo tal como devido e na medida do seu débito;

b) efetuar-lo com insuficiência;

c) não efetuar-lo.

Neste último caso, o não pagamento pode decorrer:

«a) da verificação de crédito maior do que o débito apurado efetivamente no período fiscal;

b) de erro na apreciação da situação fáctica pelo sujeito passivo;

c) de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, conforme se vê, nem sempre a falta do pagamento de tributos, sujeitos a lançamento por homologação, resulta da prática de dolo, fraude ou simulação.

VI

Em resumo, afasto, em concreto, o critério de contagem do prazo de decadência preconizado pelo ilustre Relator, porque, na espécie:

«a) sequer foi alegada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

b) aquelas situações defraudadoras não se presumem, mas devem ser provadas nos autos;

c) a falta de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, nem sempre decorre da prática daqueles atos contrários ao direito».

VII

Em concreto, a autarquia previdenciária não comprovou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Ao contrário, o que ficou comprovado, inclusive através de perícia, foi a regularidade da escrita da autora. Com razão, argumenta a decisão monocrática (fls. 564/565):

«Desta forma, resta saber-se, apenas, se o procedimento do fiscal-autuante, adotando o critério da inscrição *ex officio*, ou da aferição indireta, por colocar em dúvida a fidelidade da escrituração da autora, nos termos do art. 242, V, do Decreto nº 72.771, de 1973, foi correto, devendo ser mantida a autuação (cf. Relatório Fiscal de fls. 15/16).

A meu ver, não. Realizada a perícia contábil, o ilustre perito Oficial, Antônio de Oliveira Leite, apresentou o seu laudo, subscrito, também, pelos assistentes-

técnicos da autora e do réu (cf. fls. 382/393), onde ficou provado que a Empresa-autora mantém escrita regular, a cargo e responsabilidade de contador devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade, tendo recolhido, nas épocas próprias, as contribuições previdenciárias dela própria, juntamente com as descontadas dos salários de seus empregados. Isso, desde o início de suas atividades em 1966, registrando, normalmente, os contratos de trabalho de seus empregados em livros de registro de empregados, devidamente autenticados pela Delegacia Regional do Trabalho, além de cumprir, religiosamente, todas as suas obrigações fiscais e trabalhistas. Os seus livros, por sua vez, «encontram-se formalizados de acordo com a legislação em vigor, e escriturados pelo sistema «Front-Feed», sem quaisquer rasuras, emendas, entrelinhas ou espaços em branco, e com seus balanços regularmente transcritos no Diário, assinados por contadores legalmente habilitados» (cf. respostas dadas aos quesitos nºs 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 e 15, formulados pela autora às fls. 384/388).

Ora, tenho entendido que o critério adotado pelo fiscal, de aferição indireta ou do arbitramento, só deve prevalecer em casos excepcionais, como medida extrema, quando manifesta a imprestabilidade da escrita, ou na falta total de escrituração. Esse, como vimos, pela conclusão da perícia, não é o caso dos autos. Por outro lado não existe nos autos prova de que a autora tenha recusado ou sonogado elementos à fiscalização do réu, o que, na verdade, não deve ter ocorrido, porque, mantendo escrituração regular, não tinha razões para

essa recusa. Ademais, as dúvidas do fiscal, relacionadas com as irregularidades na escritura da Empresa-suplicante, considerando-se improcedentes todos os lançamentos escriturados (cf. Relatório Fiscal de fls. 15/16), foram desfeitas, por completo, pelo laudo oficial, subscrito, também, pelos assistentes-técnicos da autora, e do réu (cf. respostas dadas aos quesitos nºs 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26, de fls. 388/392)».

VIII

Diante de tal contexto, penso que procedeu, com acerto, a sentença, ao contar o prazo decadencial a partir da ocorrência dos respectivos fatos geradores das contribuições questionadas. Incorreu, porém, aquele decisório em ligeiro equívoco. É que o Código Tributário Nacional só entrou em vigor a partir de 1-1-67. Como, no caso, há contribuições anteriores a janeiro de 1967 (9/66 a 11/66), quanto a elas, o prazo quinquenal há de contar-se a partir de 1-1-67, aplicando-se conhecida regra de direito intertemporal relativa a redução de prazos. Diante disso, cumpre concluir que apenas estão abrangidas pela decadência as contribuições cujos fatos geradores ocorreram anteriormente a 1-1-72 e não a outubro de 1971, como preconizado na decisão de primeiro grau.

IX

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso. Faço-o, porém, em menor extensão que o Sr. Ministro-Relator (fls. 618/625).

O Acórdão foi assim ementado:

«Tributário. Contribuições previdenciárias. Lançamento por arbitramento. Decadência. Lançamen-

to por homologação. Lei nº 3.807, de 1960, art. 81, § 2º; Decreto nº 72.771/73, art. 242, IV; Decreto nº 83.081/79, art. 116, V; CLPS, Decreto nº 77.077/76, art. 145, § 2º CTN, arts. 150 e 173.

I — Ocorrendo a recusa da apresentação, ou a apresentação deficiente dos elementos ou das informações que comprovariam o regular recolhimento das contribuições, pode o IAPAS inscrever de ofício as importâncias que reputar devidas (lançamento por arbitramento), ficando a cargo da empresa o ônus da prova em contrário.

II — Decadência. Lançamento por homologação. A contribuição previdenciária tem natureza tributária, sujeitando-se, como tal, às regras do regime tributário. Lançamento, no caso, por homologação. Inexistência do pagamento da contribuição, por antecipação.

Instauração do lançamento de ofício (CTN, art. 149, V). Contagem do prazo legal de decadência, CTN, art. 150 e 173.

III — Inocorrência de decadência, no caso.

IV — Recurso provido em parte».

Irresignada, a apelada manifestou embargos infringentes (fls. 625/655), propugnando pelo integral restabelecimento da sentença de primeiro grau, com base na divergência emergente no voto do Ministro Pádua Ribeiro (lê):

Admitidos os embargos (fl. 656), sobreveio a impugnação de fls. 659/660 (lê):

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: A embargante propôs ação

anulatória de débitos previdenciários correspondentes a contribuições de 9/66 a 11/66, 2/67 a 9/67, 10/69 a 11/71, 1/72 a 11/72, 1/73, 3/73 a 8/73 e 3/74 a 8/76.

Em síntese, a par de impugnar o levantamento realizado pela embargada, porque a seu ver arbitrário, e ao enfoque de incorretos critérios de aferição, sustenta: a) que grande parte da dívida encontra-se atingida pela decadência, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional; b) O que parte da mesma dívida diz respeito a suposto vínculo empregatício entre ela e José Gomes Santana.

A decisão monocrática, apreciando a espécie à luz da Súmula nº 108 desta Corte, considerou atingidas pela decadência as contribuições compreendidas até setembro de 1971, ficando, destarte, superada a discussão relativa ao vínculo empregatício de José Gomes Santana, porquanto este último teria prestado serviço à empresa no período entre dezembro de 1970 a março de 1971, quando veio a falecer. No concernente às contribuições não alcançadas pela decadência, considerou-as indevidas porque levantadas através de «aferição indireta» ou arbitramento, o que somente deveria ocorrer em casos excepcionais, como medida extrema, quando manifesta a imprestabilidade ou falta total da escrituração contábil.

Em grau de apelação, o ilustre Relator da matéria, Ministro Carlos Mário Velloso, como vimos, após abordar longamente o tema do lançamento por homologação, concluiu que, na hipótese dos autos, o lançamento se fizera dentro do prazo legal. Relembramos as palavras de Sua Excelência:

«Voltemos ao caso sob julgamento.

Em vigor, a partir de 1º de janeiro de 1967, o CTN, segue-se que a

partir desta data contar-se-ia o prazo de 5 (cinco) anos da homologação ficta, que venceria em 1º de janeiro de 1972. Aplicando-se a regra do art. 173, I, CTN, tem-se que, de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 31-5-1974 — fls. 36/38 — é fácil verificar que o foi dentro no prazo legal (CTN, art. 173, I).

A partir daí, é que começaria a fluir o prazo prescricional. A presente ação foi ajuizada em janeiro de 1975. Não há que se falar em prescrição, no caso.

No caso, considerado o período mais remoto, setembro de 1966, segue-se que a partir de 1-1-67, data em que entrou em vigor o CTN, contar-se-ia o prazo de cinco anos da homologação ficta, que venceria em 1-1-1972. Aplicando-se a regra do art. 173, I, CTN, tem-se, que, de 1º de janeiro de 1973 até 31-12-1977, poderia o Fisco efetuar o lançamento de ofício. Feito tal lançamento em 29-10-1976 — fl. 153 — força é concluir que o foi dentro no prazo legal (CTN, art. 173, I).

Dou provimento ao apelo, no ponto».

Também pareceu-lhe que o recurso merecia ser provido no concernente às contribuições sobre salários que teriam sido pagos a José Gomes Santana, ex-empregado da embargente. Justificou assim seu entendimento:

«É que há nos autos prova no sentido de que existiu o liame empregatício entre a apelada e o mencionado José Gomes Santana. Confira-se, a propósito, a declaração de fl. 263, reproduzida à fl. 506. De outro lado, os depoimentos que estão, por cópia, às fls. 264/265, atestam que José Gomes Santana foi empregado da apelada.

Acentue-se que a perícia grafo-técnica, que foi elaborada por um

dos mais competentes especialistas de Minas Gerais, o Dr. Walter de Freitas, é expressa no afirmar que as assinaturas da declaração de fl. 263, ou fl. 506, não são falsas (laudo, fls. 514/517).

Ora, diante dessa prova, não há como deixar de emprestar validade ao lançamento fiscal, no ponto».

E quanto ao débito levantado por arbitramento, pôs-se em harmonia com a decisão de primeiro grau. Disse a propósito:

«A prova pericial deixa expresso que a escrita contábil não é deficiente. De outro lado, não há menção, no relatório do fiscal (fls. 15/16), de que tivesse havido recusa na apresentação de elementos ou informações à fiscalização (CLPS, art. 145, § 2º).

O arbitramento, pois, cai por terra.»

Ao cabo, arrematou:

«De todo o exposto resulta que o apelo deve ser provido apenas no que concerne à decadência e às contribuições relativas ao contrato de trabalho de José Gomes Santana. No mais, é de ser confirmada a sentença».

De sua parte, o eminente Ministro Romildo Bueno de Souza, após expor considerações sobre a questão da aplicação do instituto da decadência às contribuições previdenciárias, finalizou:

«À luz do exposto, por motivos de ordem meramente prática, dou minha adesão ao modo pelo qual o Sr. Ministro Velloso efetua a contagem do discutido prazo decadencial».

Ao término, o ilustre Ministro Pádua Ribeiro, em voto vista, demorando-se na análise do problema do dies a quo da contagem do prazo decadencial, sobre o qual não foi explicita a Súmula nº 108, concluiu:

«Diante de tal contexto, penso que procedeu, com acerto, a sentença, ao contar o prazo decadencial a partir da ocorrência dos respectivos fatos geradores das contribuições questionadas. Incorreu, porém, aquele decisório em ligeiro equívoco. E que o Código Tributário Nacional só entrou em vigor a partir de 1-1-67. Como, no caso, há contribuições anteriores a janeiro de 1967 (9/66 e 11/66), quanto a elas, o prazo quinquenal há de contar-se a partir de 1-1-67, aplicando-se conhecida regra de direito intertemporal relativa à redução de prazos. Diante disso cumpre concluir que apenas estão abrangidas pela decadência as contribuições cujos fatos geradores ocorreram anteriormente a 1-1-72 e não a outubro de 1971, como preconizado na decisão de primeiro grau».

Destarte, vê-se que a sede da divergência é o termo inicial do prazo decadencial: enquanto a maioria, pelo voto do Sr. Ministro Velloso, considerou efetivado o lançamento dentro do prazo legal, que fluiu a partir de 1-1-1972, quando se venceu o prazo de cinco anos para a homologação ficta, o Ministro Pádua Ribeiro em harmonia com a sentença do Juiz singular, tomou, para o efeito, a ocorrência do fato gerador.

Ora, essa questão já foi apreciada por esta Egrégia Seção.

Deveras, no julgamento dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 75.165-SP, versou-se a matéria em debate, ao exame de igual divergência suscitada em votos igualmente proferidos pelos Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e Pádua Ribeiro.

Naquela ocasião, na qualidade de Vogal, proferi o seguinte voto:

«Há três modalidades de lançamento: a) autolancamento, ou lançamento por homologação; b) lan-

çamento misto ou por declaração; e c) lançamento direto ou de ofício. O Código Tributário Nacional as denomina «lançamento por homologação» (art. 150), «lançamento por declaração» (art. 147) e «lançamento ou revisão de ofício» (art. 149).

O lançamento por homologação ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, como os impostos indiretos e instantâneos em que o fato gerador se realiza em cada ato, fato ou situação. Opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando ciência do pagamento do tributo, expressamente o homologa. «Correspondendo o imposto a cada evento — observa Ruy Barbosa Nogueira — o próprio contribuinte faz um lançamento provisório ou sujeito à homologação e paga o tributo» («Teoria do Lançamento Tributário», ed. Resenha Tributária Ltda., 1973, pág. 51).

O lançamento misto ou por declaração é aquele efetuado com base na declaração do contribuinte ou de terceiro obrigado. A propósito disserta Ruy Barbosa Nogueira:

«No segundo tipo de lançamento, chamado lançamento misto ou por declaração, cooperam desde o início, de um lado o contribuinte ou o terceiro obrigado, e de outro a repartição fiscal. Dentro de prazos previstos, o contribuinte ou o terceiro obrigado apresenta declaração que é apreciada pela repartição fiscal».

.....

«Tanto o obrigado, como a administração fiscal desempenham no lançamento misto, atividade própria. É verdade que a atividade da administração é que prevalece, pois ela tem não só a dire-

ção do procedimento, mas também determina definitivamente o crédito tributário.

O contribuinte tem direito subjetivo de participar desse lançamento, nos termos em que a lei regula essa sua participação especialmente no sentido de cooperar para que o nascimento do crédito tributário seja conforme os pressupostos de fato, previstos na lei material (ob. cit. pág. 51)».

Por último, o lançamento direto, de ofício — ou para usar a linguagem do Código, lançamento «efetuado e revisto de ofício» — é aquele feito exclusivamente pelo órgão fiscal, sem a colaboração normal do contribuinte. Comenta o citado Ruy Nogueira, a respeito:

«Em primeiro lugar podemos verificar que ele existe como tipo normal de lançamento direto, apenas para poucos tributos, em geral diretos, lançados por períodos certos de tempo e ligados a atividades ou situações que a administração já tem de cadastrar ou sobre eles exercer controle de polícia administrativa.

Assim, neste primeiro caso está a maioria dos tributos municipais, como o imposto territorial rural, urbano, predial etc.

Mas é em decorrência do princípio que mais o caracteriza, qual seja o da oficialidade, que o lançamento *ex officio* exerce sua maior função: nos casos em que os obrigados ao autolancamento ou às declarações e informações para o lançamento misto deixam de cumprir, ou cumprem incompletamente, as suas obrigações.

Neste ponto é que se pode explicar mais satisfatoriamente a *ratio essendi* do lançamento *ex officio*: sendo o lançamento como já vimos ao tratar da sua natureza jurídica, um procedimento ad-

ministrativo vinculado, o seu exercício não é facultativo, mas obrigatório e está adstrito aos termos da lei (ob. cit. pág. 60)».

Com essas sucintas notas sobre a mecânica da atividade da prestação tributária, convém ressaltar que o lançamento não só se ajusta à natureza de cada tributo como às diversas situações ou fatos que se verificarem no exercício da pretensão fiscal. Observa o citado Ruy Barbosa Nogueira:

«Se, em grande parte, é a natureza de cada tributo que condiciona a utilização dos métodos de lançamento, é bem de ver que especialmente num país de regime federativo como o nosso, cuja discriminação constitucional de rendas é feita quase na sua integralidade pela forma nominal e privativa, pouca escolha de métodos fica ao legislador ordinário.

Como já vimos, os tributos sujeitos ao autolancamento ou ao lançamento misto também podem e em determinados casos têm de ser lançados *ex officio*.

Além disso há tributos que, embora sob uma única denominação, incidem sobre fatos diversificados. Assim, por exemplo, o imposto sobre a renda incide sobre vários tipos de rendimentos e proventos. A lei estabelece as deduções cabíveis em cada tipo para apurar-se o rendimento líquido tributável.

Também conforme a natureza do rendimento é aplicado um dos três métodos de lançamento.

Assim, de um modo geral, encontramos dentro do imposto de renda o lançamento por declaração ou misto, para os rendimentos de pessoas físicas e jurídicas; o autolancamento para os recolhimentos da fonte e o *ex officio* para os inadimplementos a um

ou ao outro dos lançamentos (ob. cit. pág. 53)».

Seria também oportuno lembrar, com vista à questão em debate, a natureza de tributo especial da contribuição previdenciária e a sua submissão, via de consequência, às normas do Código Tributário Nacional em matéria de decadência e prescrição.

Daí, considerada a contribuição tributo de natureza especial, tem-se que seu recolhimento, a cargo do empregador ou do segurado, se faz até o último dia do mês seguinte àquele a que se referir (art. 142 da CLPS), através de autolancamento ou lançamento por homologação. O empregador e o segurado obrigatório, nos termos da legislação pertinente, estão obrigados a apurar e a declarar o *quantum* das contribuições devidas, sem prévio exame da repartição previdenciária, e recolhê-lo até o último dia do mês seguinte.

A esse enfoque, importa indagar quando se extingue o crédito previdenciário.

Ora, se o segurado ou o empregador adianta a contribuição e a repartição a recebe, e homologa a sua atividade, opera-se a extinção do crédito.

Afora essa hipótese, duas situações poderão ocorrer:

a) adiantada a contribuição, a repartição não homologa expressamente a atividade do contribuinte;

b) o contribuinte não faz nenhum pagamento, é totalmente inadimplente.

Os preceitos pertinentes são o art. 173, I, e § 4º do art. 150, ambos do CTN. A propósito, observa Aliomar Baleeiro: «Esse art. 150, § 4º, regula a matéria, em parte, diferentemente do art. 173» («Direito Tributário Brasileiro», 10ª edição, pág. 522).

No primeiro caso, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN:

«Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação».

Comenta Aliomar Baleeiro:

«O direito de o Fisco rever o lançamento do sujeito passivo e, em consequência, exigir diferença ou suplementação do tributo, ou, ainda, aplicar penalidade, salvo caso de dolo, fraude ou simulação, caduca em 5 anos, reservado à lei do Poder tributante fixar prazo maior ou menor. Se esgotar-se o prazo, há decadência do direito de revisão por parte do Fisco, considerando-se automaticamente homologado o lançamento em que se baseou o sujeito passivo para efetuar o pagamento antecipado.

O § 4º desse art. 150 diz: se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda se tenha pronunciado ...» Logo a homologação, ou revisão definitiva pelo pronunciamento da autoridade, deverá ser ato completo e acabado nos 5 anos contados do fato gerador. Não basta ao Fisco iniciá-lo. Esse art. 150, § 4º, regula a matéria, em parte, diferentemente do art. 173 (ob. cit. pág. 522)».

Assim, vejamos: recolhendo o empregador ou o segurado a contribuição até o último dia do mês seguinte a que a mesma se referir, terá a Previdência Social o prazo de cinco anos, a contar da expira-

ção desse termo (último dia do mês seguinte àquele a referir a contribuição), para homologar o lançamento ou revê-lo, se for o caso, suplementando-o através de lançamento *ex officio*.

Após esse prazo, extingue-se a obrigação, salvo a verificação de dolo, fraude ou simulação.

Na hipótese de não ter havido qualquer adiantamento de contribuição, não há que falar em lançamento nem em homologação, pois lançamento (autolancamento) não houve, nem há possibilidade de homologação, porque não se pode homologar o que inexistente.

Caracterizada, nesse caso, a inadimplência, o prazo para o lançamento passará a reger-se pelo item I do art. 173 do CTN: a contar do primeiro dia de exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter-se efetivado. Assim, contribuição de maio do corrente ano se não adiantada até o último dia útil de junho (autolancamento, lançamento por homologação), assistirá à Previdência lançar *ex officio* dentro de cinco anos, a partir de 1º de janeiro de 1984.

Diante do exposto, tenho que na espécie dos autos a norma do citado § 4º do art. 150 não se aplica, porquanto, consoante posto em destaque pelo eminente Relator, a parte não adiantou qualquer pagamento da contribuição devida. Portanto, não se haveria de entender que houve autolancamento a ensejar a homologação. O que houve foi inadimplência, abrindo a oportunidade para o lançamento *ex officio*, no referenciado prazo do art. 173, I, do CTN.

A exegese do § 4º do art. 150 em foco, preconizada pelo eminente Ministro Mário Velloso, embora inspirada em boas razões de resguardo dos interesses públicos, a meu ver, *data venia* não se ajusta

à sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Na realidade, o que o legislador tem proclamado é a decadência *ut universi* do direito de lançar. Se a Fazenda Pública não exercita esse direito no prazo de 5 anos não mais poderá fazê-lo. O § 4º do art. 150 prefalado não enseja outra interpretação, diferindo do art. 173, item I, como anotado, apenas quanto ao termo inicial para rever ou homologar o lançamento. Atente-se para a parte final do preceito:

«... expirado o prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito ...»

Acompanho, pois, data venia o eminente Relator».

Essas razões de decidir, reitero-as nesta oportunidade, para concluir pela procedência da irresignação recursal.

Com efeito, examinando o caso presente à luz do enfoque que demos à matéria, afigura-se-me ter inteira aplicação a regra do prefalado § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, porquanto aqui se trata de cobrança suplementar de contribuições recolhidas a menor. Assim, o prazo decadencial, na conjuntura, flui da ocorrência do fato gerador, tal como preconizado no voto vencido do Ministro Pádua Ribeiro, que, a meu ver, com a devida vênia da doutra maioria, deve prevalecer por inteiro.

Via de consequência, para esse fim acolho os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Senhor Presidente, em face da peculiaridade da espécie, em que houve adiantamento a menor, e, portanto, a Previdência Social cobra um su-

plemento das contribuições, aplica-se, por inteiro, a norma do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Estou de acordo com o voto do eminente Relator.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, reporto-me ao voto que proferi na Turma e que o eminente Ministro-Relator fez transcrever no seu minucioso relatório.

Assim, rejeito os embargos, data venia.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, também mantenho meu voto, com a devida vênia, pois não me parece decisivo o fato de ter havido antecipação: esta, ou bem extingue o direito de crédito e, portanto, torna juridicamente impossível ou ilegítimo o lançamento suplementar, ou, então, não é cabalmente satisfativa do crédito apurado e, neste caso, não pode ter o pretendido efeito.

O fato, portanto (ressaltado, aliás, minuciosamente, pelo Senhor Ministro-Relator) de ter havido, no caso, antecipação do contribuinte, a meu ver, não basta.

Por isso é que desacolho os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 80.254-MG — Rel.: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. Embargante: CEBE — Construções Elétricas Belo Horizonte Ltda. Embargado: IAPAS.

Decisão: A Seção, por maioria, recebeu os embargos, vencidos os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso e

Bueno de Souza (Em 27-9-83 — Segunda Seção).

Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Armando Rollemberg,

Moacir Catunda, Wilson Gonçalves e Sebastião Reis.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Torreão Braz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Otto Rocha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 81.970 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Apelante: Departamento Nacional de Estradas e Rodagem

Apelados: Francisco Considera e cônjuge

EMENTA

Desapropriação. Execução de sentença: liquidação. Depósito da oferta inicial.

Improcedência da impugnação, por se destinar a compor dano no patrimonial decorrente da antecipação da expropriante na indenização principal, devida pela expropriação, em sentido estrito. Correção monetária do depósito inicial: impossibilidade de imputá-la no pagamento do débito da expropriante, desde que o valor do depósito não foi levantado pelo expropriado. Não tendo havido tradição do valor depositado, continua este a pertencer ao expropriante (depositante).

Observância, a propósito, da regra de que o acessório segue o principal.

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 Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, dar provimento à apelação do DNER, 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 maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O cálculo de liquidação da indenização devida em virtude de desapropriação (fl. 99) abateu o valor da oferta inicial (Cr\$ 108.667,47), depositada na Caixa Econômica Federal em 7-3-79 (fls. 11 vº) à ordem do Juízo: na verdade, procedeu como se o mesmo devesse imputar-se no pagamento.

Acentue-se que os expropriados não levantaram nem mesmo parte do depósito; e que o recibo esclarece que o mesmo está «sujeito à correção monetária, art. 16 do Decreto-Lei nº 759/69».

Homologado o cálculo (fl. 122), apelou a autarquia (fl. 126), depois

de os expropriados terem requerido «levantamento total do depósito, com os acréscimos existentes» (fl. 105).

É o relatório, sem revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): O simples fato de o cálculo se restringir ao valor do depósito, sem qualquer esclarecimento, basta para evidenciar que a correção monetária respectiva não foi levada em conta, ou seja, não contou com o mesmo tratamento legal.

Diga-se o mesmo a propósito de juros.

Se, portanto, os expropriados forem autorizados a levantar o depósito «com os acréscimos existentes», o cálculo de liquidação deixará de corresponder à sua finalidade: não espelhará com fidelidade o valor do crédito a ser satisfeito na execução.

De resto, não há como dispor sobre verbas que no cálculo não constam: se o depósito deve passar à disponibilidade do expropriado e, por isso, deduzido do débito (imputado no pagamento respectivo), *quid juris* quanto a seus acréscimos.

Para maior clareza e *brevitatis causae*, faço juntar cópias de meus votos de Relator, respectivamente, nas AACC nºs 80.277-RJ e 81.850-RJ, nos quais contei com a honrosa aprovação do Senhor Ministro Pádua Ribeiro, não obstante a divergência do Senhor Ministro Carlos Mário Velloso. Tenho-os, pois, como integrantes do presente.

Ante o exposto, para determinar a elaboração do novo cálculo segundo os parâmetros ora expostos e mais amplamente desenvolvidos nos cita-

dos precedentes, dou provimento à apelação.

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Meu voto é divergente, data *venia*.

O cálculo se faz sobre a diferença entre a oferta e a indenização, porque a oferta representa o pagamento prévio que pertence ao expropriado com seus frutos, vale dizer, os juros moratórios. A correção monetária da oferta, de outro lado, pertence ao expropriado, porque a correção monetária não representa acréscimo, sendo mera atualização.

Se o cálculo se fez sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada, vale dizer, se no cálculo desprezou-se a oferta, nenhum prejuízo há para a entidade expropriante.

Com estas breves considerações e com a *venia* devida ao eminente Ministro-Relator, nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 81.970-RJ — Rel.: O Sr. Min. Bueno de Souza. Apelante: DNER. Apelados: Francisco Considera e cônjuge.

Decisão: A Turma, por maioria, venceu o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, deu provimento ao apelo do DNER (Em 9-5-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Mário Velloso participaram do julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.117 — SC

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Apelante: DNER

Apelados: Marcílio Arnaldo Matte e outros

EMENTA

Administrativo. Desapropriação amigável. Homologação. Decreto-Lei nº 512/69. DNER.

1. A homologação, que não sana vício nem convalida ilegalidade, é formalidade que visa ratificar, aprovar ou confirmar um outro ato praticado conforme a lei, dando-lhe eficácia legal, daí que, aquela, não vale por si mesma.

2. Desapropriação amigável cujo procedimento homologatório foi requerido seis anos após a anuência da oferta pelo expropriado, tendo sido depositado em Juízo, pela sua expressão simples, o preço avençado. Caso em que é de recusar-se a homologação, em face da inobservância dos prazos previstos nos arts. 14, 17 e 18 do Decreto-Lei nº 512/69, afastando-se o comportamento iníquo e intolerável do DNER, useiro e vezeiro em apossar-se da propriedade alheia de forma a conspurcar o preceito constitucional da justa e prévia indenização.

3. Anulada a decisão recorrida e prejudicado o apelo do DNER.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos 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 anular a sentença apelada e determinar o prosseguimento da ação de desapropriação, nos termos da lei, 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 maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Trata-se de apelação do DNER, em desapropriação amigável — Decreto-Lei nº 512/69 — requerida em desfavor de Marcílio Arnaldo Matte e outros, insurgindo-se a autarquia-recorrente contra os cálculos de correção monetária procedidos pelo contador e homologados pelo Juiz.

O pedido de homologação da desapropriação amigável foi apresentado em agosto de 1980, instruído com termo de concordância firmado pelos expropriados e laudo administrativo, datados de junho de 1974, cuja oferta — apurada àquela época — chega à cifra de Cr\$ 37.256,74 que foi depositada 6 (seis) anos depois, pelo seu valor simples (fl. 27).

A pretexto de cumprir-se o ritual previsto no Decreto-Lei nº 512/69, a desapropriação amigável foi afinal homologada, determinando o Dr. Juiz a correção do preço «mediante aplicação dos índices de correção monetária relativos às Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, segundo trimestre de 1974» (sic), adjudicando à autarquia o imóvel objeto da desapropriação.

Transitada em julgado a decisão, foi corrigido o preço em duas etapas: do acordo à data do depósito e desta à data dos cálculos, adotando-se índice mensal calculado em consonância com a variação nominal do valor da ORTN, produzindo-se um resultado de Cr\$ 731.640,41 (fl. 46).

Persegue o apelante, no seu recurso, a adoção dos índices trimestrais da SEPLAN, como de resto — argumenta — determinou a sentença homologatória da desapropriação.

Subiram os autos sem contrações (os desapropriados não ingressaram no feito, posto se tratar de desapropriação amigável sem citação) que me foram conclusos independentemente de audiência da doutra SGR.

Sem revisão, na forma regimental.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): A chamada desapropriação amigável, de rito expedido, está prevista no Decreto-Lei nº 512/69. Pode ser dividida em duas fases: fase administrativa e homologação.

A fase administrativa compreende a declaração de utilidade pública, tomada de prova da propriedade, elaboração de laudo administrativo,

concordância do expropriado com o valor do laudo e depósito, no prazo de 60 (sessenta) dias, da quantia correspondente ao valor apurado e aceito (Decreto-Lei nº 512/69, arts. 14, 17 e 18).

A homologação será requerida ao Juiz que mandará publicar editais, pelo prazo de 30 (trinta) dias. Decorrido esse prazo sem impugnação, o Juiz, verificando que o procedimento foi realizado com observância dos dispositivos legais citados, homologará a desapropriação amigável, adjudicando a propriedade, em consequência, ao DNER (art. 18, § 1º).

II

Segundo o verbete da «Enciclopédia Saraiva do Direito», vol. 41, pág. 450, a homologação «na terminologia jurídica designa o ato pelo qual a autoridade, judicial ou administrativa, ratifica, aprova, confirma um outro ato, dando-lhe eficácia legal, e, conforme o caso, força executória».

Na linha desse conceito, entende Rogerio Lauria Tucci que, no julgamento homologatório puramente formal, o Juiz limita-se à verificação do preenchimento das formalidades extrínsecas. Daí a homologação não vale por si mesma, mas pela situação jurídica que certifica (in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 41, pág. 451).

A homologação, neste caso, não sana vício nem convalida ilegalidade, senão que atesta a regular aplicação e cumprimento da lei. Por isso, ao ato ou à situação jurídica que não atende aos requisitos legais se recusará homologação.

III

Como se observa, no caso dos autos, o DNER requereu a homologação

ção em torno de 6 (seis) anos depois da concordância da oferta, depositando-a em Juízo, para efeito de imissão de posse, pelo seu valor simples.

A homologação, por isso, é insubsistente.

Não pode o Poder Judiciário, nem deve, deferir pedido da Administração formulado em desacordo com a lei e em detrimento do particular. A homologação, pelo que se extrai do art. 18, § 1º, do Decreto-Lei nº 512/69, deve ser requerida no prazo de 60 (sessenta) dias depois da anuência do preço. Após esse prazo, a homologação somente será possível se expressamente renovada a aceitação da oferta pelo expropriado. Se assim não fosse, prescindível seria a homologação judicial.

IV

Na AC nº 81.923-PE (Reg. nº 3463567), julgamento de 18-4-83, disse eu:

«É deveras lastimável como o Estado vem se apossando da propriedade particular, dentro de um procedimento de eloqüente conspurcamento da Carta Política. Tal proceder, intolerável diante da consciência jurídica, revela-se cada vez mais estapafúrdio na medida em que afeta o elementar direito daqueles que não têm o necessário esclarecimento nem recurso para poderem contar com uma efetiva defesa dos seus interesses. A situação que se desenha põe-se até mesmo em testilha com o conceito do bem comum postulado, cuja promoção está a cargo do próprio Estado, cercado de toda sua mitologia.»

Pois bem. Ao Judiciário cabe inibir a atuação ilegal da Administração e não coonestá-la.

V

Com essas considerações, inclino-me a anular a decisão homologatória, prosseguindo o feito na forma da Lei das Desapropriações por Utilidade Pública (Decreto-Lei nº 3.365/41), com citação do expropriado a requerimento do DNER, sob pena de extinção do processo.

A propósito, não há de se opor a presunção da coisa julgada, posto que essa autoridade a decisão homologatória não a tem. Com efeito, no procedimento homologatório, o expropriado não é posto em posição de parte em face do expropriante, mesmo porque nem citação existe, na hipótese, como não existiu, de modo a ensejar o chamamento do expropriado para defesa do seu direito.

Assim, o meu voto é no sentido de anular a decisão recorrida para o fim acima enunciado, restando prejudicado o apelo do DNER.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.117-SC — Rel.: O Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Apte.: DNER. Apdos.: Marcílio Arnaldo Matte e outros.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento ao recurso, para anular a sentença apelada e determinar o prosseguimento da ação de desapropriação, nos termos da lei (Em 4-5-83 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 82.756 — SP

Relator: O Sr. Ministro Geraldo Sobral

Apelantes: Fátima Aparecida Ferreira Bueno e outros

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

EMENTA

Processual civil e tributário. Embargos de terceiros. Responsabilidade tributária. Falta de citação dos sócios dirigentes responsáveis. Inocorrência de fraude à execução. Procedência dos embargos.

I — Se a sociedade por quotas encerrou-se irregularmente, sem destinação adequada de seus bens, respondem os sócios dirigentes, com seu patrimônio pessoal, pelos tributos devidos, na qualidade de sujeitos passivos das obrigações fiscais, responsáveis por substituição (Decreto nº 3.708/19, art. 10, c/c o art. 135, III, do CTN).

II — Ainda que se admita a responsabilidade do sócio administrador pelos débitos fiscais da empresa executada, não se lhe deve penhorar os bens de sua propriedade, sem antes chamá-lo ao juízo da execução, com a citação pessoal, a fim de se defender (CPC, art. 213) através de embargos do devedor (CPC, art. 745, c/c o art. 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80), pois, para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu (CPC, art. 214).

III — Para que se caracterize fraude à execução é preciso que haja uma demanda pendente contra o alienante e a prova convincente de que essa demanda, por si mesma, seja capaz de alterar o patrimônio do devedor, reduzindo-o à insolvência (CPC, art. 593, II).

IV — Se o sócio responsável não integrou a relação processual, na execução, porque não foi citado, não se fizeram litigiosos seus bens pessoais (CPC, art. 219), pois não correu contra o mesmo qualquer demanda, mas contra a sociedade que representava, sendo legítimo o ato de alienação de seu imóvel particular, irregularmente penhorado, *a posteriori*, já no domínio de terceiros.

V — Não ficando demonstrada fraude à execução, na espécie dos autos, afiguram-se procedentes os embargos, para declarar-se nula a penhora, indevidamente realizada, facultando-se ao Instituto embargado promover a citação regular dos sócios administradores da sociedade executada, independentemente de outro processo judicial, a fim de responderem,

com seus bens pessoais, à cobrança dos créditos previdenciários.

VI — Apelação provida. Sentença reformada.

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 reformar a sentença de primeiro grau, 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 agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Sebastião Reis, Presidente — Ministro Geraldo Sobral, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Fátima Aparecida Ferreira Bueno, Rafael Bueno e Paulo Ferreira opuseram embargos de terceiros contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), alegando que, na execução fiscal promovida pelo Instituto embargado contra a Indústria de Calçados Piraflex Ltda., foi penhorada parte de um imóvel de sua propriedade, o qual pertenceu a um dos sócios da empresa executada. Afirmam que o imóvel em questão não foi alienado em fraude à execução e que o alienante não é responsável pela dívida exequenda, pelo que deve ser desconstituída a constrição judicial visada.

Regularmente citado, o IAPAS apresentou impugnação, rechaçando o pleito dos embargantes, sob a alegação de que o alienante do imóvel penhorado é responsável pelo débito previdenciário e o transferiu em fraude à execução, uma vez que a transação se deu após o ajuizamento

do processo executivo, tornando-o insolvente.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Piracaia (SP), Dr. Paulo Antônio Lenzi, julgou improcedentes os embargos e subsistente a penhora impugnada (fl. 112).

Os embargantes apelaram, repetindo, na essência, os argumentos expostos em sua peça exordial (fls. 118/128).

Recebido o recurso e oferecidas as contra-razões de fls. 131/132, foram remetidos os autos a este egrégio Tribunal.

É o relatório, sem revisão, nos termos regimentais (art. 33, IX, do RI/TFR).

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Após explícito relato, a douta sentença monocrática, assim, decidiu a controvérsia:

«Com efeito, no tocante à responsabilidade do sócio-cotista João Ferreira, alienante do imóvel penhorado, pelo débito previdenciário em execução, não há qualquer dúvida.

Tal responsabilidade é estatuída pelos artigos 10 do Decreto nº 3.708, de 10-1-19, e 135 do Código Tributário Nacional e deriva da prática de atos administrativos contrários à lei.

Despiciendo qualquer comentário sobre as funções de fato exercidas pelo sócio João Ferreira na empresa executada, visto que o contrato social de fl. 29 demonstra, às escâncaras, que a sociedade era gerida por todos os sócios, aos quais cabia o uso da denominação social, sempre em conjunto (sic). Participava, pois, referido sócio

dos atos gerenciais da sociedade, comissiva ou omissivamente.

De outro lado, a certidão de fl. 8, do processo em apenso, demonstra que à época da constrição judicial a executada havia encerrado suas atividades, inexistindo bens de sua propriedade, passíveis de penhora, vale dizer, estava a sociedade irregularmente dissolvida. Ora, é pacífico em nossa jurisprudência que cessado o funcionamento da sociedade sem dissolução regular, não mais sendo encontrados seus bens, sem que os sócios indiquem o seu paradeiro, caracterizando-se, assim, ato contrário à lei, respondem estes, solidária e ilimitadamente, pelas suas dívidas fiscais — Ap. nº 35.462 — TFR, in DJU de 2-9-74).

Acrescente-se que, em se tratando de dívida previdenciária, a abonar a caracterização do ato contrário à lei, está ainda a retenção de valores descontados dos empregados e não recolhidos, o que, em tese, configura até mesmo ato delituoso, nos termos da legislação pertinente.

Evidenciada a responsabilidade solidária e ilimitada do sócio João Ferreira pela dívida em cobrança, resta examinar se a alienação do bem judicialmente constrito se deu em fraude à execução.

Quanto a esse tópico, convém salientar de início que a responsabilidade do sócio em questão, pelo débito previdenciário em execução, configurou-se com a prática dos atos contrários à lei, preexistindo ao momento processual em que a execução foi direcionada aos seus bens. Disso resulta que a partir do ajuizamento da execução do crédito tributário regularmente inscrito, toda alienação ou oneração de bens efetuada pelo citado sócio é de ser considerada fraudulenta, nos precisos termos do arti-

go 185 do Código Tributário Nacional, eis que ficou reduzido à insolvência.

Ora, consoante se vê da escritura de venda e compra de fl. 23, o imóvel que pretendem os embargantes ver liberado da constrição judicial foi inicialmente alienado por João Ferreira a Orlando Rolfesen, em 13-12-76, portanto seis dias após o ajuizamento da execução, que se deu em 7-12-76 (fl. 2 — autos em apenso).

Destarte, mesmo que a título de mera argumentação, ainda em se aceitando as ponderações dos embargantes, no sentido de que o terreno penhorado estaria incluído na transação consubstanciada na mencionada escritura, forçoso é convir que teria ele sido alienado em fraude à Fazenda Pública. E como tal, embora aludido negócio jurídico não corresponda a ato nulo ou anulável, a lei o considera simplesmente ineficaz perante o exequente, posto que presumivelmente fraudulento.

Não bastasse tal aspecto para a configuração da fraude à execução, ter-se-ia ainda o fato do bem penhorado não ter sido objeto do negócio jurídico representado pela escritura de fl. 23.

É patente e até pueril o artifício fraudulento utilizado pelos embargantes no afã de excluir o bem penhorado da constrição judicial, incluindo-o, após a penhora e via escritura de retificação e ratificação (fl. 26), no negócio jurídico anterior.

De tal sorte incoerente a retificação procedida, com a inclusão da transcrição referente ao imóvel penhorado (nº 8.651) na matrícula nº 429, oriunda da escritura anterior, que abrangia um prédio residencial com terreno contíguo ao penhorado (Transcrições nºs 12.016 e 13.793), que da citada matrícula

ficaram constando as características de um só imóvel (área, medidas e confrontações) e as transcrições de dois (n.ºs 12.016, 13.793 e 8.651).

Em suma, com a retificação procedida, a matrícula n.º 429 passou a abranger as transcrições anteriores do prédio residencial e do terreno contíguo, objeto da penhora, mas a área do imóvel continuou sendo apenas a do terreno do prédio residencial, numa flagrante demonstração de que no negócio anterior não havia sido incluído o terreno penhorado.

Desse modo, além de se inferir claramente dos autos que a própria transação do prédio foi engendrada para transferi-lo aos filhos de João Ferreira, mediante a interposição, de um terceiro, Oriando Rolfsen que sequer foi denunciado à lide, por motivos óbvios, conclui-se, de maneira ainda mais segura, que a retificação procedida o foi com o escopo precipuo de fraudar a execução.

No máximo aludida retificação corresponderia a uma transação subsequente à inicial e posterior à própria penhora, sem o condão de obstar a constrição judicial, mas hábil a colocar o alienante na desconfortável posição de depositário infiel, se regular o depósito nos autos da execução.

Em resumo, o alienante do imóvel penhorado, sócio da empresa-executada, é responsável pelo débito em execução e a alienação é ineficaz em relação ao Instituto embargado eis que se deu em incontestável fraude à execução, de modo que os embargos opostos carecem de procedência.

Isto posto, considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedente os presentes embargos de terceiros opostos por Fátima Aparecida Ferreira Bueno, Rafael Bueno e Paulo Ferreira contra

o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS, e, conseqüentemente, subsistente a penhora realizada nos autos da execução em apenso, que deverá ter regular prosseguimento em seus ulteriores termos, e condeno os embargantes, pela sucumbência, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, corrigidos na forma da Lei n.º 6.899/81, a partir de seu advento» (fls. 107/112).

Não resta dúvida de que se a sociedade por quotas, como no caso, encerrou-se irregularmente, sem destinação adequada de seus bens, respondem os sócios dirigentes, como seu patrimônio pessoal, pelos tributos devidos, na qualidade de sujeitos passivos das obrigações fiscais, responsáveis por substituição.

De acordo com o CTN, responsável é aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa de lei (art. 121, II).

Da mesma forma que o contribuinte (CTN, art. 121, I), o responsável tributário que ocupa, por força de lei (Decreto n.º 3.708/19, art. 10, c/c o art. 135, III, do CTN), a posição de sujeito passivo na relação obrigacional, está, processualmente, legitimado a sofrer o ônus da execução (CPC, art. 568, V, c/c o art. 4.º, V, da Lei n.º 6.830/80). Contudo, isto não ocorre automaticamente.

Não se deve confundir relação jurídica tributária com relação jurídica processual, que se desenvolvem em áreas distintas, com efeitos diferenciados, embora visando objetivos convergentes a um mesmo fim.

Ainda que se admita a responsabilidade do sócio administrador pelos débitos fiscais da empresa executada, não se lhe deve penhorar os bens de sua propriedade, sem an-

tes chamá-lo ao juízo da execução, com a citação pessoal, a fim de se defender (CPC, art. 213) através de embargos do devedor (CPC, art. 745, c/c o art. 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80), pois, para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu (CPC, art. 214).

Em aresto, que já se pode considerar «linding case», o Supremo Tribunal Federal decidiu nestes termos:

Execução Fiscal. Legitimidade passiva.

— As pessoas referidas no inciso III do art. 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição, e, assim sendo, se lhes aplica o disposto no art. 568, V, do Código de Processo Civil, não obstante seus nomes não constarem no título extrajudicial.

— Assim, podem ser citados e ter seus bens penhorados, independentemente de processo judicial prévio, para a verificação da ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato aludidas, no artigo 135, caput, do CTN. Matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida, amplamente, em embargos de executado (art. 745, parte final, do CPC). RE nº 93.491-0-MG. Relator Min. Moreira Alves. DJ de 3-4-81, pág. 2856».

Em que pesem os doutos fundamentos da bem elaborada sentença recorrida, não vejo configurada, na espécie, a alegada fraude à execução.

Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens quando, ao tempo da referida alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (CPC, art. 593, II).

Se o sócio João Ferreira, na hipótese em exame, não integrou a relação processual, na execução, porque não foi citado, não correu contra o

mesmo qualquer demanda, mas contra a sociedade que representava, na época da alienação do imóvel questionado.

Como se sabe, um dos efeitos da citação é tornar a coisa litigiosa (CPC, art. 219). Se não houve citação do sócio responsável, não pendia, como não pende, nenhuma litigiosidade sobre seus bens pessoais, sendo legítima, na oportunidade, a alienação que fez do aludido imóvel, posteriormente penhorado, quando já se encontrava no domínio dos terceiros que, ora, embargam.

No caso em tela, não se pode esquecer que há três (03) sócios responsáveis pelas contribuições devidas e não somente o sócio João Ferreira, estando todos igualmente vinculados às obrigações tributárias da empresa acionada e, por conseguinte, legitimados a responderem, judicialmente, com seus bens, aos termos da execução, desde que observados os trâmites legais.

Segundo consta do Contrato Social acostado aos autos (fl. 29), a sociedade executada é composta dos sócios administradores João Ferreira (que alienou o imóvel embargado), Carlos Canuto da Silva e Renato Vilhena Granado, não havendo prova de que na execução fiscal qualquer um deles tenha sido citado.

Faz-se mister deixar bem claro que somente se caracteriza fraude à execução quando houver uma demanda pendente contra o alienante e a prova convincente de que essa demanda seja, por si mesma, capaz de alterar o patrimônio do devedor, reduzindo-o à insolvência.

Não resulta das provas colacionadas que os sócios responsáveis pela empresa devedora, irregularmente dissolvida, não possuíam ou não possuem bens suficientes, livres e desembaraçados com que possam garantir a execução promovida pelo IAPAS.

Chego à conclusão, pois, de que não se tem configurada, na espécie, a pretendida fraude de execução, ainda porque a norma do parágrafo único faz inaplicável, neste caso, o disposto na cabeça do artigo 185 do CTN.

Os embargos, fundados no art. 1.046 do CPC, afiguram-se procedentes, merecendo acolhida nesta Corte, uma vez que ficou demonstrado no corpo dos autos a titularidade dos embargantes sobre o imóvel indevidamente constrangido.

Em sendo assim, declaro nula a penhora realizada, facultando ao Instituto embargado promover, na execução fiscal, a citação regular dos sócios administradores da executada, para responderem, com seus bens pessoais, à cobrança judicial dos créditos previdenciários.

In casu, o IAPAS pagará aos embargantes honorários advocatícios,

na forma fixada pelo Juízo a quo, reembolsando-lhes as custas processuais.

Com estas considerações, dou provimento à apelação, para reforma da sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 82.756-SP — Rel.: O Sr. Ministro Geraldo Sobral. Aptes.: Fátima Aparecida Ferreira Bueno e outros. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para reformar a sentença de primeiro grau (Em 3-8-83 — 5ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 84.864 — MG

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolivar de Brito

Apelante: Lucinda Felix de Almeida

Apelado: INPS

EMENTA

Previdenciário. FUNRURAL. Pensão.

1. A Lei Complementar nº 11/71, concedendo o pagamento dos benefícios a partir de janeiro de 1972, inclusive pensão, compreende os dependentes dos trabalhadores rurais, ainda que falecidos antes dessa data, por se tratar de legislação de assistência social e não de previdência social; a restrição se prende ao momento em que é devida a prestação e não ao nascimento do próprio direito, que se materializa com a reunião dos requisitos legais.

2. Precedentes do TFR.

3. Apelo provido, em parte.

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 à apelação, na forma do relatório e notas

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

Custas como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Lucinda Felix de Almeida, beneficiária da justiça gratuita, ajuizou ação com base na Lei Complementar nº 11/71, contra o Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, objetivando receber pensão por morte de seu marido Francisco Luiz de Almeida, que diz sempre ter vivido da atividade rural. Alegando a promovente que recorreu ao FUNRURAL, administrativamente, mas o benefício lhe foi negado, ao argumento de que o óbito ocorrera antes da vigência da Lei Complementar nº 11/71, pediu o benefício com efeitos a partir de janeiro de 1972, com base no salário mínimo vigente à ocasião da efetiva liquidação, juros de mora, custas, honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, correção monetária e demais cominações legais.

O INPS, na qualidade de sucessor do FUNRURAL, em sua contestação (fls. 14/29), preliminarmente, pediu o indeferimento da inicial, com base nos arts. 295, VI, e 284 do CPC. No mérito, alegou a inexistência de comprovação da qualidade de ruralidade de cujus bem assim que, se concedido o benefício, só poderá ser a partir da citação, em virtude da falta de comprovação de requerimento para sua obtenção na esfera administrativa, e equivalente a 30% (trinta por cento) do salário mínimo de maior valor do País, conforme art. 6º da Lei Complementar nº 11/71, e a 50% (cinquenta por cento) do mesmo salário mínimo a partir

de janeiro de 1974, descabendo a incidência de correção monetária. Além disso, estariam prescritas as parcelas anteriores a cinco anos. Finalmente, o descabimento de honorários advocatícios sobre um ano de prestações vincendas e isenção de custas.

Réplica fls. 32/35, anexando jurisprudência (fls. 36/38).

O INPS veio aos autos (fls. 42/44) anexando declaração do representante da Previdência Social na Comarca de Bueno Brandão (fl. 45), a demonstrar que a autora se inscrevera como empregadora rural, e argumentando que na inicial declarou que seu marido era empregador rural, pelo que sua pretensão não pode ser embasada na Lei Complementar nº 11/71 e sim na Lei nº 6.260/75.

Manifestou-se a autora (fls. 46 v./49), ratificando os termos da réplica.

Saneador irrecorrido à fl. 50.

Na audiência de Instrução, Conciliação e Julgamento (fl. 57), foram ouvidas a autora (fl. 59) e testemunhas por ela arroladas (fls. 60/61), apresentando o Instituto o Memorial de fls. 62/67, determinando o MM. Juiz que a autora formalizasse o pedido de assistência judiciária, em observância à Lei nº 1.060/50 (fl. 68).

Cumprida a determinação (autos em apenso), o MM. Juiz de Direito, Dr. Paulo Venicius Nascimento (fls. 71/72), julgou improcedente o pedido inicial, prejudicadas as demais questões discutidas, deixando de condená-la nas custas e honorários, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Inconformada, apelou Lucinda Felix de Almeida (fls. 73/75) para reforma da sentença, argumentando que seu marido sempre trabalhou na roça e, como é lógico, na época da colheita do café, mantinha, em caráter eventual, algum operário para

ajudá-lo; entretanto, na concepção da lei, não se considera empregado quem presta serviços de natureza eventual, descontinua. Seu marido, prestando serviços de «carreiro», no meio rural, foi não só trabalhador rural como produtor rural. No que concerne à irretroatividade da lei, invoca a recorrente o entendimento jurisprudencial que ampara os beneficiários de rurícola falecido anteriormente a 1971.

Contra-razões (fls. 79/90) pela manutenção da sentença, pelas razões expendidas na contestação.

O Ministério Público (fl. 92) manifestou-se pelo improvimento do recurso, subindo os autos a esta instância.

Sem revisão, nos termos do art. 33, inc. IX, do RI.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): O MM. Juiz negou o benefício pleiteado pela autora sob a seguinte fundamentação (fl. 72):

«Pela prova documental acostada à inicial vê-se que a autora é, realmente, viúva de Francisco Luiz de Almeida e que o mesmo faleceu em 11 de março de 1971.

Para fazer jus ao benefício pedido, cabia à autora, antes de mais nada, fazer prova convincente de que seu marido fora trabalhador rural, nos termos do conceito expresso na Lei Complementar nº 11/71, parágrafo 1º, do art. 3º, alíneas a e b. Tal prova não fez a autora. Pelo contrário, segundo se vê do depoimento da testemunha de fl. 61, o marido da autora era um produtor rural, mantendo sob seus serviços empregados. Tal fato, afirmado com certeza absoluta pela testemunha, afasta, por si só, a pretensão da autora.

Ademais, como se vê da certidão de óbito de fls., seu marido faleceu antes do advento da Lei Complementar nº 11/71, não tendo guardada sua pretensão de que a mencionada lei, não excluindo os dependentes do trabalhador falecido anteriormente, implicitamente concedeu o benefício a todos, retroagindo nos seus efeitos. Tal tese, a meu ver, embora humana, é insustentável. A retroatividade da lei é uma exceção em nosso ordenamento jurídico e, como tal, deve ser expressa e inequívoca.

Por tais razões de fato e de direito, julgo improcedente o pedido da autora, prejudicadas as demais questões discutidas, deixando de condená-la nas custas e honorários por estar amparada pela justiça gratuita».

O deslinde deste processo, portanto, requer o exame dos dois fundamentos: a negativa de que a autora seja dependente de trabalhador rural, no conceito da Lei Complementar nº 11/71, e a arguição de irretroatividade da lei.

A matéria, de qualquer sorte, é predominantemente de Direito, motivo pelo qual não envie o processo ao meu eminente Revisor, preferindo trazê-lo, desde logo, ao debate.

Quanto à negação do benefício porque o marido da autora «era um produtor rural, mantendo sob seus serviços empregados», como afirmou o MM. Juiz, apoiando-se na testemunha de fl. 61, cumpre distinguir: 1º) se o ter sido «produtor rural» excluía o falecido e seus dependentes dos benefícios legais; 2º) se, efetivamente, mantinha empregados sob seus serviços.

Dispõem o art. 3º e seus parágrafos da Lei Complementar nº 11/71:

«Art. 3º São beneficiários do Programa de Assistência instituído nesta Lei Complementar o trabalhador rural e seus dependentes.

§ 1º Considera-se trabalhador rural, para os efeitos desta Lei Complementar:

a) a pessoa física que presta serviços de natureza rural a empregador, mediante remuneração de qualquer espécie;

b) o produtor, proprietário ou não, que, sem empregado, trabalhe na atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar, assim entendido o trabalho dos membros da família, indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mútua dependência e colaboração.

§ 2º Considera-se dependente o definido como tal na Lei Orgânica da Previdência Social e legislação posterior, em relação aos segurados do Sistema Geral de Previdência Social».

Assim, verifica-se que o produtor rural está compreendido no conceito de trabalhador rural e, longe de ser motivo de exclusão dos benefícios, é causa determinante de seu acesso a eles, desde que, «sem empregado, trabalhe na atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar».

Ora, os documentos anexados à inicial, oriundos dos Registros Públicos, atestam que o falecido marido da autora era «lavrador» (certidão de casamento, passada em 20-12-61, fl. 7; certidão de óbito, ocorrido em 11-3-71, fl. 8).

Em seu depoimento pessoal, afirmou a autora que seu marido sempre fora lavrador e faleceu na roça, onde trabalhava como «carreiro», por conta própria, sem empregados (fl. 59). A primeira testemunha confirmou que o marido da autora fazia de tudo, «breganhava», trabalhava na roça e carreava, e, pelo que lembra, não tinha empregado (fl. 60). A segunda testemunha, em que se baseou a r. sentença, respondeu que o falecido trabalhava na roça própria

e exercia também as funções de «carreiro», «tendo inclusive exercido tais funções para o depoente», era produtor rural, produzindo café e cereais; lembra-se de um escurinho, que trabalhava para o marido da autora, mas ignora se era empregado em caráter definitivo ou eventual; «tocava suas lavouras sempre tendo uns peões que trabalhavam para ele», sendo que «a autora ajudava muito seu marido em todo o trabalho da roça» (fl. 61).

Esse depoimento é conflitante, no ponto questionado, com os demais, conforme se viu. Mas se harmoniza na afirmação de que o falecido era «carreiro» e até trabalhara, como tal, para o depoente. O serviço de carreiro é modesto, embora muito útil; em certas regiões, é mesmo indispensável à produção rural.

A causa da morte do de cujus foi «suicídio com um tiro na frente direita». Deixou, então, isto é, em março de 1971, quatro filhos menores e bens de pequeno valor (cf. certidão de óbito de fl. 8).

Assim, resta apurar se a atual inscrição da autora como empregadora rural lhe retira o direito ao benefício previdenciário. Em primeiro lugar, há de se compreender que essa inscrição deve ter sido feita para fazer jus ao amparo da previdência, já que estava criando quatro filhos menores e, sem marido, ter de tocar a lavoura. É o que se depreende do seu simplório depoimento, ao afirmar que «está inscrita no FUNRURAL desde uns cinco anos para cá, não sabendo se é na qualidade de empregadora» (fl. 59). O depoimento foi prestado no dia 11 de abril de 1983; sua inscrição, assim, foi muito tempo após o óbito; ainda que haja recolhido contribuições retroativas a 1975, isto seria quatro anos após o óbito (fl. 45).

Por outro lado, dispõe o art. 14 da Lei Complementar nº 11:

«Art. 14. O ingresso do trabalhador rural e dependentes, abrangidos por esta Lei Complementar, no regime de qualquer entidade de previdência social não lhes acarretará a perda do direito às prestações do Programa de Assistência, enquanto não decorrer o período de carência a que se condiciona a concessão dos benefícios pelo novo regime».

Além disso, o art. 6º da Lei Complementar nº 16/73, que aumentou para 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo de maior valor vigente no País a mensalidade da pensão de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 11/71, assim dispôs nos seus parágrafos:

«Art. 6º

§ 1º A pensão não será diminuída por redução do número de dependentes do trabalhador rural chefe ou arrimo da unidade familiar falecido e o seu pagamento será sempre efetuado, pelo valor global, ao dependente que assumir a qualidade de novo chefe ou arrimo da unidade familiar.

§ 2º Fica vedada a acumulação do benefício da pensão com o da aposentadoria por velhice ou por invalidez de que tratam os artigos 4º e 5º da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, ressalvado ao novo chefe ou arrimo da unidade familiar o direito de optar pela aposentadoria quando a ela fizer jus, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior».

Assim, não terá a autora, na oportunidade própria, direito à acumulação do benefício da pensão com o da aposentadoria por velhice ou invalidez, assegurando-se-lhe o direito de optar por esta, quando a ela fizer jus.

Tendo assumido a qualidade de novo chefe ou arrimo da unidade familiar, à autora, nos termos da Lei, deve ser paga a pensão.

A autora pleiteia o pagamento da pensão a partir de 17-6-77, isto é, cinco anos retroativos à propositura da demanda, no arrazoado de fls. 46/49, alterando, de certa forma, o pedido inicial, em que se solicitava a pensão com efeito a partir de janeiro de 1972 (fl. 4). É que reconheceu, àquela altura, a incidência da prescrição quinquenal.

Ainda milita em favor da autora a presunção de necessidade decorrente do atestado de pobreza e da concessão judicial do benefício da Justiça gratuita (processo anexo).

Quanto ao fundamento da irretroatividade da lei, suscitado na contestação e aceito na r. sentença recorrida, o entendimento da jurisprudência predominante neste Tribunal é diverso, inclusive na Primeira Seção, restando vencido, apenas, o Sr. Ministro Carlos Madeira.

Efetivamente, somente para exemplificar com julgamento desta 1ª Turma, cito a Apelação Cível nº 70.443, de Minas Gerais, de que fui Relator, com a seguinte ementa, já de si bastante elucidativa:

«FUNRURAL — Pensão — Leis Complementares nºs 11/71 e 16/73.

1. Uma vez que a Lei Complementar nº 11, de 1971, concedeu pagamento dos benefícios por ela assegurados a partir de janeiro de 1972, inclusive pensão, beneficiou os dependentes dos trabalhadores rurais já falecidos antes dessa data. A restrição se prende ao momento em que é devida a prestação e não ao nascimento do próprio direito. Por consequência a Lei Complementar nº 16/73 não pode alcançar o direito adquirido desse modo, para exigir a comprovação da atividade rural, pelo menos nos (três) 3 últimos anos que antecedem à data do pedido do benefício.

2. O direito à pensão não nasceu à data da citação, mas do

evento morte e da condição de rurícola do marido da autora.

3. Precedentes do TFR.

4. Apelo denegado».

No mesmo sentido, entre outras a Apelação Cível nº 83.953, também desta Turma, e os Embargos Infringentes nas Apelações Cíveis nºs 44.007, Relator para o Acórdão o Sr. Ministro Gueiros Leite, sendo Relator originário o Sr. Ministro Carlos Madeira; 77.470, Relator o Sr. Ministro Costa Lima; 80.137, Relator o Sr. Ministro José Cândido, e 78.658, de que fui Relator, todos da Primeira Seção.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao apelo para condenar o réu a pagar à autora pensão no valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do maior salário mínimo vigente no País, respeitada a prescrição quinquenal, a partir da citação, de quando fluirão juros moratórios; correção monetária, nos termos da

Súmula nº 71, deste Tribunal, se o caso, e, a partir da vigência da Lei nº 6.899, de 1981, de conformidade com esta, honorários advocatícios à base de 15% (quinze por cento) do valor da condenação, conforme apurado em execução; sem custas, de que estão isentas as autarquias federais e por ter a autora litigado sob o pálio da justiça gratuita.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 84.864-MG — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar de Brito. Apte.: Lucinda Felix de Almeida. Apdo.: INPS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento, em parte, à apelação (Em 27-9-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 85.147 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelantes: Construções e Comércio Guanabara Ltda. — Massa Falida — e DNER

Apelados: os mesmos

EMENTA

Responsabilidade civil. Inexecução de contratos de obras. Falência da contratante. Indenização fixada em bases justas, pelos danos emergentes e lucros cessantes. Correção monetária só a partir da Lei nº 6.899/81. Honorários de advogado fixados em percentual legal, incidindo sobre o valor da causa.

Definida a responsabilidade civil do DNER pela inexecução dos contratos de obras, firmados com a autora, a indenização foi fixada em bases justas, tanto para os danos emergentes, como para os lucros cessantes.

Sentença que se confirma nesse ponto e no da fixação dos honorários de advogado, porque o percentual foi em valor máximo e a incidência sobre o valor da causa é legal.

A correção monetária só pode incidir a partir da Lei nº 6.899/81.

Improvemento da apelação da autora.

Provimento da apelação do DNER, parcialmente, só quanto à correção monetária.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da autora e dar parcial provimento ao apelo do DNER, tão-somente para limitar o termo inicial da incidência da correção monetária, mantidos os demais dispositivos da 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, 6 de dezembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro William Patterson, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: A espécie dos autos está assim relatada na sentença, verbis:

«A Massa Falida de Construções e Comércio Guanabara Ltda., sucessora da Construtora Guanabara S.A., representada por seu Síndico, Neso Comercial Imp. e Exp. Ltda., estabelecida nesta Cidade, à Avenida Presidente Vargas nº 542, grupo nº 805, propõe Ação de Procedimento Ordinário contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), pelos seguintes fundamentos de fato e de direito:

a) quer por via direta, quer por força de sub-rogação contratual, constituiu-se a autora em empreiteira das várias obras que lhe fo-

ram adjudicadas pelo réu, mediante procedimento regular de licitação, nos termos dos seguintes contratos:

I — Contrato de empreitada para execução de serviços de terraplenagem e pavimentação, na Rodovia BR-262, trecho Campo-Grande-Aquidauana, assinado em 20 de novembro de 1964, cujo prazo de vigência foi prorrogado por sucessivos termos de aditamento até 31 de março de 1973;

II — Contrato de Empreitada para execução de serviços de terraplenagem e melhoramentos na Rodovia BR-163, trecho Campo Grande-Rondonópolis, transferido à autora pela Soterra, com a interveniência do réu, em 21 de novembro de 1963, com prazo de vigência prorrogado até 22 de abril de 1972, conforme Termo de Aditamento e Rerratificação assinado em 22 de abril de 1972;

III — Contrato de Empreitada para execução de serviços de terraplenagem na Rodovia BR-364, trecho Cuiabá (MT) — Divisa (GO), que foi transferido à autora pela Construtora Industrial São Luiz, por escritura de cessão datada em 8 de fevereiro de 1972, cujo prazo de vigência foi prorrogado até o dia 20 de novembro de 1972, conforme Termo de Aditamento e Rerratificação designado pelo número PG 666/72;

b) apesar das dificuldades criadas pelo próprio réu, vinha a autora cumprindo, regular e pontualmente, as suas obrigações contratuais, tendo, inclusive, assumido vultosos compromissos financeiros para fazer face ao financiamento

das obras e celebrado, com fornecedores de material, máquinas e equipamentos, diversos contratos que visavam à execução dos serviços;

c) acontece que, com a criação do PRODOESTE pelo Decreto-Lei nº 1.192, de 8-11-1971, ultrapassada a fase de deficiência de recursos financeiros com que até então se defrontava o réu, este, agora suprido com uma fonte abundante de dinheiro, passou a tratar a autora com certa má vontade, dando preferência a «empreiteiras mais agraciadas com a simpatia oficial»;

d) assim é que o réu, desrespeitando os compromissos contratualmente assumidos e para gáudio de interesses inconfessáveis, em pleno curso de execução das obras contratadas, antes dos respectivos termos finais, levou à licitação e posterior adjudicação a terceiros, parte dos serviços empreitados com a a., perpetrando uma espécie de rescisão unilateral, não prevista nas leis e regulamentos administrativos;

e) os editais de licitação de obras anteriormente adjudicados à autora foram publicados nas seguintes datas: em 8-1-73, para as obras da BR-262 (subtrecho Terrenos-Rio Cachoeirão); em 29-11-71, para as obras da BR-163 (trecho Campo Grande-Bandeirantes); em 21-2-1972, para as obras da BR-163 (trecho Capão Redondo-Bandeirantes), em 21-2-72, para as obras da BR-364 (subtrecho Rondópolis-Serra Petrovina); em 21-2-1972, para as obras da BR-364 (subtrecho Serra Petrovina-Alto Garças);

f) o inopinado e arbitrário comportamento do réu, rompendo abrupta e unilateralmente os contratos celebrados com a autora, em consequência, frustrando as

únicas fontes de recursos de que esta dispunha para atender aos compromissos assumidos com terceiros no interesse da execução daqueles mesmos contratos, conduziram a autora à insolvência;

g) «o coroamento dos atos lesivos praticados pelo r. foi a inevitável falência da a. (doc. 1º), com todo o seu séquito de danos morais e materiais, ainda não exauridos, e que devem ser completamente reparados».

Sob o fundamento de que «registrado o contrato já não é lícito à Administração anular a concorrência ou recusar a execução do avençado, sem indenizar o contratante de todos os prejuízos suportados, isto é, do que efetivamente despendeu, e do que realmente deixe de lucrar, salvo se vier a ser, posteriormente, anulado pelo Judiciário», espera a autora a procedência da ação, com a condenação do réu ao pagamento das perdas e danos que se apurarem no curso do processo, mais honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da causa, o qual, desde já, se fixa em Cr\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil cruzeiros), para efeitos meramente fiscais, custas e demais cominações de direito.»

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara, na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, julgou procedente a ação, para condenar o réu a indenizar a autora das perdas e danos efetivamente sofridos e dos lucros cessantes, emergentes, direta e imediatamente, da inexecução dos contratos rescindidos por conveniência administrativa, conforme se apurar em liquidação por artigos, admitindo-se o arbitramento, somente quanto aos lucros cessantes, observados, em qualquer caso, os limites estabelecidos: a) na apuração das perdas e danos, às despesas efetivamente feitas com a manutenção dos equipamentos e dos canteiros de obras, inclusive salários de

empregados, dentro dos períodos de vigência das prorrogações dos prazos de cada um dos contratos, contados da data da última prorrogação até a do respectivo vencimento; b) no arbitramento dos lucros cessantes, os valores dos contratos celebrados diretamente com a autora, ou em que esta foi sub-rogada, considerando, pelas medições já feitas, o remanescente das obras a serem executadas dentro dos prazos de vigência dos referidos contratos, bem como os preços constantes das tabelas então vigentes, para que seja determinado, mediante aplicação do percentual usualmente admitido como margem de lucro em tais negócios, aquilo que a autora deixou, razoavelmente, de lucrar com a inexecução da obrigação.

Concedeu, ainda, o magistrado a correção monetária, a partir da data do ajuizamento da inicial, na forma da Lei nº 6.899/81, além de juros de mora, a partir da citação inicial, mais os ônus processuais da sucumbência.

Inconformadas ambas as partes, vieram as apelações.

O DNER, em razões de fls. 1443/45, diz que a rescisão dos contratos se fez com base na lei e nos próprios pactos, em que estava expressamente prevista a cláusula de não indenizar; que a autora não vinha demonstrando capacidade para terminar as obras, tanto que houve sucessivas prorrogações; que, quando se dera a rescisão, os contratos já estavam com prazo expirado; que não há o que indenizar.

Contra-razões a essa apelação estão às fls. 1449/1453, dizendo que o DNER era inadimplente e a autora vinha, sem estar obrigada a isso, financiando as obras, até quando sobreveio sua incapacidade financeira; que a autora fora ilegalmente afastada do canteiro de obras; que não

houvera justa causa para rescisão, sem indenizar.

As razões da apelação da autora estão às fls. 1425/40 e versam sobre os parâmetros da indenização, que foram ditos baixos, a correção monetária insuficiente e os honorários de advogado, de 20% sobre o valor da causa.

Diz a autora, em sua apelação, que a sentença ficou aquém da previsão do art. 1.059 do Código Civil, não considerando a perícia; que a indenização teria de cobrir toda a parte do contrato que não fora executada e, efetivamente, perdida; que foi à falência em consequência disso, que a indenização deveria ressarcir os encargos financeiros que cresceram o passivo; os lucros atribuídos às empresas que substituíram a autora, nas obras; as projeções desses lucros e a perda do capital, sobretudo os equipamentos; que a indenização seria igual ao capital de Cr\$ 5.015.000,00 exaurido com a falência; recomposição do valor atualizado dos equipamentos danificados ou perdidos, avaliados pelo perito em Cr\$ 2.905.000,00; ressarcimento de 26.838 ORTNs a título de despesas financeiras; bonificações atribuídas às sucessoras da apelante, equivalente a 584.247 ORTNs; valor provável do lucro a que a autora teria direito, se não tivesse falido, em decorrência da inexecução dos contratos.

Quanto à correção monetária, sendo a dívida de valor, quer a apelante que seja contada a partir do dano. Com respeito aos honorários, que devem incidir sobre o valor da condenação.

Contra-razões do DNER, a essa apelação, de fls. 1459/68.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, posicionando-se em favor do recurso do DNER.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Está assim fundamentada a sentença atacada por autora e réu, verbis:

«Pleiteia a autora indenização por perdas e danos, além de lucros cessantes, em decorrência da rescisão indireta de contratos de empreitada, em vigor, quando o réu promoveu nova licitação para a execução das mesmas obras já contratadas com a autora e que, em detrimento desta, foram adjudicadas a terceiros.

Não há dúvida quanto ao fato de que os Contratos PG-261/64 e PG 98/65, que tinham como objeto a execução de obras na BR-262 e na BR-364, respectivamente, foram rescindidos pelo réu, por conveniência administrativa (fls. 924 e 988). Quanto ao Contrato PG 1.625/63, originário de cessão do Contrato nº PG 541/61, para execução de obras na BR-163, foi o mesmo rescindido, por ter sido considerado desnecessário, em virtude da realização de nova concorrência pública com objeto mais amplo, dentro da programação do PRO-DOESTE (fl. 1046).

Parece-nos, assim, ponto pacífico e incontroverso, que a rescisão dos mencionados contratos foi adotada na conveniência da Administração, após várias interrupções em sua execução e de sucessivas prorrogações de prazo para conclusão das obras, ora em virtude de escassez de recursos disponíveis, ora em virtude da abundância de chuvas na região.

Caracterizada a rescisão administrativa por interesse ou conveniência da Administração, que constitui prerrogativa desta, embora daí resulte a obrigação de indenizar o contratante das perdas e danos e lucros cessantes, tal responsabilidade não se confunde com

a decorrente da prática do ato ilícito.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público não tem seu fundamento na ocorrência de dolo ou de culpa, mas na teoria do risco administrativo, em que se inspirou o Direito Público no Brasil.

Sendo inescusável a responsabilidade civil do réu pelos prejuízos sofridos pela autora, em virtude da rescisão indireta dos contratos com a mesma celebrados, é necessário determinar a extensão da indenização, que lhe é devida, a título de reparação por perdas e danos e de ressarcimento dos lucros cessantes.

Infelizmente, a perícia realizada no curso da ação, com esse objetivo, não trouxe contribuição válida para a solução do problema.

O laudo do Perito, mesmo do ponto de vista técnico, apresenta senões que tornam imprestável para o equacionamento das soluções compatíveis com as regras de direito aplicáveis na apuração das perdas e danos e dos lucros cessantes.

Ao invés de oferecer dados e elementos concretos para que o Juiz possa formar livremente a sua convicção, limitou-se o Perito a afirmações categóricas, que poderiam ser aceitas como axiomas, mas jamais como conclusões técnicas indiscutíveis.

Assim é que, sem analisar os balanços e as contas de lucros e perdas ou demonstrações de resultados da autora nos últimos três anos anteriores à decretação da falência, afirma o perito, em resposta dada a quesito formulado pelo réu (fl. 707), que «a situação econômico-financeira da autora era sólida». Afirmação gratuita essa, por não ter sido precedida de uma análise de balanços nem ter

sido ilustrada com números que indicassem as posições do ativo e do passivo da autora, no período em questão.

No arbitramento das perdas e danos (fl. 696), chegou o perito à conclusão completamente divorciada da realidade e dos fatos, presumindo que, com a quebra, além da deterioração do capital social, perdeu a autora o material de trabalho (equipamento e máquinas), arastando, em sua ruína financeira, o patrimônio pessoal do seu sócio principal e gerente. Ora, as máquinas e equipamentos, eventualmente existentes, foram arrecadados pelo Juízo da falência, para serem, posteriormente, avaliados e leiloados, de modo que não se pode falar em perda de tais bens. No que tange ao patrimônio do sócio-gerente da autora, tratam-se de bens pertencentes a terceiros, que não é parte na ação e não pode ser beneficiado nem prejudicado pela sentença proferida no presente processo.

Também no arbitramento dos lucros cessantes, distanciou-se o perito da realidade dos fatos, atribuindo à autora bonificações de contratos alheios, que compreendiam, inclusive, obras não previstas nos contratos celebrados com a autora, em datas muito anteriores e sob condições totalmente diferentes. Assim procedendo, contrariou o perito a regra expressa no parágrafo único do art. 1.059 do Código Civil, segundo a qual o devedor só responde pelos lucros, «que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação». Além disso, incluiu o perito no cálculo dos lucros cessantes os juros compensatórios, que se presumem compreendidos naqueles (juros compensatórios também são lucros do capital), numa canhestra aplicação de regra específica da liquidação de obrigações resultantes de atos ilícitos, ou, mais propriamente, de delitos (art. 1.544 do Código Civil).

O assistente técnico do réu, que apresentou laudo em separado (fls. 734/785), concluiu, de plano, «não caber ao DNER nenhum tipo de indenização à autora», substituindo-se, assim, ao Juiz da causa e decidindo a matéria de direito, ao invés de fornecer as informações técnicas necessárias à fixação das perdas e danos, se fossem considerados devidos.

Não havendo, nos autos, elementos confiáveis do ponto de vista técnico para a fixação das perdas e danos e estimativa dos lucros cessantes, essa matéria deverá ser transferida para a execução da sentença e apreciada em liquidação por artigos, com ampla oportunidade para a produção de provas.

Entendo que a sentença está pausada em bases justas e bem apreciou os fatos frente ao direito aplicável.

Não se discute do direito de a administração Pública rescindir unilateralmente os contratos que firma com particulares, desde que a conveniência administrativa se sobreponha aos pactos, tal como interpretou o DNER.

A questão, aqui, é saber se a Administração, assim procedente, estaria obrigada a indenizar a autora pelos prejuízos que disso decorrem, já que havia a perspectiva de terminação dos contratos, com a espera de lucro, em tese.

Se a autora não contribuiu para essa resilição pelo menos isso não consta dos autos — há apenas alegação do DNER, a indenização se mostra adequada.

Poderia impressionar o fato de a falência da autora induzir a que, nesse estado de bancarrota, não iria mesmo cumprir os contratos, mas a falência é posterior ao rompimento dos pactos, logo fica descartada essa causa.

Se a autora se delongava no cumprimento dos contratos, o DNER contribuía, de certo modo, para isso, não fornecendo a tempo e no modo devidos as verbas contratuais, o que obrigava a autora a recorrer ao sistema bancário para obter numerário, embora que isso não fosse previsto em contrato nem havia nenhuma anuência do DNER nesse sentido.

O cabimento da indenização se justifica, independentemente de qualquer culpa da Administração. Basta onexo causal entre o fato do desfazimento dos contratos e o prejuízo da autora, por essa inexecução.

Os lucros cessantes pedidos pela autora não podem ser fantasiosos, com base no que as empresas sucessoras ganharam ou teriam ganho. A administração privada está sujeita a encaixos; se outra empresa lucrou, isso não leva à certeza de ganho pela autora. A verba de juros pagos pela autora a bancos também não pode ser atendida pelo DNER, porque essa autarquia não autorizou nem recomendou recorrer ao sistema financeiro para obter capital de giro; isso diz respeito à economia interna de cada empresa. Enfim, os cálculos dos peritos não podem ser levados em conta, porque a sentença afastou as opiniões dos experts, deixando tudo para a liquidação de sentença, embora que tenha imposto limites, o que se fazia necessário.

De modo que a indenização concedida pela sentença até favorece a autora, porque ainda dá oportunidade de apuração de valores, em sua execução.

Em verdade, a autora não sucumbiu, na parte da fixação da indenização, porque concedidas as verbas de danos emergentes e lucros cessantes.

Nesse ponto, sua apelação não pode ser provida, bem como no que diz respeito a honorários de advogado,

porque o percentual de vinte por cento é o máximo permitido e a base para incidência fixada pelo MM. Juiz a quo (valor da causa) é legal.

No que diz respeito à correção monetária, a sentença se excedeu, afastando-se do entendimento jurisprudencial, pois fixou como termo inicial a data do ajuizamento da ação, quando o correto é a data da Lei nº 6.899/81, porque não se trata de dívida de valor, como entende a autora, mas dívida que não tinha lei autorizativa para aplicação de índices de indexação. Assim, há que se repor as coisas nos devidos lugares, quanto a essa verba.

O apelo do DNER, como se infere da exposição acima, também não merece ser provido, porque não demonstrado em Juízo que houve motivo, a cargo da autora, para ensejar a resilição, cabe a indenização, mesmo que o DNER não tenha se havido com culpa. Não é necessário que se traga aqui o ensejamento da doutrina sobre as teorias da responsabilidade da Administração Pública, pois é matéria bastante repisada nos anais deste Tribunal.

Aplica-se a teoria do risco administrativo, pela existência do nexocausal, como visto.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da autora.

Dou provimento parcial à apelação do DNER, para que a correção monetária incida só a partir da Lei nº 6.899/81, por se tratar de dívida de dinheiro. No mais, fica mantida a sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 85.147-RJ — Relator: O Sr. Ministro José Cândido. Aptes.: Construções e Comércio Guanabara Ltda. — Massa Falida e DNER. Apdos.: os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso da autora e deu parcial provimento ao apelo do DNER, tão-somente para limitar o termo inicial da incidência da correção monetária, mantidos os demais dispositivos da sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-

Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Rui Ferreira Brettas, pelo DNER, (6-12-83 — 2ª Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 87.731 — MG

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Apelante: Guarani Esporte Clube

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

EMENTA

Execução fiscal. FGTS. Embargos da executada julgados improcedentes.

Não se consumou a decadência prevista no artigo 173 do CTN e prescrição também não ocorreu (art. 174 do mencionado diploma legal), pois entre as datas a que se referem as competências, a da notificação para o pagamento da dívida na via administrativa, a da sua inscrição e a do ajuizamento da ação não transcorreu o lapso de 5 (cinco) anos.

O relacionamento dos empregados no título exequendo não se faz necessário, constando do PTA, pelo que poderia o embargante obter as cópias que desejasse.

Sentença confirmada por sua conclusão.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas 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

Antônio Torreão Braz, Presidente —
Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Trata-se de embargos à execução rejeitados pelo Dr. Wellington Antônio Ferreira, MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Divinópolis-MG, após sumariar a espécie nestes termos (fls. 11/12):

«Guarani Esporte Clube, associação esportiva sediada nesta Cidade,

opôs os presentes embargos à execução que lhe move o IAPAS, nos autos em apenso, alegando que, de acordo com o artigo 173 do CTN, o direito de constituir o crédito fiscal extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; que a certidão de dívida ativa que instrui a execução foi lavrada no dia 26-8-82, donde decorre que eventuais débitos do embargante para com o FGTS, relativamente ao período de 1973 até julho de 1977, estariam extintos pela decadência do direito de serem constituídos; que é nula a certidão de dívida ativa porque as relações que a acompanham, sendo genéricas e inespecíficas, não permitem verificar a origem da dívida em relação aos empregados a que se refere; que, por isso mesmo, tais débitos são presumidos e fictícios.

Impugnando os embargos, o embargado argumenta que o Código Tributário Nacional nada tem a ver com o FGTS, incorrendo a pretendida decadência; que a certidão da dívida ativa está revestida das formalidades legais previstas na Lei nº 6.830/80; que o embargante não fez qualquer prova para demonstrar que os créditos cobrados são fictícios e presumidos, como alega, e não há exigência legal para que conste da certidão a relação nominal dos beneficiários do FGTS a que se refere, relação que existe no PTA, do qual o embargante tem o direito de extrair quantas cópias desejar; que as ementas jurisprudenciais trazidas aos autos pelo embargante não se aplicam ao caso presente, devendo ser rejeitados os embargos.

Chamadas à especificação de provas, as partes se manifestaram no sentido de que nada tinham a requerer.

Por força do despacho de fl. 8, o embargante trouxe para os autos a certidão de fl. 10, acompanhada da petição de fl. 9.»

A conclusão do decisum está à fl. 12, *in verbis*:

«... rejeito os embargos, julgando subsistente a penhora, a fim de que se prossiga com a execução, pagando o embargante as custas processuais e honorários de 20% (vinte por cento) sobre o débito.»

Apelou o embargante, insistindo na decadência do direito de constituição do crédito através do lançamento, por parte do Instituto-Exequente. Alega, também, que a cobrança das importâncias sem a nomeação dos empregados ou beneficiários constitui-se em enriquecimento sem causa, o que é vedado por lei (fls. 14/18).

Contra-razões às fls. 24/25.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República não se manifestou.

Sem revisão, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): A decisão recorrida abordou a espécie deste modo (fl. 12):

«Quanto à matéria de direito, desmerece acolhida o argumento trazido aos autos pelo embargante. Não se trata da constituição de crédito tributário pelo lançamento, mas de simples levantamento do débito, por força do que dispõe o artigo 20 *caput*, da Lei nº 5.107/66. E a razão é simples: ao mesmo tempo que atribui ao IAPAS o encargo de cobrar tais créditos via do executivo fiscal, a lei em questão somente permite ao empregado, titular da conta, a ação para cobrança após rescindido o contrato de trabalho. Segundo entendimento dos Egrégios Tribunal Federal de Recursos e Superior do

Trabalho, o prazo prescricional é de cinco anos, após a emenda constitucional de abril de 1977 («Revista Forense», vol. 267, páginas 354/355), o qual, evidentemente, só poderia ter curso após a rescisão do contrato de trabalho.

Assim colocada a questão, tem-se que, admitido o argumento do embargante, o empregado estaria irremediavelmente prejudicado se, decorridos cinco anos sem os recolhimentos, o empregador fosse beneficiado pela pretendida decadência do direito de constituir o crédito, face à omissão do IAPAS.

Tenha-se em vista, além disso, que a contribuição do FGTS não é tributo, mas contribuição social que, com aquele, apresenta semelhanças e dessemelhanças, uma delas, a desnecessidade de lançamento para a constituição do crédito.

Os argumentos em torno da nulidade da certidão estão em desamparo da lei, eis que as relações de empregados estão à disposição do embargante, como foi dito na impugnação, sem que este demonstrasse qualquer interesse em extrair cópias para a instrução destes embargos.»

Data venia, entendo que tal concepção do problema jurídico sub examine não condiz com a realidade interpretativa dos textos legais aplicáveis à espécie, confundindo o douto Magistrado a quo o direito do exequente de cobrar a dívida exequenda com o do empregado, de reclamar na Justiça do Trabalho, o débito do empregador para com o FGTS.

O instituto da decadência, no primeiro caso, é disciplinado no artigo 173 do CTN, por afeiçoar-se a imposição daquela contribuição à natureza de tributo e, no segundo caso, não há falar-se em decadência, mas em prescrição, regulada no artigo 11 da CLT, tendo, como termo inicial, o

momento em que nasce, para o empregado, o direito de ação (princípio da *actio nata*).

Pelo discriminativo de fls. 4/6 dos autos da execução fiscal, apensados, verifica-se que o débito corresponde ao período de outubro de 1973 a agosto de 1979.

A embargante, pela NDFG de fl. 19, integrada pelo relatório de fls. 22/23, foi notificada a pagar o débito, na instância administrativa, em 11 de setembro de 1979.

O prazo decadencial começa a fluir no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, inciso I, do CTN, já citado).

Entre as datas acima explicitadas não transcorreram cinco anos, pelo que de decadência não se pode cogitar.

De prescrição não se trata, igualmente, porque a dívida foi inscrita em tempo oportuno e a execução ajuizada em outubro de 1982, três anos e um mês após a notificação para a sua liquidação na via administrativa.

Não é necessário que a individualização dos empregados conste do título executivo, conforme ressaltou o *decisum*.

Destarte, embora faça reparo parcial à fundamentação da sentença, confirmo-a pela conclusão.

Nego provimento ao apelo.

EXTRATO DA MINUTA

AC n° 87.731-MG — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Apte.: Guarani Esporte Clube. Apdo.: IAPAS/BNH.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Em 29-2-84 - 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Presidiu a sessão o Sr. Min. Antônio Torreão Braz.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.561 — BA

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito

Apelante: Justiça Pública

Apelada: Josefinha Ferreira Rocha

EMENTA

Penal. Estelionato. Fraude contra a Previdência Social. Erro de proibição.

1. Para a tipificação do delito de estelionato (art. 171, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 155, IV, a, da Lei nº 3.807/60, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 66/66) é indispensável ação voluntária e consciente determinada à fraudulenta percepção do benefício concedido pela Previdência Social, pois a fraude pressupõe conduta destinada a induzir ou manter em erro o ofendido. A simples omissão da comunicação da morte da outorgante, genitora da ré — pessoa de precária formação cultural, que ignorava a extinção automática e a intransferibilidade do benefício — não se reveste de conteúdo fraudulento, no caso concreto.

2. O Juiz criminal, situado mais perto das pessoas, das circunstâncias e do meio-ambiente em que se deu o fato delituoso, encontra-se em melhores condições para aferir a veracidade dos depoimentos pessoais e testemunhais, bem como qual seria, em princípio, a melhor deliberação a ser tomada pelo Poder Judiciário, em cada caso, tendo sempre em vista a boa política criminal. A absolvição com base no art. 386, inciso V, do Código Processo Penal, combinado com o art. 17 do Código Penal, merece confirmação.

3. Apelo denegado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1983
(Data do julgamento) — Ministro

Washington Bolívar de Brito, (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: O representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Josefinha Ferreira Rocha, como incurso nas sanções previstas no art. 171, § 3º, c/c o art. 155, IV, a, da Lei nº 3.807/60, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 66/66, pelo seguinte fato delituoso:

«A denunciada, na condição de procuradora de sua genitora, Da.

Isaura Nunes Ferreira, recebia do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), a partir de julho de 1979, o valor do benefício previdenciário nº 11.926.472, DV 33, Esp. 40, a ela deferido pelo referido Instituto e cujo pagamento era feito pela Agência do Banco Nacional do Norte S.A., na cidade de Itabuna-BA, mediante a exibição de cupões fornecidos pela citada Autarquia.

Ocorreu, entretanto, que, tendo a referida beneficiária, Isaura Nunes Ferreira, falecido em 8 de setembro de 1979, a denunciada, silenciando sobre esse fato, de que decorreu a extinção do mandato que detinha (art. 1.316, II, do Código Civil), assim como a extinção automática do referido benefício, por ser este de espécie nº 40 (quarenta), que não se transfere aos dependentes do beneficiário por morte deste, continuou recebendo indevidamente o valor correspondente àquele benefício já extinto, no período de setembro de 1979 até julho de 1980, quando foi descoberta a fraude, disso resultando para a aludida Autarquia um prejuízo de dezesseis mil, oitocentos e sessenta e um cruzeiros, até hoje não indenizado».

Concluída a instrução, o MM. Juiz Federal Dr. José Lázaro Alfredo Guimarães (fls. 103/106), com base no disposto no art. 386, V, do CPP, julgou improcedente a denúncia.

Apelou o MPF, com as razões de fls. 110/112, contra-arrazoado à fl. 115.

A douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 122/124), em parecer da Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, aprovado pelo Dr. A. G. Valim Teixeira, opinou pelo improvimento do recurso.

Sem revisão, nos termos do art. 33, IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): Como destacou o MM. Juiz Federal, embora a autoria seja indubitosa, porquanto a confissão foi roborada pela prova documental e por depoimentos, bem assim que a materialidade se encontra certificada pela procuração, certidão de óbito da seguradora-outorgante do mandato e guias de controle e recibos de pagamento do benefício, milita em favor da ré o estabelecido no art. 17 do Código Penal.

Deve-se entender — acentuou o Juiz — «a norma do art. 155, IV, a, da Lei nº 3.807, como acoplada ao enunciado do art. 171 do Código Penal». E continua:

«O sentido da alocação «dolosamente» é, portanto, a de ação voluntária e consciente, determinada à fraudulenta percepção do benefício.

Exige-se, para a conformação típica, um elemento subjetivo substanciado na intenção de fraudar a Previdência Social. In casu, a acusada vinha retirando mensalmente da agência bancária as importâncias relativas à renda mensal devida a Isaura Nunes Nascimento, sua genitora, na qualidade de procuradora. Vindo esta a falecer, em 8-9-79 (v. certidão de fl. 15), continuou a outorgada a levantar as prestações não mais devidas, porque extinto o mandato e intransferível o benefício (Espécie nº 40).

Centra-se a defesa na existência de erro, justificável em razão do baixo nível cultural da acusada.

Rebate a douta Procuradoria, forte no argumento de que é irrelevante o erro de direito.

Acolho a posição doutrinária que considera aplicável a eximente do art. 17, do CP, primeira parte, quando o erro de proibição se refe-

re a norma extrapenal, por isso que configuraria, em última análise, a falsa representação de circunstância essencial à caracterização do fato típico. Tudo leva a crer, no caso presente, que a ré desconhecia a regra determinativa da extinção automática do benefício, por morte do segurado, não se o transferindo aos dependentes.

De qualquer modo, não se mostra delineado o elemento subjetivo do tipo, consistente na intenção de fraudar o INPS.

A fraude pressupõe uma atuação militante destinada a induzir ou manter em erro o ofendido.

Ora, a simples omissão da comunicação da morte da outorgante, sem utilização de qualquer artifício ou ardil, não se reveste de colorido fraudulento, quando não comprovado saber a ré da extinção automática e da intransferibilidade do benefício».

A ilustrada Subprocuradoria-Geral emprestou o prestígio do seu apoio ao entendimento do MM. Julgador, fazendo-o nestes termos (fls. 123/124):

«6. Examinando a espécie, temos que acertada a r. decisão que concluiu haver a ré praticado o fato típico premida por erro de proibição (art. 17, 1ª parte do CP).

7. Como restou deduzido da sentença, tudo leva a crer que a ré desconhecia o caráter ilícito do fato, pois, por ser pessoa semi-analfabeta, não supunha que, por morte do segurado, a pensão não se transferia aos dependentes.

8. Apesar da materialidade estar configurada às fls. 14/19, vemos pela confissão da ré às fls. 12/13, 48/48v. e 83/83v., que esta desconhecia totalmente que o be-

nefício ficava cancelado com a morte de sua genitora.

9. Pois, se a ré soubesse que não poderia receber os «valores» em nome de outrem, não iria, ela própria se dirigir ao funcionário do INPS e expor a sua situação, conforme se vê à fl. 83v.

10. Não se trata aqui de uma simples ignorância da lei, mas de uma atuação com total desconhecimento da ilicitude do fato.

11. Apesar do erro de proibição ser escusável e inescusável, cremos que, *in casu*, a ré incorreu no primeiro, pois realizou a conduta delituosa desconhecendo o seu caráter proibido.

12. Ademais, dentre os critérios para aferição dos graus de escusabilidade do erro de proibição é de se ressaltar a potencial consciência da ilicitude do fato pelo agente, na espécie inexistente, dada a precária condição cultural da ré, como acima destacado».

Sempre tenho proclamado que o Juiz criminal, situado mais perto das pessoas, das circunstâncias e meio ambiente em que se deu o fato delituoso, se encontra, em tese, em melhores condições de aferir a veracidade dos depoimentos pessoais e testemunhais, bem como qual seria, em princípio, a melhor conduta a ser tomada pelo Poder Judiciário, em cada caso, tendo em vista a boa política criminal.

No caso dos autos, acolheu o MM. Juiz Federal a dirimente do art. 17 do Código Penal, ante as circunstâncias do fato.

Estou de acordo com esse proceder, motivo pelo qual confirmo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, negando provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 5.561-BA — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar de Brito. Apte.: Justiça Pública. Apda.: Josefina Ferreira Rocha.

Decisão: A Turma à unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 9-12-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.857 — AL

Relator: O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

Apelante: Justiça Pública

Apelado: Chrysler de Almeida Leite

EMENTA

Penal. Receptação. Bebida de procedência estrangeira, adquirida para consumo próprio. Conflito aparente de normas.

1. Embora autônomo, o delito de receptação não prescinde da existência de crime antecedente, no caso, o descaminho. O sujeito passivo da receptação é a vítima do crime antecedente, o Estado, na situação descrita nos autos, já que ação delituosa consistiria em se continuar a iludir o pagamento dos tributos devidos pela importação das mercadorias estrangeiras, pois outro não é o resultado da atividade de quem adquire tais mercadorias, desacompanhadas de documentação legal. Assim, a conduta de quem adquire, recebe ou oculta mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que o agente sabe serem falsos, é a tipificada no art. 334, § 1º, alínea d, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4.729/65, e não a do art. 180, *caput*, do mesmo código, sendo completa a absorção do tipo, resolvendo-se o conflito aparente de normas pelo critério da especialidade. Para a configuração do tipo, entretanto, é necessário que o agente pratique o ato «no exercício de atividade comercial ou industrial», sem o que apenas resta o ilícito fiscal.

2. Apelo denegado.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, negar provimento à apelação, na for-

ma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de dezembro de 1983
(Data do julgamento) — Ministro

Washington Bolívar de Brito, (Presidente e Relator).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Adoto, para exposição da controvérsia, o relatório da r. sentença, nestes termos (fls. 105/109):

«O Representante do Ministério Público Federal junto a esta Seção Judiciária denunciou a Chrysler de Almeida Leite, qualificado à fl. 2, incurstando-o nas penas do art. 180, **caput**, do Código Penal, pelos fatos assim descritos na peça vestibular acusatória, **in verbis**:

«No dia 8 de julho do corrente ano, por volta das 9:30h, agentes da Polícia Federal, dando cumprimento a um mandado de busca, depois de vasculharem sem sucesso todas as dependências da residência do denunciado, conseguiram encontrar, escondidas em um sótão de um pequeno escritório situado na parte lateral da casa, várias caixas contendo garrafas de uísque, relacionadas no auto de apresentação e apreensão de fl. 9.

Preso em flagrante, por não possuir documentação fiscal que acobertasse o produto, declarou o denunciado à autoridade policial que, embora sabendo ser proibido manter em depósito uísque introduzido ilegalmente no país, resolveu mesmo assim adquiri-lo para seu próprio consumo, visando, com isso, auferir vantagem com a modicidade do preço por que lhe foi oferecida a mercadoria, demonstrando, destarte, que conhecia a sua origem ilícita.

Feita a apreensão das garrafas de uísque, foram levadas a exame pericial, que constatou a sua procedência do Exterior e avaliou o seu valor total na cifra de Cr\$ 266.000,00».

«Ainda na fase investigatória, o acusado, preso em flagrante, foi posto em liberdade mediante fiança (fls. 48/49).

Recebida a denúncia (fl. 50), foi o acusado regularmente citado e interrogado (fls. 53 e 54/57), na presença de defensor constituído o qual, no tríduo legal, apresentou defesa prévia em que nega a imputação, juntando documentos e arrolando três testemunhas (fls. 60/67).

A instrução criminal processou-se regularmente, tendo sido inquiridas as três testemunhas arroladas na denúncia (fls. 72/74 e 78/79) e duas das arroladas pela defesa (fls. 83/84), que desistiu do depoimento da restante (fl. 84, parte final).

Decorrido o prazo para diligência, sem requerimento das partes (fl. 85 e verso), postulou o nobre Representante do Ministério Público Federal, em alegações finais, a condenação do acusado nos termos da denúncia, vez que, segundo a prova dos autos, ficaram devidamente comprovadas a materialidade do crime, sua autoria e culpabilidade do réu.

A defesa, por sua vez, tecendo considerações sobre a vida pregressa do acusado e sua posição social, registra o fato de a própria denúncia excluir a possibilidade de configuração, na espécie, do crime de contrabando ou descaminho em qualquer das modalidades tipificadas no art. 334, parágrafos e alíneas, do Código Penal, e, em seguida, pugna pela absolvição, sob o entendimento, estribado em Heleno Cláudio Fragoso, Celso Delmanto e decisão anterior proferida por este Juízo, de que não se tipifica, no caso, o crime previsto no art. 180 do Código Penal, vez que o art. 1º do mesmo Estatuto veda a incriminação com base na analogia.

Antecedentes do acusado às fls. 26/36».

O MM. Juiz Federal Dr. Murat Valadares (fls. 105/109) julgou improcedente a denúncia e absolveu o acusado (Chrysler de Almeida Leite) da imputação que lhe foi feita.

Opostos embargos de declaração pelo réu (fl. 114), referente ao levantamento da fiança, foram rejeitados (fl. 115).

Irresignado, apelou o MPF (fl. 111) reiterando (fls. 119/123) que a conduta do apelado tipificou o delito do art. 180 do Código Penal, «haja vista que adquiriu, em proveito próprio, produtos que sabia serem de origem criminoso».

Contra-razões (fls. 127/131) pela manutenção da sentença.

A douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 140/142), em parecer do Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, aprovado pelo Dr. Paulo A. F. Sollberger, pediu o provimento do recurso, a fim de condenar o apelado nas sanções do art. 180 do CP, no mínimo legal, com «sursis».

Sem revisão, nos termos do art. 33, inciso IX, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): Assim desenvolveu a r. sentença sua argumentação para absolver o acusado (fls. 107/109):

«Nos termos de sentença que proferi anteriormente em caso análogo, conforme cópia «xerox» acostada às fls. 99/103 dos autos, entendo que a nova redação dada ao art. 334 do Código Penal pela Lei nº 4.729/65, criando, inclusive, figuras assimiladas do crime de descaminho, pela receptação, para fins comerciais ou industriais, de mercadorias de procedência es-

trangeira, absorveu, no particular, de forma completa e exaustiva, o tipo penal definido no art. 180 e seu § 1º.

De fato, a lei penal substantiva, por imperativo do art. 1º do Código, ao mesmo tempo que repudia a tentativa de qualquer interpretação analógica, exige que cada figura penal seja tipificada com clareza e precisão, de modo que o cidadão possa ter plena ciência de que determinados atos ou omissões são proibidos e sujeitos à repressão estatal.

Assim, não pode a lei engendrar armadilhas ao jurisdicionado, nem é permitido ao julgador, esgotada a pretensão punitiva do Estado em relação ao tipo penal apropriado, buscar, em forçada interpretação analógica dos dispositivos penais, figura assemelhada, mas de natureza jurídica diversa, para impor castigo ao incauto cidadão que não tinha capacidade ou mesmo possibilidade de prever que o fato, embora desajustado do tipo penal que seria próprio, poderia ser sancionado por linhas transversas, sob o argumento de que gera consequência e efeitos residuais.

Conforme demonstrado na sentença anterior referida e nas razões finais que o ilustre patrono do acusado ofereceu, renomados juristas especializados consagram o mesmo entendimento, afirmando com todas as letras que o tipo receptação, no caso de mercadorias estrangeiras introduzidas no território nacional de forma irregular, foi absorvido pelo novo tipo de assimilação criado pelas alíneas c e d do § 1º do art. 334 do Código, na redação da Lei nº 4.729.

Esse entendimento, aliás, já mereceu a adesão da Egrégia 3ª Turma do Colendo Tribunal Federal de Recursos, que, na ACr. nº 4.432-MG, de que foi relator o eminente

Ministro Carlos Madeira, esclareceu, conforme retratado na ementa do acórdão, *in verbis*:

EMENTA: Descaminho. Mercadoria em pequena quantidade, não destinada a comércio. Na aquisição de mercadorias estrangeiras, sem documentação legal, reúnem-se os elementos do tipo previsto no art. 334, § 1º, letra d, do Código Penal. Mas, se as mercadorias são em pequena quantidade e não se destinam a comércio, não se aperfeiçoa o tipo, de modo a configurar-se o ilícito penal, restando apenas a infração fiscal. (In Ement. da Jurispr. do TFR, nº 24, pág. 19).

Como se vê, a Egrégia Turma julgadora não cogitou de uma hipotética desclassificação para incurrir o réu no art. 180 do Código Penal. Ao contrário, afirmou taxativamente que o fato incriminado não passava de uma infração fiscal.

Assentadas estas premissas, examinemos o caso *sub judice*.

A prova dos autos é pacífica quanto à materialidade e autoria, tanto pelo auto de prisão em flagrante e confissão do acusado, quanto pelo auto de apreensão, laudo de exame e avaliação e depoimento das testemunhas arroladas na denúncia.

A denúncia, por outro lado, reconhece taxativamente que o acusado adquirira as mercadorias estrangeiras (28 litros e garrafas de «whisky») «para seu próprio consumo», o que ficou demonstrado também pela prova acolhida no sumário de culpa.

A prova é também pacífica no sentido da primariedade e ótimos antecedentes do acusado, homem trabalhador, com excelente conceito social e profissional e que vem se firmando econômica e financeiramente à frente de suas empresas,

o que elimina de vez a possibilidade de se tratar de pessoa afeita ao comércio clandestino e ilegal.

Em conclusão, afastada pela própria denúncia a possibilidade de desclassificação do tipo penal para qualquer das modalidades assimiladas do crime de descaminho (letras c e d do § 1º do art. 334 do Código Penal), e descabendo na espécie a caracterização do crime de receptação, em qualquer de suas modalidades (art. 180 e seu § 1º do mesmo Estatuto), quer pela atipicidade do fato imputado ao réu, a merecer sanções de natureza apenas administrativas, seja pela ausência do *animus delinquendi*, impõe-se a absolvição.

Ante o exposto, julgo improcedente a denúncia e absolvo o acusado Chrysler de Almeida Leite, já qualificado nos autos, da imputação que lhe foi feita.

Deixo de determinar a devolução das mercadorias apreendidas porque o ilícito administrativo, de competência das autoridades fazendárias, independe, para sua configuração, de sanção penal».

A moderna doutrina penal reconhece que o delito de receptação é autônomo. Entretanto, também reconhece que não se pode prescindir da existência de crime antecedente.

Na hipótese dos autos, o delito antecedente seria o descaminho. O sujeito passivo da receptação é a vítima do crime antecedente. Logo, neste caso, o Estado. Em verdade, a ação delituosa consistiria em se continuar a iludir o pagamento dos tributos devidos pela importação de mercadorias estrangeiras, pois outro não é o resultado da atividade de quem adquire tais mercadorias, desacompanhadas da documentação legal.

Ao tratar da receptação, em suas modalidades dolosa e culposa, assim dispõe o Código Penal:

«Art. 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de cinquenta centavos a dez cruzeiros.

§ 1º Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem oferece, devem presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, de trinta centavos a dez cruzeiros, ou ambas as penas».

Fala-se, portanto, de maneira genérica, em «coisa», a que foi retirada do patrimônio da vítima do crime antecedente.

Ao tratar do contrabando ou descaminho, diz o Código Penal, no art. 334:

«Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída, ou pelo consumo de mercadoria:

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

- a)
- b)
- c)

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos».

No caso dos autos, o que se estaria retirando do patrimônio da vítima do

crime antecedente — o Estado? Evidentemente, os impostos devidos pela importação da mercadoria estrangeira, já que a própria mercadoria não lhe pertence, desde logo, mas somente após o procedimento fiscal regular, aplicada a pena de perdimento.

Vê-se, portanto, sem sombra de dúvida, que se cuida de um tipo especial — quando se trata de mercadoria estrangeira — ainda que descrita com os mesmos verbos «adquirir» e «receber», aos quais se acrescentou a ação de «ocultar». Assim, se porventura houvesse um conflito aparente de normas, seria resolvido pelo critério da especialidade. Mas não há. Existe é um tipo especial, quando a «coisa» for mercadoria estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que o agente sabe serem falsos.

Há receptação se a mercadoria estrangeira estiver acompanhada de documentação legal e tiver sido furtada, por exemplo, do seu dono (crime antecedente). Se destituída dessa legalização, o de que se cuida é da forma equiparada, com punição bem mais grave do que a receptação culposa, como anteriormente se viu.

Mas, para a configuração do tipo, necessário, também é que o agente o faça «no exercício de atividade comercial ou industrial».

Ora, no caso dos autos, demonstrou-se que a aquisição da mercadoria de procedência estrangeira — bebidas alcoólicas — destinada à celebração da «Copa do Mundo», ainda que feita de forma irregular, pois tais mercadorias estavam desacompanhadas da documentação legal, não tinha destinação comercial ou industrial.

Bem andou, portanto, este Tribunal, no precedente mencionado pela r. sentença — a Apelação Criminal nº 4.432-MG — de que foi Relator o

eminente Ministro Carlos Madeira, ao declarar que não se aperfeiçoa o tipo do ilícito penal equiparado a descaminho se as mercadorias são em pequena quantidade e não se destinam ao comércio, restando, apenas, a infração de natureza fiscal.

Ante o exposto, confirmo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, negando provimento à apelação.

E o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr. nº 5.857-AL — Rel.: O Sr. Min. Washington Bolívar de Brito. Apte.: Justiça Pública. Apdo.: Chrysler de Almeida Leite.

Decisão: A 1ª Turma do TFR, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 9-12-83).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Carlos Thibau votaram de acordo com o Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.067 — GO

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Apelante: Justiça Pública

Apelado: João Procópio Pereira

EMENTA

Penal. Prisão albergue concedida em favor de traficante internacional de entorpecente.

Provimento ao apelo do Ministério Público para reformar-se tal decisão posto que a condenação de traficantes denunciados com fundamento nos artigos 12 e 18, I e III, ambos da Lei nº 6.368/76, faz presumir sua periculosidade, tanto mais que o comparsa, também condenado, do albergado, evadiu-se da prisão e as circunstâncias do caso levam à conclusão de que a *societas celeris* voltará a constituir-se.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade, dar provimento à apelação do MP, para reformar a decisão do MM. Juiz Federal a quo, a fim de que o apelante seja recolhido à prisão se, por acaso, já tiver sido solto, ou para que ali seja mantido, e para que cumpra a pena privativa de liberdade a que já foi condenado sem o benefício da prisão albergue, na forma do relatório e notas taquigráficas

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro, Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães: Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministé-

rio Público Federal contra a decisão do MM. Juiz Federal da Seção de Goiás, que concedeu o benefício da prisão albergue a João Procópio Pereira, condenado naquele Juízo a quatro anos de reclusão e multa de Cr\$ 141.133,00 (cento e quarenta e um mil, cento e trinta e três cruzeiros), por tráfico internacional de entorpecentes, juntamente com um comparsa que se evadiu da prisão.

Entendeu o MP que haveria uma periculosidade presumida para os traficantes de entorpecentes, tanto mais por se tratar, no caso, de tráfico internacional e que não teria ocorrido pela primeira vez.

A douta SGR subscreveu as razões do apelante.

Este processo veio-me distribuído por prevenção em virtude da anterior distribuição da Apelação Criminal nº 6.059-GO, entre as mesmas partes.

Considero dispensável a revisão, posto que não se trata de apelação de sentença no processo de conhecimento mas, sim, no processo de execução da pena, sendo, por outro lado, predominantemente de direito a matéria em exame.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): Como estão lembrados os Srs. Ministros, na sessão passada, esta Turma, à unanimidade, manteve a decisão do MM. Juiz Federal, Dr. José de Jesus Filho, que condenou o ora apelante como incurso no crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Com efeito, na Apelação Criminal nº 6.059-GO, de que fui Relator, verificou-se que João Procópio Pereira não somente ajudou financeiramente seu comparsa José Antônio da Silva, ora foragido, a importar maconha do Paraguai para vendê-la no

Brasil, como também subministrou-lhe meios materiais para a consecução desse objetivo, esperando-o com seu automóvel em ponto pouco movimentado e transportando-o, bem assim a carga deletéria, em direção a Goiânia, momento em que ambos foram presos em flagrante com os pacotes de maconha (61,360 Kgs).

O veículo de propriedade do apelante foi apreendido com o avião pertencente ao comparsa, tendo sido decretado o perdimento de ambos em favor da Fazenda Nacional, no outro processo.

Essa atividade criminosa, pelo que se viu, não ocorreu só uma vez, denotando esse tráfico uma certa habitualidade.

O outro comparsa do apelante está foragido.

O artigo 35 da Lei de Tóxico estipula que o réu condenado por infração de seu artigo 12 não poderá apelar sem recolher-se à prisão. E João Procópio, no caso, foi condenado com base no artigo 12 com a agravante do artigo 18, incisos I e III.

Embora não declarada sua periculosidade na sentença, ela é óbvia pelas circunstâncias em que se deu o crime.

A concessão do albergue ensejar-lhe-á a oportunidade de voltar a traficar com o seu parceiro foragido.

Filio-me à corrente que entende que o condenado por tráfico de entorpecentes é potencialmente perigoso, não lhe podendo ser concedida a prisão albergue da Lei nº 6.416/77.

A respeito, veja-se o julgado no HC nº 97.640, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, in RT 540/305.

Dou, assim, provimento à apelação do MP, para reformar a decisão do MM. Juiz Federal a quo, a fim de que o apelante seja recolhido à prisão se, por acaso, já tiver sido solto, ou para que ali seja mantido, e para que cumpra a pena privativa de li-

berdade a que já foi condenado sem o benefício da prisão albergue.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

ACr nº 6.067-GO — Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães. Apelante: Justiça Pública. Apelado: João Procópio Pereira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação do MP, para reformar a decisão do

MM. Juiz Federal a quo, a fim de que o apelante seja recolhido à prisão se, por acaso, já tiver sido solto, ou para que ali seja mantido, e para que cumpra a pena privativa de liberdade a que já foi condenado sem o benefício da prisão albergue (Julg. em 30-9-83 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Washington Bolívar e Leitão Krieger votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Washington Bolívar.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.113 — MG

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Suscitante: Juiz Federal da 4ª Vara — MG

Suscitado: Juiz de Direito de Januária — MG

EMENTA

Conflito de competência. Apuração de crime praticado contra Cartório de Registro de Imóveis. Conflito negativo entre Juizes de direito e federal.

Em princípio, a competência é do Juiz de Direito, pois o serviço de registro imobiliário está afeto ao Estado, sendo a União Federal competente apenas para legislar sobre registros públicos, de acordo com o disposto no art. 8º, inciso XVII, alínea e, da Constituição Federal, competência concorrente. Somente se no desenrolar do processo constatar-se haver sido o crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses diretos da União Federal ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, aplicar-se-á o art. 125, inciso IV, da Constituição Federal. Conflito julgado procedente. Competência do Juiz de Direito.

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 e declarar competente o suscitado Juiz de Direito de Januária-MG, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Evandro Gueiros Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar incêndio criminoso ocorrido no Cartó-

rio de Registro de Imóveis, da Comarca de Januária.

O Dr. Juiz de Direito daquela cidade adotou o parecer do Ministério Público local e declinou de sua competência em favor da Justiça Federal, devido ao disposto no art. 125, inciso IV, da Constituição Federal. Por seu turno, o Dr. Juiz Federal, acolhendo promoção da Procuradoria da República (fl. 34v.), suscitou o presente conflito negativo (fl. 36).

Subiram os autos e, aqui no Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou no sentido de dar-se pela competência da Justiça Estadual (fls. 39/41).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): Adoto, em suas conclusões, o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra da Dra. Maria Alzira de Almeida Martins e aprovação do Dr. Valim Teixeira, que é no sentido da competência da Justiça Estadual (fls. 40/41). O incêndio ocorreu no Cartório do Registro de Imóveis da Comarca, e nele arderam diversos livros e documentos do registro imobiliário, que segundo a Promotoria Pública, é serviço da União Federal, embora mantido pelos cofres estaduais (fl. 32). Em princípio, essa generalidade não pode ser admitida. Tal serviço está afeto ao Estado, sendo a União competente apenas para legislar sobre registros públicos, ex vi do disposto no art. 8º, XVII, e da Constituição Federal, competência concorrente, segundo o parágrafo único do mesmo texto. De fato, no exercício dessa competência foi editada a Lei (federal) nº 6.015/73, dispondo sobre o regime dos serviços que menciona. Mas alguns dos elementos essenciais à im-

plementação dos serviços são submetidos à lei estadual, conforme é o caso dos cartórios de imóveis, previsto no seu art. 2º, item III.

Disse em princípio porque, se no desenrolar do processo constatar-se que o crime foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União Federal ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, indubitavelmente voltar-se-á ao disposto no art. 125, IV, da Constituição. Examinando-se questão paralela, mas pertinente, quanto à responsabilidade civil dos oficiais do registro de imóveis, constata-se com a melhor doutrina e jurisprudência dominante, que os mesmos substituem o Poder Público, de certo modo como delegados deste. Agem nos estritos limites que lhes são impostos, como servidores públicos e perante todos os interessados no registro (Cf. Walter Ceneviva, Lei dos Registros Públicos Comentada, ed. Saraiva, 1979, pág. 53).

Walter Ceneviva, na sua Lei dos Registros Públicos Comentada, cita decisão do STF, tendo como voto condutor o do eminente Min. Djaci Falcão, onde ele avança o entendimento cientificamente inatacável de que «os titulares dos cartórios não oficializados, se não se enquadram como funcionários públicos propriamente ditos, guardam a indubitável qualidade de servidores públicos.» Apenas não são remunerados diretamente pelos cofres públicos. O servidor público «particular» não é, portanto, um agente público que colabora com a administração, sem caráter profissional. E um prestador remunerado de serviços, segundo critérios que variam de Estado para Estado» (Cf. autor e obra citada, págs. 53/54).

Chega-se à conclusão de que, sendo os oficiais do registro prepostos ou substitutos do Estado, responderá este perante os interessados pelos

prejuízos causados. E Pontes de Miranda, tratando do assunto, põe os pingos nos ii. Só se tem de indagar qual a entidade que nomeou o oficial do registro, para saber-se se federal, estadual ou territorial a responsabilidade perante terceiro (Cf. Pontes, Comentários à Constituição de 1967, pág. 544, apud Ceneviva, obra cit. pág. 53).

O mesmo raciocínio se aplica ao caso dos autos.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro a competência do MM. Juiz de Direito da Comarca de Januária, Minas Gerais, o nobre suscitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.113-MG — Rel.: O Sr. Min. Evandro Gueiros Leite. Suscte.: Juiz Federal da 4ª Vara — MG. Suscdo.: Juiz de Direito de Januária — MG.

Decisão: A Seção, à unanimidade, julgou procedente o conflito e declarou competente o suscitado Juiz de Direito de Januária — MG. (Em 23-3-83 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, José Cândido, Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Lauro Leitão e Carlos Madeira votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.163 — DF

Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezini

Parte Autora: Anfilóquio Leão Bezerra

Parte Ré: Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília — TCB

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara — DF

Suscitado: Juízo Presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília — DF

EMENTA

Competência. Empresa pública do Distrito Federal.

O Distrito Federal, assemelhado a Estado-membro, é uma pessoa jurídica de direito público interno, ativo e passivo de direitos e deveres e, como tal, não goza de foro privilegiado, cabendo à Justiça Comum processar e julgar as ações em que o mesmo figure como parte, assim como suas autarquias e empresas públicas.

Conflito procedente determinando a competência da MM. 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília-DF para apreciar o feito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unani-

midade, julgar procedente o conflito, para declarar competente a MM. 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília — DF, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 9 de novembro de 1983
(Data do julgamento) — Ministro
Lauro Leitão, Presidente — Ministro
Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Trata-se de Conflito de Competência entre o Dr. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e o Dr. Juiz-Presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento do DF.

Tal conflito gerou-se em função de reclamação trabalhista promovida por Anfilóquio Leão Bezerra contra a TCB — Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília perante a Justiça do Trabalho.

O Dr. Juiz do Trabalho, apoiado na Súmula nº 67 deste E. Tribunal, que determina como competente a Justiça Federal para processar e julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho entre os Territórios Federais e seus empregados, declinou de sua competência para uma das Varas da Justiça Federal, onde distribuído, o Dr. Juiz Federal da 2ª Vara, suscitou o presente conflito.

Subiram os autos e, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido da procedência do conflito com a competência do Juízo do Trabalho para apreciar o feito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, iniciou-se o conflito em virtude de ação trabalhista proposta por empregado contra a TCB — Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília, uma empresa pública do Distrito Federal.

O Dr. Juiz suscitante alega que se aceito o entendimento manifestado

pelo Dr. Juiz do Trabalho, pelo qual a empresa pública do Distrito Federal está equiparada ao próprio Distrito Federal e como tal goza de foro privilegiado, teríamos que carrear para a Justiça Federal, não só as reclamações, mas todas as ações em que figurassem como parte o Distrito Federal e suas autarquias e empresas públicas, o que seria um absurdo.

Entendo que a razão está com o i. Magistrado suscitante e com a douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer da qual me apoio para decidir.

Diz a douta em seu parecer de fls. 12/13:

«Evidentemente, que labora em flagrante equívoco a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, uma vez que o Distrito Federal, assemelhado a Estado-membro, é uma pessoa jurídica de direito público interno e, como tal, é sujeito ativo e passivo de direitos e deveres, o que não ocorre com o Território. Este é uma projeção ou uma extensão da União Federal e destituído de personalidade jurídica.

A Carta Magna estabeleceu soberanamente, em seu art. 125, I, que as causas em que a União Federal, suas autarquias e suas empresas públicas forem autoras, rés, assistentes ou oponentes devem ser processadas e julgadas pela Justiça Federal, sendo que no art. 110, especifica que os litígios entre essas mesmas entidades e seus servidores, decorrentes das relações de trabalho, tramitem perante a Justiça Federal. E a Lei Maior especifica ainda mais em seu art. 142, no que concerne às ações de acidentados de trabalho. Estas devem correr perante a Justiça Ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Todos esses dispositivos mandamentais citados significam que o

legislador brasileiro colocou a União Federal, suas autarquias e suas empresas públicas sob o pálio da Justiça Federal e as excluiu no que concerne aos litígios relativos a acidentes do trabalho, os quais estão sob o agasalho da Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Significam, também, os mencionados dispositivos constitucionais que o legislador brasileiro não contemplou o Distrito Federal, com foro privilegiado. Suas questões são resolvidas, inclusive as de acidentes de trabalho, pela sua própria Justiça.

Lógico tal entendimento, e a ele nada a acrescentar, pelo que julgo procedente o presente conflito e declaro como competente para apreciar o feito o Exmo. Sr. Juiz de Direito Presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.163-DF — Rel.: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Suscte.: Juiz Federal da 2ª Vara — DF. Suscdo.: Juiz-Presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília-DF. Parte autora: Anfilóquio Leão Bezerra. Parte ré: Sociedade de Transportes Coletivos de Brasília — TCB.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, para declarar competente a MM. 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Brasília — DF (Primeira Seção, em 9-11-83).

Os Srs. Ministros Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson e José Cândido votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 5.345 — RN

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Parte A: Justiça Pública

Parte R: José Domingues de Carvalho Neto

Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Natal — RN

Suscitado: Juízo Federal no Rio Grande do Norte.

EMENTA

Processual Penal.

Crime praticado contra sociedade de economia mista. A regra constitucional de competência dos Juízes Federais há de ser interpretada restritivamente. Se a norma maior se refere somente à União, às autarquias federais e empresas públicas, excluída está a competência da Justiça Federal, quando o ofendido for sociedade de economia mista.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer do conflito e julgá-lo improcedente, para declarar a

competência do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Natal-RN, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de agosto de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Foi instaurado inquérito policial contra José Domingues de Carvalho Neto, por haver emitido um cheque no valor de Cr\$ 124.166,00 (cento e vinte e quatro mil, cento e sessenta e seis cruzeiros), sem suficiente provisão de fundos, em favor da Empresa de Navegação da Amazônia S.A., sociedade de economia mista, para pagamento de passagens relativas ao trecho Belém-Manaus-Belém.

O Dr. Juiz Federal no Rio Grande do Norte declinou de sua competência em favor da Justiça Estadual, ao argumento de que a ENASA não é nem autarquia nem empresa pública.

Por sua vez, o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Natal suscitou conflito negativo de jurisdição.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou para que se declare competente o Juízo suscitado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Adoto os argumen-

tos do douto Parecer da Subprocuradoria da República. Em verdade, a norma constitucional, que fixa a competência dos Juizes Federais, não inclui as sociedades de economia mista. A restritividade da interpretação é dogma, diante do qual não pode afastar-se o intérprete.

Somente os interesses da União, das autarquias federais e empresas públicas federais admitem a competência especial. Logo, se o ofendido do crime é sociedade de economia mista, fixada está a competência da Justiça Estadual.

Conheço do conflito e dou pela competência do Juízo suscitante, o da 2ª Vara Criminal de Natal, Estado do Rio Grande do Norte.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 5.345-RN — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo — Parte A: Justiça Pública — Parte R: José Domingues de Carvalho Neto — Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Natal-RN — Suscitado: Juízo Federal no Rio Grande do Norte.

Decisão: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e o julgou improcedente, para declarar a competência do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Natal-RN. (Primeira Seção, em 24-8-83.)

Os Srs. Ministros José Cândido, Costa Lima, Leitão Krieger, Hélio Pinheiro, Carlos Thibau, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar e William Patterson votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jarbas Nobre e Flaque Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

HABEAS CORPUS Nº 5.750 — RS

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Impetrante: Nélson Soares de Oliveira

Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara de Sapucaia do Sul

Paciente: Dilmair Valls Machado

EMENTA

Criminal. Habeas Corpus. Prisão domiciliar.

O réu que, por portador de título universitário, com direito a prisão especial, mas morando em localidade onde não haja estabelecimento adequado ao seu recolhimento, beneficiado que seja com prisão domiciliar, não pode ausentar-se de sua residência sem prévia autorização judicial. O descumprimento dessa restrição, que deriva da lei instituidora do benefício (Lei nº 5.256/67), implica na sua perda e recolhimento do réu a estabelecimento prisional, onde deverá permanecer separado dos demais presos.

Pedido de habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 14 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: No presente pedido de habeas corpus alega-se que o paciente, que se encontrava no gozo de prisão domiciliar, concedida por decisão da Colenda 3ª Turma deste Egrégio Tribunal, para em tal situação permanecer até o julgamento de apelação interposta contra sentença que o condenou à pena de reclusão, teve revogado aque-

le benefício, pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sapucaia do Sul, sendo, por determinação dessa autoridade, recolhido a uma cela comum de estabelecimento penitenciário.

Alega o impetrante que na audiência admonitória o referido magistrado não impôs ao paciente condições para o cumprimento da prisão domiciliar, ocorrendo que, mediante entendimento verbal, acedeu em que ele poderia continuar exercendo a profissão de advogado, deixando claro que nenhum impedimento havia à prática de atos pertinentes àquela profissão. Tanto isso é certo, aduz, que ao ser removido da prisão em que se encontrava para a domiciliar, nenhuma condição se lhe impôs no respectivo Alvará.

Ocorre que, justamente quando exercia a sua profissão em favor de um constituinte, na Comarca de Camapuã, foi surpreendido com Ordem de Prisão, constante de Carta Precatória originada da Comarca de Sapucaia do Sul, por entender o Juiz de-

precante (autoridade apontada como coatora) que o paciente descumprira condições impostas para o gozo da custódia domiciliar.

O fato de estar exercendo profissão de advogado não se apresentaria, contudo, aos olhos do paciente, como motivo bastante à revogação do benefício que vinha gozando, e seu conseqüente recolhimento a um presídio, até porque não violou condições que lhe tivessem sido impostas para aquele fim, sendo de ressaltar, insiste em afirmar, o magistrado concordou em que continuasse ele exercendo a sua profissão (fl. 4, in fine).

Por outro lado, parecia-lhe lógico que «o Sr. Juiz ao dizer que deixava de impor condições para o cumprimento, vez que a concessão fora da parte do TFR, e, por conseguinte, não dele, estava dando a entender a desnecessidade de autorização para trabalhar, inclusive, s.m.j., não limitando o mesmo a seu domicílio, porque não se pode entender exercício de advocacia sem comparecimento a **Forum**. Tanto é certo o raciocínio que, durante o ano em que guardou prisão domiciliar, fez audiências em algumas Varas, visitou clientes em presídios e em delegacias, «atos estes que sabe, sempre foram do conhecimento do Magistrado. A expressão condições impostas na conformidade da presente lei, constante do art. 4º da Lei nº 5.256/77, estando a mostrar cristalina e nominadamente as impostas e nominadas pelo Juiz».

Em concluindo, «se não houve condições, como restou provado, não há falar-se em violação. Via de consequência, a prisão domiciliar não poderia ser revogada e o requerente não poderia ter sido recolhido preso», sendo a restauração do benefício um ato de justiça (fls. 4/5).

Encontra-se a inicial instruída com os documentos de fls. 9/39.

Com o respeitável despacho de fl. 40, do insigne Ministro Carlos Madeira, os presentes autos foram encaminhados ao Sr. Ministro-Presidente, sendo-me distribuídos.

Recebeu o paciente a concessão de liminar que deixei para apurar quando proporcionadas fossem as informações.

Sendo estas solicitadas, prestou-as o MM. Juiz de Direito apontado como autoridade coatora (fls. 46/47), ilustrando-as com os documentos de fls. 48/61.

Pela denegação da ordem manifestou-se a douta Subprocuradoria em parecer da lavra do ilustre Procurador da República, Dr. Mardem Costa Pinto, aprovado pelo não menos ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga (fls. 65/66).

Pelo Ofício nº 603/83 o MM. Juiz de Direito apontado como autoridade coatora reitera as informações anteriormente prestadas, para esclarecer que Provimento da Justiça do Estado, regente das concessões feitas a presos não definitivamente condenados, só lhes permite sair dos lugares a que estejam recolhidos em oportunidade determinada (fls. 68/69).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Diz o art. 1º da Lei nº 5.256, de 6 de abril de 1967, que:

«Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito à prisão especial, o Juiz, considerando a gravidade das cir-

cunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial.»

Mostra a citada lei que a prisão domiciliar não exonera o réu ou indiciado da obrigação de comparecer aos atos policiais ou judiciais para os quais for convocado, ficando ainda sujeito a outras limitações que o Juiz considerar indispensáveis à investigação policial e à instrução criminal.

A violação de qualquer das condições acima expostas implica na perda do benefício, acarretando o recolhimento do réu ou do indiciado, conforme seja o caso, a estabelecimento penal, onde permanecerá separado dos demais presos, caso em que o Diretor do estabelecimento poderá aproveitá-lo para o desempenho de tarefas administrativas.

No caso em exame, o MM. Juiz de Direito apontado como autoridade coatora, desmentindo o que alegado pelo impetrante, torna certo que, deferido ao paciente o benefício da prisão domiciliar, o esclareceu dos termos da concessão, e mais, leu para ele os dispositivos da Lei nº 5.256/67, demonstrando que tanto ocorreu pela juntada, por xerocópia, do Termo de Audiência, constante de fl. 48.

Não ignorava, pois, o paciente as restrições que lhe foram impostas para o gozo da prisão domiciliar, não suscetível de confundir-se com Prisão Albergue, e é segregação que, em se tratando de portador de título universitário, passa a ser cumprida no domicílio do réu, naquelas localidades em que não haja estabe-

lecimento adequado à custódia dos que tenham direito à prisão especial.

Mostram os documentos com que instruídas a inicial e as informações, que o paciente, beneficiado com prisão domiciliar, passou a se conduzir como se em liberdade estivesse, deixando a sua residência e a própria Comarca para em outras, com inteira desenvoltura, advogar, descumprindo, assim, frontalmente, a restrição imposta pelo art. 1º da Lei nº 5.256/67 aos que se encontram sob prisão domiciliar.

A conseqüência desse comportamento é a sanção prevista no art. 4º da lei acima citada, com adequação aplicada pelo MM. Juiz de Direito apontado como autoridade coatora, o risco a que se expunha o paciente de vir a sofrê-la não podendo ser por ele ignorado, não só pela sua condição de advogado militante, como também e, sobretudo, porque advertido foi pelo Juiz na audiência admonitória, cujo termo consta destes autos, por xerocópia, à fl. 48.

Por tais fundamentos, denego a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.750-RS — Rel.: O Sr. Min. Hélio Pinheiro. Impte.: Nelson Soares de Oliveira. Impdo.: Juízo de Direito da 1ª Vara de Sapucaia do Sul. Pacte.: Dilmair Valls Machado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem. (Em 14-10-83 — 3ª Turma).

Os Srs. Mins. Carlos Madeira e Adhemar Raymundo votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

HABEAS CORPUS Nº 5.756 — MS

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Impetrante: Jorge Bissoli dos Santos

Aut. Coatora: Juízo Federal em Mato Grosso do Sul

Paciente: Eduardo Rosa Bruno

EMENTA

Habeas Corpus. Acusado, preso em flagrante por infringência ao art. 308 do Código Penal, não sofre de constrangimento ilegal, se o processo tem desenvolvimento regular e não conseguiu ele provar não ser reincidente (art. 323, III) nem vadio (art. 323, IV, CPP).

Mesmo se afastando a condição de ser acusado estrangeiro, o que impediria o «sursis», não a concessão de fiança, esta não pode ser concedida, embora se trate de crime afiançável, porque o réu não conseguiu ilidir a presunção de reincidência, pois ele próprio declarara, em seu interrogatório, ter cumprido pena. Pesa também ser vadio.

Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, 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, 8 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: O advogado Jorge Bissoli dos Santos impetra a presente ordem de habeas corpus, perante este Tribunal, em favor do paciente Eduardo Rosa

Bruno, preso na Cadeia Pública de Dourados, em Mato Grosso do Sul, desde o dia 3-8-83, por infração ao art. 309 do Código Penal, por flagrante delito, tendo-lhe sido negada a fiança, para livrar-se solto, na conformidade do despacho, por cópia, à fl. 4 destes autos, que dá as razões do indeferimento do pedido feito pelo paciente nesse sentido.

Diz o requerente que a denúncia capitulara os fatos no art. 308 do Código Penal, que prevê pena de detenção, com direito à fiança, que poderia ter sido concedida pelo Sr. Delegado de Polícia de Dourados (MS); que o despacho judicial de recebimento da denúncia não esclarecia qual o outro delito cometido pelo paciente, previsto no Decreto-Lei nº 417/69, caso fosse estrangeiro; que não existe prova concreta da nacionalidade do paciente; que o art. 84 desse decreto-lei permitiria aguardar em liberdade o processo de ex-

pulsão, extradição ou deportação; que o constrangimento é ilegal.

Em informações, diz o MM. Juiz Federal, em exercício na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, que o paciente fora denunciado pelo art. 308 do Código Penal; que a denúncia havia sido recebida em 21-9-83; que houve interrogatório em 27-9-83, com apresentação de defesa prévia e expedição de precatórias para inquirição de testemunhas de acusação; esclarece que o pedido de relaxamento de prisão havia sido negado, sob o fundamento de que se tratava de estrangeiro, que cumprira pena, sem profissão definida e desligado de vínculos familiares.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, de fls. 25/28, dizendo do direito subjetivo de prestar fiança, inclusive pelo estrangeiro; que não se poderia fazer interpretação analógica do impedimento de concessão do «sursis», por ser o acusado estrangeiro; que há óbice, contudo, pelo art. 323, inciso IV, Cód. Proc. Penal, por não existir prova de não ser o paciente reincidente, pois faltara a certidão da Justiça Federal do Rio de Janeiro; enfim, opina pelo indeferimento do HC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Tem razão a douta Subprocuradoria, no que diz respeito à concessão de fiança, cabível quando o acusado seja estrangeiro.

Contudo, afastado esse ponto, permanece o óbice previsto nos incisos III e IV, do art. 323, do Código de Processo Penal, porque não conseguiu o paciente provar que não era reincidente por outro crime doloso, especialmente com a forte suspeita despertada por sua afirmação, no interrogatório, de que já havia sido condenado e, faltando uma certidão negativa da Justiça Federal do Rio de Janeiro, além de que, não tendo profissão definida, seria vadio.

Em conseqüência, não vejo constrangimento ilegal suportado pelo paciente, a merecer soltura da prisão processual em que se encontra, enquanto, pelo menos, termina o processo que se desenvolve regularmente, tanto que o requerente do HC não alega excesso de prazo, no sumário de culpa. Sendo a denúncia recebida em 21-9-83, o prazo se mostra obedecido, mesmo com a abreviação por se tratar de réu preso.

Indefiro a medida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 5.756-MS — Relator: O Sr. Ministro José Cândido. Impte.: Jorge Bissoli dos Santos. Aut. Coatora: Juízo Federal em Mato Grosso do Sul. Pacte.: Eduardo Rosa Bruno.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (8-11-83 — 2ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 85.740 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Remetente: Juiz Federal da 3ª Vara

Apelante: União Federal

Apelado: Sílvio Vilar Guedes

Autoridade Requerente: Presidente da 2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

EMENTA

Imposto de renda. Empregado transmudado em diretor da empresa. Gratificação, a título de indenização trabalhista. Tributo incidente cobrado à empregadora. Impossibilidade legal de exigí-lo, reflexivamente, do impetrante.

Comprova-se nos autos, por meio de documentação hábil, a condição laboral do vínculo entre o autor e a sociedade mercantil, bem como ter havido transação entre os mesmos, quanto ao tempo de serviço anterior à opção do primeiro pelo regime do FGTS.

Inviável, ademais, a aplicação reflexa de invocada, mas não provada, coisa julgada administrativa em relação à pessoa jurídica para que, com base nela, se pudesse impor ao impetrante qualquer sanção fiscal.

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, 15 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz Federal Francisco Dias Trindade, então no exercício da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, assim resumiu a controvérsia (fls. 173/175):

«Sílvio Vilar Guedes impetra mandado de segurança contra ato da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes e, preventivamente, para se livrar de ameaça de coação ilegal por parte do Procurador da Fazenda Nacional e da Segunda Inspeção da Receita Federal, neste Estado, depois de havê-lo feito contra o ato da pri-

meira entidade (processo em apenso).

Alega que era empregado da empresa Prospec S.A. — Geologia, Prospecções e Aerofotogrametria e que, nessa qualidade, ascendeu à Diretoria da mesma empresa, sem ruptura do vínculo empregatício; e que rescindira o contrato de trabalho, recebendo a devida indenização, o que foi homologado perante a Justiça do Trabalho. Mas o Fisco Federal glosou, na declaração de rendimentos da empresa, o valor da indenização que lhe foi paga, tributando-a. Então, por via reflexa, foi o impetrante também tributado.

Diz que, por não poder o aplicador da lei tributária alterar conceitos de outros ramos do direito, seus conteúdos e limites, não sofrendo ruptura o seu contrato de trabalho pelo fato de haver ascendido à condição de Diretor da empregadora, não poderia sofrer tributação o valor da indenização trabalhista recebida. Insurge-se, também, pela aplicação reflexa de pretensa coisa julgada administrativa em relação à empresa, além de que a mesma, uma vez citada para o processo de execução da dívida administrativamente constituída, ofereceu embargos que se processam perante a Segunda Vara desta Seção Judiciária.

Prestaram informações o Presidente do Conselho de Contribuintes, o Procurador-Chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional e o Delegado da Receita Federal neste Estado, sustentando a legalidade do ato impugnado, com os esclarecimentos de que a quantia deduzida pela empresa empregadora fora glosada, tendo em vista a inexistência de relação de emprego com o impetrante, seu Diretor, constituindo-se, assim, em desvio de lucro.

Foi requisitado o processo administrativo que veio por cópia xerográfica. Manifestou-se o Ministério Público pelo indeferimento da segurança».

S. Exa. decidiu, *in verbis* (fls. 176/177):

«Isto posto, e por tudo o que mais consta dos autos, concedo a segurança para, anulada a ação fiscal, determinar o cancelamento do crédito apurado com base na mesma, bem como do ato declaratório da condição de devedor remisso, baixado pela autoridade impetrada.

Vencidos os prazos de recursos, subam os autos ao segundo grau de jurisdição».

Apelou a União Federal, alegando, em síntese (fl. 182 — lê).

Contra-razões às fls. 185/189.

Subidos os autos, manifestou-se a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso e conseqüente cassação do «writ».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): O dispositivo sentencial acentua (fls. 175/176):

«O impetrante comprovou, através de documento hábil — sua Carteira de Trabalho — que existia um contrato de trabalho vinculando-o à empresa Prospec S.A. — Geologia, Prospecções e Aerofotogrametria (fl. 121), além de que fez juntar cópias de contratos por prazo determinado com a referida empresa e documentos relativos à transação que fizera do tempo de serviço anterior à manifestação de opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (fls. 96/110). Não poderia, portanto, a autoridade fiscal ignorar a existência desse contrato laboral, que não

é desnaturado pelo fato de haver o empregado sido elevado à condição de Diretor-Técnico da empregadora, já porque poderia haver, tão-somente, a suspensão do contrato, pelo período, já pela possibilidade da figura, hoje tão encontrada, do Diretor-Empregado.

O impetrante mantinha com a empresa, de que veio a ser Diretor-Técnico, um vínculo de emprego, formado por um contrato de trabalho por tempo indeterminado, nos termos do art. 451 da Consolidação das Leis do Trabalho, dada a renovação reiterada do primitivo contrato com prazo determinado. E ainda que se tenha como de suspensão do contrato de trabalho o período após a elevação do impetrante à Diretoria da empresa, possível seria ao mesmo transacionar com a sua estabilidade no emprego, adquirida anteriormente à opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois permitido pela legislação específica.

Por outro lado, é de se ter por ofensiva ao direito do impetrante a aplicação reflexa de uma invocada coisa julgada administrativa em relação à pessoa jurídica, empregadora, por haver a mesma deixado precluir a decisão de primeira instância fiscal, para tolher a apreciação da matéria na instância recursal, em relação ao próprio impetrante, que desse direito não decaiu, o que é o mesmo que aplicar sanções a quem não foi parte no processo.

Não são tributáveis os ganhos decorrentes de indenizações de natureza trabalhista, por não computáveis como rendimentos, como expressamente dispõe a legislação do tributo sobre a renda. E como não tenha a autoridade fiscal conseguido prova cabal da descaracterização da indenização recebida pelo

impetrante, segue-se que a tributação sobre a importância respectiva, a título de desvio de lucros da empresa, se funda em mera suposição».

As objeções da apelante aos fundamentos da decisão sub examine, respondeu o apelado, a meu ver com vantagem, em suas contra-razões (fl. 188):

«Realmente, se a lei tributária não pode alterar os conceitos dos Institutos de outros ramos do Direito (art. 110 do Código Tributário Nacional); se é expressa, na legislação sobre a renda, a inequívoca intributabilidade da indenização trabalhista (art. 22, e, do RIR); se é inadmissível a «coisa julgada reflexa», na sistemática de nosso Direito, seja na lei, seja na doutrina, seja na jurisprudência; se é certo o fato, líquido e certo é o direito, nos termos em que o reconheceu a r. sentença recorrida.»

Não vejo o que se possa emendar no julgado de primeiro grau.

Confirmo-o, pois, no âmbito da remessa *ex officio*.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 85.740-RJ — Rel.: O Sr. Min. Américo Luz. Remte.: Juiz Federal da 3ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Silvio Vilar Guedes. Aut. Req.: Presidente da 2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e confirmou a sentença remetida. (Em 15-2-84 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Torreão Braz e Miguel Jerônimo Ferrante. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Wilson Gonçalves. Presidiu a Sessão o Sr. Min. Antônio Torreão Braz.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.908 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Apelante: Jandyra Carvalho de Oliveira Café

Apelados: União Federal e Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Viúva de ex-Presidente da República. Pensão especial. Acumulação. Ato de autoridade estadual. Ilegitimidade passiva ad causam. Nulidade do processo.

Ao Diretor-Geral do Departamento do Pessoal do Ministério da Fazenda falece competência para ordenar o restabelecimento da pensão previdenciária estadual. Conseqüentemente, a Justiça Federal é incompetente para apreciar e julgar o presente feito.

Por isso, anula-se o processo, ab initio, e determina-se a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado do Rio de Janeiro.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, anular a sentença, por incompetência de Juízo, e determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual, 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 setembro de 1981 (Data do Julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Jandyra Carvalho de Oliveira Café, qualificada na inicial, impetrou mandado de segurança, perante o MM. Dr. Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, contra ato do Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda

que considerou ser impossível o restabelecimento da pensão do IPERJ, cumulativamente com a pensão especial, pela qual a impetrante optou, na condição de viúva do ex-Presidente da República e, também, ex-Ministro do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, Dr. João Café Filho.

Alegou a impetrante, em resumo:

«que, em virtude de haver optado pela pensão deferida à viúva de ex-Presidente da República pela Lei nº 6.095, de 30 de agosto de 1974, requereu ao Presidente do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro, a partir de 25 de setembro de 1974, a suspensão do pagamento da pensão previdenciária correspondente às contribuições de segurado obrigatório do antigo IPEG, as quais foram recolhidas por seu marido, na qualidade de Ministro do Tribunal de Contas do Estado da Guanabara.

A opção, manifestada naquela oportunidade, foi motivada pelo entendimento, então predominante, no sentido da inacumulabilidade da

pensão especial com a previdenciária. Posteriormente, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da acumulação da pensão deixada por ex-Presidente da República com o outro benefício, ao julgar o Mandado de Segurança nº 20.066, impetrado pela viúva do Presidente Arthur da Costa e Silva.

Face ao novo entendimento dado à questão pelo Pretório Excelso, pretende a impetrante retratar-se da opção anteriormente exercida em função de critérios jurídicos inadequados, para que seja restabelecida a pensão que vinha percebendo do IPERJ. A pretensão da impetrante opõe-se, porém, o ato impugnado que concluiu pela «impossibilidade de ser restabelecida a pensão do IPERJ, em face do disposto no art. 3º da Lei nº 6.095, de 30-8-74, e nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 73.529, de 21-1-74».

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade impetrada, juntando parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional do Estado do Rio de Janeiro.

O Dr. Procurador da República, com vista dos autos, opinou pela denegação da segurança, ante a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

O MM. Magistrado determinou a citação do IPERJ para, querendo, intervir no processo, na qualidade de terceiro interessado ou de assistente de qualquer das partes.

Citado, o IPERJ não definiu sua posição na lide, porém, esclareceu:

«que não quer se furtar à obrigação do pagamento, tão-somente deseja pagar bem e, com esse objetivo, aguardar que o Poder Judiciário lhe determine como fazê-lo».

O Ministério Público, com vista dos autos, ratificou o seu pronuncia-

mento anterior e nada opôs à manifestação prestada pelo IPERJ.

O MM. Dr. Juiz, finalmente, proferiu sentença de fls., cuja parte final está vazada nos seguintes termos:

«O ato impugnado não é operante, mas opinativo; não é conclusivo, mas preparatório; de modo que somente poderia ser atacado depois que se integrasse na decisão administrativa final, que solucionasse o pedido da impetrante dirigido a outra autoridade que não a apontada como coatora.

Isto posto, julgo a impetrante carecedora da Ação Mandamental».

A impetrante, todavia, não se conformando com a r. sentença, dela apelou para este Egrégio Tribunal, juntando, desde logo, suas razões.

A União Federal e o IPERJ ofereceram contra-razões.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: A r. sentença de 1º grau, em sua parte decisória, assentou:

«Pretende a impetrante, em última análise, o restabelecimento, com os reajustes legais, da pensão que percebia do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro (IPERJ), na condição de viúva do ex-Ministro do Tribunal de Contas do antigo Estado da Guanabara, João Café Filho. Com esse objetivo, apresentou requerimento ao referido Instituto (fls. 12/13) que condicionou o exame do assunto à prévia manifestação do órgão federal competente sobre a possibilidade da acumulação do benefício previdenciário com a pensão especial de viúva de ex-Presidente da Repúbli-

ca, pela qual a impetrante optara, anteriormente. Para atender a essa exigência do IPERJ (fl. 32), formulou a impetrante consulta ao Diretor do Serviço de Pessoal do Ministério da Fazenda (fl. 8), obtendo resposta negativa (fl. 23), contra a qual ora se insurge, acoimando-a de ilegalidade manifesta.

O ato impugnado, na essência, não constitui uma decisão administrativa dotada de operatividade, porque não competia à autoridade, que a proferiu, restabelecer o benefício pleiteado pela impetrante. Isoladamente, o despacho da autoridade coatora não tem qualquer significado, porque se destina a instruir um procedimento administrativo, ainda pendente de decisão final do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro (IPERJ) que é o competente para apreciar a questão.

Na realidade, o requerimento que a impetrante dirigiu ao IPERJ, pedindo o restabelecimento da pensão, ainda se encontra sem solução, aguardando o cumprimento de exigência necessária à sua instrução (fl. 37). Acontece que a impetrante, ao invés de submeter o pronunciamento da autoridade coatora ao IPERJ, para que este decidisse o que julgasse de direito, ingressou precipitadamente em Juízo, procurando invalidar um ato meramente preparatório.

Ainda inexistia ao lesivo ao alegado direito da impetrante, porque o pedido de restabelecimento da pensão, dirigido ao IPERJ, e não à autoridade coatora, ainda se encontra pendente de decisão da autoridade competente. Com relação a esse pedido, especificamente, a autoridade coatora é parte ilegítima, porque não lhe compete o restabelecimento do benefício concedido por instituição previdenciária de outra esfera administrativa, cujo pagamento foi suspenso por solicitação da impetrante (fl. 9).

Não aproveitaria à impetrante o argumento de que a sorte de seu pedido dependeria do parecer da autoridade coatora, favorável à acumulação das pensões, porque, nesse caso, ilegal teria sido a exigência do IPERJ nesse sentido (fl. 32). De fato, ao colocar-se na posição de mero espectador, omite-se o IPERJ no dever de dar solução ao requerimento da impetrante que, no entanto, parece conivente com essa omissão. Qualquer lesão que adviesse desse procedimento aos interesses da impetrante não pode ser imputada à autoridade coatora que apenas respondeu à consulta que lhe fora formulada, como lhe pareceu mais acertado.

O ato impugnado não é operante, mas opinativo; não é conclusivo, mas preparatório; de modo que somente poderia ser atacado depois que se integrasse na decisão administrativa final, que solucionasse o pedido da impetrante dirigido a outra autoridade que não a apontada como coatora.

Isto posto, julgo a impetrante carecedora da Ação Mandamental».

Como consta deste autos, a viúva do ex-Presidente João Café Filho foi beneficiada com a concessão de uma pensão especial, com fundamento na Lei nº 6.095, de 30-8-1974, pensão que foi julgada legal pelo Egrégio Tribunal de Contas da União.

Como já estivesse percebendo uma pensão pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro, em razão de contribuições previdenciárias de seu aludido esposo, como membro do Tribunal de Contas Estadual, e que veio a falecer, pediu o cancelamento deste último benefício.

Porém, sobrevindo uma decisão do Pretório Excelso, no sentido de que uma pensão não excluía a outra, D. Jandyra Carvalho de Oliveira Café

pediu fosse restabelecida a pensão estadual.

O Instituto, porém, suscitou dúvida quanto à legalidade da coexistência dos dois benefícios e manifestou o desejo de ser esclarecida a questão para, se fosse o caso, restabelecer o pagamento da pensão previdenciária.

Em face disso, D. Jandyra formulou uma consulta ao Sr. Diretor da Fazenda Nacional, em cujo processo foi proferido parecer, no sentido de que não era possível a acumulação, mas, não obstante, continuou pagando a pensão especial.

Então, D. Jandyra impetrou mandado de segurança, perante o MM. Dr. Juiz Federal da 2ª Vara, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, contra o ato, que reputou ilegal, do Sr. Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda, assim concebido:

«Tendo em vista os pareceres de fls. 11/15, encaminhe-se à Delegacia do Ministério da Fazenda no Estado do Rio de Janeiro, solicitando cientificar à interessada da impossibilidade de ser restabelecida a pensão do IPERJ, em face do disposto no artigo 3º da Lei nº 6.095, de 30-8-74 e nos arts. 1º e 2º, do Decreto nº 73.529, de 21-1-74».

Esclarece, na petição inicial, a impetrante, verbis:

«O ato nasce e aparece no Processo nº 0768-11479/78 em que a impetrante alega que, por entendimento tomado no v. Acórdão do Pretório Excelso no Mandado de Segurança nº 20.066, em Tribunal Pleno, decidiu não ser vedado pela Lei nº 6.095, de 30-8-74, acumular pensão deixada por ex-Presidente da República com outro benefício (qual a pensão correspondente a contribuições de segurado), cf. Diário da Justiça, de 19-10-76, consulta a honrada autoridade coatora sobre os efeitos da retratação da opção.

Havendo a ilustre autoridade coatora considerado inacumulável a pensão especial concedida a viúva de ex-Presidente da República com a resultante de seguro obrigatório de ex-Ministro do Tribunal de Contas do Estado, no IPERJ, nasce e aparece ato manifestamente ilegal contra direito líquido e certo da impetrante de receber ambas as pensões, de diferentes origens e natureza.

Acredita a impetrante desnecessárias outras alegações, todavia, para melhor se explicar, fundamenta-se no fato de haver optado pela pensão especial concedida a viúva de ex-Presidente, perante o IPERJ, em função de critérios jurídicos inadequados, mas, sendo opção reversível e retratável, dirigiu-se ao ilustre Presidente do IPERJ, dando as razões da opção e de sua retratabilidade, razões e fundamentos que passam a integrar a impetração».

Como se vê, o Sr. Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda não praticou qualquer ato ilegal e, pois, lesivo ao direito da impetrante, mas, apenas, mandou que fosse transmitida à interessada a conclusão a que chegaram os pareceres elaborados a respeito da matéria e que foram no sentido «da impossibilidade de ser restabelecida a pensão do IPERJ, em face do disposto no art. 3º da Lei nº 6.095, de 30-8-74, e nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 7.329, de 21-1-74.

Destarte, se algum ato pudesse ser averbado de ilegal, este seria o do Presidente do Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro que não quis, desde logo, restabelecer o pagamento da pensão estadual.

Não seria demais lembrar que a pensão previdenciária representa um direito decorrente de contribuições obrigatórias, como, no caso, em razão de o Dr. Café Filho ter ocupa-

do o cargo de Ministro do Tribunal de Contas do Estado.

Ademais, a legislação previdenciária estadual, ao que penso, não veda a acumulação de pensão estadual com a pensão especial, concedida pela União.

Assim, falta à autoridade impetrada legitimação passiva para integrar a relação processual, *in casu*.

A propósito, cabe, uma vez mais, a invocação do magistério de Hely Lopes Meirelles, nestes termos:

«Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada.

A impetração deverá ser sempre dirigida contra o agente que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário (...). Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra essa autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado (Rev. Dir. Adm. vol. 73 — págs. 46 e 47)».

É evidente, pois, que o Sr. Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda não tem competência para ordenar o restabelecimento da pensão previdenciária que vinha sendo paga pelo Instituto

de Previdência do Estado do Rio de Janeiro. Conseqüentemente, o ato que mereceria ser atacado seria o da autoridade estadual que não quis restabelecer o pagamento da pensão previdenciária.

Conclui-se, então, que a Justiça Federal não tem competência para apreciar e julgar este feito.

Em face do exposto, anulo o presente processo, *ab initio*, e determino a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado do Rio de Janeiro, através do eminente Sr. Desembargador-Corregedor.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 87.908-RJ — Relator: O Sr. Min. Lauro Leitão. Apelante: Jandyrá Carvalho de Oliveira Café. Apela-dos: União Federal e Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, anulou a sentença, por incompetência de Juízo, e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual (Em 29-9-81 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Peireira de Paiva votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 88.595 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara

Apelante: Empresa Brasileira de Filmes S.A. — EMBRAFILME

Apelado: Fox Film do Brasil S.A.

EMENTA

Tributário. Cinema. EMBRAFILME. «Video-tape». Filmes. Contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica. Lei nº 6.281, de 9-12-1975, artigo 9º, II, artigo 11, parágrafo único. Decreto nº 79.893, de 1977.

I — A contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, prevista no art. 9º, II, da Lei nº 6.281/75 e Decreto nº 79.893/77, é devida em relação a «video-tapes» que reproduzem películas cinematográficas.

II — Interpretação analógica e interpretação extensiva. Distinção. Legítima a aplicação daquela (CTN, art. 108, I), desde que não ocorrente a hipótese inscrita no § 1º. do art. 108, CTN.

III — Recursos providos. Segurança cassada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento aos recursos para o fim de cassar a segurança, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de abril de 1981 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Trata-se de apelação interposta contra sentença concessiva de mandado de segurança contra a cobrança, pela Empresa Brasileira de Filmes S.A. — EMBRAFILME, de Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional, em relação a «video-tapes» importados pela Fox Film do Brasil S.A.

Nas razões do recurso, a apelante, EMBRAFILME, sustenta, às fls. 54/57, que filme e «video-tape» se equivalem. Destarte, para fins de imposição de obrigatoriedade do pagamento da mencionada contribuição, não há que se fazer distinção entre esses processos de projeção de imagens na televisão (Decreto nº 79.893/77, art. 1º). Assim, quando a lei usa a expressão filme, para fins de pagamento da contribuição para

o desenvolvimento da indústria cinematográfica (Lei nº 6.281, de 9-12-75, art. 9º, II, c/c art. 11, parágrafo único) refere-se, também, ao «video-tape», sendo possível, no caso, a aplicação analógica da lei, na sua forma permitida na legislação tributária (CTN, art. 108, I).

Resposta às fls. 62/65, com os documentos de fls. 66/74.

O MP também recorreu (fls. 76/84), mas o seu recurso não foi recebido, por intempestividade (fl. 85).

Contra tal decisão o MP tomou agravo retido (fl. 86).

Nesta Egrégia Corte, oficiou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 89/91, opinando no sentido do provimento do apelo.

Determinei o cumprimento de diligência (fl. 93), o que ocorreu (fls. 95/100).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): Examinado o agravo retido de fl. 86, interposto pelo Ministério Público Federal da decisão que não recebeu a sua apelação.

I

Sustento a tese no sentido de que a lei de regência do mandado de segurança, Lei nº 1.533/51, prevê os recursos cabíveis: apelação do indeferimento da inicial e da decisão que concede ou denega o «writ» (Lei nº

1.533/51, art. 8º, parágrafo único, art. 12, parágrafo único). As demais decisões não comportam recurso. Assim, no processo do mandado de segurança não seria cabível o agravo de instrumento, salvo no caso de indeferimento da apelação.

Assim tenho votado, como v.g., no Agravo nº 40.678-SP, de que fui relator, com o apoio dos meus eminentes pares, na antiga 3ª Turma (Ementário TFR 8/54).

No caso, por se tratar de agravo interposto contra decisão que indeferiu a apelação, deve ser conhecido, de consequente.

E dou-lhe provimento.

O MP funciona, no processo de mandado de segurança, como **custos legis**. Nessa qualidade, deve ser intimado pessoalmente, na forma do disposto no art. 236, § 2º, CPC. Ora, se tal intimação só ocorreu em 1-10-79 (fl. 75), apresentado o recurso em 22-10-79 (fl. 76), assim o foi dentro no prazo de que trata o art. 508 c/c art. 188, CPC.

Destarte, provido o agravo, conhecido da apelação interposta pelo Ministério Público Federal, que será apreciada em conjunto com o exame da apelação da EMBRAFILME.

II

Não há dúvida de que a contribuição prevista no art. 9º, II, da Lei nº 6.281, de 7-12-75, por sua característica de compulsoriedade (CTN, art. 3º), tem natureza tributária, pelo que está sujeita ao regime tributário da Constituição e do Código Tributário Nacional.

Ao votar por ocasião do julgamento da AMS nº 90.490-RJ, de que fui Relator, deixei expresso o meu pensamento em tal sentido.

III

Dispõe a Lei nº 6.281, de 9-12-75, art. 9º,

«Art. 9º A receita da EMBRAFILME será constituída por:

.....
 II — contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, devida pelos distribuidores ou produtores, nos casos especificados pelo órgão a ser criado nos termos do art. 2º, calculada na forma do artigo 11;»

.....
 O art. 11 da citada Lei nº 6.281/75, dispõe, a seu turno:

«Art. 11. A contribuição a que se refere o item II do art. 9º será calculada e arrecadada pela EMBRAFILME por título de filme, independentemente do número de cópias, em importância a ser fixada pelo Poder Executivo.

Parágrafo único. Na fixação da contribuição a que se refere este artigo, além de outros fatores, levar-se-á em conta a bitola do filme, a forma de exibição comercial em cinema ou televisão, bem como o período de validade do certificado de censura».

No caso, as partes não põem dúvida quanto à natureza tributária da contribuição, objeto da causa. O que sustenta a impetrante-apelada é que «video-tape» não é filme. Se a contribuição diz respeito a filmes cinematográficos, não seria possível estender a sua incidência sobre «video-tape», mesmo porque a lei tributária não permite a interpretação extensiva ou analógica. Já a impetrada-apelante, EMBRAFILME, argumenta que «video-tape» e filme cinematográfico se equivalem, pelo que seria lícita a interpretação analógica, na sua forma permitida pelo CTN, art. 108, I, já que, no caso, não ocorre a proibição do § 1º do mesmo art. 108, uma vez que o tributo se encontra previsto legalmente, embora não de forma expressa.

Esta a questão a ser decidida.

Ao votar, como vogal, por ocasião do julgamento da AMS nº 84.584-RJ, de que foi Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, dei adesão ao voto de S. Exa., no sentido de que não seria possível a equivalência, para fins de imposição do tributo, entre «video-tape» e filme cinematográfico. Agora, como Relator deste caso e diante das razões expendidas no recurso, dispus-me a reexaminar a questão jurídica em debate.

É o que passo a fazer.

IV

O Código Tributário Nacional dispõe, no seu art. 108, I:

«Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada:

I — a analogia»;

.....
Está-se a ver, de conseguinte, que, na ordem jurídico-tributária brasileira, a interpretação analógica é perfeitamente admissível.

O emprego da analogia só não será possível, acrescenta o CTN, no § 1º, do mesmo art. 108, para exigir tributo não previsto em lei. Assim o § 1º do art. 108:

«§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei».

É que o emprego da analogia, em Direito Tributário, limita-se pelo princípio da legalidade, certo que este cifra-se na exigência *nullum tributum sine lege*.

Assim o magistério de Baleeiro que, após mencionar a oposição manifestada à interpretação analógica, por autores de prol, escreve que tal «contestação já não pode ser sustentada no Brasil depois da vigência do CTN», deixando expresso, todavia, que, «por analogia não podem ser

decretados impostos nem penalidades (CTN, art. 108, § 1º).» («Direito Tributário Brasileiro», Forense, 1970, págs. 384/385).

V

Necessário é distinguir a interpretação analógica, que é admissível, da interpretação extensiva, cuja aplicação o CTN não contempla.

Na interpretação analógica não há a criação de direito novo. O seu uso, ensina Vanoni, com apoio em Binding e Alfredo Rocco, «leva à descoberta de uma proposição jurídica latente, de uma norma fixada pelo legislador, não de maneira direta, mas indiretamente através de sua aplicação à regulamentação de hipóteses particulares, ou de um grupo de hipóteses. Partindo da aplicação especial para a norma geral, chega-se a fazer uso desta, até mesmo para disciplinar casos que não estiveram presentes na consciência do legislador ao ditar a lei, mas, conceitualmente, cabem na mesma ratio que inspirou a norma a ser aplicada por analogia. Não ocorre então a criação de novo direito, mas a revelação do alcance interno de uma norma contida indiretamente na lei». (Ezio Vanoni, «Natureza e Interpretação das Leis Tributárias.» Tradução de Rubens Gomes de Souza, «Edições Financeiras.» Rio, pág. 324).

Depois de mencionar que a interpretação analógica muito se aproxima da interpretação extensiva, o que levou Windscheid a anotar que, «não obstante a diversidade conceitual entre elas, é na prática impossível de distinguir a interpretação extensiva da interpretação analógica», formula Vanoni o conceito distintivo de uma e de outra, ao escrever:

«Muito embora as duas formas de interpretação se entrelacem, na sua aplicação prática, de maneira tão profunda que nem sempre per-

mite verificar onde uma termina e onde começa a outra, é certo que existe interpretação extensiva quando se admite que um determinado fato cabe dentro da norma expressa da lei, ainda que a fórmula usada não corresponda à efetiva compreensão do preceito jurídico: e existe, ao contrário, interpretação analógica quando, ainda que a situação a ser regulada não caiba na norma expressa, todavia cabe no mesmo princípio jurídico revelado por essa norma. Num caso, o intérprete corrige a infeliz formulação da lei, no outro, completa um preceito jurídico, partindo da formulação parcial deste, prevista para regular um caso particular, e chegando à regra geral de direito implicitamente consagrada pela lei» (Ob. cit., págs. 324/325).

A interpretação analógica, em verdade, consiste, simplesmente, no regular de modo igual os fatos de igual natureza, e é neste sentido a lição do clássico Maximiliano, com apoio em Ferrara e Charles Brocher:

«Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico (5). *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* «onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida» era o conceito básico da analogia em Roma (6). O uso da mesma justifica-se, ainda hoje, porque atribui à hipótese nova os mesmos motivos e o mesmo fim do caso contemplado pela norma existente (7).» («Hermenêutica e Aplicação do Direito,» Liv. Freitas Bastos, 8ª ed., 1965, pag. 221).

Por não criar direito novo, e desde que atenta à exigência *nullum tributum sine lege* (CTN, art. 108, § 1º), é perfeitamente admissível, na técnica da aplicação da legislação tributária, a analogia. Não custa, em reforço da afirmativa, lembrar a lição de Rubens Gomes de Souza que está

contida no seu precioso «Compêndio de Legislação Tributária.»

«... é preciso distinguir entre interpretação extensiva e interpretação analógica: a primeira é a que, partindo de um texto de lei, cria uma norma jurídica nova e a aplica a uma situação diferente da prevista na lei; a segunda é a que, partindo de um texto de lei, faz incluir as situações análogas, embora não expressamente referidas no texto. Por conseguinte, a interpretação extensiva não é admissível no direito tributário, porque implica em criar tributos sem lei, o que, como já vimos (§ 13), é proibido até mesmo pela Constituição. Ao contrário, a interpretação analógica é admissível, porque não cria direito novo, mas apenas completa o alcance do direito existente: aliás, se rejeitássemos esta forma de interpretação, voltaríamos a exigir que a lei tributária enumerasse expressamente todos os casos.» («Compêndio de Legislação Tributária, Ed. Resenha Trib.», 1975, pag. 81).

Baleiro dá notícia de que os Tribunais, mesmo antes do CTN, «admitiam analogicamente que o conceito de compra e venda abrangia outros contratos com efeitos econômicos análogos (empreitada, permuta, comodato, etc.) e até alguns que não tinham esse efeito (contrato estimatório, mediação da cooperativa, etc). Recentemente, o STF tem alargado o conceito de «produtos industrializados» para os efeitos da imunidade do art. 23, § 7º, da Constituição, incluindo aqueles não previstos nas tabelas da Lei nº 4.502, de 1964 (Ver STF, Pleno, RMS nº 18.927, B. Monteiro, 5-12-68; Agr. nº 44.070, Trigueiro, 9-12-68, da 1ª Turma; RMS nº 18.810, Cardoso, 20-11-68, 2ª Turma; RMS nº 18.839, Thompson, 3ª Turma; RMS nº 17.954, C. Mota, 21-6-67, RTJ 42/795; e, hoje, a Súmula nº 536, aprovada em 3-12-1969).» («Dir.

Trib. Brasileiro», Forense, 1970, pág. 385).

VI

Mergulhemos no caso sob exame.

A Lei nº 6.281, de 1975, ao criar a contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica, devida pelos distribuidores ou produtores e calculada por título de filme independente do número de cópias (Lei nº 6.281/75, art. 9º, II, c/c art. 11, parágrafo único; Decreto nº 79.893, de 29-6-77, art. 1º), contemplou, expressamente, apenas os filmes cinematográficos. Não há, na lei, em verdade, referência a «video-tape».

Mas o que a lei deseja, a *ratio legis*, é fazer incidir a contribuição não sobre o filme, ou a fita, ou o «tape» (substantivo, em inglês, que se traduz por fita ou filme, conforme o Collins, «Portuguese-English, English-Portuguese», Dictionary, 1972), considerado na sua feição material (celulóide ou plástico, etc.); a finalidade da lei, a *ratio legis*, é incidir a contribuição sobre o título da produção artística registrada no filme, ou na fita, ou no «tape», que é levada à exibição em casas apropriadas, denominadas casas de cinema, ou na televisão.

As casas de cinema utilizam-se do filme, ou da fita, onde estão registradas as cenas, ou a seqüência de imagens; a televisão, o «video tape», que é uma fita aperfeiçoada para a televisão e que registra a mesma coisa, vale dizer, a obra cinematográfica. Quer esteja a produção cinematográfica gravada no filme, ou na fita, ou no «tape» da televisão, assim «video-tape», o resultado é o mesmo, já que o «video-tape» é mera reprodução da película cinematográfica.

Essa identificação — e não mera assemelhação — entre a obra cinematográfica gravada no «tape» (filme, fita) convencional e no «tape» destinado à televisão, assim «video-tape», foi demonstrada, ao que penso, de forma correta, nas informações da EMBRAFILME.

«Entende-se filme, no sentido material, a película sensível à impressão ótica. Dependendo da técnica da operação, será um filme fotográfico ou cinematográfico, diferenciados, ainda, quanto aos seus efeitos, pela imagem fixa ou em movimento, compreendendo esta última a subdivisão de muda ou sonora.

Os filmes de fotografia e de cinema podem ser em preto e branco ou coloridos. Antigamente eram feitos de nitrato, atualmente de celulóide.

Prepondera, contudo, em relação à palavra filme, o significado de obra cinematográfica.

Quando alguém diz que assistiu a um filme, não está se referindo por certo à película sensível à impressão ótica, mas sim a uma realização artística expressa através da projeção de imagens sensibilizadas na película filmica ou em outro processo, inclusive «video tape».

Quem assiste a um filme, pode tê-lo feito em uma sala de projeção cinematográfica (cinema) ou, na sala de sua própria casa, frente a um aparelho de televisão. Neste último caso, a transmissão originária do estúdio da televisão pode ter ocorrido de uma projeção cinematográfica ou de uma emissão em «tape», isto é, filme cinematográfico convertido em «video tape».

Um filme pode ser assistido ainda em sistema «video-cassete», quer dizer, nem cinema, nem televisão.

Trata-se, portanto, de um mesmo filme-obra cinematográfico, divulgado por diferentes sistemas e meios de veiculação» (fl. 30).

VII

Então, se o resultado é o mesmo — inclusive o resultado econômico — quer esteja a produção cinematográfica gravada no «tape» (filme, fita) convencional, ou no «tape» da televisão («video-tape»), ou se o conceito do primeiro abrange o conceito do segundo, por isso que o efeito deste é análogo ao daquele, é perfeitamente possível fazer incidir a contribuição sobre o título do «video-tape». Em assim procedendo, simplesmente estamos, a partir do texto da lei, fazendo incluir uma situação análoga, embora não expressamente referida no mencionado texto da lei (interpretação analógica) e, não, a partir do texto da lei, criando uma norma jurídica nova e a aplicando a uma situação diferente da prevista na lei (interpretação extensiva). Noutras palavras, nada mais se faz, com tal modo de aplicar a lei, senão reviver a sábia parêmia que consubstanciava o conceito básico da analogia do Direito Humano: *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou, na nossa língua: «onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida».

Tal modo de aplicação da lei, esclareça-se, não afronta a ordem jurídico-tributária nacional. Ao contrário, ajusta-se ao disposto no art. 108, I, CTN, por isso que não ocorre a hipótese inscrita no § 1º do mesmo dispositivo legal. É que, no caso, o emprego da analogia não re-

sulta na exigência de tributo não previsto em lei.

VIII

Por derradeiro, esclareça-se que os documentos juntados às fls. 73/74, oriundos de órgãos burocráticos da Administração (Diretor da Divisão de Fomento ao Filme Nacional e Diretor do Departamento do Filme de Longa metragem) não têm a extensão que lhes é emprestada pela apelada, mesmo porque expedidos anteriormente à edição da Lei nº 6.281, de 9-12-1975 (os documentos de fls. 73/74 estão datados de 10-4-1973 e junho/1974), assim expedidos com finalidade outra que não o pagamento ou incidência da contribuição inscrita no art. 9º, II, da Lei nº 6.281/75).

IX

Com tais considerações, dou provimento aos recursos e caso a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 88.595-RJ — Rel.: O Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Remte.: Juiz Federal da 7ª Vara. Apte.: Empresa Brasileira de Filmes S.A. EMBRAFILME. Apda.: Fox Film do Brasil S.A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento aos recursos para o fim de cassar a segurança (Em 29-4-81. 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Romildo Bueno de Souza e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Mário Velloso.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 88.990 — SP

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza
 Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara
 Apelante: União Federal
 Apelada: Volkswagen do Brasil S.A.

EMENTA

Tributário. Transporte de Cargas. ISTR. Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75.

A prestação do serviço de transporte constitui fato gerador do ISTR (art. 68, I, do CPC).

No transporte rodoviário de carga própria, realizado em veículo próprio, para entrega, não ocorre fato gerador, por inexistir a prestação de serviço de transporte a terceiros, como negócio ou profissão, como atividade remunerada.

Inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 1.438/75. AMS nº 89.825-RS. Relator, Sr. Ministro Carlos Mário Velloso. T. Pleno 9-12-82 (DJ 10-3-83).

Apelação desprovida.

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, 16 de março de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente (art. 89, § 2º, RI) — Ministro Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Volkswagen do Brasil S.A. impetrou mandado de segurança de caráter preventivo por temer venha a lhe ser exigido pelo Delegado da Receita Federal em São Paulo o recolhimento de imposto sobre serviços de

transporte rodoviário intermunicipal e interestadual de passageiros e cargas, fato que configura ilegalidade e ofensa a direito da impetrante, uma vez que, utilizando veículos próprios, efetua transporte rodoviário de cargas também próprias (mercadorias ou bens) destinadas à comercialização posterior.

A sentença do MM. Juiz Federal da 8ª Vara de São Paulo (fls. 37/40), depois de afastar «a preliminar de ilegitimidade de parte argüida pelo impetrado» (sic), afinal concedeu a segurança.

Para assim concluir, teve por inconstitucional o art. 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75, que extravasa os termos do art. 21, VII da Constituição e desconsidera, malgrado o disposto no art. 18, § 1º, da mesma Lei Maior, o teor dos arts. 68, I, e 70 do Código Tributário.

Subiram os autos para o reexame necessário é, bem assim, em virtude de apelação interposta pela União

Federal (fl. 42), regularmente processada.

Oficiou o Ministério Público, em parecer do Procurador da República, Dr. Ronaldo Bomfim Santos, com a aprovação do ilustre Subprocurador-Geral, Dr. João Boabaid de Oliveira Itapary.

Vieram-me os autos conclusos por distribuição em 28-8-81 (fl. 59); incluídos em pauta do dia 11-11-81, sustei o julgamento por ter sido suscitado procedimento incidente de inconstitucionalidade na AMS nº 89.825-SP, do qual foi Relator o Senhor Ministro Carlos Mário Velloso.

Decidida como já se acha aquela prejudicial, desimpedido resulta o julgamento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Senhor Presidente, o v. Acórdão de 9 de dezembro de 1982, do E. Plenário, acolhendo a argüição da prejudicial, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 1.438, de 26 de dezembro de 1975 (Arg. de Inconstitucionalidade na AMS nº 89.825-RS; Rel. Ministro Carlos Mário Velloso, DJU, 10-3-83, pág. 2350).

Prevaleceu, naquela oportunidade, o entendimento esposado pela sentença, ou seja, o de que a norma constitucional (art. 21, VII), ao empregar a expressão «serviços de transporte», restringiu o âmbito ou extensão da atividade apta a concretizar o fato imponible. Acentuou-se, bem assim, que, atento ao preceito do art. 18, § 1º, da Carta Constitucional, o Cód. Tributário, coerente com a regra do seu art. 110, corretamente

se conteve nos limites que lhe foram demarcados, tanto que em seu art. 68 não fugiu à consideração da prestação de serviços de transporte de pessoas, bens, mercadorias e valores como suposto fático de incidência do tributo.

Convenceu-se, por isso, o E. Tribunal de que o art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.438/75, citado, excedeu os limites da permissão constitucional, ao erigir como fato suficiente para encadear a relação de débito tributário o «transporte, em veículo próprio ou afretado», de «mercadorias ou bens destinados à comercialização».

II

Em face do que assim foi já decidido, resta, apenas, ter em vista que não emerge dúvida, no caso sub judice, quanto a se tratar de pretensão restrita a obstar a tributação que se quer fazer incidir sobre transporte rodoviário, por veículos próprios, de bens e mercadorias da própria impetrante, como bem salientado pela sentença concessiva da segurança.

Ante o exposto, para confirmá-la, nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 88.990-SP — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara. Apelante: União Federal. Apelada: Volkswagen do Brasil S.A.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento à apelação (16-3-83 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Armando Rollemberg participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 90.332 — SP

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Apelante: Luiz Sérgio Barreiros Montez

Apelado: Conselho Regional de Farmácia — CRF

EMENTA

Mandado de segurança. Efeitos patrimoniais. Decadência. Necessidade de argüição.

Tanto a decadência como a prescrição só devem ser decretadas pelo Juiz mediante provocação da parte, pois essa é a regra contida nos arts. 219, § 5º do CPC, e 166, do C.C, à exceção apenas dos casos que não tenham por objeto direitos patrimoniais. A respeito leiam-se os arts. 2º, 128, 2a. parte, e 220, do CPC. Recurso provido para arredar os empecos prejudiciais ao exame de mérito do «writ».

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso do impetrante, a fim de que o Dr. Juiz julgue o mérito do «writ» afastada a preliminar de decadência, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 31 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite** (Relator): Apreciando o mandado de segurança, impetrado por Luiz Sérgio Barreiros Montez contra ato do Presidente do Conselho Regional de Farmácia, em São Paulo, o Dr. Homar Cais, da 8ª Vara Federal, denegou a ordem ressalvando ao impetrante as vias ordinárias (fl. 35).

O impetrante pretende a sua inscrição na categoria de oficial de farmácia, por ser possuidor de título le-

galmente expedido pelo SENAC e por força do art. 14, alínea b, da Lei nº 3.820/60. Enquanto isso, o Conselho impetrado recusou o pedido, porque o curso do SENAC não seria oficialmente reconhecido.

A sentença achou que a impetração teria sido ajuizada a destempo, pois se o ato impugnado for aquele aposto no verso do diploma do impetrante, dista, no tempo, mais de cinco anos. E se houve novo pedido, este somente pode ser considerado como reconsideração.

«... impediende da devolução ao impetrante do prazo para a utilização da via mandamental» (fl. 34).

Em recurso, o impetrante comenta a sentença, sem abordar, contudo, a intempestividade do «writ» (fls. 37/42). Na ausência de contrarrazões, subiram os autos ao Tribunal, onde a Subprocuradoria-Geral da República foi pela confirmação da sentença apelada (fl. 59).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Evandro Gueiros Leite** (Relator): Lê-se, na petição

inicial, que o impetrante recebeu a comunicação do indeferimento do seu pedido, pelo Conselho, em 21 de outubro (fl. 2). No verso do seu Certificado de Habilitação Profissional completa-se a data, correspondente ao ano de 1974 (fl. 11 e verso), enquanto a impetração é de 1980.

Daí por que a sentença não examinou o mérito, apreciando apenas o fato da intempestividade, pois a partir do cancelamento da inscrição do impetrante até o ajuizamento do mandado de segurança mais de cinco longos anos se passaram. Se, no entanto, continua a sentença, tratar-se de novo requerimento, isto é, o que deu lugar ao indeferimento atual, mesmo assim, o segundo pedido somente poderia ser tido como reconsideração, também impeditivo da devolução do prazo ao impetrante para uso da via mandamental.

É de ver-se, porém, que a questão decadencial não veio a ser suscitada nas informações ou no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, omissão que nos levaria a ignorar a extinção do processo sob tal enfoque, pois o pedido não é alheio a direito patrimonial. Sendo assim, não pode o Juiz, *data venia*, conhecer de ofício da decadência e decretá-la, tampouco, por causa dos impedimentos legais (CPC, art. 219, § 5º). Para mim, o art. 220, do CPC, quis submeter, igualmente, a prescrição e a decadência à mesma regra, qual a de que a extinção do processo, pela superveniência de u'a dessas causas, somente operará mediante provocação (CPC, art. 128, 2ª parte), salvo não se tratando de direitos patrimoniais. O art. 128, 2ª parte, impede o Juiz de conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. E o art. 220 estende a regra do art. 219, § 5º, a todos os prazos extintivos previstos na lei. Assim já decidi, *mutatis mutandi*, no Mandado de Segurança Originário nº 98.392-DF.

Nesse sentido também a melhor doutrina e a jurisprudência selecionada, a saber: Doutrina — a) Ulderico Pires dos Santos, *Sistematização e Exegese dos Prazos no Novo Processo Civil*, págs. 99/101 — Ed. Forense, 1974; b) Alexandre de Paulo, «Código de Processo Civil Anotado», vol. I, págs. 551/563 — Ed. Revista dos Tribunais, 1980, 2ª Edição; c) Pontes de Miranda, «Comentários ao Código de Processo Civil» — Tomo III, págs. 224/260, Companhia Editora Forense, 2ª edição, 1974. Jurisprudência — AC nº 54.764-RJ, AC nº 43.976-RJ, AC nº 55.885-RS, AC nº 54.457-RS, AC nº 69.905-RJ e AC nº 51.350-SP.

Quanto ao mais que foi examinado na sentença, ou seja, ser a matéria de fato controvertida, assim não entendo, pois já temos decidido muitos casos desta natureza em mandado de segurança, examinando os mesmos documentos, que são, em princípio, o certificado de habilitação profissional do interessado e a decisão indeferitória do Conselho; em cada caso, tudo à luz da legislação aplicável.

Sendo caso, pois, de extinção do processo, mas com possibilidade de reexame da matéria, dou provimento ao recurso do impetrante, a fim de que o Dr. Juiz julgue o mérito do «writ».

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 90.332-SP — Rel.: O Sr. Min. Evandro Gueiros Leite. Apte.: Luiz Sérgio Barreiros Montez. Apdo.: Conselho Regional de Farmácia — CRF.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do impetrante, a fim de que o Dr. Juiz julgue o mérito do «writ», afastada a preliminar de decadência (Em 31-5-83 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José Cândido e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasional-

mente, o Sr. Min. William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Evandro Gueiros Leite.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.056 — BA

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro

Apelante: INAMPS

Apelada: Ana Lúcia Figueiredo de Carvalho Mendonça

Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara — BA

EMENTA

Administrativo. Servidora autárquica. Ascensão para a categoria funcional de médico, nível superior.

A contratação de servidor autárquico há mais de 6 anos, sob o regime da CLT, inclusive com referências escalonadas, não pode ser considerada como prestação de serviços, a título precário. Assim sendo, não cabe à Administração impugnar a inscrição de candidato que preencha todas as exigências para o processo seletivo de ascensão funcional.

Incabível, na espécie, a condenação em honorários advocatícios. (Súmula 512 do STF).

Apelação a que se dá parcial provimento.

ACORDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer da remessa, para excluir da condenação os honorários, e dar parcial 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, 22 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: Trata-se de mandado de segurança

impetrado por Ana Lúcia Figueiredo de Carvalho Mendonça, laboratorista do INAMPS, contra ato do Diretor Regional de Pessoal da referida autarquia, que indeferiu o seu pedido de inscrição para o processo seletivo de ascensão funcional, sob a alegação de que a sua admissão se dera a título precário.

Encontra-se a inicial instruída com os documentos de fls. 8/32, sendo o pedido processado com liminar na forma do despacho de fl. 34.

Requisitadas informações, prestou-as o impetrado, intempestivamente, após a sentença. (fls. 46/51).

Opinou o Ministério Público Federal pela concessão da medida. (fls. 37/38).

Concedeu o MM. Juiz a quo a segurança para garantir à impetrante a inscrição pleiteada, com confirma-

ção da liminar. Condenou, ainda, a autarquia previdenciária na verba honorária de Cr\$ 20.000,00 (vinte mil cruzeiros) e no reembolso das custas. (fls. 40/44).

Inconformada, apelou a autarquia, fazendo juntar as razões de fls. 60/62.

Pelo não provimento da apelação, salvo no particular aos honorários advocatícios, manifestou-se, nesta instância, a douta Subprocuradoria em parecer do ilustre Procurador da República, Dr. Nelson Parucker, aprovado pelo Exmo. Sr. Subprocurador-Geral, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. (fls. 67/68).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Com base no Decreto nº 85.645, de 20-1-81, que regulamentou o instituto da ascensão funcional criado pela Lei nº 5.645/70, baixou o DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), em 4-8-81, a Instrução Normativa nº 119, esclarecendo que para concorrer ao processo seletivo o servidor deveria atender aos seguintes requisitos:

«a) não estar enquadrado na primeira referência da classe inicial da carreira funcional a que pertença, salvo se essa localização tenha decorrido de transformação ou transposição do cargo ou emprego respectivo, a que concorreu originariamente, ou de reestruturação da categoria funcional;

b) não ter sido transferido ou movimentado há menos de dois anos à data de encerramento das inscrições para o processo seletivo;

c) comprovar, à data da inscrição, a escolaridade exigida para o ingresso na categoria funcional a que concorra, na forma prevista no ato de estruturação do respectivo Grupo». (item 3.2 — fl. 20).

Verifica-se que a impetrante, ora apelada, comprovou o atendimento das exigências acima previstas.

A alegação de que seria ela contratada, a título precário, improcede diante de seu contrato de trabalho, assinado em março 1975, para prestar serviços como laboratorista. (fl. 14). O serviço para o qual foi contratada, conforme assinala o ilustre Magistrado prolator da sentença recorrida, «não é temporário e sim uma atividade de caráter permanente; nem é função de natureza técnica especializada. Nada indica que o vínculo empregatício entre o INAMPS e a impetrante tenha caráter provisório, temporário, precário». (fl. 43).

Ademais, a impetrante é servidora do INAMPS há mais de seis anos, transpondo, assim, um longo período, inclusive com referências escalonadas, para que se considere como simples estágio, mesmo que precária fosse a sua admissão.

Ressalte-se, ainda, que o servidor autárquico celetista não está impedido de concorrer ao processo seletivo para a ascensão funcional, conforme dispõe o § 4º do art. 11 do Decreto nº 85.645/81, no sentido de que os servidores concorrerão a todas as vagas, qualquer que seja o seu regime jurídico.

Por outro lado, é a própria autarquia quem afirma no item 4 das razões oferecidas à fl. 62, que a Administração através do Aviso nº 1, anexo à Circular nº 64, de 2-8-81, permitiu, como especial concessão, a inscrição para ascensão funcional, do servidor a título precário. Portanto, ainda que se admitisse o contrato de trabalho da impetrante como prestação de serviços, a título precário, estaria ela agora amparada também pelo mencionado expediente.

Ante o exposto, ressaltando como indevida a condenação em honorários advocatícios, face ao enunciado da Súmula nº 512 do STF, conheço

da remessa e da apelação do INAMPS, dando-lhe parcial provimento, nos termos deste voto.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 95.056-BA — Rel.: O Sr. Min. Hélio Pinheiro. Apte.: INAMPS. Apda.: Ana Lúcia Figueiredo de Carvalho Mendonça. Remte.: Juízo Federal da 3ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu da remessa, para excluir da condenação os honorários e deu parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Ministro-Relator. (Em 22-11-83 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Mins. Carlos Madeira e Ademar Raymundo.

Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.272 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: INPI

Apelante: Plásticos Decorativos Sereia Ltda.

EMENTA

«Propriedade industrial. Revogação de despacho deferitório de pedido de registro da marca «Baby-bag», destinada a assinalar bolsas e frasqueiras para portar material de bebês — Legitimidade do ato, considerando que, no caso, se trata, efetivamente, de decisão anulatória e não revogatória, tomada antes da expedição do certificado de registro, ao fundamento de que a denominação registrada incidia na proibição do art. 65, item 20, do CPI, disposição que é aplicável, também, às expressões em idioma estrangeiro, necessárias ou comuns, desde que tenham relação com o produto a distinguir.

A medida impugnada, além disso, se ajusta aos princípios que asseguram a proteção internacional da propriedade industrial (Convenção de Paris de 1883, revista em Haia, em 1925), alicerçando-se, ainda, mais especificamente, no item 10 do art. 65 acima mencionado — Segurança cassada».

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento, em parte, à apelação para, mantida, embora, a sentença, facultar ao INPI a instauração de procedimento regular para a prática do ato impugnado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo par-

te integrante do presente julgado. Sustentação oral: Dr. Erasmo Stutz, pelo apelado.

Custas como de lei.

Brasília, 15 de dezembro de 1982 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Leio o relatório da sen-

tença que dá notícia exata da contro-
vêrsia posta nos autos:

«Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Plásticos Decorativos Sereia Ltda., contra ato do Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, objetivando a restauração do deferimento de registro de marca.

Alega a impetrante que, em 2-7-79, depositou a marca «Baby-bag» sob o nº 017, 345, na classe 25, a qual, depois, achada conforme, sem anterioridade ou colidências, com publicação de viabilidade de registro, sem oposição de terceiros, foi deferida, mediante publicação na Revista da Propriedade Industrial nº 480, de 2-1-80.

E acrescenta:

«Estava, assim, completado o processo de registro da marca, decorrido o prazo para recurso, sem que o houvesse, e satisfeita a última prestação que corresponde à requerente, qual seja, o pagamento das taxas finais, restando, conseqüentemente, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial a expedição do certificado de registro, nos termos do artigo 83, do Código da Propriedade Industrial. Tanto isto é verdade que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial expediu a Certidão de Andamento nº 2.358, de 4 de julho de 1980, (doc. 8), mencionando o fato de que faltava apenas a expedição do certificado.

Inusitadamente, a Revista da Propriedade Industrial nº 549, de 28 de abril de 1981, publica à página 174, (doc. 9), a revogação do despacho de expedição do certificado, «para reexame da matéria»; à página 359, (doc. 10), a revogação do despacho de deferimento, também «para reexame da matéria», e, à página 351, (doc. 11), o «indeferimento do pedido, com ba-

se no artigo 65, item 20, do Código da Propriedade Industrial».

Assim, julgando-se lesada em seu direito líquido e certo à obtenção do registro, com a revogação dos despachos de deferimento, espera a concessão da segurança para restabelecer o registro em questão.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 13/26.

Pagas as custas (fl. 27) e indeferida, implicitamente, a liminar, foram requisitadas as informações, afinal recebidas e juntadas às fls. 31/35.

Alega a autoridade impetrada que a revogação do ato concessivo do registro deveu-se a irregularidades ocorridas no respectivo processamento. E que a impetrante não chegou a adquirir qualquer direito líquido e certo; primeiro porque o processo de concessão não chegou a se completar, por falta de publicação do ato de expedição e entrega do certificado; e, em segundo lugar, porque, se o INPI poderia proceder à revisão administrativa prevista no art. 101 do CPI, depois de concluído, com mais razão pode anular os atos írritos ocorridos no curso do processo.

E acrescenta:

«Conclui-se, do exposto, que, como o processamento do pedido da impetrante não estava ainda completado, poderia o INPI, como fez, anular atos já nele praticados, sem ter de prosseguir no processo com a edição de outros atos que, previamente, já saberia ser ilegais e, portanto, nulos. Daí, por outro lado, a demonstração de que não houve violação de qualquer direito líquido e certo da impetrante.

Se do ponto de vista de oportunidade processual estão corretos os atos impugnados, tal correção também se verifica do aspecto ma-

terial, pois é certo que a expressão «Baby-bag», pretendida registrar como marca pela impetrante, descreve o próprio produto a ser assinalado, pelo que o registro contrariaria o art. 65, item 20, do CPI, in verbis:

«Art. 65. Não é registrável como marca:

.....
 20. nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, «salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva».

Através de tal dispositivo, é evidente, a lei visa a impedir a apropriação, a título exclusivo, de denominações de uso genérico, comum ou vulgar, que tiverem relação com os artigos ou serviços a serem assinalados pela marca, salvo se esta apresentar suficiente forma distintiva, o que não se verifica no caso dos autos, em que as palavras que compõem a expressão foram trazidas a registro sob aspecto puramente nominativo».

Aberta vista ao Ministério Público Federal, opinou pela denegação da segurança (fl. 43)».

O MM. Juiz proferiu decisão concedendo a segurança, assim fundamentada:

«Ao que se apura dos autos, a impetrante obteve deferimento do registro «Baby-bag», através do Processo Administrativo nº 017.345, cuja tramitação obedeceu a todos os requisitos legais, com a indispensável publicação de viabilidade, sem oposição de terceiros. Depois de concluído o procedimento, sem qualquer vício de forma (pelo menos não foi apontado nenhum) a autoridade impetrada revogou tal deferimento, por entender só então, que a referida marca é irre-

gistrável, face ao disposto no artigo 65, item 20, do Código de Propriedade Industrial.

É certo que à Administração Pública não se pode negar a faculdade de revogar os seus atos administrativos inconvenientes, ou anulá-los, quando eivados de nulidade. Mas isso, advirta-se, quando ocorrem tais pressupostos.

Relativamente à revogação, somente ocorre com os atos administrativos lícitos, porém inconvenientes, ou inoportunos, sob o ponto de vista do mérito administrativo, e desde que não tenham gerado quaisquer direitos para os administrados. Já no que tange à anulação, esta sim, não somente pode como deve ser decretada, enquanto não prescrita a faculdade, porque do ato administrativo nulo não emana nunca direito subjetivo.

No caso vertente, concluído como já estava o procedimento, com observância de todos os requisitos legais, embora ainda não consolidado o registro por falta de expedição do respectivo certificado, o impetrado não podia revogar o deferimento já manifestado, por simples arbitrio pessoal. Por outro lado, a anulação do mesmo, seja durante o inter processual, seja depois, no prazo previsto no artigo 101, § 1º, do Código de Propriedade Industrial, é perfeitamente admissível, desde que apurada a ilegalidade que a justifique.

Entretanto, o motivo apontado pela autoridade impetrada, qual seja, a violação do disposto no artigo 65, item 20, do referido diploma legal, não justifica a anulação impugnada pela impetrante.

Com efeito, a expressão composta, «Baby-bag», com a qual a impetrante pretende identificar os seus produtos, não incorre na proibição prevista no artigo 65, item 20, do Código de Propriedade Industrial,

eis que não é de uso necessário, comum ou vulgar, e nem descreve tais produtos, de modo a incidir na censura legal. A única razão que poderia justificar a recusa do registro seria a colidência com marcas precedentes, mas isso não ocorreu, no caso, conforme apurado no procedimento administrativo.

Aliás, nem seria lisonjeiro para o bom nome do órgão rever, sistematicamente, os registros já aprovados, sob pretexto de falta de atenção ou inadvertência no exame dos pressupostos legais, na ocasião própria.

Ante o exposto;

considerando que inexistente, no caso, qualquer motivo de conveniência ou oportunidade, capaz de justificar a revogação do ato administrativo que aprovou o pedido de registro; e considerando que não foi apontada nenhuma ilegalidade que justifique a decretação de nulidade do ato;

concedo a segurança para que seja o deferimento do registro da marca «Baby-bag», revigorado em nome da impetrante Plásticos Decorativos Sereia Ltda., na forma do pedido.

Condeno o impetrado na reposição das custas judiciais. Custas ex lege».

Houve apelação do INPI, a impetrante apresentou contra-razões, e, nesta instância, a Subprocuradoria opinou pela reforma da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): O parecer da Subprocuradoria, da lavra do Dr. Paulo Sollberger, contém análise aprofundada da questão posta à nossa apreciação.

Ei-lo:

«Insurge-se a impetrante contra decisão do Senhor Presidente do INPI que indeferiu pedido de registro da marca «Baby-bag», destinada a assinalar, na classe 25, bolsas e frasqueiras.

2. O ato veio «revogar» (sic) despacho anterior deferitório do pedido de registro.

3. É que, após o recolhimento da retribuição relativa à expedição do certificado de registro, mas antes que o mesmo fosse expedido (art. 83 e seus parágrafos do CPI), entendeu o INPI que a denominação registrada incidia na proibição do art. 65, item 20, do CPI, circunstância que o levou a reexaminar sua decisão para anulá-la.

4. Com efeito, em que pese o uso (equivocado) do termo «revogação», trata-se, na verdade, de decisão anulatória e não revogatória, pois a autoridade impetrada, ao «revogar» (sic) seu ato anterior, não o fez por motivo de conveniência ou oportunidade, mas por entendê-la expedida ao arrepio da lei.

5. A publicação do ato sob a denominação de «revogação» não lhe transmuda a natureza, que é de ato anulatório. Aliás, Miguel Reale, em sua obra «Revogação e Anulamento do Ato Administrativo», diz ser comum o uso do termo «revogação» em sentido genérico, para incluir também a anulação. Eis o que, no particular, escreveu o festejado mestre:

«22. Anulamento e revogação, já o disse: são institutos que facilmente se confundem, tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive porque, assim no Brasil como no estrangeiro, persiste o emprego impreciso do termo revogar em sentido genérico, para indicar o ato pelo qual a Administração cassa outro ato seu,

quer por vício de legalidade, quer por motivos de conveniência ou oportunidade, ou seja, por motivos de mérito, tomado este termo na acepção estrita que lhe atribuo» (Edição Forense, página 70).

6. Impõe-se, data venia, ressaltar e deixar claro que o ato impugnado não veio anular registro concedido, o que só seria possível pela via do procedimento especial previsto no art. 101 e seus parágrafos do CPI. É que a concessão do registro só se verifica com a expedição do certificado, que é o ato terminativo do processo administrativo (arts. 83 e 85 do CPI).

7. A propósito dessa questão, que tanta celeuma suscitou no passado, pedimos vênia para anexar à presente, cópia de brilhante parecer emitido pela douta Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, cuja conclusão destaca:

«A revisão administrativa, por fim, também pressupõe praticado o ato administrativo final, que é a expedição do certificado de registro. A própria sistemática recursal do Código indica que à revisão não antecede o certificado, cuja expedição, permita-se repetir o artigo 83 — deve dar-se depois de decorrido o prazo de recurso, ou decidido este, e de paga a retribuição».

8. Considerando, pois, que «os atos administrativos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, podem ser anulados pela própria Administração» sem que deles decorra qualquer direito (Súmula nº 473 do STF), resta examinar — como fez, aliás, a sentença — a decisão deferitória do registro, posteriormente anulada, para verificar se a mesma padecia realmente do vício apontado.

9. Entende o INPI que a expressão «Baby-bag» descreve o próprio

produto a ser assinalado (bolsas e frasqueiras para portar material de Bebês), pelo que o registro contraria o disposto no art. 65, item 20, do CPI, verbis:

«Art. 65. Não é registrável como marca:

.....

20. nome, denominação, sinal, figura, sigla ou símbolo de uso necessário, comum ou vulgar, quando tiver relação com o produto, mercadoria ou serviço a distinguir, salvo quando se revestirem de suficiente forma distintiva».

10. Conforme esclarece o INPI, através de tal dispositivo, visa a lei «a impedir a apropriação, a título exclusivo, de denominações de uso genérico, comum ou vulgar, que tiverem relação com os artigos ou serviços a serem assinalados pela marca, salvo se esta apresentar suficiente forma distintiva, o que não se verifica no caso dos autos, em que as palavras que compõem a expressão foram trazidas a registro sob aspecto puramente nominativo».

11. Em um ou dois casos anteriores, manifestamos nossa opinião no sentido de que a proibição em tela dirige-se às palavras da língua portuguesa, não às denominações em idioma estrangeiro.

12. Apoiamos nosso entendimento na lição de Allart, o qual, estudando a questão face idêntico dispositivo da lei francesa, ensina que a marca constituída por tradução em língua estrangeira de palavra descritiva do produto, satisfaz às condições exigidas para sua validade, «exceptuando os casos em que a palavra estrangeira seja usual na França para designar o produto a que a marca se aplica» (apud Gama Cerqueira, Privilégio de Invenção e Marcas de Fábrica e

de Comércio, Vol. II, págs. 119/120, ed. Livraria Acadêmica, 1930).

13. Assim, por exemplo, «Hamburger» seria irregistrável como marca para sanduíche, não propriamente por sua condição de palavra de língua inglesa, mas por se tratar de denominação usualmente empregada no Brasil para designar um tipo de sanduíche, permanecendo livres para registro as expressões e denominações estrangeiras sem essa característica.

14. Contudo, meditando mais profundamente sobre o assunto, modificamos nossa opinião.

15. Antes do mais, cumpre notar que o ensinamento de Allart data de mais de meio século, quando não se imaginava as transformações radicais pelas quais o mundo viria passar em tão pouco tempo, a ponto de constituir-se hoje nessa «aldeia global», a que se refere Marshal MacLuhan.

16. Sob o impacto da notável expansão do comércio internacional e do incrível desenvolvimento dos meios de comunicação, televisão à frente, cada dia novas palavras estrangeiras vão se incorporando ao idioma nacional, a ponto de ser facilmente previsível, a longo prazo, a existência de uma espécie de linguagem natural, comum a todos os povos.

17. Palavras como «royalty», «marketing», «merchandizing», «open market», «overnight», até bem pouco tempo somente utilizadas por alguns iniciados, são hoje comumente empregadas, senão na linguagem do povo, pelo menos por uma significativa parcela da população brasileira.

18. O fenômeno, que ocorre especialmente com as palavras da língua inglesa, não deve ser ignorado. A palavra estrangeira, hoje desconhecida, poderá transformar-se amanhã em palavra de uso co-

mun, incorporada ao nosso vocabulário.

19. Diante disso, parece-nos que a norma do art. 65, item 20, do CPI, deve aplicar-se, também, às denominações estrangeiras, necessárias ou comuns, desde que tenham relação com o produto a distinguir.

20. A solução acima impõe-se, ainda, diante dos princípios que asseguram a proteção internacional da propriedade industrial.

21. O grande surto industrial que caracterizou o século passado, determinando a expansão do comércio interno das nações e o incremento do comércio internacional, levou os legisladores de vários países a se preocuparem com a situação jurídica dos estrangeiros no que se refere a alguns dos direitos da propriedade industrial.

22. De início surgiram em determinados países leis sobre patentes de invenção e marcas de fábrica e comércio, adotando o princípio de assimilação dos estrangeiros aos nacionais, período a que se seguiu a fase dos tratados bilaterais, ambos os sistemas ressentindo-se do mesmo inconveniente básico representado pela ausência de princípios comuns que vigorassem em todos os países.

23. Desse estado de coisas, escreveu Gama Cerqueira, «surgiu a idéia de se reunirem os países interessados numa União para a proteção da propriedade industrial regida por uma convenção que consagrasse os princípios essenciais da proteção e assegurasse, de modo uniforme, sem prejuízo da legislação interna de cada país, um mínimo de garantias em favor das pessoas beneficiadas. Outra vantagem que a prática desse sistema revelou foi a influência exercida pelos princípios convencionais nas leis dos países aderentes, orientando-as

no sentido da uniformização de muitas de suas normas» («Tratado da Propriedade Industrial», Vol. II, Tomo II, Parte III, pág. 409).

24. Essa união para proteção da propriedade industrial concretizou-se pela Convenção de Paris, de 1883, revista em Haia, em 1925.

25. O art. 2º da Convenção fixou o princípio da assimilação aos nacionais dos cidadãos pertencentes a cada um dos países contratantes, ao dispor:

«Os cidadãos de cada um dos países contratantes gozarão em todos os demais países da União, no que concerne à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as respectivas leis concedem, atualmente, ou vierem posteriormente a conceder, aos nacionais, tudo isso sem prejuízo dos direitos especialmente previstos pela presente Convenção».

26. Por outro lado, no que se refere particularmente às marcas, estabelece a Convenção, em seu art. 6º:

«Qualquer marca de fábrica ou de comércio, registrada regularmente no país de origem, será admitida ao depósito e protegida nos demais países da União, tal como foi registrada».

27. Nesse artigo, a Convenção dispôs sobre a «revalidação» das marcas registradas nos países da União, devendo a marca ser admitida e protegida «tal como foi registrada» (Gama Cerqueira, *id. ib.*, pág. 440).

28. Ora, a marca brasileira constituída por expressão necessária ou descritiva em língua estrangeira, desde que relacionada com o produto a distinguir, dificilmente obteria sua «revalidação» em qualquer dos países da União e, certamente, não o logaria no país de

cujo idioma foi extraída a palavra ou expressão que compôs a marca.

29. Com efeito, o mesmo art. 6º, item 2º, prescreve que poderão ser recusadas ou invalidadas:

«As marcas desprovidas de qualquer carácter distintivo, ou compostas exclusivamente de sinais ou de indicações que possam servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, valor, o lugar de origem dos produtos ou a época da produção, ou que se tiverem tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio do país em que é reclamada a proteção».

30. É previsto notar que a Convenção, além de assegurar, de modo uniforme, sem prejuízo da legislação interna de cada país, um mínimo de garantias em favor dos estrangeiros, revelou, na prática, a vantagem de influenciar as leis dos países contratantes, orientando-os no sentido da uniformização de muitas de suas normas.

31. Desaconselhável, portanto, se apresenta todo e qualquer critério de interpretação que, frustrando os objetivos do sistema, permita a existência de marca registrada no país de origem que não possa ser aceita para registro em outro país da União.

32. Assim, diante dessas razões, entendemos irregistrável a marca Babybag, que descreve os artigos que pretende assinalar, quais sejam, bolsas e frasqueiras para portar artigos de bebês.

33. O registro da marca em tela encontra óbice, não apenas no item 20, do art. 65, do CPI, como também, mais especificamente, no item 10, do mesmo dispositivo, *verbis*:

«Art. 65. Não é registrável como marca:

10. denominação simplesmente descritiva do produto, mercadoria ou serviço a que a marca se aplique, ou ainda, aquela que possa falsamente induzir indicação de qualidade ou procedência».

É o parecer, portanto, pela cassação do «writ».

Procedentes que considero as alegações feitas na peça lida, adoto-as como razões de decidir, para votar pela reforma da sentença e cassação da segurança.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Sem querer convencer os ilustres Ministros que acabaram de votar, mas prestando esclarecimentos sobre o voto que proferi, quero acrescentar que o art. 101 do Código de Propriedade Industrial estabelece poder a concessão de registro ser revista administrativamente quando infringido o disposto nos arts. 62, 64, 65, 66 e 76. O § 1º estabelece que o processo de revisão somente poderá ser iniciado dentro do prazo de seis meses contado da concessão do registro. Ora, no caso, o registro não chegara a ser concedido, porque não completada a concessão com expedição do certificado. Conseqüentemente, o processo não chegara ao seu fim. Estava, portanto, ainda, sob apreciação da Administração, quando esta reviu o seu ato, tendo em conta o convencimento, que se fez, de que dito registro contrariava a lei. Por essa razão, não tive como ofendido, na hipótese, o disposto no art. 101 do Código de Propriedade Industrial.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, conheci-

da é a minha opinião, nesta Egrégia Corte, a respeito da anulação do ato administrativo pelo INPI e que aqui é chamado, de modo equívoco, de revogação.

Em verdade, o que se tem, no caso, é anulamento do ato por injuridicidade. Sustento que esse anulamento só pode ocorrer no «due process of law» estabelecido no Código de Propriedade Industrial, artigo 101.

Quando do julgamento da AMS nº 95.043-RJ, de que fui Relator, e em que se discutiu matéria semelhante, disse eu, ao votar:

«Revogação e anulamento constituem formas distintas de invalidação do ato administrativo pela Administração: enquanto a revogação é o desfazimento do ato administrativo por motivo de conveniência ou oportunidade, o anulamento dá-se quando o ato está marcado pelo vício da ilegalidade. No primeiro caso, devem ser respeitados os direitos adquiridos; no segundo, vale dizer, no caso de anulamento, não há falar em direitos subjetivos, por isso que do ato ilegal não se originam direitos. Em qualquer caso, todavia, poderá ser pedida a tutela jurisdicional. É exatamente em tal sentido a Súmula nº 473, da Corte Suprema:

«A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial».

III

In specie, tem-se, em verdade, anulamento do ato administrativo e não revogação, não obstante o uso inadequado da palavra revogação por parte do INPI (fls. 65/66).

É que, conforme esclarecido nas informações, «a ilegalidade do ato anulado, como se vê do documento nº 2, em anexo, estava em que o mesmo deferira um pedido de registro de marca que era irregistrável, por incidir na proibição prevista no item 20 do artigo 65 do Código de Propriedade Industrial ...» (fl. 61).

Depois de transcrever o artigo 65, item 20, do CPI, acrescentam as informações (fl. 62):

.....

«Ora, no caso, a marca «Lancette», pretendida pela ré, visando a assinalar, entre outros instrumentos médicos, «Lancetas descartáveis, é o próprio nome de uso comum e necessário do artigo principal que assinalaria, tanto assim que, tal artigo, e só ele, vem expressamente indicado pela interessada no formulário em que pediu o registro e que ela, autora, juntou à sua petição inicial como documento nº 1.

Essa marca, pois, só poderia ser registrada se, como se lê na parte final do dispositivo legal acima transcrito, tivesse sido apresentada com «suficiente forma distintiva», condição, *sine qua non* que não satisfiz, pois foi trazida a registro sob forma meramente nominativa.

10. Assim é que, verificando a tempo que a marca pleiteada era irregistrável, exercitou o impetrado o poder-dever de anular o ato de deferimento, que já fora emanado, o de viabilidade, que àquele dera causa, embora saindo o novo ato sob a denominação genérica de «revogação», que, no entanto, não lhe transmuda a natureza, que é de ato anulatório, pois fundado em vício de legalidade».

.....

IV

O que cumpre indagar é se poderia a administração anular o seu ato, depois que deferira o pedido de registro, sem observância do devido processo legal do art. 101, CPI. É que o CPI, Lei nº 5.772, de 1971, estabelece, no seu artigo 101:

«Art. 101. A concessão do registro poderá ser revista administrativamente quando tenha infringido o disposto nos artigos 62, 64, 65, 66 e 76.

§ 1º O processo de revisão somente poderá ser iniciado dentro do prazo de seis meses, contado da concessão do registro.

§ 2º Da notificação do início do processo de revisão correrá o prazo de sessenta dias para a contestação, devendo a decisão ser proferida em igual prazo.

§ 3º Da decisão caberá recurso no prazo de sessenta dias».

Quer dizer: concedido o registro, a invalidação do ato, por anulamento, pela Administração, só poderá ocorrer num devido processo legal, chamado de processo de revisão, que somente poderá ser iniciado dentro de seis meses contados da concessão do registro (art. 101, § 1º), notificado o interessado da instauração do processo, que poderá apresentar defesa, em sessenta dias (art. 101, § 2º), proferindo-se a decisão em igual prazo (art. 101, § 2º), sendo tal decisão recorrível (art. 101, § 3º).

O INPI, apelante, argumenta que o anulamento poderia dar-se sem esse devido processo legal, por isso que o registro não fora ainda concedido. Escreve (fl. 63):

.....

«12. Não procede, pois, a alegação da autora de que só através da revisão administrativa, prevista no artigo 101, § 2º, do CPI, poderia o

impetrado cassar o registro, eis que ainda não havia registro constituído. Como não procedem, também, pelas mesmas razões os argumentos de que o impetrado já esgotara a sua jurisdição (pois que ainda estava em pleno curso) e de que «o ato impugnado se prende a uma mudança de critério da Administração, no tocante à apuração das chamadas marcas evocativas», pois, quanto a isto, já ficou demonstrado que, *in casu*, a marca não é apenas evocativa, mas praticamente, o próprio nome do principal artigo a ser assinalado».

A sentença, todavia, sustenta que, deferido o pedido, após o exame prévio, não pode mais a administração furtar-se ao dever de expedir o certificado, desde que paga a devida retribuição (CPI, art. 83); então, deferido o pedido, o ato só poderá ser revisto, por motivo de injuridicidade, através do procedimento próprio, na forma do art. 101 do CPI. É que, da decisão deferitória, nasce o direito ao registro.

V

A sentença está correta.

O certificado de registro é mera formalização do ato administrativo concessório do registro, condicionada a sua expedição ao transcurso do prazo para o recurso ou, se interposto este, após a sua decisão, e desde que paga a retribuição devida (CPI, art. 83, e seu § 1º).

Assim, concedido o registro, segue-se o prazo de recurso de sessenta dias (CPI, art. 79, § 5º); não interposto este, ou, se interposto, após a sua decisão, e desde que paga a retribuição devida (CPI, art. 83 e seu § 1º), não resta ao INPI outra alternativa senão a de expedir o certificado. É a lei que, no caso, baliza o comportamento da Administração, sem prejuízo, aliás, para esta, por isso que, se

pretender anular o seu ato, por injuridicidade, poderá instaurar, imediatamente à formalização do ato concessório do registro, vale dizer, imediatamente após a expedição do certificado, o «due process of law» estabelecido (CPI, art. 101, e §§).

É neste sentido, aliás, o decidido pela Egrégia 6ª Turma, na REO nº 92.280-RJ, Relator o Sr. Ministro José Dantas, cujo Acórdão está, por cópia, às fls. 95/100.

Decidiu, então, esta Egrégia Turma, na mencionada AMS nº 95.043-RJ:

«Administrativo. Propriedade Industrial. Registro. Anulamento. Devido processo legal. CPI, Lei nº 5.772, de 1971, artigos 79, § 5º, 83, § 1º, e 101, §§ 1º, 2º e 3º.

I — O Certificado de Registro (CPI, art. 83) é mera formalização do ato administrativo concessório do registro, condicionada a sua expedição ao transcurso do prazo para o recurso ou, se interposto este, após a sua decisão, e desde que paga a retribuição devida (CPI, art. 79, § 5º, c.c. art. 83 e seu § 1º). Destarte, concedido o registro, o ato só poderá ser invalidado, pela própria Administração, por motivo de injuridicidade, assim anulado, com observância do «due process of law» estabelecido no art. 101 e parágrafos, do CPI, Lei nº 5.772/71.

II — Recurso desprovido».

Diante de todo o exposto, verifica-se que não foi correto o ato do INPI, ao anular o ato administrativo sem observância do devido processo legal estabelecido no art. 101, do CPI.

O recurso do INPI, todavia, deve ser provido, parcialmente, para ensejar à autarquia apelante, após a expedição do Certificado de Registro, com observância dos dispositivos inscritos no CPI, a instauração do devido processo legal (CPI, art. 101).

No caso, ao que posso apreender, os autos propiciam decisão no sentido do provimento parcial do apelo, exatamente como faço.

Com estas breves considerações, e com a vênia devida ao eminente Ministro-Relator, cujas opiniões temos o costume de respeitar, dou provimento parcial ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Sr. Presidente, também penso que não é dado ao poder público escolher livremente entre revogar ato administrativo ou anulá-lo, ou, ainda, declarar a respectiva nulidade. A atuação da Administração Pública não se define pelo título com que o administrador a designa; mas, no caso de que se cuida, de rever ato anterior, pela natureza dele.

No caso que ora examinamos, vemos que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial deixou de observar o devido processo legal para a anulação do registro que já havia sido deferido. Assim, como que ignorando fases anteriormente preclusas do procedimento administrativo, agiu como se estivesse inteiramente livre para decidir, *ex novo*, da oportunidade e da adequação do ato já praticado.

Em outra ocasião, tive ensejo de salientar que seria desejável que a lei, de modo expresso, dispusesse so-

bre as preclusões no âmbito da atividade administrativa. Naquela oportunidade, contudo, ressalvei que, de qualquer forma, a aplicação analógica de disposições legais contidas no sistema normativo leva à conclusão semelhante, tal como o caso presente muito bem exemplifica.

Por isso, peço respeitosa vênia a V. Exa., Sr. Ministro-Relator, para dar provimento à apelação, limitando-me, porém, tal como o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, a manter a situação existente: dou parcial provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 95.272-RJ — Rel.: O Sr. Min. Armando Rollemberg. Apte.: INPI. Apdo.: Plásticos Decorativos Sereia Ltda.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, que acolhia por inteiro o recurso para cassar a segurança, deu provimento em parte à apelação para, mantida embora a sentença, facultar ao INPI a instauração de procedimento regular para a prática do ato impugnado. Sustentação oral: Dr. Erasmo Stutz, pelo apelado. (Em 15-12-82 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 96.773 — PR

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda
 Apelante: Prefeitura Municipal de Andirá
 Apelado: IAPAS

EMENTA

Tributário e constitucional. Contribuições previdenciárias. Prefeitura municipal.

1. As contribuições previdenciárias, que têm natureza parafiscal, ou especial, pertencem ao gê-

nero tributo — CTN artigos 5 e 217. Não se classificam como impostos. Estes constituem espécie distinta, definida no art. 16 do CTN como exação cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

2. A imunidade tributária prevista na Constituição Federal art. 19, III — alcança apenas a espécie tributária imposta, não dizendo respeito, por consequência, às demais espécies tributárias.

3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, para confirmar a sentença recorrida, de acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, 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 Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Assim a sentença relatou e decidiu a questão (fls. 41/42):

«Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Município de Andará, como pessoa jurídica de Direito Público Interno, através do seu bastante procurador constituído nos autos, contra ato do Sr. Superintendente Regional do IAPAS, neste Estado, que está exigindo do impetrante, mensalmente, a importância equivalente a 9,5% sobre a folha de pagamento dos segurados do IAPAS, que prestam serviços àquele Município.

Invoca a entidade impetrante a imunidade constitucional contemplada no art. 19, inciso III, alínea a, da Carta Magna, tendo em vista a natureza tributária daquela contribuição, que assume a característica de um verdadeiro imposto.

Após tecer várias considerações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da tese da imunidade tributária, em relação à contribuição previdenciária, a entidade impetrante procura demonstrar que somente são devidas as contribuições dos seus empregados, mas nunca a sua própria, como empregadora, face à imunidade constitucional invocada.

O pedido veio devidamente instruído com documentos tendentes a comprovar as alegações do impetrante, além do instrumento procuratório.

Solicitadas as informações de praxe, a autarquia previdenciária, em longas e eruditas ponderações, procura demonstrar o conceito de parafiscalidade, que é diverso do tributário, para concluir que as contribuições exigidas das municipalidades têm inteiro respaldo legal, sem colidirem com qualquer preceito constitucional, tornando inócua a pretensão do Município impetrante, consoante jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, que cita e transcreve.

Ouvida, a douda Procuradoria da República, após observar a insuficiência documental da representação do Município impetrante, cita e transcreve decisões referentes à prescrição das contribuições devidas pelos Municípios, opinando, afinal, pela denegação da segurança.

É o relatório. Tudo bem visto e examinado, passo a decidir.

Em se tratando de procuração outorgada pelo Prefeito Municipal, cuja eleição e posse constituem atos públicos e notórios, considero suficiente a representação judicial apresentada.

Quanto ao mérito, descabe a invocação de imunidade constitucional, a que se refere o art. 19, inciso III, alínea a, da carta Magna, eis que não se trata de «imposto», mas de «contribuições». Impostos são aqueles definidos no art. 21 da Constituição Federal, enquanto que as contribuições estão especialmente previstas no art. 21, § 2º, inciso I, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 8, de 1977.

De resto, a imunidade invocada não se aplicaria sobre o montante das folhas de pagamento do Município, visto que não constituem elas parte do patrimônio, da renda ou de serviços, mas de despesas correntes.

Por tais fundamentos e porque as contribuições previdenciárias não são impostos, nem taxas, denego a segurança impetrada».

Apelou a impetrante, reiterando suas razões iniciais (fls. 45/51).

Contra-razões às fls. 53/54.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Nego provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida por seus fundamentos e de acordo com o desenvolvido parecer da Subprocuradoria-Geral da República, verbis:

«Sustenta a impetrante que, mensalmente, é obrigada a recolher a contribuição previdenciária incidente sobre os pagamentos efetuados a seus empregados e que parte desta obrigação é por ela suportada com os seus recursos financeiros, face à sua condição de empregadora.

2. Reputa ilegal a exigência fiscal, ao argumento de que a contribuição previdenciária é tributo e, no seu caso, trata-se de um verdadeiro «imposto», pois, efetuando o pagamento, nada dele auferem, especialmente os benefícios enumerados nos arts. 22, I, 69, I, e 23 da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS e do qual está imune, a teor do art. 19, inciso III, alínea a, da CF.

3. A respeitável sentença, denegatória do remédio heróico, há de prosperar.

4. A teor da melhor doutrina e jurisprudência, a contribuição previdenciária tem conotação tributária (é tributo).

5. Todavia, emprestar-lhe a qualidade de «imposto» à procura de abrigo sob o manto constitucional da imunidade, barreira ao legislador ordinário, é infundado esforço, por falta de respaldo legal, isto porque a própria Constituição em seu art. 21, § 2º, item I, estabelece:

«A União pode instituir:

I — contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista a intervenção no domínio

econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais».

6. E no inciso XVI do art. 165 está previsto o direito dos trabalhadores à Previdência Social, com custeio mediante contribuição da União, do empregador e do empregado.

«A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

XVI — Previdência Social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado.»

7. Como se vê, a contribuição previdenciária é tributo instituído pela própria Constituição Federal, em caráter triplíce, isto é, dividida em três partes: uma a cargo do empregado, outra a cargo do empregador e a última a cargo da União e classificada como contribuição social ou parafiscal, não se confundindo com os «impostos», enumerados exclusivamente no Código Tributário Nacional - CTN, em seu art. 17:

«Os impostos componentes do sistema tributário nacional são exclusivamente os que constam deste título, com as competências e limitações nele previstas».

8. Ademais, os impostos existentes no direito indígena estão perfeitamente enumerados, definidos e previstos nos arts. 18, e § 5º, 21, incisos I até IX e § 1º, 23, incisos I e II e 24, incisos I e II da CF e no CTN.

9. Neste sentido, brilhante a lição de Ruy Barbosa Nogueira, in Curso de Direito Tributário, Sarai-va, 1980, pág. 168:

«Os tributos são distintos e individualizados dentro do sistema Tributário Nacional. Não podem ser confundidos ou misturados porque isto ofenderia não só a ordem constitucional, mas a própria qualificação jurídica dos fatos (geradores) constantes do CTN».

10. E no art. 16 do CTN está a definição de imposto:

«Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte».

11. **Data venia**, à luz dessa definição, não pode a contribuição previdenciária ser tida como imposto, vez que a própria Constituição Federal a vincula a uma atividade concreta, isto é, ao custeio dos encargos da Previdência Social (art. 21, § 2º, I e art. 165, XVI). Imposto é tributo não vinculado a qualquer atividade estatal e a contribuição em foco não se apresenta com roupagem idêntica. Logo, não é imposto.

12. A doutrina e a jurisprudência, por seu turno, não têm considerado a contribuição previdenciária como imposto.

13. **Fábio Fanucchi** ensina:

«A contribuição parafiscal é uma contribuição, espécie do gênero tributos e apenas isto. Não se deve procurar nela características de outros tributos, que não tem, depois que a Constituição adotou a figura com caracteres diversos da própria contribuição de melhoria, a outra subespécie da espécie contribuições». («Curso de Direito Tributário», Vol. I, 4ª Edição, fl. 106.)

14. O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 86.456-SP, entendeu:

«A contribuição previdenciária não é imposto. Ao seu pagamento, como empregadores, estão obrigados os Municípios ou Prefeituras Municipais, nos termos da legislação especial, e, conseqüentemente, respondem pela cobrança das dívidas dela proveniente.» DJ de 11-6-80.

15. Pelo brilhantismo, cabe a transcrição do voto do eminente Relator, Ministro Wilson Gonçalves:

«Quanto ao mérito, a tese sustentada pela impetrante e encampada, em parte, pela sentença recorrida, traz profundas inovações no campo do Direito Tributário Brasileiro.

Para a Prefeitura-suplicante, a contribuição previdenciária é, ao mesmo tempo, imposto e taxa, figura híbrida desconhecida do Direito Tributário Positivo, sendo imposto a parte suportada pelo empregador e taxa a recolhida em nome do empregado.

A decisão recorrida, da lavra do Dr. José Pereira Gomes Filho, após dissertar sobre temas originais em matéria tributária ainda não transformados em lei, incide em certa contradição, pois que ora considera a contribuição previdenciária um imposto, ora declara que a contribuição parafiscal é espécie do gênero tributo (fl. 54).

Tendo a respeitável sentença aplicado à espécie o art. 19, III, letra a, da Carta Constitucional, é lógico que, por fim, resolveu considerar como «imposto» a contribuição previdenciária.

Reza o citado art. 19:

«É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

- I —
- II —

III — instituir imposto sobre:
a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros».

Não é possível confundir os conceitos de «tributo» e de «imposto», face aos ensinamentos da doutrina tributarista e aos textos dos arts. 5º e 16 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25-10-1966).

Define este último dispositivo:

«Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte».

A própria sentença reconhece que «tributo vinculado» não pode ser considerado «imposto» (fls. 53/54). E a contribuição previdenciária tem finalidade específica, vinculada à Previdência Social.

A prova maior de que o legislador não admitia a conceituação da «contribuição previdenciária» como imposto é que a incluiu, no Código Tributário Nacional, por força do Decreto-Lei nº 27, de 14-11-66, exatamente porque pertence à espécie denominada «contribuições parafiscais», até então não contempladas no CTN (Aliomar Baleeiro, «Direito Tributário Brasileiro», 7ª edição, Forense, 1975, pág. 569).

É jurisprudência tranqüila e reiterada do Egrégio Tribunal Federal de Recursos no sentido de que os Municípios ou as Prefeituras Municipais, como empregadores, estão obrigados ao pagamento das contribuições previdenciárias, nos termos da legislação especial, e, conseqüentemente, à cobrança das dívidas delas provenientes (AC nºs 41.990, 46.255 e 47.533-SP, Rel.: Min. Carlos Mário Velloso, DJ de 26-4-79,

22-2-80 e 2-4-80; AC nº 34.158-SE, Rel.: Min. Moacir Catunda, DJ de 6-10-78; e AC nº 34.386, Rel.: Min. Torreão Braz, DJ de 2-3-79).

É evidente que a impetrante não tem o direito líquido e certo invocado na impetração. A imunidade do art. 19, III, a, da Constituição Federal, não compreende as contribuições previdenciárias, pois que abrange exclusivamente os impostos.

«Previdência Social — Contribuição — Prefeitura.

Não estão as Prefeituras Municipais imunes à cobrança das contribuições previdenciárias.» AC nº 51.115-SP.

16. De tudo que ficou exposto, resulta inquestionável a obrigação de a impetrante, considerada empregadora pela Lei nº 3.807/60, art. 4º — LOPS, recolher a parte que lhe toca nas contribuições previdenciárias incidentes sobre as Folhas de Pagamento dos seus empregados, visto que dela não está imune, por não se tratar de impos-

to, mas de contribuição social ou parafiscal, destinada a custear os encargos de Previdência Social, a teor do art. 165, XVI, da Constituição Federal, onde está explícita a participação obrigatória dos empregadores.

17. Pelo desprovimento do apelo.

É o parecer.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 96.773-PR — Rel. O Sr. Min. Moacir Catunda. Apte.: Prefeitura Municipal de Andará. Apdo.: IAPAS.

Decisão: «Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso voluntário, para confirmar a sentença recorrida, de acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República». (Em 20-6-83 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator, os Srs. Mins. Sebastião Reis e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Moacir Catunda.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.093 — DF

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara

Apelantes: Conselho Nacional de Direito Autoral — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD

Apelados: Empresa Cinematográfica São Luiz Ltda. e outros

EMENTA

Mandado de segurança. Direito autoral. Lei nº 5.988/78. CNDA. Resolução nº 25. Venda de ingressos. Tabela única.

— A Lei nº 5.988/78, ajustando, no campo de sua previsão, a função do Estado aos parâmetros constitucionais, regulou a matéria relativa a direitos autorais de modo amplo e abrangente, inclusive aquela de que cuida o Decreto-Lei nº 980/69, pertinente a obras litero-musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos em cinemas ou executados nos intervalos das sessões cinematográficas.

— Ab-rogação do Decreto-Lei nº 980, de 1960.

Validade do ato impugnado expedido pelo Conselho Nacional de Direito Autoral no uso de atribuições específicas, insitas no artigo 117, item IV, «de fixar normas para a unificação dos preços pagos e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais». O objetivo legal é de unificar os preços relativos aos direitos em comento. E, justamente, para concretizá-lo é que o ECAD elaborou a Tabela Única, seguindo as normas ditadas através da Resolução nº 24, de 1981, do CNDA. O sistema inaugurado pela lei torna, assim, incompatível com ela qualquer legislação anterior que disponha sobre cobrança de segmentos de direitos autorais.

— Apelações providas.

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 às apelações para reformar a sentença remetida e casar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 28 de novembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Antônio Torreão Braz**, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Empresa Cinematográfica São Luiz Ltda., Empresa Cinematográfica Sorocaba Ltda., Empresa de Cinemas Alberto Stape Ltda., Empresa Cinematográfica Umuarama Ltda., Empresa Cinematográfica Cianorte Ltda., Exibidora e Programadora Cinematográfica Ltda., Empresa Cine Universo Ltda., Araújo & Passos Ltda., Empresa Cinematográfica Americana Ltda., Empresa Cinematográfica Rolândia Ltda., Empresa Cinematográfica

Apucarana Ltda., Empresa Cinematográfica Lençóis Paulista Ltda., Empresa Cinematográfica Maringá Ltda., EMCIPA — Empresa Cinematográfica Peduti & Passos Ltda., Empresa Jundiáense de Cinemas, Empresa Marabá de Cinemas Ltda., Empresa Cinematográfica Santo André Ltda., Empresa Cinematográfica Cine Center Ltda., Cine Emacite S.A., Comercial Cinematográfica Jeanne Ltda., Delfim S.A. — Contur, Cine Saionara Ltda., Círculo Operário Caxiense Ltda., Cine Embaixador S.A., Joaquim Macedo, Maria J. P. Carvalho, Walmor Poltosi Hamilton Grassi e União dos Exibidores Sul Brasil S.A. — UNIBRÁS, impetram, perante o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA — Resolução nº 25/81 — alegando, em síntese: que o Direito Autoral é objeto da Lei nº 5.988/73; que, sendo exibidores cinematográficos, sempre pagaram os direitos autorais consoante o Decreto-Lei nº 980/69, que dispõe sobre a cobrança dos mesmos nas exibições cinematográficas, limitando o aludido preço na proporção de 0,5% sobre o produto da venda dos ingressos, sem qualquer oposição do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD — e

que o ingresso padronizado, sobre o qual se realiza o cálculo da percentagem devida foi regulamentado pelo Decreto-Lei nº 1.891/81; que, em 19-10-81, foi publicada a Resolução nº 25 do CNDA que homologou a Tabela Única elaborada pelo ECAD «para cobrança dos preços relativos aos direitos de autor e aos que lhe são conexos, decorrentes da utilização das obras intelectuais que define», fixando a taxa em 3,5% sobre a renda da bilheteria; que o ato impugnado é ilegal, uma vez que o CNDA, através de uma simples Resolução, não pode modificar o texto legal, uma vez que, baixada com base em lei geral (Lei nº 5.988/73), estaria a afrontar lei especial (Decreto-Lei nº 980/69), em plena vigência, não tendo sido revogada pela primeira; que, em face do gravame que vêm sofrendo, deverá ser concedida a liminar, como já ocorreu em caso idêntico, suspendendo a execução do ato inquitado de ilegal.

Concedida a liminar (fl. 129). Antes de as informações serem prestadas (fls. 132/140), foram admitidas como litisconsortes ativos Cine Jaraguá S.A., Arno Carlos Gracher, Guarará Cinematográfica Ltda., Tadeu Gliszlzyński, Empresa Cinematográfica Wasilewski Ltda., Margarida Mozer, Sociedade Cinematográfica Palmense Ltda., Domingos Luiz Indústria e Comércio e Madeiras S.A., Carlos Hugo Wolff Von Graffen, Empresa Cine Diversões Santa Catarina S.A., Cine Mogk Ltda., Osvino Lueresen, Cinematográfica Salvatti Ltda., Pécoits, Zanatta & Cia. Ltda., Empresa Cinematográfica Apolo Ltda., Empresa Cinematográfica Paranaíba Ltda., e J. de Souza Cinemas. Foram, entretanto, excluídas do feito, por falta de apresentação do instrumento de mandato as seguintes empresas: Empresa Cine Universo Ltda., Empresa Cinematográfica Cine Center Ltda., Cine Emacite S.A.,

Comercial Cinematográfica Jeane Ltda., Delfim S.A. — Contur, Empresa cinematográfica Campolarguense de Cinemas Ltda., Cine Marver Ltda., Martine & Cia. Ltda., Cine Tapajós Ltda., Fundação Cultural de Curitiba, George Otavio Abud, Cine Fyelva Ltda., Empresa Cinematográfica Oeste Ltda., Angelo Pizinelli Magnani, João Constante & Filhos, Nézio Marchioro Ltda., Ignácio Antonio Agustin, Cine Lanchonete Avenida, Cine Pindorama Ltda., Indústria Klabin de Celulose do Paraná e Cine Teatro Mussi Ltda.

A seguir, sobreveio a sentença de fls. 169/180, que concedeu a ordem em favor das empresas que relaciona.

A par do duplo grau de jurisdição, recorreram o CNDA e o ECAD, com as razões de fls. 184/196 e 199/218, respectivamente.

Contra-razões, às fls. 245/251.

Às fls. 255/256, a Subprocuradoria-Geral da República pede o provimento dos recursos.

As empresas apeladas, às fls. 260/261, pedem desistência da ação, recebendo parecer desfavorável da Subprocuradoria-Geral da República (fls. 263/264).

E o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: A matéria versada nestes autos é idêntica a da AMS nº 98.086-DF, julgada por esta Turma na assentada de 24-10-83, sendo Relator o eminente Ministro Torreão Braz. Naquela ocasião, proferi voto vista a seguir transcrito, que ora ratifico:

«Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Conselho Nacional de Direito Autoral — Resolução nº 25/81 — que homologou a Tabela Única elaborada

pelo Escritório de Arrecadação e Distribuição — ECAD — «para cobrança dos preços relativos aos direitos de autor e aos que lhes são conexos decorrentes da utilização das obras intelectuais que define».

Em suma sustentam as apeladas a ilegitimidade do ato impugnado. Asseveram que, baixada com base na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 — regula os direitos autorais e dá outras providências — estaria a afrontar o Decreto-Lei nº 980, de 20 de outubro de 1969 — dispõe sobre a cobrança de direitos autorais nas exhibições cinematográficas. Enfatizam que este último diploma legal, de caráter especial, encontra-se em plena vigência, não tendo sido revogado pelo primeiro, que é lei geral.

Assim, a controvérsia reside em saber se subsiste ou não o citado Decreto-Lei nº 980, de 1969, em face do advento da Lei nº 5.988, de 1973.

O ilustre Relator dá pela abrogação. Aduz Sua Excelência: «A par da duvidosa constitucionalidade desse diploma, por incursionar em área privativa dos titulares da obra artística, parece-me evidente a sua abrogação pela Lei nº 5.988, de 14-12-1973. Esta regula inteiramente a matéria concernente aos direitos autorais inclusive os decorrentes de exhibições cinematográficas, não sobrando espaço para a sua sobrevivência, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil».

Também cheguei à idêntica conclusão, ao exame da legislação em confronto. Igualmente afigura-se-me óbvio que a pefalada Lei nº 5.988/73, ajustando, no campo de sua previsão, a função do Estado aos parâmetros constitucionais, regulou a matéria relativa a direi-

tos autorais, de modo amplo e abrangente, inclusive aquela de que cuida o Decreto-Lei nº 980/69, pertinente a obras litero-musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos em cinemas ou executados nos intervalos das sessões cinematográficas. Outro entendimento, na realidade, não induz a leitura do seu texto.

Daí por que não prospera a arguição de ilegalidade do ato impugnado.

Ao invés, expediu-o o Conselho Nacional de Direito Autoral — «órgão de fiscalização, consulta e assistência no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos» (art. 116) — no uso de atribuição específica, insita no art. 117, item IV, de «fixar normas para a unificação dos preços pagos e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais».

O objetivo legal é de unificar os preços relativos aos direitos em comento. E, justamente, para concretizá-lo é que o ECAD elaborou a Tabela Única, seguindo as normas ditadas através da Resolução nº 24, de 1981, do CNDA. O sistema inaugurado pela lei torna assim, incompatível com ela qualquer legislação anterior que disponha sobre cobrança de segmentos de direitos autorais, como na hipótese».

Em assim sendo, dou provimento às apelações para reformar a sentença remetida, em ordem e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 98.093-DF — Rel.: Min. Miguel Jerônimo Ferrante — Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara, Aptes.:

Conselho Nacional de Direito Autoral — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD — Apdos.: Empresa Cinematográfica São Luiz Ltda. e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento às apelações para reformar a sentença remetida e

cassar a segurança. (6ª Turma — Em 28-11-83).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Torreão Braz e Wilson Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.073 — DF

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelantes: União Federal e Adalberto Mascarenhas e outros

Apelado: Jardim Goiás Empreendimentos S.A.

Remte: Juízo Federal da 2ª Vara

EMENTA

Sociedade anônima. Ações ordinárias de companhias fechadas. Direitos de cada classe de ações. Imodificabilidade por deliberação da Assembléia Geral, sem a prévia concordância da unanimidade dos titulares das ações atingidas.

Nas sociedades cujo capital é constituído de classes de ações ordinárias nominativas, a alteração dos direitos conferidos a uma classe, se não for regulada no estatuto, há de contar com a prévia concordância da unanimidade dos acionistas da classe. Não pode a Assembléia Geral decidir sobre a modificação dos direitos de uma classe, sem o pressuposto daquela concordância. Pode o estatuto regular a hipótese, prevendo a tomada da decisão dos acionistas da classe por maioria. O que não pode é subsumir na vontade da Assembléia Geral a vontade dos acionistas da classe atingida. Trata-se de restrição à soberania da Assembléia Geral, prevista no parágrafo único do art. 16, da Lei nº 6.404, de 1976. A regulamentação exigida é defensiva dos interesses do grupo de acionistas, submetendo a vontade da Assembléia Geral à vontade do grupo. Se a Assembléia Geral Extraordinária da companhia modificou direitos conferidos a uma classe de ações, sem a prévia concordância dos respectivos titulares, é nula a deliberação.

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, 13 de maio de 1983 (Data do julgamento) — Ministro **Carlos Madeira**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Carlos Madeira** (Relator): Para alterar dispositivo estatutário que regula a eleição da Diretoria pelos membros do Conselho de Administração, foi convocada Assembléia Geral Extraordinária da «Jardim Goiás Empreendimentos S.A.», a qual compareceram todos os acionistas. A proposta de alteração estatutária foi aprovada pelo voto de 75,5% dos acionistas, atendendo-se, **quantum satis**, à exigência do art. 30 do estatuto, notadamente quanto aos direitos assegurados à classe das ações, no que concerne ao quorum mínimo de acionistas que representam 70% do capital votante e a aprovação de no mínimo 2/3 de acionistas com direito a voto.

Em consequência dessa alteração, os Diretores Geral e Comercial passaram a ser eleitos pelos membros do Conselho de Administração escolhidos pelas ações da Classe A, e os Diretores Financeiro e Administrativo, pelos membros escolhidos pelas ações da Classe B.

Votaram contra a proposta da alteração do estatuto 24,5% dos acionistas.

Apresentada a ata a registro e arquivamento, esses acionistas vencidos a impugnaram, postulando a sustação e, posteriormente, o cancelamento do registro, alegando não ter havido concordância unânime dos acionistas da Classe B de ações atingidas, o que contraria o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 6.404, de 1976. De outra parte, a previsão constante do art. 30 do estatuto social da impetrante não atende à ressalva desse dispositivo legal.

A Junta Comercial do Estado de Goiás desacolheu a impugnação e determinou o arquivamento da ata.

Inconformados, os acionistas minoritários recorreram ao Ministro da Indústria e do Comércio, e o Diretor-Geral do Departamento Nacional do Registro do Comércio deu provimento à inconformação, para reformar a decisão da Junta Comercial e cancelar o arquivamento da ata da Assembléia Geral Extraordinária da empresa.

Contra esse ato, a empresa impetrou mandado de segurança, alegando que, ao concluir pela ocorrência de vício de vontade dos acionistas que participaram da Assembléia, a autoridade impetrada extrapolou de suas atribuições, que dizem respeito apenas à verificação formal da observância das prescrições legais nos atos constitutivos e de reforma estatutária das sociedades comerciais. As questões abordadas nas razões de decidir são de alta indagação jurídica, cuja apreciação é da competência do Poder Judiciário.

A autoridade impetrada, em sua decisão, infringiu princípios de direito procedimental, uma vez que, limitando-se a Junta Comercial de Goiás ao exame dos aspectos formais da ata da Assembléia, não cabia à instância superior decidir sobre o mérito do que nela se contém, invadindo área de jurisdição da Junta Estadual.

A impetrante sustenta a legalidade das decisões tomadas pela Assembléia Geral Extraordinária, porquanto, para alteração do estatuto na parte que regula a diversidade de classes de ações, há previsão estatutária, independentemente do consentimento de todos os titulares das ações atingidas, em consonância a **contrario sensu**, com a regra do parágrafo único do art. 16 da Lei nº 6.404, de 1976.

O Juiz deferiu a liminar requerida, e a autoridade impetrada informou que o ato impugnado foi baixado com base em normas que proíbem o arquivamento de documentos que transgridam a lei. Explicita a informante que, no estatuto da impetrante, as ações ordinárias são divididas em ações Classe A e ações Classe B, cabendo aos acionistas desta última classe, entre outros privilégios, o de elegerem o Diretor-Geral da empresa. A supressão desse privilégio, por via de alteração estatutária, não foi devidamente regulamentada no estatuto, de modo que, para tanto, devia ser observada, pela Assembléia, o disposto no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 6.404, que exige a unanimidade dos acionistas da classe para aquele fim. Como a decisão da Assembléia foi tomada apenas por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso manifestado contra o arquivamento da Ata, na Junta Estadual.

Em parecer que complementa as informações, foram sustentadas as mesmas razões, aduzidas as preliminares de impropriedade do remédio e a inocorrência de direito líquido e certo a amparar por via do «writ».

Admitidos como litisconsortes, os acionistas minoritários sustentaram haverem sido praticados dois atos sociais contrários à lei, quais sejam, a decisão da Assembléia Geral que alterou o estatuto, para modificar as vantagens originariamente outorgadas às ações ordinárias Classes A e B, e a deliberação do Conselho de Administração dos acionistas da Classe A que elegeu o Diretor-Geral da empresa com apenas 50% dos votos.

Tecendo considerações sobre o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 6.404 e batendo-se pela competência da autoridade impetrada para denegar ou cancelar o arquivamento dos atos manifestamente ilegais, pediram a denegação da ordem.

Também pela denegação, opinou o Dr. Procurador da República.

Por sentença, o Juiz Federal Ilmar Nascimento Galvão rejeitou as preliminares de impropriedade do remédio e de inocorrência de direito líquido e certo suscitadas pela autoridade impetrada, bem como as alegações da inicial de que a decisão impugnada invadiu a esfera do Poder Judiciário e suprimiu a primeira instância na apreciação do mérito da questão. Concedeu afinal o mandado de segurança, por entender que a Assembléia se conteve nos limites das atribuições que lhe conferem o estatuto, e que são condizentes com a lei, constituindo o ato impugnado violação de direito líquido e certo da impetrante.

Sentença remetida.

Apelou a União Federal.

Apelaram os litisconsortes.

Contra-arrazoou a impetrante.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A impetrante não fez prova do ato impugnado, nem de sua publicação. Apenas juntou o parecer em que o mesmo se apoiou. Socorreu-a, entretanto, a autoridade impetrada, trazendo, com as informações, cópia do Diário Oficial da União de 5 de maio de 1982, no qual está publicada a decisão.

O mandado de segurança foi impetrado em 18 do mesmo mês e ano.

No mérito, segundo se lê do estatuto da impetrante, o capital social é constituído de ações ordinárias das classes A e B, possuindo cada classe direito de voto em separado para preenchimento dos cargos do Conselho de Administração. A Diretoria é

composta de quatro membros, com as designações de Diretor-Geral, Diretor Financeiro, Diretor Administrativo e Diretor Comercial. Esses diretores são eleitos pelo Conselho de Administração, cabendo aos conselheiros eleitos pelas ações da Classe A escolherem os Diretores Financeiro e Comercial, e os demais, o Diretor-Geral e o Administrativo. Esse direito de voto em separado está previsto no § 1º do art. 17 do Estatuto, assim redigido:

«Art. 17, § 1º — As decisões do Conselho de Administração são tomadas por maioria de seus componentes, salvo na eleição da Diretoria, em que os membros do Conselho eleitos pelas ações da Classe A elegem os Diretores Financeiro e Comercial e os demais, o Diretor-Geral e o Administrativo».

A alteração, pela Assembléia Geral, da distribuição dos direitos de cada classe de ação está prevista no art. 30 do estatuto da seguinte forma:

«Art. 30. As deliberações da Assembléia Geral que visem alterar os estatutos sociais, notadamente a elevação ou redução do capital social, a alteração do objetivo social e a modificação dos direitos assegurados às ações das duas classes, são tomadas com a presença de acionistas que representem no mínimo 70% das ações com direito de voto, em qualquer convocação, sendo necessário para a aprovação o voto afirmativo de pelo menos 2/3 do total dos acionistas com direito a voto» (fl. 26).

Na Assembléia Geral Extraordinária de 15 de dezembro de 1981 foi proposta a alteração do parágrafo 1º do art. 17 do estatuto da impetrante, a fim de que os Diretores Geral e Comercial fossem eleitos pelos membros do Conselho de Administração eleitos pelas ações da Classe A e os Diretores Financeiro e Administrati-

vo, pelos conselheiros eleitos pelas ações da Classe B. A proposta foi aprovada pelos acionistas que detêm mais de 70% do capital votante (fls. 13/14).

Em reunião do Conselho de Administração de 28 de dezembro de 1981, os conselheiros eleitos pelas ações da Classe A destituíram o Diretor-Geral em exercício e elegeram outro. Os conselheiros eleitos pela Classe B, fizeram declaração de voto. Não obstante, o Vice-Presidente, que é eleito pelas ações da Classe B, mas que, na Assembléia Geral, votou pela reforma do estatuto, confirmou o Diretor Financeiro, por conveniência da Administração da empresa (fls. 70/71).

Examinando o recurso da decisão da Junta Comercial do Estado de Goiás, que arquivou a Ata da Assembléia Geral, o parecer acolhido pela autoridade impetrada afirma que, no que respeita à alteração introduzida, há direitos individuais dos acionistas que são imodificáveis pela vontade da maioria, uma vez que o estatuto social não prevê exaustivamente a hipótese.

Sustenta a impetrante, porém, que o estatuto social prevê a hipótese da alteração dos direitos assegurados às classes de ações que ficou evidenciada com o advérbio «notadamente», regulamentando o quorum e o voto de 2/3 do capital votante, para a aprovação da alteração.

Vejamos.

O parágrafo único do art. 16 da Lei nº 6.404 assim dispõe:

«Art. 16. Parágrafo único. A alteração do estatuto na parte em que regula a diversidade de classes, se não for expressamente prevista e regulada, requererá a concordância de todos os titulares das ações atingidas».

Tanto significa que a alteração dos direitos conferidos a uma classe de

ações, se não for regulada no estatuto social, há de contar com a prévia concordância de todos os acionistas da classe. A menos que o estatuto regule o **quorum** para tal deliberação por parte dos acionistas da classe, não pode a Assembléia Geral modificar os direitos que lhes são conferidos, sem que seja previamente aceita a alteração pela unanimidade desses acionistas. De uma ou outra forma, a deliberação prévia é dos acionistas da classe cujos direitos se pretende alterar.

Essa a inteligência do parágrafo único, parte final, do art. 16 da Lei nº 6.404/76.

Modesto Carvalhosa, ao comentar a hipótese, assim resume a opinião dominante:

«Não pode, porém, o estatuto prever que alterações futuras poderão ser feitas independentemente da concordância dos titulares das classes atingidas, ou seja, por maioria dos acionistas com direito a voto. O que pode o estatuto determinar é a modificação futura em si mesma.

Fora das hipóteses substanciais previstas no estatuto, qualquer modificação de direitos ou vantagens dependerá sempre da concordância de todos os titulares da respectiva classe, como já antes mencionado» («Comentários à Lei de Sociedades Anônimas», São Paulo, 1977, 1º Vol., pág. 87).

Philomeno J. da Costa, nas suas «Anotações às Companhias», (São Paulo, 1980), especifica mais detidamente a hipótese:

«Firmada uma classe de ações ordinárias — diz ele — a sua alteração só pode iniciar-se por dois condutos: ou se obedece a via que «for expressamente prevista e regulada» no estatuto, ou se deve obter a unanimidade dos acionistas titulares da classe alcançada. A modificação estatutária faz-se em

duas fases. Na primeira, os acionistas titulares das ações ordinárias da classe modificanda reunir-se-ão em assembléia especial ad instar do que vale como sugestão o disposto pelos arts. 18, parágrafo único, e 136, parágrafo 1º; deliberarão por maioria simples de votos indistintos de todas as ações da classe, se inexistir **quorum** qualificado preestabelecido; se for rejeitada a sugestão, ela fica encerrada; se ela for aprovada, passará para a segunda fase. Nesta, todos os acionistas titulares de ações com direito a voto deliberarão livremente se aceitam ou se rejeitam a alteração sob análise; não a poderão mudar em nada; respeitar-se-á obviamente o **quorum** enunciado de modo geral no art. 135, conforme a ordem da convocação da assembléia geral extraordinária; a deliberação entende-se válida com a apuração da maioria simples, porque não se trata na verdade da aplicação plena do disposto pelo § 1º do art. 136.

Se os acionistas rejeitarem a modificação, nada mais há a fazer, permanecendo inalterado o estatuto; se, ao contrário, a aprovarem, este se entenderá alterado. A única quebra da hierarquia votante repousa na impotência da assembléia maior dos acionistas querer a modificação estatutária, se a assembléia menor a rejeitar» (Vol. I, pág. 288).

Diz adiante o autor:

«A regulamentação das classes impede a sua alteração pela maioria do capital social, mas se desejada pela maioria dos titulares da classe, mesmo facultada no estatuto, depende do consentimento daquela maioria de todo o capital; a regulamentação é defensiva do grupo de acionistas; não é autorizativa geral da mudança, mesmo que prevista estatutariamente» (pág. 289).

Ora, no estatuto da impetrante, as classes de ações ordinárias que constituem o seu capital estão reguladas nos artigos 5º a 11. Mas apenas o art. 7º prevê o direito de voto em separado para preenchimento dos cargos de Conselho de Administração, estabelecendo, no parágrafo único desse artigo, que, havendo conversão de ações de uma classe para outra, por força do que dispõe o parágrafo único do art. 5º, e uma delas vier a representar, na sua totalidade, menos de um terço do capital social, a divisão das ações ficará automaticamente extinta. Nada mais tratou quanto à diversidade de direitos.

Regulando a Assembléia Geral, o estatuto tem a regra do art. 30, já lido. A Assembléia deliberará com o **quorum** de 70% das ações, com direito a voto, e a modificação dos direitos assegurados às ações das duas classes será aprovada com o mínimo de dois terços do total de acionistas.

Não se regulou, em passagem alguma do estatuto, a deliberação prévia dos titulares da classe de ações cujos direitos se vai modificar, que Philomeno da Costa aconselha seja tomada em assembléia especial da classe. O artigo 30 do estatuto regulou simplesmente a deliberação da Assembléia Geral sobre a modificação, deixando de lado o que a lei define como a concordância dos titulares das ações atingidas, que é pressuposto da decisão da maioria dos acionistas da empresa.

E o que aconteceu na Assembléia Geral Extraordinária de 15 de dezembro de 1981 é elucidativo: o edital de convocação alude a que nela se trataria da reforma do § 1º do art. 17 do estatuto, especificamente quanto aos Diretores a serem eleitos por cada uma das classes das ações, através de seus representantes no Conselho de Administração da sociedade. Na reunião, o Vice-Presidente do Conselho de Administração, eleito

pelos titulares de ações da Classe B, propôs a alteração anunciada, que foi aprovada pelo voto de 75,5% dos acionistas com direito a voto. O acionista e conselheiro proponente apresentou a nova redação do dispositivo alterado, que foi também aprovada.

O proponente da alteração, embora pertencente ao grupo de ações que constituem a Classe B, não estava munido de qualquer deliberação dos titulares de ações dessa classe, que o autorizasse a submeter à Assembléia Geral a modificação de direitos. Nem podia fazê-lo sozinho, pois os demais titulares de ações da classe representam 24,5% do capital social.

Na sua valiosa obra, Philomeno J. da Costa recomenda deva ser proscrita a unanimidade na aprovação dos acionistas de cada classe de ações ordinárias à modificação dos seus direitos, para evitar que uma minoria caprichosa dite a solução, o que não é normal nos negócios jurídicos de manifestação de vontade coletiva. Essa proscrição, porém, só pode ser adotada por expressa disposição estatutária. Se não é prevista no documento básico da sociedade, não pode haver manifestação apenas de uma parte do grupo constitutivo da classe, pois a lei a quer unânime.

No caso em exame, as ações ordinárias da Classe B formam 49% do capital social. Se metade da classe, ou seja, 24,5% das ações, não participou de qualquer deliberação, dentro da própria classe, sobre a modificação de seus direitos, não havia como levar à Assembléia Geral a proposta para essa modificação.

O art. 30 regula a decisão da Assembléia Geral e não dos acionistas de cada classe. A decisão da Assembléia Geral, acolhendo a proposta que não foi aprovada pela unanimidade dos acionistas da Classe B, modificando radicalmente seus direitos,

é, portanto, nula, porque tomada ao arrepio da lei.

Não cabe subsumir na vontade geral da Assembléia, a vontade de uma parcela dos titulares da classe de ações, se não se previu no estatuto a forma da sua manifestação. Trata-se de um ato coletivo, cuja elaboração ou é regulada especificamente no estatuto social, ou só pode ser unânime.

Tem, pois, razão a autoridade impetrada, ao determinar o cancelamento do arquivamento da Ata da Assembléia Geral Extraordinária da impetrante.

Dou provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 99.073-DF — Rel.: O Sr. Min. Carlos Madeira. Aptes.: União Federal e Adalberto Mascarenhas e outros. Apdo.: Jardim Goiás Empreendimentos S.A.» Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para reformar a sentença e cassar a segurança. (Em 13-5-83 — 3ª Turma).

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

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 99.915 — MA

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: José Carlos Bastos Silva

Apelados: Universidade Federal do Maranhão e Francisco Marinho Antunes

EMENTA

Ensino Superior. Pessoal Docente. Aproveitamento de professor-colaborador aprovado em concurso fora da ordem de classificação. Sua possibilidade.

I — Destinando-se a norma transitória do artigo 43 do Decreto nº 84.487, de 1980, às autarquias universitárias federais, sua adoção pelas fundações mantidas pela União depende de resolução de seu órgão dirigente. Só após essa resolução exsurge o interesse legítimo dos professores-colaboradores a serem aproveitados como professores-assistentes.

II — Para o aproveitamento de professores-colaboradores, pode a Universidade servir-se do resultado de concurso público para preenchimento de vagas em seus Departamentos Acadêmicos, tendo em conta tratar-se de competição mais abrangente que o processo seletivo previsto no decreto. O aproveitamento, na hipótese, independe da ordem de classificação, desde que respeitada esta para o preenchimento das vagas disputadas no concurso por candidatos não docentes.

III — Não se confundindo o aproveitamento, que é a convalidação de relação funcional preexistente em situação definitiva nos quadros da Universidade, com a nomeação ou a contratação, que cria vínculo ex novo, não há cuidar de violação à ordem de classificação no concurso e a direito líquido e certo fundado no princípio de isonomia.

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, 6 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A Universidade Federal do Maranhão abriu concurso para ingresso no magistério, em vagas existentes nos seus diversos Departamentos Acadêmicos. O Edital é de 28 de março de 1980.

Realizado o pleito, lograram aprovação na área de saúde pública, onze candidatos, dos quais foram contratados quatro, para as vagas existentes.

Pela Resolução nº 16/81, baixada em 19 de outubro de 1961, posteriormente à homologação do concurso, decidiu o Magnífico Reitor que os professores colaboradores, aprovados no mesmo concurso, fossem enquadrados na forma do art. 43 do Decreto nº 85.487/80. Em consequência, foi enquadrado o professor Francisco Marinho Antunes, nono colocado entre os candidatos aprovados no concurso para a área de Saúde Pública.

Contra esse ato de enquadramento impetrou mandado de segurança o candidato José Carlos Bastos Silva, classificado em 5º lugar no mesmo concurso, alegando, substancialmente, lesão a direito líquido e certo, por isso que o aproveitamento do nono colocado afronta a ordem de classificação e o princípio de isonomia.

Sustentou o impetrante que o art. 43 do Decreto nº 85.487/80 estabeleceu o aproveitamento na Classe de Professor Assistente dos professores-colaboradores e auxiliares de ensino admitidos até dezembro de 1979, desde que aprovados em processo seletivo a ser realizado no prazo de cento e oitenta dias contados da vigência do decreto. Os colaboradores e auxiliares admitidos após 31-12-79 seriam incluídos em tabelas especiais e, posteriormente, inscritos ex officio em concurso público para provimento de emprego de professor-auxiliar.

Estabelece o decreto, portanto, dois institutos distintos: o processo seletivo e o concurso público. A Universidade deixou escoar o prazo para a efetivação do processo seletivo, precluindo a expectativa de direito dos colaboradores admitidos antes de 31 de dezembro de 1979. Essa preclusão não podia ser afastada pela Resolução nº 16/81, que resolveu enquadrar os colaboradores aprovados, mas não classificados no concurso público.

Ao distinguir, dentre os aprovados no concurso, o candidato que já era colaborador e candidato que não o era, a Universidade impetrada violou o § 1º do art. 153 da Constituição.

O *mandamus* foi requerido para que, liminarmente, fosse tornado

sem efeito o ato de enquadramento do professor-colaborador, assegurada a quinta vaga na área de saúde pública ao impetrante.

O Reitor prestou informações, referindo-se inicialmente ao recurso do impetrante contra a classificação final dos candidatos e esclarecendo que o enquadramento do candidato Francisco Marinho Antunes foi feito em virtude da adoção, pela Universidade, do modelo instituído pelo Decreto nº 85.487, de 1981, para as autarquias universitárias federais. Não se trata, pois, de contratação para uma quinta vaga, mas de aproveitamento de professor-colaborador admitido em janeiro de 1979. Esse aproveitamento ocorreu independentemente das quatro vagas existentes na área de saúde pública, para cujo provimento foi aberto o concurso.

O Procurador da República opinou por que fosse chamado à lide, como litisconsorte passivo necessário, o professor aproveitado. No mérito, entendeu ter razão o impetrante.

O litisconsorte ingressou no feito e o Procurador da República ratificou seu parecer.

Por sentença, o Juiz Federal Dionísio Rodrigues Nunes denegou o «writ», entendendo que o ato de enquadramento é distinto da nomeação em razão de aprovação no concurso público. As vagas disputadas no concurso foram providas pelos quatro candidatos primeiros colocados, em nada interferindo com o aproveitamento de professor-colaborador.

Apelou o impetrante.

A Universidade e o litisconsorte responderam ao recurso.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Diz o Juiz, na sentença, que «se a autoridade impetrada tivesse nomeado o candidato que obtive a 9ª colocação na tábua de classificação em detrimento do peticionário, 5º classificado, haveria flagrante lesão a direito líquido e certo, o que incorre na hipótese vertente, que cuida de situação outra, ou seja, aproveitamento, independente de concurso, para professor-colaborador admitido antes de janeiro de 1980».

O aproveitamento de professores, colaboradores e auxiliares de ensino admitidos até dezembro de 1979 deveria ser feito, dentro em cento e oitenta dias da vigência do Decreto nº 85.487/80, mediante processo seletivo. Essa norma transitória, contida no art. 43, se entende aplicável apenas às autarquias universitárias federais, pois o decreto se referiu, no seu art. 5º, à carreira de magistério «nas autarquias federais».

Sendo a Universidade Federal do Maranhão uma fundação, a aplicação da norma acima referida dependia da sua adoção, por ato da instituição. Não corria, pois, o prazo de cento e oitenta dias para as fundações realizarem o processo seletivo de aproveitamento de seus professores-colaboradores ou auxiliares de ensino.

Essa distinção entre as autarquias — para as quais a norma regulamentar tinha eficácia imediata — e as fundações, em cujo âmbito só era ela aplicável mediante resolução que a adotasse, torna insubsistente a tese da preclusão, sustentada pela impetrante.

Aliás, o que o impetrante denomina expectativa de direito é o interesse legítimo dos colaboradores e auxiliares de ensino das autarquias em se verem aproveitados, em virtu-

le da norma regulamentar transitória. Nas fundações, esse interesse legítimo só exsurgiria com a resolução adotando a norma.

Cinge-se a questão, portanto, em saber, primeiro, se podia a Universidade considerar também o concurso como processo seletivo de aproveitamento de professores-colaboradores, segundo, se esse aproveitamento, recaindo sobre candidato classificado abaixo do quinto lugar no concurso, constitui preterição de direito.

Quanto à primeira questão, tenho como legítima a adoção de um só pleito — o concurso público — para a seleção de candidatos não-docentes e candidatos professores-colaboradores ou auxiliares de ensino, visando ao ingresso no quadro de magistério da Universidade. É que no concurso, a concorrência não se faz simplesmente com base em dados funcionais do candidato — como o tempo de serviço, a permanência nesta ou naquela categoria ou a prova de desempenho —, mas se trava no plano mais abrangente da capacidade técnica. O candidato ao aproveitamento tem oportunidade de demonstrar essa capacidade técnica para o magistério, em pé de igualdade com os candidatos não-docentes.

Não há, assim, ilegalidade na simultaneidade de seleção de colaboradores e auxiliares de ensino e de não-docentes, num procedimento mais competitivo.

Mas, — e esta é a segunda questão — o aproveitamento do professor-colaborador fora da ordem de classificação do concurso importaria preterição ao direito de candidatos melhor classificados?

Na verdade, seria uma violação ao princípio fundamental do concurso público, que é a classificação. Como salienta Cláudio Pacheco, o concurso público institui para o candidato o direito de ser nomeado, normalmente, pela precedência da classifica-

ção. Isto resulta da própria natureza do concurso, portanto, obrigatoriamente, da própria norma constitucional que o impõe, da necessidade indeclinável de dar a essa norma uma execução que não a prive de sua efetividade (Cfr. «Tratado das Constituições Brasileiras», XIII, pág. 50).

Há, porém, que atentar para o texto da Resolução nº 16/81 — CONSUN, da Universidade, que dispôs sobre o enquadramento de professores na carreira do magistério. Lê-se no seu art. 1º:

«Os professores-colaboradores aprovados em concurso público de títulos e provas a que se refere o Edital PREP nº 16/80, serão enquadrados na carreira do Magistério:

a) os admitidos até dezembro de 1979, na referência inicial da classe de Professor-Assistente:

b) os admitidos no exercício de 1980, na referência inicial da classe de Professor-Auxiliar».

Do que aí se estabeleceu, extrai-se que o concurso público ficou com tripla serventia: primeira, a de selecionar candidatos não-docentes, também chamados candidatos da comunidade, para preencherem as vagas postas em competição; segunda, a de se prestar como processo seletivo para os colaboradores admitidos até dezembro de 1979; terceira, a de ensejar a seleção dos colaboradores admitidos em 1980, que concorrem para os cargos de professor-auxiliar.

O aproveitamento, sob a forma de enquadramento a rigor, só caberia aos colaboradores admitidos até dezembro de 1979. Mas a Universidade estendeu o benefício aos admitidos em 1980.

Esse aproveitamento, portanto, nenhum prejuízo traz aos candidatos não-docentes aprovados no concurso, pois que suas vagas não são computadas para aquele efeito.

O enquadramento, tal como previsto no art. 43 do Decreto nº 85.487, não depende de vagas, pois o professor-colaborador admitido até dezembro de 1979 já desfrutava de mais que uma situação precária nas Universidades. Com efeito, enquadra-se quem já tem relação funcional com o órgão ou o ente público. A nomeação ou a contratação cria um vínculo *ex novo*, enquanto o enquadramento transforma um vínculo preexistente em situação jurídica definitiva.

Se as quatro vagas postas em competição na área de Saúde Pública foram preenchidas por candidatos não-docentes, classificados nos primeiros lugares, não há violação alguma a direito líquido e certo ao quinto colocado, no aproveitamento do que ficou em nono lugar, por efeito da nova finalidade dada à seleção resultante do concurso público. Se, porém, algum dos contratados já era professor-colaborador, claro que a sua vaga, na ordem de classificação do concurso, deve pertencer a candi-

dato não-docente, pois a sua seleção é para aproveitamento e não para contratação.

No caso, não ficou provado que algum dos candidatos classificados nos quatro primeiros lugares já era colaborador. Não ficou demonstrada, portanto, a preterição do direito à nomeação do impetrante.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 99.915-MA — Rel.: O Sr. Min. Carlos Madeira. Apte.: José Carlos Bastos Silva. Apdos.: Universidade Federal do Maranhão e Francisco Marinho Antunes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (3ª Turma — Em 6-9-83).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Adhemar Raymundo e Hélio Pinheiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Flaquero Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AMS Nº 100.468 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Embargantes: Sandvik do Brasil S.A. Indústria e Comércio e Martec Indústria Metalúrgica Ltda.

Embargado: V. Acórdão de fl. 208

EMENTA

Constitucional. Tributário e procesual civil. Embargos de declaração

Afastada a objeção de dispensa de prova do requisito de ausência de similar nacional, seja porque, *in casu*, não se cuida de «fato notório», seja porque o silêncio das informações, no particular, não importa em comunicar notoriedade ao fato probando.

Em que pesem autorizadas opiniões em contrário, o certo é que o Alto Pretório vem entendendo opostamente, no sentido de que a valoração do parâmetro da «urgência» é um juízo político, entregue à discricção do Presidente da República e do Congresso Nacional, imune ao controle jurisdicional. (RE nº

62.739, Rel. Min. Aliomar Baleeiro — Pleno — RTJ 44/54 e RE nº 74.096, Rel.: Min. Oswaldo Trigueiro — 1ª Turma — RTJ 62.819).

A luz dessa colocação descabe trazer a debate o argumento da inconciliabilidade, in concreto, da cláusula de «urgência» com o princípio da anterioridade da lei tributária, em relação ao exercício de cobrança, pois tal raciocínio equivale introduzir, pelo Judiciário, na avaliação do Juízo político, entregue ao Executivo e ao Congresso, um dado a posteriori, de outra dimensão — a jurídica — estranho ao critério estimativo, ao juízo discricionário exercitado, a priori, por outros Poderes.

Rejeitaram-se os embargos.

ACÓRDÃO

VOTO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 22 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — RI, art. 89, § 2º — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Sandvik do Brasil S.A. Indústria e Comércio e outra oferecem os presentes embargos ao Acórdão de fl. 208, impugnando, de um lado, a afirmativa da ementa de que a similaridade reclama análise comparativa e técnica, pois, no particular, as informações nada restringiram, tratando-se, assim, de fato incontroverso (art. 334, III, do CPC) e, de outro, que o requisito da urgência, imposto no art. 55 da Constituição Federal, alegado nos autos, não foi objeto de exame no voto condutor.

É o relatório.

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): No tangente à primeira ressalva, a objeção não prevalece, seja porque, in casu, não se trata de «fato notório,» seja porque o silêncio das informações no particular, por si só, não importa em comunicar notoriedade do fato probando.

No relativo ao «standard» da urgência, inicialmente, friso que, em que pesem as autorizadas opiniões em contrário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Com. à Const. Brasileira 2/27), Américo Lacombe (Teoria do Imposto de Importação, pág. 70), Hamilton Dias de Sousa (Estrutura do Imposto de Importação no CTN, pág. 43) e Sebastião de Oliveira Lima (O Fato Gerador do Imposto de Importação na Leg. Bras., pág. 30), o certo é que o Alto Pretório vem entendendo opostamente, no sentido de que a valoração do parâmetro «da urgência» é um juízo político, entregue à discricção do Presidente da República e do Congresso Nacional, imune ao controle jurisdicional como se vê dos Acórdãos unânimes tomados no RE nº 62.739, Rel.: Min. Aliomar Baleeiro (Pleno — RTJ 44/54) e RE nº 74.096, Rel.: Min. Oswaldo Trigueiro (1ª Turma — RTJ 62/819), conforme se extrai das respectivas ementas:

«A apreciação dos casos de «urgência» ou de «interesse relevante» a que se refere o art. 55 da Constituição de 1967 assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República ressalvada apreciação contrária e também do Congresso.»

«Imposto de importação. Majoração decorrente do Decreto-Lei nº 333/67, aprovado pelo Congresso Nacional. Os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário.»

À luz dessa colocação, data venia, descabe trazer a debate o argumento da inconciliabilidade, in concreto, da cláusula de «urgência» com o princípio da anterioridade da lei tributária, em relação ao exercício de cobrança, pois tal raciocínio equivale introduzir, pelo Judiciário, na avaliação do juízo político entregue ao Executivo e ao Congresso, um dado a posteriori de outra dimensão — a jurídica — estranho ao critério estimativo, ao juízo discricionário exercitado, a priori, por outros poderes.

De outro lado, o argumento é de dois gumes, pois, admitida a incompatibilidade argüida, nada impede

que se conclua diversamente, no sentido de que a impossibilidade se resolva em retirar a criação do tributo, por decreto-lei, do âmbito da primeira parte do § 29 do art. 153 da Lei Maior, para inserir a hipótese numa das exceções da sua segunda parte, na cláusula «demais casos previstos nesta Constituição», consoante sustentou, com o brilho e autoridade de sempre, o eminente Ministro Washington Bolívar, em voto, embora vencido, no MS nº 97.775, com apoio de ilustrados colegas.

Por tais fundamentos, rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EDAMS nº 100.468-SP — Rel.: O Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis. Embargantes: Sandvik do Brasil S.A. Indústria e Comércio e Martec Indústria Metalúrgica Ltda. Embargado: V. Acórdão de fl. 208.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu os embargos. (5ª Turma, em 22-6-83).

Os Srs. Mins. Pedro Acioli e Geraldo Sobral votaram de acordo com o Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

REMESSA EX OFFICIO Nº 100.616 — SP

Relator: O Sr. Ministro Adhemar Raymundo

Parte A: Carmen Del Pilar Valenzuela de Zuna

Parte R: Conselho Regional de Medicina Veterinária

Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara — SP

EMENTA

Mandado de segurança.

Estrangeira diplomada na Faculdade de Medicina Veterinária de São Paulo. Se portadora de carteira de identidade provisória, mas tem filho no Brasil, direito tem a inscrever-se no Conselho de Medicina de São Paulo e demais prerrogativas do § 2º do artigo 134 do Estatuto da Categoria.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Adhemar Raymundo, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Carmen Del Pilar Valenzuela de Zuna, boliviana, médica veterinária, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho Regional de Medicina Veterinária em São Paulo, que lhe cancelou a inscrição.

Alegou que exerceu a profissão, sem transtornos, até meados de 1981, quando teve seu exercício obstado por ação da Delegacia de Estrangeiros do DOPS, sob a alegação de se encontrar no país com visto temporário.

A despeito de ter família no Brasil e ser mãe de filho brasileiro, esteve sob a ameaça de expulsão, não concretizada em face da decisão prolatada no Habeas Corpus nº 5.035-DF.

Aduziu também que, com fundamento no art. 134 do novo Estatuto dos Estrangeiros, teve a sua situação regularizada, e obteve Carteira de Identidade Provisória.

Além disso, o aludido cancelamento baseou-se em parecer padrão que analisou caso totalmente distinto do seu.

Concedida a liminar, foram solicitadas as informações, que as prestou

à autoridade impetrada, sustentando que o cancelamento da inscrição foi precedido de consultas ao DOPS, à Universidade de São Paulo e ao Conselho Federal de Medicina Veterinária. Afirmou que o art. 134, § 2º, do Estatuto dos Estrangeiros, não se aplica à impetrante, tendo em vista que se diplomou na qualidade de estudante-convênio.

Ouvido o Dr. Procurador da República, MM. Juiz Federal, por sentença, concedeu a segurança.

Em razão do duplo grau de jurisdição, os autos ascenderam a este Tribunal.

Manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Raymundo (Relator): Sr. Presidente, realmente, o Dr. Juiz, na sua sentença, examinou com acuidade o caso dos autos e concluiu que, na realidade, a segurança deve ser concedida, para que ela se mantenha inscrita no Conselho Regional de Medicina em São Paulo, por se tratar de estrangeira que tem a sua situação devidamente regularizada na forma da lei.

Conheço da remessa e mantenho a sentença pelos seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 100.616-SP — Relator.: Sr. Ministro Adhemar Raymundo. Parte A: Carmen Del Pilar Valenzuela de Zuna. Parte Ré: Conselho Regional

de Medicina Veterinária. Remetente: Juízo Federal da 9ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, confirmou a sentença remetida. (3ª Turma, 11-10-83.)

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 100.949 — DF

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Requerente: Editora Novos Rumos Ltda.

Requerido: O Sr. Ministro de Estado da Justiça

EMENTA

Penal. Crime contra a Segurança Nacional. Lei nº 6.620/78, arts. 40, 44 e 50.

Apreensão de semanário, instigador de conduta ilícita, a teor do direito vigente.

O disposto no art. 50 da Lei nº 6.620/78, em conjugação com os fatos narrados pelo apreensor, é bastante a justificar a irrelevância do argumento de nulidade do ato, por carência de fundamentação, mesmo porque a lei de regência não prevê fundamentação exaustiva, nada impedindo, ademais, a publicação da ordem de apreensão depois da execução da medida de natureza urgente.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, 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, 30 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Ministro Moacir Catunda, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Editora Novos Rumos Ltda., por seu representante legal, impetra manda-

do de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, que determinou a apreensão da edição nº 145, de 24 de março deste ano, do semanário denominado «Voz da Unidade», alegando o seguinte, no que mais interessa ao julgamento:

«1. A impetrante é pessoa jurídica constituída na forma da lei (doc. 1), dedicando-se ao ramo editorial, sendo que, entre suas atividades, se inclui a publicação de um semanário denominado «Voz da Unidade».

2. Em 24 de março próximo passado, agentes da Polícia Federal em São Paulo, compareceram ao estabelecimento da impetrante, sito na Cidade e Estado de São Paulo, à Praça Dom José Gaspar nº 30, 21º andar, s/1 A, onde afirmaram haver recebido ordem de S. Exa. o

Ministro da Justiça para providenciar a apreensão da edição nº 145 daquele semanário, programada para aquela data.

3. Apesar de afirmarem a existência da referida ordem ministerial, não a exibiram, ofertando apenas e tão-somente um telex do Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, onde se notificava a existência de tal determinação.

Ato contínuo, apreenderam e levaram para aquela repartição, cerca de 8.000 (oito mil) exemplares da referida edição, sendo lavrado o competente auto de apreensão (doc. 2) pelos agentes encarregados da execução das ordens mencionadas.

4. Em 29 de março consecutivo, o *Diário Oficial da União*, em sua Seção I, pág. 5071, veio a publicar despacho do Sr. Ministro da Justiça (doc. 3) com o seguinte teor:

«Despacho 0689 — Em face do Ofício nº 045/83/DOPS/CCP do Senhor Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, determino, com fundamento no art. 50 da Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, e sem prejuízo da ação penal cabível, a apreensão da edição nº 145, de 24 de março de 1983, do *Jornal «Voz da Unidade»*. Encaminhem-se os autos ao Ministério Público para as providências legais cabíveis». Brasília, 28 de março de 1983, Ibrahim Abi-Ackel, Ministro da Justiça.

5. Inconformada com o ato contra si praticado, a impetrante vem intentar o presente «writ», por entender que o ato de S. Exa. é duplamente eivado de nulidade, seja por vício de motivação, seja por desvio de finalidade, conforme procura demonstrar neste petitório.»

Denegada a medida liminar e solitadas as informações, vieram aos

autos a de fl. 20, e seguinte a dizer (lê).

O parecer da Subprocuradoria-Geral da República é pelo indeferimento da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Como resulta do relatório, o pedido repousa em duplo fundamento, a saber: 1º) nulidade do ato, por vício de fundamentação, consistente, em resumo, na falta de especificação do crime de que trata o art. 50 da Lei nº 6.620, invocado pelo ato atacado, pois referido diploma legal contém considerável elenco de tipos delituosos 2º) nulidade, por desvio de finalidade, visto que a apreensão se deu em 24 de março e somente a 28 do indicado mês a ordem publicada no DOU, de sorte que no dia da prática do ato não existia ordem ministerial de apreensão.

A digna autoridade impetrada, nas informações, presta os seguintes esclarecimentos sobre os fatos, verbis:

«O *Diário Oficial*, de 29 de março do corrente ano, divulgou, em sua página 5071, o Despacho nº 689, do Exmo. Sr. Ministro da Justiça, datado de 28 de março in verbis:

«Em face do Ofício nº 045/83/DOPS/CCP, do Senhor Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, determino, com fundamento no art. 50 da Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, e sem prejuízo de ação penal cabível, a apreensão de todos os exemplares da edição nº 145, de 24 de março de 1983, do *Jornal «Voz da Unidade»*.

Encaminhem-se os autos ao Ministério Público, para as providências legais cabíveis».

O despacho é a retificação de fatos anteriores, que procuraremos

historiar a seguir, observando a ordem cronológica:

No dia 13 de dezembro de 1982, o Departamento de Polícia Federal reprimiu uma reunião clandestina de uma organização ilegal, ou seja, um Congresso do Partido Comunista Brasileiro. O fato, ocorrido na cidade de São Paulo, mereceu ampla repercussão nacional, tendo sido divulgado nos principais meios de comunicação e informação do país.

Na mesma ocasião, foi apreendido um documento a ser aprovado no Congresso, uma resolução que defendia a reorganização do partido e os meios a serem empregados para tanto.

Através do Ofício nº 045/83-DOPS/CCP, de 16 de março p.p., o Departamento de Polícia Federal deu conta, ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, da existência da resolução e de sua iminente publicação em veículo de comunicação de massa, o jornal «Voz da Unidade», fazendo ver que o conteúdo da matéria caracterizaria a apologia à reorganização de partido político dissolvido por força de disposição legal, tipificando o delito previsto pelo art. 40 da Lei nº 6.620/78, «Lei de Segurança Nacional», e dando vez ao capitulado no art. 44 do mesmo diploma legal.

Diante da gravidade de tais argumentos, e procurando agir com a presteza que a situação exigia, o Exmo. Sr. Ministro da Justiça deu ordem verbal ao Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, determinando a apreensão da publicação, o que aconteceu a 23 de março.

Na mesma data, e atendendo a essa determinação ministerial, o Departamento de Polícia Federal expediu o Telex nº 015-0X/ORD/SCJ/BSA, dirigido à

Delegacia de Ordem Política e Social de São Paulo, para efetivar o necessário seqüestro.

No dia seguinte, isto é, 24 de março, o DOPS paulista realizou a apreensão da edição nº 145/83, do jornal «A Voz da Unidade», traduzida em 8.000 exemplares e folioto respectivo. A apreensão foi realizada na «Editora Novos Rumos», estabelecida em São Paulo, Praça Dom José Campos, nº 30, 2º andar, e na «Gráfica Juries», situada no nº 49, da Rua Gastão da Cunha, em Jabaquara, sendo lavrado «Auto de Apreensão», com a notícia da ocorrência e a participação do Delegado do Departamento de Polícia Federal de São Paulo, além da presença e assinatura de testemunhas.

Finalmente, determinou o Exmo. Sr. Ministro da Justiça o envio ao Ministério Público, de exemplares do Jornal apreendido, para a iniciativa de ação penal, remetendo, assim, o controle do ato à apreciação judicial».

Sobre a legalidade da medida, vizivelmente questionada na inicial — lê fl. 4, usque 8, a autoridade informante tece as seguintes considerações — lê fl. 25, usque 28.

Do cotejo do bem formulado pedido com as informações, apura-se a assertiva de ordem ministerial de apreensão, dada no dia 23 de março, verbalmente, por motivos de urgência, ao Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, em virtude das ocorrências relatadas por este no seu Ofício nº 045/83, e que exigiam providências imediatas, no sentido de prevenir prática de ato delituoso, nos termos da legislação vigente, não posso duvidar da palavra da autoridade. Na conjuntura, tenho para mim que o Ministro de Estado, como administrador, poderia avaliar os fatos discricionariamente e decidir verbalmente como

lhe parecesse mais acertado e conveniente, sem ofensa a direito, mesmo porque o art. 50 da Lei de Segurança Nacional não impõe ordem escrita, e a Lei nº 5.250, de 9-2-67 — Lei de Imprensa — no art. 63, em que regula situação afim da presente, dispõe que em caso de incitamento à subversão da ordem política e social, a apreensão poderá ser determinada pelo Ministro da Justiça.

Não prevê ordem escrita. No caso, pelo que informa o impetrado, a ordem ministerial precedeu a apreensão. Dou-lhe credibilidade.

No relativo ao argumento de falta de fundamentação do despacho, sou porque a invocação do art. 50 da Lei nº 6.620, de 17-12-78, em conjugação com os fatos narrados no ofício do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, é bastante a justificar a irrelevância do argumento de nulidade por carência de fundamentação, mesmo porque a lei de regência não prevê fundamentação exaustiva. O ato atacado não estaria bem fundamentado, mas que contém alguma fundamentação, em ordem a excluir a alegação de arbítrio, é irrecusável. E porque a conduta da impetrante caracterizava prática ilegal, a teor do direito vigente, inexistente ato ilegal ou ofensivo a direito líquido e certo que reparar por segurança.

Denego a ordem.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Senhor Presidente, quando do julgamento do MS nº 99.602-DF, em que se discutiu matéria semelhante, disse eu, no meu voto:

«Senhor Presidente, o meu entendimento a respeito do tema, vem de longa data. Sustento que, atos de apreensão de jornais ou de livros não são tolerados pela Constituição, que consagra a liberdade de manifestação de pensamento e

a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer, certo que a publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade (Constituição, art. 153, § 8º).

Como garantia da liberdade de manifestação do pensamento e da prestação de informação, independentemente de censura, diz a Constituição que publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade (CF, art. 153, § 8º). Anote-se, pois, como premissa, que não haverá censura prévia quanto a jornais, periódicos e livros. É verdade que a Constituição, no mesmo § 8º do art. 153, deixa expresso que «não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes». Isto, todavia, não torna inócua a garantia antes mencionada. O parágrafo oitavo do art. 153 da Constituição deve ser cuidadosamente interpretado, a fim de ser afastada a contradição aparente. Ele há de ser interpretado assim: a) é livre a manifestação do pensamento, e a prestação de informação far-se-á independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer; b) como garantia da liberdade mencionada, a publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade; c) todavia, porque não serão toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, os responsáveis pe-

los jornais e os autores de livros poderão ser chamados a responder pelos excessos. A responsabilidade deles, entretanto, será apurada num «due process of law», evidentemente, pois o «due process of law» é outra garantia que a Constituição consagra. Então, para que possa ser iniciado o devido processo legal contra aquele que teria abusado do direito, far-se-á a apreensão de exemplares do jornal, ou do livro, a fim de servirem de corpo de delito. Admito que, dependendo da intensidade do abuso, poder-se-ia pensar até na apreensão de toda a edição do jornal, ou do livro. Essa apreensão entretanto somente poderia ser admitida numa ação cautelar, perante o Poder Judiciário, ou como medida preparatória de uma ação, ou como medida incidente.

Admitir que edições inteiras de jornais possam ser apreendidas por ato de uma autoridade administrativa, o Ministro de Estado da Justiça, não se coaduna com a Constituição, pois representaria cancelar o Judiciário um ato de arbítrio.

Ao votar, neste mesmo Plenário, em abril de 1979, quando do julgamento do MS nº 85.942-DF, disse eu:

«No mérito, ponho-me na linha do voto que proferi no mencionado MS nº 84.024. Acentuo que por mais que desejasse esclarecer se há uma denúncia, ou aditamento à denúncia, oferecida contra os diretores do jornal, em razão da apreensão do nº 177, não vi satisfeito o meu intento.

A manifestação do pensamento e de opinião é assegurada pela Constituição e erige-se, modernamente, em direito supra-estatal, porque garantida em declarações universais de direito, das quais o Brasil é subscritor. Assim, as

restrições a essa liberdade têm que ser interpretadas, restritivamente, porque são exceções.

Ao que ouvi, a apreensão do número 177 se fez porque foi publicada uma charge do Sr. Presidente da República. Parece-me que esta foi a razão da apreensão do jornal. Vale dizer, o crime que se afirma praticado é contra a honra ou dignidade do Sr. Presidente da República.

A nova Lei de Segurança Nacional, Lei nº 6.620, de 17-12-1978, publicada no Diário Oficial de 20-12-78, estabelece, no seu artigo 33, um crime contra a segurança nacional, assim tipificado (lê o art. 33).

Ao que me parece, a figura penal capitulada no artigo 33 despreza na tipificação em apreço o intuito de inconformismo político-social. Acrescenta o parágrafo único desse artigo (lê).

O Sr. Ministro Nêri da Silveira: Estou acompanhando com o encantamento de sempre a exposição de V. Exa. Permito-me ponderar apenas que a nova Lei de Segurança Nacional, com o tratamento jurídico penal que emprega às condutas nela definidas, de forma alguma, data venia, pode ser invocada no julgamento cível de um mandado de segurança, em que se aprecie a legitimidade, ou não, de ato praticado muito tempo antes dessa lei, pela autoridade administrativa.

O que cumpre verificar é se o ato administrativo é válido, ou não, segundo a lei vigente à época em que ele foi praticado. A lei nova penal, no caso, parece, há de ser considerada pelo Juízo criminal para o deslinde de controvérsia penal. Na espécie, julga-se a conduta da autoridade; é o ato da autoridade que está em causa, quando praticado. Este ato não

pode ser posto, segundo os parâmetros de uma legislação posterior.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Afirma-se que teria havido um aditamento à denúncia em janeiro deste ano. Parece-me que a nova Lei de Segurança Nacional seria mais benigna. Seria aplicável, então, ao caso, mesmo sendo o ato, que se afirma delituoso, praticado anteriormente a ela. Não pareceria a V. Exa. correto esse raciocínio?

O Sr. Ministro Néri da Silveira, Mas isso caberia ao Juízo criminal competente, porque ele julgaria, então, improcedente a ação penal e determinaria a liberação do objeto do crime, do instrumento do crime. Chegar a essa, somente seria cabível no Juízo criminal. Aqui, ao decidir o mandado de segurança, não teria lugar adiantar-se juízo sobre essa questão criminal.

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: V. Exa. vai verificar que estou apenas encaminhando um raciocínio. Em verdade, não farei, na conclusão, um julgamento com feição criminal. Mas parece-me válida a invocação da lei que rege a espécie, para justificar uma conclusão. Se V. Exa. me permitir, poderíamos voltar depois ao debate.

Dizia: a nova Lei de Segurança Nacional, no artigo 33, tipifica um crime contra a Segurança Nacional, em que não se exige o elemento «facciosismo ou inconformismo político-social», mencionado no parágrafo único, para o fim de exasperar a pena, tão-só.

O § 8º do art. 153 da Constituição estabelece (lê).

A Constituição, no particular, estabelece que não serão tolerados determinados tipos de propa-

ganda, como, por exemplo, a de subversão da ordem. Dita subversão, que a Constituição diz que não será tolerada, é, certamente, a marcada pelo inconformismo político-social, é a que pretende mudar o regime adotado pela Carta.

O tipo do art. 33 da Lei de Segurança Nacional, todavia, não inclui esse elemento, nem o mencionado no art. 30.

Assim, não se justificaria a apreensão, porque não se enquadraria na ressalva do § 8º do art. 153.

Vou mais longe, todavia. Posta a questão como crime contra a Segurança Nacional, mesmo admitindo-se haja o agente dele participado por facciosismo ou inconformismo social, mesmo assim, data venia, penso que foi arbitrária a apreensão. É que o preceito constitucional há de ser interpretado com caráter restritivo, porque é uma exceção. E mais: a apreensão exige o devido processo legal, em que justificasse a autoridade ministerial o seu ato. Ao que ouvi, a apreensão se fez sem processo.

Destarte, Sr. Presidente, concedo a ordem, de acordo com o Sr. Ministro-Relator».

É de todos conhecida uma regra de hermenêutica constitucional, que acentua que as garantias de direito individual devem ser interpretadas com largueza e não restritivamente, porque gozar das liberdades públicas, num Estado de Direito, num Estado democrático, constitucional, é a regra. O contrário é a exceção. É claro que, num Estado que não de Direito, que não democrático, gozar das liberdades públicas é a exceção. Mas nós pretendemos viver num Estado democrático, constitucional, num Estado cuja Constituição

não seja, simplesmente, uma folha de papel. Na Rússia Soviética, ninguém goza de liberdades públicas, apesar de a Rússia ter uma Constituição. Mas a Constituição da Rússia, como a Constituição da Polónia de hoje, não passam de uma folha de papel, como não passavam de uma folha de papel a Constituição da Alemanha de Hitler ou a Constituição da Itália de Mussolini. Avulta, Senhor Presidente, a responsabilidade do Judiciário, na interpretação de temas liberais que a Constituição consagra, porque é o Judiciário o guardião-mor da Constituição. Dependerá da coragem moral dos Juizes a Constituição ser considerada uma força viva, ou um mero pedaço de papel.

Senhor Presidente, voltando ao tema central, reitero o entendimento no sentido de que a ressalva contida na parte final do § 8º do art. 153 da Constituição, há de ser interpretada em consonância com todo o parágrafo, e, sobretudo, em consonância com o espírito da Constituição. Quem abusar da liberdade pública responderá por tais abusos, mas na barra da Justiça. O que está autorizado, no § 8º do art. 153 da Constituição, é que sejam instaurados processos contra as pessoas que abusem do direito de manifestação do pensamento.

Com a vênia devida ao Sr. Ministro Sebastião Reis, Relator, e aos demais Ministros que o acompanharam, meu voto é no sentido de deferir o mandado de segurança.

Defiro o «writ», Senhor Presidente».

No caso, bem esclareceu o Sr. Ministro-Relator, a apreensão se fez com base no art. 50 da Lei de Segurança Nacional, Lei nº 6.620, de 17-12-78, não obstante inexistir, pelo menos, um mero inquérito, seja administrativo, seja policial.

Ao que penso, seria indispensável pelo menos o inquérito, por isso que — e agora pretendo fazer a exegese da Lei de Segurança Nacional — o dispositivo invocado por S. Exa., o Sr. Ministro da Justiça, como suporte da apreensão, o art. 50 da Lei de Segurança Nacional estabelece: (lê o artigo 50).

Ora, é necessário que haja uma **notitia criminis** formalizada, e essa notícia de crime estaria formalizada no inquérito policial, pelo menos.

De outro lado, ficou claro que a autoridade impetrada, o Sr. Ministro da Justiça, não informou ao Tribunal que tipo de crime teriam praticado os responsáveis pelo jornal apreendido, ou, noutras palavras, que crime teria sido veiculado através do jornal apreendido. Sendo assim, perde-se no vazio o invocado suporte da apreensão — o art. 50 da LSN — pois não se sabe que tipo de crime teria sido praticado.

Então, visualizada a questão, apenas sob a ótica da LSN, art. 50, também não é possível a manutenção do ato impugnado.

Invocando, de outro modo, conhecida regra de hermenêutica constitucional, que acentua que as garantias de direito individual devem ser interpretadas com largueza e não restritivamente — pois gozar das liberdades públicas, num Estado de Direito, num Estado Democrático, é a regra, o contrário é a exceção — não vejo como deixar de deferir o «writ», forte no § 8º do art. 153 da Constituição.

Repito, Senhor Presidente, que a Constituição se torna uma força viva à medida em que sejam efetivamente praticados os princípios que ela consagra, que ela sustenta. E a Constituição do Brasil, no particular, é peremptória ao consagrar a liberdade de manifestação do pensamento.

Com estas breves considerações, e com a vênia devida ao eminente Sr. Ministro-Relator, cujos votos e opiniões temos o costume de respeitar, defiro o mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Em verdade, é livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, como adverte o Ministro Carlos Mário Velloso, ao invocar o § 8º art. 153 da Constituição Federal.

Mas, diz o final do parágrafo que: «não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes».

Entendo que no caso concreto um desses requisitos foi desobedecido, razão que levou à apreensão do jornal.

Com a devida vênia, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, no precedente a que acaba de se reportar o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso, também tive a oportunidade de votar pela concessão da segurança e os fundamentos de meu voto, que apenas refiro de passagem, são de que a ressalva constante no § 8º da Constituição deve ser interpretada apenas como indicação dos limites dentro dos quais a lei maior consente a emanção de norma legal para fixar limites, mediante definição de ilícitos penais, ao exercício do direito de livre manifestação da opinião e de livre circulação da informação e das idéias através da imprensa.

Por outro lado, tenho para mim que o nosso Direito positivo, como

aliás ressalta do resumo da causa, vincula a providência cogitada pela Lei de Segurança Nacional, como está na letra do art. 50, à ocorrência de crime, o que traz a lume a Constituição, art. 153, § 15:

«A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção».

O princípio da ampla defesa no processo penal se exprime de modo concreto pela consagração legislativa do princípio acusatório, que afasta e substitui o processo inquisitivo, em matéria penal.

Por isso é que não compreendo possa o Sr. Ministro da Justiça efetuar apreensão de tiragem de jornal sobre o argumento da prática de delito contra a segurança nacional, sem que essa alta autoridade, entretanto, indique qual seja o delito que se increpa ao suposto autor de crime; e, principalmente, sem que descreva a conduta delitativa de que se trata.

Em matéria de liberdades fundamentais asseguradas pela Constituição, é dever da autoridade contra a qual se impetra *habeas corpus* ou mandado de segurança convencer o Tribunal de que agiu nos limites da lei, mesmo quando a impetração se mostra formalmente deficiente. Basta ter em vista que a lei não reclama a intervenção de advogado para a impetração de *habeas corpus*...

A própria Constituição assegura que «qualquer do povo pode impetrar *habeas corpus*». Ora, não se há de exigir de «qualquer do povo», que possa terçar armas eficientemente na Justiça contra autoridades públicas, especialmente as mais altas, providas como se acham de recursos muito superiores de capacidade e de assistência específica, até mesmo profissional, para justificar, segundo a lei, suas providências.

Assim, não se achando nos próprios autos do mandado de segurança comprovado que se tenha procedido conforme a lei, considero ilegal o ato de apreensão.

E, por outro lado, não basta, a meu ver, que conste nos autos ligeira alusão a tal ou qual dispositivo legal. O princípio acusatório, apanágio do Direito brasileiro, conquista que supomos absolutamente definitiva do sistema político-liberal do Estado de Direito, este princípio acusatório não pode contentar-se (e não se contenta), segundo a nossa lei, com a simples referência pela autoridade a «tal ou qual» crime, em tese, previsto na lei. É mister (repite) que a autoridade se comprometa com uma versão concreta e histórica que configure a base empírica do ato penalmente ilícito (*fattispecie concreta*) de que o acusado possa defender-se com eficiência.

Com os subsídios que acrescento aos que deduzi em meu voto anterior, peço respeitosa vênua ao eminente Ministro-Relator para também conceder a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-

Relator, pois assim já votei no Mandado de Segurança nº 89.649.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 100.949-DF — Rel.: O Sr. Min. Moacir Catunda. Reqte.: Editora Novos Rumos Ltda. Reqdo.: Sr. Ministro de Estado da Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o mandado de segurança, vencidos os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Bueno de Souza, Américo Luz e Flaquer Scartezzini. (Tribunal Pleno, em 30-6-83). Sustentaram, oralmente, os Drs. João José Sady e Geraldo Andrade Fonteles, Subprocurador-Geral da República.

Votaram com o Sr. Ministro-Relator, os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro Acioli, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima e Hélio Pinheiro. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Armando Rolemberg, Jarbas Nobre, Adhemar Raymundo, José Cândido, Leitão Krieger, Geraldo Sobral e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.270 — SP

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: União Federal

Apelado: Produtos Alimentícios Royal Ltda.

EMENTA

«Tributário. Imposto sobre Serviços de Transporte — ISTR. Inconstitucionalidade, declarada pelo Tribunal Pleno, do art. 3º, inciso III, do Decreto-Lei 1.438/75, que ao conceituar como contribuinte do tributo a pessoa física ou jurídica que transporte em veículo próprio mercadorias ou bens de sua proprie-

dade destinados a comercialização, ofendeu o preceito do art. 21, inciso VII, da Carta Magna, além de conflitar com as normas dos artigos 69 e 70 do CTN».

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos negar provimento a 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, 29 de junho de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Deferido mandado de segurança impetrado contra a cobrança de ISTR sobre transporte de mercadorias pertencentes ao proprietário de veículo usado para tal fim, a União apelou, e, nesta instância, a Subprocuradoria assim se manifestou:

«Nada obstante a decisão plenária no sentido da inconstitucionalidade da legislação de incidência do ISTR, a Subprocuradoria-Geral da República espera que seja indeferido o presente writ que guarda peculiaridade.

Outrossim, para evitar embargos declaratórios destinados a ventilar a matéria e prequestioná-la, requer seja anexado ao presente feito e Ven. Acórdão do Tribunal Pleno — AMS nº 82.820, base das decisões».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Como lembrado no parecer lido, o Plenário deste Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 1.438/75.

Em um dos julgamentos, o proferido na AMS nº 84.009, fui o Relator, e a decisão ficou assim ementada:

«Imposto sobre Serviços de Transporte — ISTR. É inconstitucional, porque ofensivo ao preceito do art. 21, inciso VII, da Carta Magna, o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.438/75, ao conceituar como contribuinte do ISTR a pessoa física ou jurídica que transporte em veículo próprio mercadorias ou bens de sua propriedade destinados a comercialização. Conflita, também, o mesmo dispositivo legal, com as normas dos artigos 69 e 70 do CTN, nos quais se estabeleceu que a base de cálculo do tributo em questão é o preço do serviço e se definiu como contribuinte o prestador do mesmo serviço. Inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Pleno».

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 101.270-SP — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Apte.: União Federal. Apdo.: Produtos Alimentícios Royal Ltda.

Decisão: A Turma negou provimento à apelação, unanimemente. (Em 29-6-83 — 4ª Turma.)

Os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.819 — RS

Relator: O Sr. Ministro Hélio Pinheiro
 Requerente: José Edgard Ramos Júnior
 Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara

EMENTA

Processual civil. Apelação em mandado de segurança. Efeito devolutivo.

I — A apelação interposta de sentença proferida em mandado de segurança tem efeito tão-só devolutivo, salvo exceções previstas em lei (art. 7º da Lei nº 4.348/64).

II — Com o indeferimento do «writ» extingue-se a medida cautelar que, para tanto, não fica a depender de revogação expressa na sentença, pois que é mero efeito secundário desta.

III — Pedido de segurança que se denega.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, denegar 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, 15 de fevereiro de 1984 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Hélio Pinheiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro: José Edgard Ramos Júnior impetrou segurança contra decisão do MM. Juiz Federal da 2ª Vara, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, que, segundo sustenta a inicial, se apresentaria violadora de direito seu, líquido e certo.

Aduz que, em 18 de março do ano próximo passado (1983), pediu segurança «contra ato da Universidade Federal do Rio Grande do Sul», que

o impedira de matricular-se em disciplina curricular, sob a alegação de que a matéria carecia de pré-requisito.

Recebendo o pedido de segurança, o MM. Juiz Federal lhe concedeu liminar autorizando-o a se matricular e cursar a aludida disciplina, ocorrendo que, após terem sido prestadas pela autoridade apontada como coatora as informações de praxe, proferiu sentença denegando o «writ» e cassando a liminar.

Dessa decisão, por inconformado, interpôs apelação, recebida, tão-só, no efeito devolutivo, com o que teria o MM. Juiz Federal, no dizer do impetrante, contrariado «expressa disposição de lei». (Fl. 3.)

Por assim entender, recorreu, via agravo de instrumento, do despacho que emprestara à sua apelação efeito só devolutivo, «suscitando, prefacialmente, o acolhimento do agravo no duplo efeito», mas, «inexitosa foi a sua iniciativa de vez que manteve o decisor a sua decisão» (fl. 4), e porque recebido também o agravo sem efeito suspensivo, impetrou a presente ação de segurança, isso por

que apresentar-se-ia iminente o dano irreparável a ser por ele suportado, a concretizar-se pela «cessação do seu ingresso às aulas, embora pendente recurso específico (apelação) e já no limiar da conclusão do semestre», que se encerraria na primeira quinzena de novembro.

Com a impetração pretendia que lhe fosse concedida liminar «para emprestar também o efeito suspensivo à apelação interposta e, por via de consequência direta, sustar a execução da sentença denegatória, até a decisão final da via recursal». (Fls. 11/12.)

Veio a inicial instruída com os documentos de fls. 14/54.

Indeferi o pedido de liminar e solicitei ao MM. Juiz Federal informações (fl. 55) que me foram proporcionadas (fls. 59/62), instruindo-as os documentos de fls. 63/78.

Pela denegação da segurança manifestou-se a douta Subprocuradoria no parecer de fls. 80/82.

A fl. 85 pediu o impetrante reconsideração do despacho que lhe negara a liminar, pois marcada estava a solenidade da sua colação de grau.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Pinheiro (Relator): Não há como ver-se no despacho do MM. Juiz Federal, objeto da impetração, qualquer eiva de ilegalidade ou abuso de poder.

A cassação da liminar foi mera e indeclinável consequência da denegação do «writ», é que, como mostra Celso Agrícola Barbi, julgada improcedente a ação, extingue-se a medida cautelar «porque não mais existem a relevância do fundamento do pedido e a necessidade do statu quo até a sentença. O desaparecimento do primeiro é comprovado pelo conteúdo desfavorável da sentença que repeliu

o pedido do autor. O do segundo, pela consumação, pois o statu quo foi mantido até a sentença, e esta já foi proferida. («Do Mandado de Segurança», 3ª edição, pág. 211.)

Ressalta o mesmo autor que, «no caso de denegação do mandado de segurança, o desaparecimento da medida cautelar concedida não depende nem mesmo de revogação expressa na sentença: trata-se de «efeito» desta, e que pode ser adequadamente incluído entre os chamados efeitos secundários da sentença». (Fl. 213, obra citada.)

A matéria está pacificada pela jurisprudência dos nossos Tribunais, sendo objeto da Súmula nº 405 do Pretório Excelso, a dizer:

«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».

Por outro lado, ao contrário do que pretende o impetrante, não tem a apelação da sentença proferida em mandado de segurança efeito suspensivo, mas tão-só devolutivo, em face mesmo da natureza urgente desse remédio constitucional, a exceção a tal princípio tendo lugar somente nas hipóteses previstas pelo art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, como bem realçado nas informações proporcionadas pelo MM. Juiz Federal com remissão a voto proferido, como Relator, pelo insigne Ministro Torreão Braz, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 41.226/RS, 3ª Turma.

Oportuna, ainda, por sua adequação à hipótese em exame, decisão unânime da Egrégia 4ª Turma, no julgamento da AMS nº 83.709-SP, Relator o ilustre Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, também citada nas informações, a dizer que:

«O mandado de segurança é incabível para restringir ou ampliar os efeitos de sentença submetida à apreciação da superior instância. Ademais, com a denegação da segurança e conseqüente cassação da liminar, voltaram as coisas ao seu *statu quo ante*, restabelecendo-se, portanto, o direito do poder público de praticar o ato impugnado e seus consectários, por isso que sem efeito suspensivo a apelação interposta». (DJ 2-4-80.)

No tocante ao mérito da impetração denegada mostra o ilustre informante que a questão nela suscitada encontra-se superada pelo advento de decisões deste Egrégio Tribunal proferidas, respectivamente, nos julgamentos das Apelações em Mandados de Segurança de nºs 81.855-SP e 80.087-MG, cujas ementas dizem:

«Ensino Superior. Matrícula.

Invalidade de aprovação do aluno, por ter cursado duas disciplinas sem possuir os pré-requisitos indispensáveis, exigidos no Regimento da Faculdade. Denegação de segurança, confirmada». (AMS nº 81.855-SP.)

«Administração. Estudante. Matrícula.

I — Informando a autoridade que o aluno tem disciplina pré-requisito a cursar, não há falar em direito líquido e certo à matrícula em cadeira dependente de aprovação naquela.

II — Recurso desprovido.» (AMS nº 80.087-MG)

Incensurável, como visto, a decisão do MM. Juiz Federal atacada pelo impetrante, pelo que denego a segurança.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 102.819-RS — Rel.: O Sr. Min. Hélio Pinheiro. Reqte.: José Edgard Ramos Júnior. Reqdo.: Juízo Federal da 2ª Vara.

Decisão: A Seção, por unanimidade, denegou a segurança. (Em 15-2-84 — Primeira Seção.)

Os Srs. Mins. Carlos Augusto Thibau Guimarães, Carlos Madeira, Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Leitão Krieger votaram de acordo com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Jarbas Nobre e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.371 — SP

Relator: O Sr. Ministro Willian Patterson

Recorrentes: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Josefina Nogueira Batista

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Trabalhista. Inquérito. Servidor estável. Demissão. Justa causa. Improbidade. Reintegração. Conseqüências.

Não comprovado o ato de improbidade do servidor estável, deve o mesmo ser reintegrado no seu emprego.

O retorno deve ser feito com a reparação patrimonial devida, sem lugar para excluí-la, ao fundamento de apuração de outras irregularidades.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso da reclamada Josefina Nogueira Batista, enquanto negou provimento ao da reclamante, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para reformar, em parte, a sentença, 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 outubro de 1981 (Data do julgamento) — Ministro **Evandro Gueiros Leite**, Presidente — Ministro **William Patterson**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **William Paterson**: A Dra. Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, eminente Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, assim relatou a matéria:

«A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, qualificada à fl. 2, propõe o presente inquérito para apuração de falta grave cometida por sua empregada estável Josefina Nogueira Batista. A requerida foi admitida em 15 de junho de 1958, no antigo DCT, tendo optado em 15 de julho de 1975 pelo regime da CLT, sem contudo optar pelo regime do FGTS, permanecendo portanto estável. Lotada na Agência Postal de Itaquera, lá exercia as funções de gerente, percebendo como último salário Cr\$ 2.542,00 (dois mil, quinhentos e quarenta e dois

cruzeiros). Em 30 de abril de 1976, o subgerente de operações metropolitanas compareceu à agência postal de Itaquera, a fim de proceder um balancete na tesouraria, quando a requerida informou haver a falta de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) no caixa sob sua responsabilidade. Com tal atitude, cometeu irregularidade de improbidade, de natureza grave, portanto, substanciada no art. 482, letra a, da CLT. Instaurada sindicância sumária, foram apuradas outras irregularidades, tais como: utilização indevida de empregados de limpeza contratados pela requerente para realização de serviços em sua própria residência; irregularidade do horário de freqüência; negligência no serviço, com acúmulo de correspondências e distrito paralisado há cerca de uma semana. Assim, pleiteia autorização para despedir sua empregada estável, independentemente de indenização e aviso prévio. Inicial instruída com os documentos de fls. 5 e 7/32.

O feito é contestado a fls. 45/57, sustentando a requerida a fragilidade do presente inquérito que, na verdade, não passa de «torpe e maliciosa trama urdida pela empresa para demitir antiga e proba funcionária». Entende que os fatos apontados são meras irregularidades que não configuram falta grave a autorizar a demissão de empregado estável.

Em audiência foram tomados os depoimentos das partes, de suas respectivas testemunhas, e, em continuação, apresentados memoriais consubstanciando as alegações finais.»

Sentenciando, determinou o retorno da requerida ao cargo que ocupava, sem o pagamento dos salários e

demais vantagens porventura concedidas no período em que esteve afastada (fls. 145/146).

Houve embargos declaratórios (fls. 154/155), resolvidos à fl. 174.

A EBCT recorreu, com as razões de fls. 157/159, sustentando a existência de falta grave, devidamente comprovada.

Recorreu, igualmente, Josefina Nogueira Batista, pretendendo o reconhecimento do direito a salários e vantagens, durante o afastamento, com incidência de juros e correção monetária. Invoca o disposto no art. 495 da CLT.

Contra-razões às fls. 192/194 e 197/201, respectivamente.

Neste Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República encampou os pronunciamentos de sua assistida (fl. 218).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: A instauração do inquérito foi solicitada ao fundamento da prática, pela servidora estável, de ato de improbidade, que constituiu falta grave, ensejadora de rescisão contratual. A alegação única, constante da peça vestibular, diz com a falta da importância de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros), registrada pelo Subgerente de Operações Metropolitanas, ao efetuar balancete na Agência de Itaquerá. Adverte, por outro lado, que foi feita sindicância prévia, onde se apurou o alcance. Registra, ainda, outros ilícitos, de menor gravidade.

Não vejo caracterizada a improbidade, no particular. Com efeito, os próprios elementos que compõem o processo sumário de investigação administrativa dão ensanchas a tal concepção, por isso que atestam os esclarecimentos prestados pela empregada, antes do início da conferên-

cia do numerário, conforme se vê do relatório de fls. 9/11, verbis:

«Iniciamos, pouco antes das 12 h, o balanço dos selos e outros valores da agência com o objetivo de constatar a procedência de denúncia à fl. 2, referente ao uso da importância de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) que a agente teria feito, indevidamente, utilizando-se de dinheiro da agência. A agente, antes de procedermos à contagem do dinheiro existente em cofre, informou-nos que, no dia anterior, levava a importância de dois mil cruzeiros (Cr\$ 2.000,00) para sua casa, pois, ao sair da agência com ela a fim de efetuar o seu depósito bancário, devido a ter-se atrasado, não tivera tempo de fazê-lo, nem tampouco de voltar à agência para repô-la no cofre.

As 12 h, interrompemos o andamento do balanço, para que fosse concedido o almoço regular, comprometendo-se a agente de trazer a importância supramencionada, de sua casa, em seu retorno. As 13 h, reiniciando o balanço, efetuamos a contagem do restante dos selos, fascículos filatêlicos, álbuns, etc., e das importâncias em dinheiro, constando nada faltar, naquele momento, em cofre. Segundo o chefe da Zona Postal Leste, em suas visitas à agência, dificilmente tem encontrado a agente».

Em seu interrogatório, a suplicada explicou o procedimento (fls. 19/20), confirmando-o em Juízo, assim:

«que, no tocante ao dinheiro recebido na agência, o procedimento normal é seu recolhimento no banco e que tal recolhimento era efetuado um pouco antes do final do expediente, dado que a Agência de Itaquerá funciona até as 19h, e que, após efetuado esse recolhimento no banco, o dinheiro porventura recebido permanecia no cofre da agência; que não depositou os

Cr\$ 2.000,00 que posteriormente foram apurados como faltantes em fiscalização posterior, por ter se atrasado na agência e, ao tentar efetuar o depósito, o banco já havia encerrado seu expediente».

Não houve qualquer prova no sentido da configuração do delito de apropriação indébita. Ao contrário, tudo indica serem verdadeiras as alegações da requerida. A falta do dinheiro, de um dia para o outro, não a incrimina, em termos de improbidade. É certo que não agiu de acordo com as recomendações administrativas, pois, desde que encontrado o banco fechado deveria retornar à agência e lá guardar a quantia. Foi imprudente em levá-la para sua casa. Daí, porém, a imputar-lhe ato de improbidade, de sorte a justificar a demissão, não me parece correto.

As demais irregularidades apuradas, como, por exemplo, falta de assiduidade, negligência no serviço, utilização de empregados para serviços caseiros, além de não servirem para o propósito, não restaram indúvidosas, em termos de ilícito, embora confirmadas.

A reincidência proclamada não se evidencia. A falta coberta pela servidora, no valor de Cr\$ 1.500,00, não está vinculada a qualquer atuação irregular, como se deseja fazer crer.

Veja-se, ainda, que os próprios encarregados da sindicância não aconselharam a dispensa, consoante se lê das conclusões:

«Em consequência dos fatos aqui registrados, onde fica positivada a falta de condições atuais da agente para o bom desempenho de suas atribuições, proponho a sua substituição e transferência para outra unidade. SMJ».

Não assiste razão, portanto, à EBCT, quando pretende, em seu recurso, a reforma do decisório.

Restaria examinar, finalmente, o objetivo do recurso da promovida, isto é, a reparação patrimonial.

É certo que a ilustre sentenciante afastou a possibilidade de pagamento dos salários e vantagens, ao argumento de que, se não houve a improbidade, forçoso é reconhecer que a servidora teve comportamento comprovadamente irregular, no exercício de suas funções, motivando, destarte, a reposição econômica, no período de afastamento. Cita jurisprudência que agasalha esse entendimento.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, entendo que não se pode tirar do art. 495 da CLT a ilação de poder reintegrar o empregado, sem a correspondente reparação. Diz o dispositivo referenciado:

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

Ora, se se reconhecesse a improcedência do justo motivo para a demissão, por não configurada a falta grave, a consequência jurídica inquestionável é o *restitutio in integrum*. O retorno, na espécie, importa em reintegração, porquanto não se trata de mera liberalidade, mas de direito ao cargo, resultante do descarte da motivação do ato. As outras irregularidades, se não assumiam proporções que justificassem uma demissão, não podiam servir para tolher a amplitude das conclusões. Prefiro alinhar-me à corrente que repele reintegrações com efeitos parciais, como o aresto a seguir indicado:

«Férias.

Reintegrado o empregado, restitui-se ao estado anterior com todas as vantagens inerentes ao contrato de trabalho, como se em pleno

exercício estivesse e daí o direito às férias».

AC. TP. nº 2.752/79, 29-11-78, ERR nº 2.924/76. Rel.: Min. Raymundo de Souza Moura. Publ. DJ 16-3-79. (Embargos rejeitados)» (in Revista do TST, ano de 1979, pág. 436).

Outra não é a orientação desta Egrégia Corte, expressa nas ementas dos acórdãos, a saber:

«Trabalho — Reintegração — Ausência de inquérito.

Ementa: Ausência de inquérito — Justa causa não comprovada — Reintegração.

Médico admitido pelo INPS por concurso público e despedido posteriormente sem que a justa causa alegada fosse apurada em processo regular.

Sentença que se confirma para reintegrar o empregado e pagá-lhe a respectiva remuneração desde a data da despedida, mais as vantagens que teria auferido se no exercício de suas funções. Juros e correção monetária sobre o montante apurado» (RO nº 4.716-RS. Rel.: Min. Hermillo Galant. 3ª Turma. Unânime. DJ 27-11-80).

«Trabalho — Empregado Estável — Demissão — Reintegração.

Ementa: Reclamação. Reconhecimento de relação empregatícia. Reintegração de empregado estável. Equiparação salarial. 1. Não é prestador de colaboração eventual, mas empregado sujeito a relação trabalhista, o servidor que serve como médico por mais de vinte

anos. 2. Deve ser reintegrado o empregado demitido sem justa causa, com as vantagens a que faça jus. 3. Não se dá, porém, a equiparação salarial à míngua de prova suficiente da desigualdade alegada, tanto mais que a repartição tem os seus quadros organizados em carreira. 4. Sentença parcialmente mantida (RO nº 3.282-RS. Rel.: Min. Gueiros Leite. 4ª Turma. Unânime. DJ de 23-4-80).»

Ante o exposto nego provimento ao recurso da EBCT e dou provimento ao recurso de Josefina Nogueira Batista, para que o seu retorno ao cargo seja feito com as reparações patrimoniais devidas, como se dele não se tivesse afastado.

Sobre as parcelas apuradas em execução devem incidir juros e correção monetária.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.371-SP — Rel.: O Sr. Min. William Patterson. Rectes.: Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos e Josefina Nogueira Batista. Recdos.: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso da reclamada Josefina Nogueira Batista, enquanto negou provimento ao da reclamante, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para reformar, em parte, a sentença, nos termos do voto do Relator (Em 20-10-81 — 2ª Turma).

Os Srs. Mins. José Cândido e Evandro Gueiros Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Evandro Gueiros Leite.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RO Nº 5.680 — DF

Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães

Embargante: José Cavalcante de Souza

Embargada: Caixa Econômica Federal — CEF

EMENTA

Trabalhista. Processual.

Servidor do extinto SASSE que pleiteia aproveitamento na Caixa Econômica Federal. Pedido inicial alternativo formulado no processo de conhecimento, que ensejou ao MM. Juiz Federal a escolha da segunda alternativa, qual seja, a condenação da CEF simplesmente ao pagamento das parcelas decorrentes do reconhecimento do vínculo empregatício, na qualidade de sucessora do SASSE. Modificação, por decisão da Segunda Instância, do sujeito passivo da relação processual, que passou a ser o INPS, a quem o servidor estaria vinculado pelo regime da CLT. Embargos de divergência interpostos dessa decisão, sem que o embargante tivesse trazido a confrontação jurisprudência, que, realmente, se ajustasse à hipótese e fosse favorável à tese do recurso. Embargos não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 28 de setembro de 1983 (Data do julgamento) — Ministro Lauro Franco Leitão, Presidente — Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães: Irresignado com o v. acórdão unânime da Egrégia 2ª Turma deste Tribunal, que negou provimento ao seu recurso ordinário, mas acolheu o recurso da CEF para excluí-la do feito (fl. 189), o embargante, Dr. José Cavalcanti de Souza, cirurgião-dentista e que trabalhava para o extinto Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários —

SASSE, interpôs estes embargos de divergência com o objetivo final de ver-se aproveitado ou integrado no quadro de pessoal da empresa pública federal, ou, até mesmo, do INPS.

Esse objetivo é, aliás, uma alternativa, pois que na petição inicial da reclamação trabalhista que ajuizou contra a CEF e o INPS, o embargante pediu sua reintegração nos quadros da Caixa, a partir de 7-7-77, com todos os direitos e vantagens decorrentes do cargo de dentista, a exemplo do que ocorreu com vários colegas do SASSE, ou a percepção das parcelas indenizatórias inerentes ao reconhecimento do vínculo empregatício e à rescisão unilateral do contrato de trabalho, por parte do empregador.

Pela sentença de fls. 141/144, em que foi considerada parte passiva apenas a Caixa Econômica Federal, julgou-se procedente a reclamação, em parte, para que a empresa pública fosse condenada a pagar-lhe, com juros e correção monetária, apenas, aviso prévio, indenização por tempo de serviço, gratificação por substituição de chefia e férias, em dobro e simples.

As demais parcelas (gratificação de produtividade, promoções e adicionais de raios-x e horas extras), considerou-se que o embargante não teria direito, até porque algumas estariam alcançadas pela prescrição.

Embargante e CEF recorreram da decisão, respectivamente às fls. 155/159 e 147/150, tendo o eminente Ministro Jesus Costa Lima, como Relator, dado provimento ao recurso da Caixa e negado provimento ao do embargante para condenar apenas o INPS a pagar-lhe aquelas mesmas parcelas a que a Caixa fora anteriormente condenada a pagar.

A empresa pública foi excluída da demanda, pois a 2ª Turma, pelo voto do eminente Relator, entendeu que houve vínculo empregatício, mas que a sucessão trabalhista ocorreria entre o SASSE e o INPS e não entre aquele órgão extinto e a Caixa.

O embargante, neste recurso, esclareceu que continua desejando mesmo o seu aproveitamento ou sua integração, preferencialmente no quadro da Caixa, ou no do INPS, se de todo for impossível o primeiro.

Como padrão de confronto da divergência, mencionou, apenas, a decisão da 1ª Turma, proferida no RO nº 4.914-RS, sendo Relator o eminente Ministro Washington Bolívar de Brito, cujo inteiro teor encontra-se às fls. 202/210, embora houvesse juntado, sem maior esclarecimento, a jurisprudência de fls. 211/218.

Sustentou, ainda, o embargante que seu pedido inicial não seria alternativo e sim em ordem sucessiva, embora admitindo que haja usado a expressão «alternativamente» na petição vestibular.

Pelo despacho de fl. 221 de meu ilustre antecessor, o Ministro Pereira de Paiva, foram admitidos os embargos, tendo sido aberta vista à embargada, Caixa Econômica Federal, que os impugnou às fls. 222/225.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães (Relator): O parágrafo 1º do artigo 275 do nosso Regimento Interno estabelece que, quando forem interpostos os embargos de divergência, a decisão divergente indicada deverá ser comprovada mediante a juntada de cópia ou certidão, ou mediante a citação do repertório de jurisprudência em que se louvou o embargante, devendo, em qualquer caso, ser mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Ora, aproveitável como padrão de confronto só se me afigura o RO nº 4.914, que foi expressamente objeto de menção pelo embargante.

E, mesmo assim, verifico que o próprio RO nº 4.914 consubstancia entendimento que não se ajusta exatamente à hipótese, senão vejamos:

O embargante entrou com a reclamação trabalhista contra o INPS ou INAMPS, na qualidade de sucessor do antigo SASSE, e a CEF pedindo:

1º) O reconhecimento do vínculo empregatício, com sua reintegração no quadro da empresa pública, a partir de 7-7-77, com todos os direitos e vantagens decorrentes do cargo de dentista, ou,

2º) alternativamente:

Aviso prévio, indenização a partir de 1975, férias simples e em dobro, gratificação de produtividade, substituições de chefia, promoções ou acessos a que tiver feito jus, adicionais de raios-x e horas extras, juros e correção monetária.

Dentro desse pedido alternativo o MM. Juiz Federal considerou a segunda parte, apenas no tocante a aviso prévio, indenização por tempo de serviço, gratificação por substituição de chefia e férias, tudo com juros e correção monetária, entendendo que caberia à Caixa Econômi-

ca Federal o encargo da sucessão estabelecida pela Lei nº 6.430/77.

Quanto à reintegração, decidiu que ela seria incabível por não se tratar de servidor estável.

A 2ª Turma, pelo voto do Sr. Ministro Costa Lima, manteve a condenação a ser suportada pela parte reclamada, apenas entendendo que esta não seria a CEF e sim o INPS, porque foi de instalações dessa autarquia que o embargante continuou a se utilizar e por ela continuou a ser pago até o final de 1977, tendo a reclamação sido proposta quando a entidade previdenciária deixou de remunerá-lo.

Do voto do Ministro Costa Lima destaco o seguinte trecho (lê fls. 182/185).

Embora trazido à colação pelo Sr. Ministro Costa Lima, em seu voto, o RO nº 4.914, nele, apenas manteve-se uma sentença que julgara procedente a reclamação trabalhista proposta contra o INPS por médicos e dentistas que prestavam serviço aos associados do SASSE no estabelecimento dessa entidade sem que, contudo, tivesse ficado esclarecido se eles foram ou não «aproveitados» no INPS, pois, da leitura do relatório e do voto do Sr. Ministro Washington Bolívar, depreende-se que foi-lhes apenas reconhecida a relação empregaticia.

A sua ementa é a seguinte (fl. 202):

«Trabalhista — Médicos e Dentistas — SASSE — Reconhecimento do vínculo empregaticio, uma vez presentes os seus requisitos, nos termos da legislação consolidada.

2. Recursos denegados».

Inexiste, pois, a meu ver, qualquer divergência entre os dois julgados postos sob confronto, mesmo porque o que deseja o embargante, agora, é aproveitamento no quadro da autarquia ou da empresa pública, assunto

que não foi objeto, ao que parece, do RO nº 4.914.

Não conheço, pois, dos embargos.

É o meu voto.

VOTO (No RO nº 5.680-DF)

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima (Relator): A ação está, inequivocadamente, proposta «contra o INPS ou INAMPS, na qualidade de sucessor do antigo Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários — SASSE, e contra a Caixa Econômica Federal» (fl. 2).

O contrato de prestação de serviços (fls. 7/10) não merece considerado, eis que a entidade dita locatária não o assinou.

A relação empregaticia, no entanto, está evidenciada. O reclamante prestou serviços de forma continuada em atividade permanente, com horário certo, remuneração e fiscalização. O trabalho, inclusive, foi prestado em consultório do extinto SASSE, que passou para o INPS, onde o pleiteante utilizava-se das instalações, equipamentos e materiais que lhe eram fornecidos pela autarquia. O contrato teve início a 1º de setembro de 1975, prolongando-se até 30 de dezembro de 1977.

De notar-se que a Lei nº 6.430, de 7-7-77, extinguiu o SASSE e mandou (artigo 4º) que os servidores daquele Serviço fossem aproveitados na Caixa Econômica Federal, na forma preconizada pela Lei nº 6.184, de 11-12-74.

À sua vez, o Decreto nº 80.012, de 25-7-1977, adotou providências para a execução da Lei nº 6.430 de 1977.

Dispôs:

«Art. 1º Caberá ao Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, observado o disposto no artigo 2º da Lei nº 6.430, de 7 de julho de 1977:

I — gerir e administrar, sem solução de continuidade, os bens e recursos do extinto Serviço de Assistência e Seguro Social dos Economiários — SASSE;

II — representá-lo ativa e passivamente em Juízo ou fora dele, assim como praticar todos e quaisquer atos em defesa de seus direitos ou cumprimento de suas obrigações;

III —

VI — efetuar pagamentos e cumprir obrigações, podendo intentar ações e receber citações iniciais pertinentes a casos de interesse direto da entidade extinta;

VII — apresentar à Caixa Econômica Federal — CEF, os servidores do extinto SASSE, inclusive os pertencentes ao Quadro de Pessoal da primeira, à medida em que os seus serviços se forem tornando dispensáveis;

VIII — firmar ajustes para cumprimento de obrigações da entidade extinta;

§ 1º A partir de 1º de agosto de 1977 as contas do SASSE, bancárias ou de depósitos em instituições financeiras, serão automaticamente transferidas para o INPS e por este mantidas sob o título «Contas do SASSE em Liquidação».

Art. 2º Os servidores de que trata o caput do artigo 4º da Lei nº 6.430, de 7 de julho de 1977, terão mantida a sua remuneração com recursos da conta a que se refere o § 1º do artigo 1º, até a data em que sejam apresentados à CEF».

O INPS esteve presente à audiência e disse apenas o seguinte (fl. 27):

«Pelo representante do IAPAS foi dito que após pesquisas nos arquivos e microfichas do INPS, INAMPS ou IAPAS, nada foi encontrado a respeito do reclamante; que, por ocasião da reorganização

do sistema previdenciário, correu no Rio de Janeiro um processo, de que toma conhecimento, neste momento, em que o reclamante requeria seu aproveitamento como servidor».

A vinculação que o reclamante mantinha com o SASSE perdurou em relação ao INPS, na qualidade de sucessor daquele, consoante depreende-se dos termos do Decreto nº 80.012, de 1977, do doc. de fl. 108 e das declarações de fls. 27/8 verbis:

«... que o SASSE, a 7 de julho de 1977, foi extinto, mas o reclamante ficou trabalhando no mesmo local até 30 de dezembro do mesmo ano; que o local ficou sob a direção do INPS. Que os pagamentos, mediante guias, foram feitos ao declarante pelo INPS, durante este período que mediou entre a extinção do SASSE e o dia 30 de dezembro de 1977; que todos os empregados do SASSE em Brasília, com exceção do declarante, foram aproveitados na CEF; que ao ser extinto o SASSE, as responsabilidades passaram para o INPS, o qual encaminhou os servidores do SASSE à CEF; que a CEF não recusou fazer o aproveitamento de nenhum dos servidores do SASSE encaminhados pelo INPS».

Nenhuma relação empregatícia o reclamante manteve com a Caixa Econômica Federal.

Pediu fosse convocada a Juízo, ao fito de ser compelida a «integrá-lo» nos seus quadros.

O INPS, sucessor do SASSE, deixando de encaminhar o reclamante à Caixa Econômica Federal, tal qual ordenava o art. 1º, inciso VII, do Decreto nº 80.012, de 25-7-77, assumiu o risco e o ônus do seu ato. E, quando deixou de remunerar o reclamante, sem causa justa, rompeu a relação de emprego.

A Caixa Econômica Federal não pode responder por ato que não deu causa.

Apenas, se o reclamante tivesse sido encaminhado à CEF pelo INPS e a empresa, sem razão legal, não o tivesse integrado em seus Quadros, é que poderia sofrer o ônus.

Assim já decidiu este Tribunal no RO nº 4.914-RS, de que foi Relator o Ministro Washington Bolívar de Brito:

«Trabalhista — Médicos e Dentistas — SASSE — Reconhecimento do Vínculo Empregatício.

1. Deve-se proclamar a existência de vínculo empregatício, uma vez presentes os seus requisitos, nos termos da legislação consolidada.

2. Recursos denegados.

Cabe, desse modo, ao INPS o encargo da sucessão prevista na legislação pertinente ao caso.

O reclamante não tinha estabilidade. Onde carece de direito à reintegração. Também não se lhe defere gratificação de produtividade, promoção, adicional e horas extras, porque não provados.

Todavia, faz jus às seguintes parcelas: a) aviso prévio de um mês; b) indenização correspondente a 2 (dois) salários; c) férias dobradas de 9/75 a 9/76 e, simples, de 10/77 a 12/77; d) gratificação por substituição de chefia por 80 (oitenta) dias —

23-5 a 21-7 e 27-7 a 15-8 — tudo de 1977 (doc. de fl. 108), prescritas as demais parcelas.

À vista do exposto, conheço dos recursos da CEF e do reclamante. Dou provimento ao da empresa para reformar a sentença e condenar o INPS na forma explicada no voto, excluída a Caixa Econômica Federal do feito. Nego provimento ao recurso do reclamante.

EXTRATO DA MINUTA

ERO nº 5.680-DF — Relator: O Sr. Ministro Carlos Augusto Thibau Guimarães. Embargante: José Cavalcante de Souza. Embargada: Caixa Econômica Federal — CEF.

Decisão: A Seção, por unanimidade, não conheceu dos embargos (Em 28-9-83 — Primeira Seção).

Sustentação Oral: Drs. Regina Coeli de Medina Figueiredo e Nilo Arêa Leão.

Os Srs. Ministros Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, William Patterson, Adhemar Raymundo, José Cândido, Flaquer Scar-tezzini, Costa Lima, Leitão Krieger e Hélio Pinheiro votaram de acordo com o Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Franco Leitão.

