
JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.695 — PR

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Agravante: Caixa Econômica Federal

Agravada: Elza Maria Nogueira Lopes

EMENTA

Processual Civil. Execução Hipotecária. Ausência de Embargos. Prosseguimento na forma da lei.

Não sendo oferecidos os embargos, na execução promovida nos termos da Lei nº 5.741, de 1971, descabe ao Juiz sentenciar acerca de parcelas do crédito, devendo prosseguir como manda a lei. O exame estará restrito a aspectos formais. Não se afasta desta compreensão o procedimento disciplinado na lei adjetiva.

Agravo provido, para que a execução prossiga na conformidade da legislação aplicável.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento, para que a ação tenha prosseguimento, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de dezembro de 1979 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Adoto como relatório a parte expositiva do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, nestes termos:

«Em ação executiva hipotecária para cobrança de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação (Lei nº 5.741, de 1-12-71, art. 1º), os devedores, embora citados pessoalmente, não ofereceram embargos.

Não obstante, o ilustrado juiz de primeiro grau proferiu «sentença» em que julgou (fl. 40) «procedente a execução para condenar os executados ao pagamento do saldo de-

vedor pedido», esclarecendo que, a partir da citação inicial, apenas incidiriam os juros legais (CPC, art. 293) e que deixava «de condenar ao pagamento dos honorários advocatícios porque estão cobertos pela multa penitencial aplicada».

Contra a aludida «sentença», após demonstrar que, no caso, se cuida de mera decisão interlocutória, manifestou a credora agravo de instrumento em que sustenta:

a) em preliminar, a nulidade da mencionada decisão;

b) no mérito, serem devidas as parcelas relativas a juros compensatórios e correção monetária até o efetivo pagamento, bem como a atinente à verba advocatícia, desde que, no caso, por força de disposição expressa de lei (Lei nº 5.741, de 1-12-71, arts. 2º, III, e 8º), é acumulável com a multa.»

O MM. Juiz a quo manteve o despacho agravado e determinou a subida dos autos a esta superior instância.

A douta Subprocuradoria-Geral da República pronunciou-se pelo provimento do agravo para o fim de se anular a esdrúxula decisão agravada, determinando-se o prosseguimento da execução na forma da lei, ou, quando não, para ordenar a inclusão das parcelas por ela excluídas, relativas a juros compensatórios, correção monetária e honorários advocatícios.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: A agravante suscita duas questões a serem dirimidas por esta egrégia Corte. Na primeira, em preliminar, argüi nulidade da sentença porque entende inadmissível esta em processo executivo, especialmente naquele de rito especial, disciplinado na Lei nº 5.741, de 1971. Na segunda,

quanto ao mérito, impugna a exclusão, determinada naquele decisório, da correção monetária e juros compensatórios a partir do ajuizamento da ação, além de não permitir a cumulação de honorários advocatícios e multa contratual.

Parece-me procedente a censura feita pela agravante ao procedimento do ilustre Magistrado, em proferindo sentença na referida execução.

Com efeito, trata-se de cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, sujeita ao rito peculiar estabelecido na Lei nº 5.741, de 1 de dezembro de 1971.

Na espécie, não tendo a executada oferecido embargos, caberia o prosseguimento, com exame, tão somente, das formalidades processuais.

Na verdade, em momento algum fala o diploma em exigência de decisório, em sua concepção técnica. Veja-se, por exemplo, o que o art. 6º declara:

«Rejeitados os embargos referidos no caput do artigo anterior, o Juiz ordenará a venda do imóvel hipotecado em praça pública por preço não inferior ao saldo devedor, expedindo-se edital pelo prazo de 10 (dez) dias.»

No particular, a circunstância é ainda mais favorável ao entendimento, visto que nem mesmo embargos foram opostos. Omitiu-se o devedor na providência que a lei adjetiva lhe facultava.

Ainda que se tivesse de recorrer ao disciplinamento da lei processual, por força de sua aplicação subsidiária, conforme autorizada no art. 10, da Lei nº 5.741/71, outra não seria a orientação, posto que, também aí, impróprio o procedimento daquela natureza.

O Código determina que, não sendo embargada a execução, ou sendo

rejeitados os embargos, ou recebidos com efeito suspensivo, o juiz nomeará um perito para estimar os bens penhorados, se não houver, na comarca, avaliador oficial (art. 680). A necessidade de sentença, nesta fase, não está recomendada, quer na lei especial, quer no Código de Processo, para efeito algum, muito menos para decidir a respeito de parcelas do crédito arrolado.

O culto patrono da agravante, Dr. Romário Teramoto, traz à colação lições eméritas de consagrados juristas pátrios, merecendo destaque a afirmativa do Professor Alcides Mendonça Lima sic).

«Se o devedor nada objetar contra o título, por via de embargos, abrindo nova lide entre as partes, não cabe ao juiz trancar a execução, impedindo que o credor seja satisfeito nos limites da obrigação concretizada no título executivo».

«A cognição, mesmo em execução baseada em título extrajudicial, somente existirá se forem oferecidos embargos do executado, sem necessitar o credor de fazer prova de seu direito, na execução em si mesma.»

Respalda-se, igualmente, em ensinamentos de Frederico Marques, para o qual:

«O juiz determinará os atos executivos e os oficiais de justiça os cumprirão.» — é o que estatui o art. 577, numa síntese feliz do que seja a execução: atos processuais ordenados pelo juiz para que seus auxiliares (mormente os oficiais de justiça) atuem coativamente, e se consiga, assim, a realização prática do Direito. (Manual de Direito Processual Civil, 4º vol., Saraiva, 1976, pág. 9).

Robustece, ainda, a posição, com os argumentos do eminente Ministro Jorge Lafayette Guimarães, na opor-

tunidade do julgamento do AI nº 38.728-PR, verbis:

«Requerida execução com fundamento em título extrajudicial, consistente em certidão de inscrição de dívida, como faculta o art. 585, VI, do CPC, ao despachar a petição respectiva, o controle exercido pelo juiz deve limitar-se à comprovação do título para execução, não podendo entrar no exame das parcelas em cobrança, constantes da aludida certidão, as quais, se indevidas, terão que ser impugnadas pelo executado, através de embargos à execução. Não sendo oferecidos embargos, o processo de execução não comporta sequer, sentença acolhendo ou rejeitando a pretensão do exequente como resulta do art. 680, do CPC, seguindo-se a avaliação e arrematação do bem penhorado, limitada a fase de conhecimento nele admissível aos referidos embargos, meio pelo qual o executado pode opor-se à execução, nos termos do declarado pelo art. 736 do mesmo Código.»

†No mesmo sentido são as decisões citadas às fls. 13/14, pertinentes a arestos do Tribunal de Alcada de São Paulo.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para, reformando o despacho agravado, determinar o prosseguimento da execução, na conformidade da legislação aplicável, salientando, ainda, que se assim não fosse entendido, o provimento caberia pelo aspecto meritório, consoante realçado na manifestação da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

EXTRATO DA ATA

Ag nº 40.695-PR. Rel.: Sr. Min. William Patterson. Agrte.: Caixa Econômica Federal. Agrda.: Elza Maria Nogueira Lopes.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento para que a ação tenha prosseguimento. (Em 5-12-79 — 2ª Turma)

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Torreão Braz votaram com o Relator. Min. Moacir Catunda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.355 — MG

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz

Agravante: Caixa Econômica Federal — CEF

Agravado: Geraldo Drumond Guimarães

EMENTA

Processo. Execução Hipotecária. Arrematação.

O arrematante tem direito a imitir-se na posse do bem imóvel praceado, mas haverá de comprovar, previamente, a alegação de que o mesmo foi invadido por terceiros, que deverão ser devidamente intimados.

Embora suprimida no atual CPC, a ação de imissão de posse (arts. 381 a 383 do estatuto processual de 1939), mantém-se o instituto como medida de seqüência em procedimentos nos quais ele caiba.

Agravo improvido, ressaltando-se à agravante o exercício dos meios adequados.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 14 de outubro de 1981 (data do julgamento) — Ministro José Fernandes Dantas, Presidente — Min. Américo Luz. Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: Nos autos da execução hipotecária contra Geraldo Drumond Guimarães, a Caixa Econômica Federal requereu ao MM. Juiz a intimação do Deposi-

tário Público para que lhe entregasse o imóvel penhorado, bem como fosse expedido mandado de desocupação contra determinados invasores do mesmo.

Argumenta a agravante, in verbis (fls. 3/4):

«Ao apreciar a pretensão da agravante o douto Magistrado a indeferiu ao argumento de que:

«... o oficial de justiça José da Silva Teixeira não é, como equivocadamente pretende a Caixa Econômica Federal, o depositário do imóvel».

Assim, o mérito do pedido não foi apreciado, notando-se que o MM. Juiz entendeu haver a CEF se equivocado quanto à indicação do depositário.

II — As razões do pedido de reforma da decisão.

Constata-se, pelo traslado de peças, o seguinte:

a) Fl. 13 e verso, auto de penhora do bem situado à Rua Arceburgo, 184, constando no verso que:

«... Foram assim os referidos bens penhorados, conforme consta do auto, os quais foram por nós, Oficiais de Justiça, depositados em mãos e poder do executado Geraldo Drumond Guimarães, do Depositário Público desta Justiça Federal ... José da Silva Teixeira...»

b)) Fl. 70 e verso, novo auto de penhora, prosseguimento da execução considerando que, praxeado o bem penhorado à fl. 13, não se teve a liquidação total da dívida.

Neste segundo auto como se tem à fl. 70v., o bem penhorado ficou em depósito com José Amélio Moreira, Depositário da Justiça.

Não é demais pressupor que com a existência de dois autos de depósito, possa haver o douto Magistrado se equivocado quanto ao depositário do bem situado à Rua Arceburgo, 184, motivando o indeferimento do pedido.

Por outro lado, não se pretende uma coação ao ilustre Depositário Público, mas sim que ele, ao ser intimado para a entrega ao arrematante, possibilite o seguimento processual adequado contra os invasores, na forma requerida à fl. 82».

Formado o instrumento, o agravado não ofereceu contraminuta.

O Ministério Público nada requereu (fl. 18v.).

Mantida a decisão recorrida (fl. 24), subiram os autos.

Não se pronunciou a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz (Relator): Não cabe ao Depositário da Justiça Federal a tomada das providências pretendidas pela agravante que arrematou o imóvel penhorado em hasta pública.

É verdade que o vigente Código de Processo Civil não cuidou da ação de imissão de posse estabelecida no diploma anterior, de 1939 (artigos 381 a 383). Entretanto, como entendeu a antiga 4ª Turma desta Corte, pelo voto prevalecente no julgamento da AC nº 51.490-SP, Relator o eminente Ministro Evandro Gueiros Leite, o novo estatuto processual deu tratamento diverso ao referido instituto, como providência de seguimento procedimental nas hipóteses em que caiba a sua aplicação (DJ de 4-4-79, pág. 2587).

O que a agravante pretende, ela poderá obter, mas não pelo meio de que se valeu. É que a ocupação, no caso, por presumidos invasores, pressupõe a averiguação de causa ou causas que a ensejaram. Há necessidade de prévia intimação dos ocupantes, para que se defendam, querendo.

Na linha dessas considerações, ressalvando à recorrente o exercício dos atos judiciais tendentes a ver desocupado o imóvel que arrematou, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AG nº 42.355-MG — Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Agrte.: Caixa Econômica Federal. Agrdo.: Geraldo Drumond Guimarães.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo. (Em 14-10-81 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. José Dantas e Wilson Gonçalves. Presidiu a sessão o Sr. Min. José Fernandes Dantas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.543 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Agravante: Caixa Econômica Federal — CEF

Agravados: Amaro Cavalcante Santos e c^onjuge

EMENTA

Processual Civil. Honorários. Advogado-Curador.

A postulação da figura do advogado-curador, no interesse do executado revel, merece ser remunerada, in casu, pelo vencido. Esta remuneração, porém, não se equipara a despesas processuais para os efeitos do art. 19 do CPC, recomendando-se a fixação dos honorários na oportunidade da satisfação do débito ou da sentença homologatória da adjudicação ou arrematação, não sendo caso de pagamento antecipado

Provimento do agravo.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de maio de 1982 (data do julgamento) — Ministro Justino Ribeiro, Presidente — Ministro Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Em processo de execução hipotecária promovida pela Caixa contra Amaro Cavalcante Santos e s/mulher, agravou aquela de despacho do Dr. Juiz que arbitrou honorários em favor do Curador Especial e mandou que a Caixa, agravante, recolhesse a quantia arbitrada no pra-

zo assinalado, sob pena de extinção do feito.

A Caixa não se insurge propriamente contra o arbitramento, mas contra a antecipação do pagamento da referida verba, pretendendo que seja consignada a final por conta do vencido e na oportunidade da liquidação de sentença.

Preparado e contraditado o recurso, foi mantida a decisão.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator):

O despacho agravado tem o seguinte teor:

«Data venia do ilustre advogado da exequente, os honorários do Dr. Curador do executado ausente serão somente adiantados pela CEF, posto que, considerados como «despesas processuais» em sentido lato pelos arts. 19 e segs. do CPC, serão reembolsados pela parte vitoriosa à final.

Os honorários do Dr. Curador, além disso, são irrisórios, até simbólicos. Custa a crer que a poderosa e abastada empresa pública federal queira, desse modo, se prevalecer do trabalho gratuito de profissionais liberais, que só exercem a honrosa função em atenção à solicitação do Juízo, nesse encargo, velando inclusive, para que se evitem nulidades processuais que só prejudicariam, em última análise, à própria CEF.

Aguarde-se, pois, por 30 (trinta) dias, o depósito dos honorários do Dr. Curador pela CEF. Passado esse prazo neste e nos demais processos idênticos, extraiam-se mandados de intimação pessoal ao representante legal da exequente para cumprir o despacho em 48 horas, sob pena de extinção do feito com base no art. 267, III, e parágrafo 1º, do CPC.

Rio de Janeiro, 19-9-80.» (Fl. 21).

Sou de divergir das razões do despacho agravado.

É ponderável a avaliação ética da Caixa no sentido de que não pode ela, exequente, financiar um advogado dativo que vai representar os interesses dos executados, na qualidade de Curador Especial da parte ex adversa, revel.

É bem verdade que a postulação judicial do advogado dativo merece ser remunerada, in casu, pelo vencido. Essa remuneração representa honorários e não se equipara a despesas processuais para os efeitos do art. 19 do CPC, em face da existência de regra mais específica.

Os honorários profissionais são tratados pelo Código de Processo Civil e pela Lei nº 4.215, de 1963 (Estatuto da OAB). E, segundo o Estatuto,

a prestação de serviço profissional não assegura aos inscritos na Ordem o direito a honorários quando o advogado for nomeado pelo juiz, salvo os casos de prestação de serviço aos necessitados (art. 96, parágrafo único, item I).

Ora, essa regra não é o bastante para negar a remuneração do advogado, curador especial do revel, mas afasta a incidência do art. 19 do CPC.

É de bom alvitre que somente na sentença ou na oportunidade da decisão homologatória da adjudicação ou arrematação sejam deferidos os honorários do advogado-curador, tal como foi recomendado pela antiga 2ª Turma, no Agravo de Instrumento nº 40.070, de que foi Relator o Sr. Ministro Paulo Távora.

Acrescente-se que o advogado que aceita a curadoria do revel deve assumir as condições do encargo.

Dou, pois, provimento ao agravo para liberar a Caixa da incumbência de pagar antecipadamente os honorários do curador.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 42.543-RJ — Rel.: Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Agrte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Agrdos.: Amaro Cavalcante Santos e cônjuge.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento ao agravo. (Em 12-5-82 — 5ª Turma.)

Os Srs. Mins. Justino Ribeiro e Sebastião Reis votaram com o Relator. Impedido o Sr. Min. Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Justino Ribeiro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.573 — SP

Relator: O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza

Agravantes: Fábio Salvador Bei e cônjuge

Agravada: Empresas Nucleares Brasileiras S/A — NUCLEBRÁS

EMENTA

Processual Civil.

Desapropriação.

Imissão liminar de expropriante na posse.

Depósito inicial.

Inobservância dos arts. 15, § 1º, c do Dec.-Lei nº 3.365, de 21-6-41, e 162 do Cód. de Proc. Civil.

Recursos.

Agravado de instrumento: adequação ao caso em que o decreto liminar é assemelhável à decisão interlocutória.

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

Custas como de lei.

Brasília, 26 de abril de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Romildo Bueno de Souza, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Fábio Salvador Bei e sua mulher interpuseram, em tempo hábil (fls. 2, 10, 12, 32 e 36), o presente agravo de instrumento, irrisignados com o depósito inicial efetuado pelas Empresas Nucleares Brasileiras S/A — NUCLEBRÁS para obter sua imissão liminar na posse da área expropriada, em autos de ação expropriatória movida contra os agravantes

perante o MM. Juiz Federal da 4ª Vara de São Paulo.

Os agravantes consideraram insuficiente o depósito que não corresponde ao «valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior», nos termos do art. 15, § 1º, c do Decreto-Lei nº 3.365, de 21-6-41. Apresentam os comprovantes das duas últimas atualizações cadastrais (fls. 6/7) e pedem: a reforma da decisão que admitiu como suficiente o depósito ofertado; e, bem assim, seja determinada a complementação, pena de revogação da imissão liminar na posse.

Contra-arrazoado o recurso e sustentada a decisão, subiu o instrumento, regularmente organizado (fls. 82 e 84 v.).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza (Relator): Os agravantes procuram primeiramente demonstrar a

adequação do recurso, à luz do art. 162 do Cód. de Proc. Civil.

Salientam, a propósito, que o ato judicial atacado não constitui mero despacho, desde que envolva necessariamente a verificação da respectiva conformidade aos pressupostos legais; por outro lado, não acarreta o encerramento do processo, por onde não configura sentença, nem mesmo terminativa.

2. Em verdade, temos para nós que a classificação dos atos processuais, tal como efetuada pelo art. 162 do Cód. de Proc. Civil, não se mostra completa e nem mesmo satisfatória.

Basta ter em vista que não se refere aos decretos liminares (de que o próprio código e também leis processuais extravagantes freqüentemente cogitam).

Tais decretos dificilmente se qualificam como atos de resolução de questões processuais, sem encerramento do processo (ou como decisões interlocutórias, por conseguinte, consoante a técnica do código): eles são pertinentes, preponderantemente, ao próprio litígio; diligenciam a bem de uma realidade (situação de fato) exterior ao processo.

3. A falta de classificação legal tecnicamente perfeita, temos como razoável assemelhar tais decretos liminares aos despachos (agora, decisões) interlocutórios. E isto, porquanto, a não se proceder assim, ficariam eles equiparados a meros despachos (tradicionalmente chamados ordenatórios ou de mero expediente) e imunes, portanto, a qualquer impugnação pronta e eficaz, sem que, no entanto, se lhes possa negar (a tais decretos liminares) a aptidão para infligir, à parte, danos muitas vezes de enorme relevância e até de reparação difícil ou incerta.

4. No que diz propriamente com a irresignação dos agravantes, assistelhes toda razão: note-se que a expropriante não impugna a alegação (a-

liás, documentada) de atualização cadastral feita nos termos do citado art. 15, § 1º, c, da Lei de Desapropriações; acentue-se, a seguir, que não foram impugnadas as afirmações dos recorrentes; e, afinal, que a agravada reconhece mesmo (e até procura justificar) a discrepância entre o valor ofertado e o devido.

5. São compreensíveis, sem dúvida (e até como escusas aceitáveis), as explicações contidas na contramínuta.

Não elidem, contudo, o fundamento do recurso, seja no ponto em que reclama a complementação do depósito, seja ao frisar que, sem tal providência, não pode prevalecer (e há de ser revogado) o decreto de imissão liminar da agravada na posse do imóvel expropriado, na qual já se encontra.

É o que mais ainda patenteia a adequação do recurso empregado, meio único e apropriado a conduzir o processo à observância da lei e a evitar maior detrimento patrimonial, como certamente ocorreria se a matéria fosse debatida como mera preliminar da contestação, para apreciação necessariamente remota, em outra fase procedimental.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para determinar seja complementado o depósito, tal como indicado, no prazo de cinco dias, sob pena de revogação do decreto liminar. Custas, afinal.

EXTRATO DA MINUTA

Ag. nº 42.573-SP (2.774.143). Rel.: Sr. Min. Romildo Bueno de Souza. Agrtes.: Fábio Salvador Bei e conjuge. Agrda.: Empresas Nucleares Brasileiras S/A — NUCLEBRAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. (Em 26-4-82 — 4ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Mins. Antônio de Pádua

Ribeiro e Armando Rolemberg, que votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 42.911 — SP

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Agravante: Cia. Energética de São Paulo — CESP

Agravados: Agropastoril Santo Antônio e Administração Ltda. e outros

EMENTA

Desapropriação. Levantamento da indenização. Dúvida quanto ao domínio. Ação discriminatória pendente de decisão. Agravo de instrumento. Conhecimento.

Conhecimento do agravo, ressalvado o entendimento do Relator.

No mérito, improcedem os argumentos da agravante, já repelidos, aliás, em primeira e segunda instâncias.

A expropriante não juntou ao pedido qualquer documento novo. As peças juntas ao agravo constituem traslado do processo expropriatório, como dito, já examinadas.

A circunstância de tramitar ação discriminatória, envolvendo parte das terras, não invalida os documentos dos agravados, relativos à propriedade das áreas expropriadas.

A dúvida, no caso, há de ser objetiva, inequívoca.

Improvemento do agravo.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Tribunal Federal de Recursos, preliminarmente, por maioria, conhecer do agravo; no mérito, 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, 18 de outubro de 1982 — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente — Ministro Wilson Gonçalves, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia Energética de São Paulo — CESP, inconformada com o r. despacho proferido nos autos da carta de sentença extraída da ação desapropriatória em que contende com Augusto de Oliveira Costa e outros, o qual deferiu os

levantamentos atinentes às expropriadas Agropastoril Santo Antônio e Administração Ltda. e outras, Zulmira de Souza e Maria Nunes Soares, sem observância, segundo alega, do art. 34, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/41. Assevera, ainda, que lhe não foi dada oportunidade para manifestar-se sobre os documentos apresentados.

Com relação aos aludidos levantamentos, opõe-se a agravante com apoio, em síntese, no fato de que, havendo dúvida quanto à titularidade do domínio, o quantum indenizatório deve permanecer em depósito, e, sendo a verba advocatícia parte dessa indenização, outra sorte não terá, ou seja, permanecerá à disposição do Juízo até o deslinde da ação discriminatória proposta pela União Federal.

Para instrução do agravo foram juntas as peças de fls. 11/375.

Contramintaram as agravadas, ponderando, em preliminar, a ilegitimidade da agravante para se insurgir contra o levantamento da indenização, vez que não alega direito próprio, mas, sim, supostos direitos que teria a União Federal, em vista de existir uma ação discriminatória, abarcando parte dos bens expropriados, que não sabe identificá-los.

Assim, argumentam, o titular dos eventuais direitos a que se refere a mencionada discriminatória é a União Federal. Esta, intimada do r. despacho recorrido, contra o mesmo não se insurgiu, demonstrando tácita conformidade com o decidido.

Por tal razão é de não ser conhecido o agravo, concluem.

Quanto ao mérito, asseveram, porque têm transcrição do imóvel em seus nomes, que são, conseqüentemente, senhoras e legítimas proprietárias do mesmo. E essa propriedade encontra-se comprovada por meio de robusta documentação, demonstrativa de uma filiação imobiliária

que tem início no registro paroquial, datado de 1856, até os nossos dias. Assim, a existência da ação discriminatória não é aquela prova cabal de domínio apta a impedir o levantamento pretendido, fato, aliás, reconhecido pelo digno Ministro Torreão Braz, no v. acórdão exequendo, ao afirmar que a circunstância de tramitar a ação discriminatória focada, não tolhe a pretensão indenizatória das agravadas «que exibam ou venham exibir títulos de domínio».

A seguir, citando doutrina e jurisprudência em seu prol, pediram o improvemento do agravo, tendo juntado as cópias de fls. 384/411.

Mantida a decisão agravada, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A decisão agravada está assim lançada:

«Aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 34 do Decreto-Lei nº 3.365/41, quando o Juiz tem dúvida fundada sobre o domínio. Não é o caso. O entendimento expendido na sentença exequenda é agora reafirmado. A União não provou serem as áreas expropriadas de seu domínio (fl. 87). Elas estão devidamente transcritas em nome dos expropriados, sendo, portanto, do domínio particular (artigos 530, I e 859 do CC).

A mera alegação de que os bens ou parte deles estarem incluídos numa ação discriminatória, conforme o entendimento do preclaro Ministro Torreão Braz, que adoto, «não concede o direito de impedir a desapropriação ou de tolher a pretensão indenizatória dos expropriados que exibiram ou venham a exibir títulos de domínio (fl. 113) pela razão de que «a indenização deve ser paga àquele que figurou

no processo e nele figura como sendo proprietário».

Isto posto, face à prova documental produzida e acolhendo as alegações de fls. 444/453, defiro o pedido de levantamento da indenização depositada devida a Agropastoril Santo Antônio Ltda.

Defiro, também, os pedidos de fls. 455/56, 459, 197 e 431.

Expeçam-se guias e alvarás necessários.

Após, intime-se a expropriante, por mandado, para que complemente o depósito (fl. 375).

Devo esclarecer que o despacho supra foi proferido após a audiência da expropriante, ora agravante, que se manifestou contrária ao levantamento requerido (fls. 363/364), e da Procuradoria da República que se limitou a reportar-se à manifestação da CESP (fl. 365-verso).

Os agravados suscitam matéria prefacial, nestes termos:

«1. Preliminarmente, é de se ponderar que a agravante não é parte legítima para se insurgir contra o levantamento da indenização, vez que não alega direito próprio, mas, sim, supostos direitos que teria a União Federal, em vista de existir uma ação discriminatória, abarcando parte dos bens expropriados, sem saber ao certo quais.

2. Ora, titular dos eventuais direitos a que se refere a ação discriminatória é a União Federal. Esta, intimada do r. despacho agravado, contra o mesmo não se insurgiu, demonstrando tácita conformidade com o decidido.

3. Destarte, falta à agravante legítimo interesse para discutir o levantamento da indenização a que foi condenada a pagar e sobre a qual, qualquer que venha a ser o desfecho na aludida ação de discriminação,

em nada, absolutamente nada, a favorecerá.

4. E, então, se para agir ou recorrer é preciso que haja legítimo interesse, não o tendo a agravante, não é de ser conhecido o agravo, com o direito e por justiça» (fls. 378/379).

Prescreve o art. 12, I, do Código de Processo Civil:

«Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I — a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores».

A tese não exige maiores comentários, embora tenha fundamental importância ante o princípio da legitimidade processual da parte.

Versando a tese, Celso Agrícola Barbi acentua que a capacidade de ser parte é pressuposto processual e, portanto, necessária para a validade da relação processual, da qual o juiz deve conhecer *ex officio*, (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, tomo I, Forense, 1977, pág. 156).

No caso, a agravante foi autora da ação de desapropriação, com a assistência da União por seu representante legal. O seu interesse, na causa, consistia em obter, mediante indenização, a propriedade e posse do imóvel expropriado para atender aos seus objetivos como empresa de energia elétrica, o que realmente conseguiu, consoante se deduz da fase a que chegou a demanda.

Segundo se constata do seu pronunciamento de fl. 363, é ela contrária ao levantamento pelos expropriados do preço da indenização, porque o impede a notícia, trazida aos autos, da existência de ação discriminatória, na qual a União se arroga a qualidade de proprietária de parte das terras expropriadas. Acresce que, diante de tal impasse, o levantamento deve atender ao disposto no

artigo 34, parágrafo único da Lei de Desapropriações (fl. 364).

Embora a douta Procuradoria da República haja se reportado a essa manifestação da empresa, nada requereu contra a decisão agravada.

Percebe-se, assim, claramente, que a agravante se rebela contra um suposto direito que seria da União, mas não está a defender um direito próprio através deste recurso. Não é demais ponderar que, na ação desapropriatória, a responsabilidade da Companhia expropriante cessou com a efetivação do depósito do valor global da indenização.

Na ação discriminatória, a que se refere, não é parte, nem tem, consequentemente, legítimo interesse, pois ela é destinada a terras devolutas que não lhe pertencem.

Ora, como se vê, a agravante não possui legitimidade processual para, neste recurso, representar a União que, no particular, se quedou inerte, o que pode até significar concordância, conformismo ou desinteresse.

Ante o exposto, não conheço do agravo.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: O mérito do recurso é regido pelo parágrafo único do art. 34 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 que reza:

«Se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-la.»

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o comando legal é endereçado diretamente ao juiz, á cujo critério e discernimento entrega a adoção da providência nele autorizada.

A Quarta Turma deste Tribunal, em acórdão unânime, de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, no Agravo de Instrumento nº 41.643-AL, junto às fls. 406

a 411, deu o exato alcance do preceito, nesta Ementa:

«Desapropriação. Preço. Levantamento. Título de Propriedade. Dúvida Fundada. Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 34, parágrafo único; Decreto-Lei nº 554, de 25-4-69, art. 13, parágrafo único.

I — A dúvida fundada de que fala o art. 34, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/41, ou art. 13, parágrafo único, do Decreto-lei nº 554/69, há de ser a dúvida objetiva, inequívoca, sobre o domínio, com base em documento de propriedade. Se o expropriado tem título de domínio devidamente transcrito, não impede o levantamento do preço o simples ajuizamento de ação anulatória deste, por isso que, enquanto não anulado o título, regularmente, o seu titular é legítimo proprietário.

II — Recurso desprovido» (Veja-se Ag nº 40.741-AC. fl. 394; AG nº 39.485-PR. fl. 396; Theotônio Negão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 10a. edição, pág. 450, nota 2 ao art. 34; e José Cretela Júnior, Tratado Geral da Desapropriação, vol. 2, Forense, 1980, págs. 273/276, nº 208).

Na espécie, a alegação da existência de dúvida vem sendo repelida desde a fase do processo de conhecimento.

A sentença que julgou a expropriatória, acentua:

«A União Federal não trouxe para os autos prova de que a área expropriada é de seu domínio, ficando provado que esse domínio está para ser deslindado nos autos da Ação Discriminatória em curso pela 7ª Vara Federal, não sendo, portanto, de se acolher o seu pedido de improcedência da ação. Conforme provam os documentos de fls. 68, 334, 338, 380/384, as áreas expropriadas se acham devidamente

transcritas em nome dos expropriados, portanto, do domínio particular» (fl. 34).

O acórdão respectivo, de que foi Relator o nosso emérito Presidente, assim examinou o pormenor:

«Não agasalho, por outro lado, o recurso da União Federal. Conforme ressaltou o Dr. Juiz a quo, inexistente prova de que seja do seu domínio a área expropriada ou uma porção dela. A circunstância de tramitar ação discriminatória, envolvendo parte das terras, não lhe concede o direito de impedir a desapropriação ou de tolher a pretensão indenizatória dos expropriados que exibiram ou venham a exhibir títulos de domínio. Ademais, se surgir dúvida a respeito, deve o juiz proceder na conformidade do art. 34, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941» (fls. 48/49).

A esta altura, é indispensável pôr em relevo que a impugnação da expropriante ao pedido de levantamento (fls. 365/364) está desacompanhada de qualquer documento, consistindo apenas em renovar ou repetir a alegação sobre a ação discriminatória, já refutada. De igual modo, a agravante não juntou nenhuma prova nova ao recurso, limitando-se ao avantajado traslado de peças do processo desapropriatório, as quais foram examinadas nas duas instâncias, consoante acima esclarecido.

O desinteresse da União está refletido na excessivamente sintética cota da Procuradoria da República, a fl. 365-verso. A dialética da agravante não convence, embora defenda com tanta ênfase, pretensão direito que não é seu.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Entendo que o parágrafo

único do artigo 34 da Lei das Desapropriações contém norma cogente, assim de aplicação necessária, uma vez verificada dúvida fundada sobre o domínio. O Juiz, de ofício, ou por provocação de qualquer interessado, configurada a situação descrita no dispositivo, deverá determinar o depósito do preço indenizatório, ressaltando as vias ordinárias para disputá-lo. Por outro lado, parece-me indubitado que o expropriante, integrando a relação processual, pode postular, na ocorrência dessa dúvida, a observância da lei, até mesmo para forrar-se de qualquer responsabilidade pelo indevido pagamento da indenização a quem a ela porventura não fizer jus. Nessas circunstâncias, penso que lhe assiste legítimo interesse processual para recorrer de decisão que indefira pedido nesse sentido formulado.

Conseqüentemente, data venia do eminente relator, afasto a preliminar de conhecimento.

VOTO PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Senhor Presidente. Conheço do agravo, data venia.

Entendo que a empresa expropriante tem o direito, em havendo dúvida sobre o domínio, de rebelar-se contra o despacho judicial in casu, embora a União Federal, diretamente interessada, não o tenha feito. Pelo que entendi, há uma ação discriminatória em curso.

EXTRATO DA MINUTA

Ag nº 42.911-SP — Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Agrte.: Cia. Energética de São Paulo — CESP. Agrdos.: Agropastoril Santo Antônio e Administração Ltda. e outros.

Decisão: A Turma, preliminarmente, por maioria, conheceu do

agravo, vencido o Relator que dele não conhecia; no mérito, por unanimidade, lhe negou provimento (Em 18-10-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Antônio Torreão Braz.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 43.070 — SP

Relator: O Sr. Ministro Wilson Gonçalves

Agravante: Cia. Energética de São Paulo — CESP

Agravados: Nelson Carlos de Lima e Cônjuge

EMENTA

Desapropriação indireta. Prescrição. Inocorrência.

Correspondendo o apossamento a um inegável ato ilícito praticado pela agravante, e não tendo esta justo título, nem boa fé, lógico é concluir-se que o prazo para o usucapião é de vinte anos.

É que a ação de indenização, fundada em domínio, substitui a pretensão reivindicatória pelo pagamento do valor do imóvel.

Improvemento do agravo.

ACORDÃO

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

Decide a Sexta 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, 30 de agosto de 1982 —
Ministro José Fernandes Dantas,
Presidente — Ministro Wilson
Gonçalves, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: A Companhia Energética de São Paulo — CESP, interpôs agravo de instrumento visando à reforma do r. despacho que, nos autos da ação de-

sapropriatória indireta movida por Nelson Carlos de Lima e outros, indeferiu a preliminar de prescrição da ação, argüida em sua contestação.

Sustenta a agravante que, tratando-se de ação de indenização (desapropriação indireta), de natureza estritamente real, a sua prescrição é regulada pelo art. 177 do Código Civil.

Como a linha de transmissão, objeto da ação, foi construída em 1962, conforme afirmado pelos autores, e seu pedido inicial foi ajuizado em 26-8-81, estaria fatalmente prescrita a ação intentada.

Com base na jurisprudência que traz à colação, pede o provimento do agravo, para que se determine a extinção da ação proposta pelos agravados.

Em sua contraminuta, argumentam os agravados que já se firmou

jurisprudência no sentido de que as ações ordinárias de indenização por apossamento ilícito da administração pública somente prescrevem quando se consuma o prazo da prescrição aquisitiva, originária do usucapião, conforme acórdãos que cita.

Mantida a decisão agravada, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Wilson Gonçalves: Em ação desapropriatória indireta, a agravante, invocando o art. 177 do Código Civil, suscitou preliminar de prescrição ao alegar que, como os próprios autores afirmam, a ocupação da área em questão se dera em meados de 1962, enquanto essa demanda fora proposta em julho de 1981.

A decisão agravada, rejeitando a prejudicial, pôs-se em harmonia com a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, isto é, a ação ordinária de indenização por apossamento ilícito da administração pública, somente prescreve quando o prazo decorrido gera o usucapião.

Versando matéria semelhante, assim se pronunciou o Sr. Ministro José Fernandes Dantas:

«... verifico que a rejeição da prescrição argüida encontra base na jurisprudência do STF, tantas vezes a Suprema Corte tem dito que as desapropriações indiretas não se regem pela prescrição quinquenal, senão que o expropriado somente perde a propriedade se ocorrer a aquisição por usucapião» (AC nº 49.681-SE, in DJ de 21-8-78).

Em voto na Apelação Cível nº 40.575-SP, confirma o ilustre Ministro o seu entendimento, com estas palavras:

«... a prescrição quinquenal em que insiste o apelante, vê-se, não encontra apoio na jurisprudência, sobre dizer que as chamadas desapropriatórias indiretas se regem, no particular, pelo art. 177, c.c arts. 550 e 551 do Código Civil, não lhes alcançando a quinquenal» (julg. de 30-3-79).

No caso, o dispositivo legal aplicável não é o do aludido art. 177, mas o do art. 550 do Código Civil.

Correspondendo o apossamento a um inegável ato ilícito, praticado pela agravante, e não tendo esta justo título, nem boa fé, lógico é concluir-se que o prazo para o usucapião seria de vinte anos, o qual não fluiu ainda na hipótese dos autos, consoante ressaltou o despacho recorrido.

É que, segundo a exata conceituação da Corte Suprema, a ação de indenização, na espécie, fundada em domínio, substitui a pretensão reivindicatória pelo pagamento do valor do imóvel.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AI nº 43.070-SP. Rel.: O Sr. Min. Wilson Gonçalves. Agrte.: Cia. Energética de São Paulo — CESP. Agravados.: Néelson Carlos de Lima e cônjuge.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo (Em 30-8-82. 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.299 — MG

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: Milton Silva

Apelado: União Federal

EMENTA

Militar. Reforma. Ato Institucional.

O controle jurisdicional dos atos praticados com base no AI nº 1, de 1964, limita-se ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como de sua conveniência ou oportunidade.

Entendimento do § 4º, do art. 7º, do mesmo ato, e do art. 19, item I, do Ato Institucional nº 2, de 1965.

Precedentes deste Tribunal.

Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que fazem parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães (Relator): Trata-se de ação ordinária movida pelo 2º Sargento reformado, Milton Silva, contra a União Federal, para anulação do ato de sua reforma e reintegração no Exército Nacional, na qual formulou o seguinte pedido:

«seja declarada a nulidade da reforma imposta ao suplicante e determinado o seu reingresso, isto

é, a sua reintegração nas Forças Armadas, sendo a União Federal condenada a lhe conceder não somente todas as promoções a que houver feito jus, e as que ainda vier a fazer jus durante a tramitação da lide até final sentença, bem como a lhe pagar todos os prejuízos financeiros que o suplicante já sofreu, vem sofrendo e vier a sofrer até a solução final do litígio, custas e honorários advocatícios, estes calculados à razão de 20% sobre o total do que vier a ser pago, finalmente, ao suplicante» (fl. 8).

Por sua vez, ficou a controvérsia assim resumida no relatório da sentença de fls. 167/173, do Juiz Federal de Minas Gerais, Dr. Carlos Mário da Silva Velloso:

«Diz o autor, 2º Sargento reformado do Exército, que, em consequência da Revolução de 31 de março de 1964, foi envolvido em sindicância e posterior inquérito policial militar, instaurado no 11º RI, em São João del Rei, a fim de apurar fatos relacionados com a atitude de alguns militares, subtenentes e sargentos, num total de 53 homens, que se recusaram a em-

barcar com as tropas do Regimento que tinham em mira a deposição do Governo Goulart.

Ainda não concluído o IPM, em que figurava como indiciado, foi o autor, sumariamente e sem direito de defesa, (art. 5º do Decreto nº 53.897, de 27-4-64, que regulamentou a aplicação de sanções previstas no § 1º, do art. 7º do AI nº 1, de 9-4-64) reformado na mesma graduação, por ato do Comandante da Unidade da 4ª Cia. de Intendência, em Santos Dumont, MG, local onde o autor se encontrava adido, na condição de prisioneiro, à disposição do IPM.

Sustenta o autor que o ato, sobre ser nulo, foi ilegal e arbitrário, já que somente podia ter partido de deliberação do Excelentíssimo Sr. Presidente da República e precedido de regular instrução e julgamento da extinta Comissão Geral de Investigações (CGI), ao tempo presidida pelo Mal. Taurino de Resende.

Continua o autor: o Sr. Comandante da 4ª Cia. de Intendência afirmou, no Boletim Interno 177, de 9-9-64, da 4ª Cia., que o ato fora transcrito no Diário Oficial da União, de nº 164, de 25-8-64 (doc. nº 1-A). Todavia, o nome do autor não figura no citado DO, assim como não figura nos Diários Oficiais subsequentes e posteriores.

Sustenta mais o autor que o AI nº 1 mandou que os IPM apurassem corrupção, subversão ou atentado ao regime. Nada disso se apurou contra o autor. O encarregado do IPM procurou, então, enquadrar o autor em supostas infrações dos artigos 133 e 134 do C. Penal Militar. Tal IPM foi parar na Auditoria da 4ª Região Militar. O Eg. Superior Tribunal Militar, então, no Habeas Corpus nº 27.886, Relator o Excelentíssimo Sr. Ministro Romeiro Netto, por unanimidade,

mandou trancar o malsinado processo (doc. nº 2). E o autor não teve seus direitos políticos cassados por nenhum ato da Revolução de 31 de março de 1964 (doc. nº 2-A).

Face à decisão do E. STM, o autor requereu o seu retorno ao Exército, o que foi indeferido (docs. nºs 3 e 4), mesmo sendo detentor do «comportamento excepcional» (doc. 5) (fls. 167/168).

.....
«Sustenta a União Federal que a ação improcede, tal como demonstrou o Excelentíssimo Sr. Dr. Alfredo Carlos Guimarães Pinheiro, Assistente Jurídico do Ministério do Exército, em parecer que foi transmitido à Procuradoria da República, pelo ofício 1.216-D1-GB.

Segundo o parecer mencionado, transcrito na contestação, o AI nº 1, no seu art. 7º, suspendeu, por seis meses, as garantias constitucionais de vitaliciedade e de estabilidade. Aqui não se trata de reforma imposta pela Justiça Militar. Houve reforma administrativa, sem prejuízo de sanções penais. Se estas não vieram, nada modifica a condição de reformado, por ato do Excelentíssimo Sr. Presidente da República. Impertinentes, pois, as arguições do autor. Ademais, o art 7º do AI nº 1 — proíbe a apreciação, pelo Poder Judiciário, do mérito dos atos dele decorrentes. Tais atos somente poderão ali ser examinados no seu aspecto extrínseco, ou formal. Outro não é o objeto do art. 173 da Constituição de 1967» (fl. 169).

Saneado o processo, com o indeferimento do pedido de requisição de documentos (fl. 45 e v.), com a interposição, pelo autor, do agravo no auto do processo de fl. 47, reduzido a termo à fl. 49, proferiu o Juiz Federal sentença julgando o mesmo carecedor de ação, condenado nas custas e honorários de advogado, de 20%

sobre o valor da causa, sob fundamento de ser o ato de reforma insuscetível de apreciação pelo Judiciário, praticado que foi com fundamento no Ato Institucional nº 1, de 1964 (art. 7º, § 1º), aprovado pelo art. 173, I, da Constituição de 1967, e pelo art. 181, I, da Constituição de 1969; reconheceu, outrossim, ter sido dito ato precedido de regular instrução, havendo resultado, como se declara no documento de fl. 41, do apurado nas investigações sumárias de que trata o Decreto nº 53.897, de 1964, e não provada a alegação do autor, de não lhe haver sido assegurada defesa, face à sua desistência das informações requisitadas ao Ministro do Exército, na audiência de fls. 117/118, reconsiderando o anterior indeferimento, conforme a petição de fl. 134.

Acentuou, ainda, a sentença que, por força do Ato Institucional nº 2, de 1965 (art. 19, I), excluído ficou o controle do Judiciário, inclusive sob o aspecto formal ou extrínseco, quanto aos atos praticados com fundamento no Ato Institucional nº 1, de 1964.

Pelo autor foi interposta apelação, (fls. 175/180), sustentando não estar o Judiciário proibido de rever os atos praticados com fundamento no Ato Institucional, se não praticados regularmente e com oportunidade de defesa para o punido, o que não ocorreu na espécie, enquanto a União Federal pediu a confirmação da sentença (fls. 183/184).

Pelo acórdão de fl. 216, esta Turma, acolhendo o voto que proferi, como Relator (fls. 210 e 211/212), depois de julgar prejudicado o agravo no auto do processo, por haver sido substituída a requisição de documentos por um ofício de informações ao Ministério do Exército, das quais desistiu o autor, que juntou a certidão de fl. 134, foi convertido o julgamento em diligência, quando declarei:

«O autor propôs ação alegando que o decreto de reforma não se referia à sua pessoa e sim a um outro sargento, com número de identificação individual diverso.

A União contestou e juntou uma cópia autenticada do Boletim da 4ª Região Militar, 4ª Divisão de Infantaria, 4ª Companhia de Intendência, onde se diz:

«Alterações: Decreto de 24 de agosto de 1964... (lê).»

O nome, a graduação e o número da identificação, nesta cópia, correspondem aos do autor, mas o Diário Oficial que publicou este decreto, de 24 de agosto, anexado à fl. 13, menciona reforma, na mesma graduação, do 3º Sargento, e não de um 2º Sargento, com a identificação nº 4G 148975, e não 4G 148.985, de nome Nilton Silva, e não Milton Silva. Já aí está evidenciada completa divergência sobre o decreto e o boletim. Procurei investigar, sobretudo porque o próprio autor juntou, às fls. 134 e seguintes, certidão dos seus assentamentos, onde consta, no final, que em setembro de 1964 o Sr. Presidente da República resolveu reformar na mesma graduação o 2º Sargento Milton Silva. A data do decreto não coincidia e, por isso, embora não conste dos autos, fui investigar nos Diários Oficiais e, confesso a V. Exa., a confusão aumentou. No Diário Oficial de 3 de setembro, encontrei uma retificação àquela primeira publicação de 24 de agosto, mas só quanto ao nome, de Nilton para Milton. Foi mantida a graduação de 3º Sargento, e foi conservada a referência ao nº 4-G-148.975 que não é o do autor. Em consequência, quero submeter ao Tribunal a proposta que faço de converter o julgamento em diligência, para se oficialiar ao Ministério do Exército, pedindo cópia autenticada do decreto que reformou o 2º Sargento Milton Silva, 4G 148975,

esclarecendo o Diário Oficial, ou os Diários que publicaram o decreto e eventuais retificações» (fls. 211/212).

Oficiado ao General Ministro do Exército (fl. 218), foi enviado, com o ofício de fl. 220, a cópia de fl. 221, relativa à reforma do 3º Sargento Nilton Silva (4-G-148.975).

Determinada a audiência das partes sobre o documento aludido, o autor declarou confirmar o mesmo, o que é por ele sustentado (fl. 223), e a União Federal acentuou tratar-se de cópia do que já constava dos autos, à fl. 13, nada adiantando à questão.

Pelo acórdão de fl. 310, foi então dado provimento à apelação, e reformada a sentença, para ser determinado o prosseguimento do feito, de acordo com a fundamentação constante do meu voto de fls. 301/303, resumida na ementa respectiva:

«Militar. Reforma. Ato Institucional. Não se referindo o decreto de reforma, baixado com fundamento no Ato Institucional, à pessoa do autor, como resulta das divergências quanto à graduação e à identificação mencionadas, havendo sido retificada, apenas, a verificada quanto ao nome, reforma-se a sentença que julgou o autor carecedor de ação, e determina-se o julgamento do mérito da causa, por não haver, assim, ato insuscetível de apreciação judicial» (fl. 310).

Opostos embargos de declaração, pela União Federal (fls. 313/318), onde se alegou haver incidido o acórdão em erro de fato, partindo do pressuposto de constar dos autos cópia do original do decreto da reforma, quando o Ministério do Exército remeteu cópia da publicação feita no Diário Oficial (fl. 221), semelhante à anexada à fl. 13, suspeita de incorreção, além de que houve contradição, pois a decisão envolveu um prejulgamento do mérito, e se determinou

que o Juiz procedesse a esse julgamento, nada mais havendo a julgar em primeira instância, diante do caráter prejudicial da questão enfrentada pelo acórdão; pediu fossem sanadas a omissão, a contradição e a obscuridade, ou ressaltado que permanecia em aberto a questão referente à identidade do militar reformado, pelo ato invocado, podendo o Juiz, se o desejar, ouvir o Serviço de Identificação do Exército, ou ordenar perícia datiloscópica.

Rejeitando a Turma os embargos de declaração, de conformidade com o voto de fls. 322/324, e o acórdão de fl. 327, em cuja ementa ficou proclamado que

«Não ocorre o argüido erro de fato, diante dos termos do voto do relator, acolhido pela Turma, não sendo possível se argumentar apenas com a ementa do acórdão, resumo do decidido;

Não cabe ressalva quanto à possibilidade de ulterior produção de prova, sobre a identidade do autor, matéria decidida pelo acórdão, a propósito de carência de ação, por ele rejeitada.»

A União Federal interpôs Recurso Extraordinário (fls. 329/342), anexando cópia de decreto do Presidente da República, de 13 de fevereiro de 1967, alterando o decreto de 24 de agosto de 1964, e do Diário Oficial em que foi publicado (fl. 344), para retificação da graduação e número da respectiva identificação, ficando declarado que reformado foi o 2º Sargento Milton Silva, identificado sob o nº 4-G-148.985, bem como de sua ficha de identificação (fls. 343/345).

Subindo o recurso, por decisão do Relator, em Agravo do despacho do seu indeferimento, o Supremo Tribunal Federal veio a dar-lhe provimento, pelo acórdão de fl. 330, sendo Relator o Ministro Thompson Flores, de acordo com o voto de fls. 326/328,

com a determinação da volta dos autos à segunda instância.

«para apreciar a apelação, tal como foi posta, dispensada quiçá, agora, a diligência, face aos novos subsídios trazidos aos autos (xerocópia de fl. 344)» (fl. 328).

Baixando os autos, e ordenando o Ministro-Presidente o cumprimento do referido acórdão (fl. 331), vieram os mesmos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente: O acórdão do E. Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos do RE nº 83.620-MG, determina, como se lê da conclusão do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, Thompson Flores, à fl. 328, do 2º volume, que

— «Tudo, pois, está a mostrar que o recurso merece conhecido, o que origina o julgamento da causa, a qual deve retornar à Segunda Instância para apreciar a apelação, tal como foi posta, dispensada quiçá, agora, a diligência, face aos novos subsídios trazidos aos autos (xerocópia de fl. 344)».

A sentença, da lavra do então Juiz Federal Carlos Mário Velloso, hoje eminente membro desta Corte, está vazada nos seguintes termos:

— «Diz o autor, na inicial, que, «em consequência do movimento político militar de 31 de março de 1964..., foi envolvido em sindicância e posterior inquérito policial-militar, instaurado naquela Unidade, a fim de apurar fatos relacionados...»

Acabou, então, sendo reformado como 2º Sargento do Exército Nacional, apesar de ter o Eg. Superior Tribunal Militar, via de habeas corpus, mandado trancar a ação penal a que estava sendo submetido, por falta de justa causa.

Os argumentos principais do autor, que estariam dando pela pro-

cedência do seu pedido, são os seguintes: O ato de sua reforma não partiu do Excelentíssimo Sr. Presidente da República. E não precedeu de regular instrução e julgamento da extinta Comissão Geral de Investigações (CGI), ao tempo presidida pelo Excelentíssimo Sr. Marechal Taurino de Resende.

A União Federal, todavia, sustenta que o ato foi do Excelentíssimo Sr. Presidente da República, com base no AI nº 1. Não se trata de reforma imposta pela Justiça Militar, mas reforma administrativa, sem prejuízo das sanções penais. Donde nada importar para o desate da questão, o fato do Eg. STM ter mandado trancar a ação penal. E que, no caso, foi o autor submetido à investigação sumária, ou inquérito.

O autor recorreu administrativamente. Seu recurso foi indeferido pelo Exmo. Sr. Ministro do Exército (fl. 92), estando as razões do seu recurso transcritas às fls. 93/96.

O autor é, data venia, carecedor da ação, tal como sustenta a ré. No saneador, aliás, ficou expresso que toda a matéria — toda ela — inclusive a questão de carência de ação, evidentemente, seria examinada na sentença final.

E carecedor da ação, porque a Constituição de 1967, no seu art. 173, I, aprovou e excluiu de apreciação judicial, sem ressalva, os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964, bem assim, conforme está no item I do citado artigo, os atos praticados pelo Governo Federal, com base nos Atos Institucionais nºs 1, 2, 3, 4 e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, por sua vez, no art. 181, I, estabeleceu:

«Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial

os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964, assim como:

I — os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969».

O autor foi reformado por ato praticado com base no AI nº 1, art. 7º, § 1º. O controle jurisdicional de tais atos, segundo o § 4º do mesmo artigo 7º, limitar-se-ia ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Diz o autor que o ato de sua reforma não foi do Excelentíssimo Sr. Presidente da República. E que não foi precedido de «regular instrução e julgamento da extinta Comissão Geral de Investigações (CGI)». Todavia, o documento de fl. 41, passado pelo Sr. Coronel Newton Ourique de Oliveira, Chefe da 1ª Divisão do Gabinete do Ministério do Exército, líquida, data venia, com a alegação do autor. Ali consta que o ato foi do Excelentíssimo Sr. Presidente da República, na forma do art. 7º, § 1º, do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, «tendo em vista o que foi apurado nas investigações sumárias de que trata o Decreto nº 53.897, de 27 de abril de 1964, que regulamenta aquele artigo...».

Diz o autor, por outro lado, que não lhe foi dado o direito de defesa, na esfera administrativa. Na audiência noticiada pela ata de fls. 116/118, depois de admitir a existência da investigação sumária, requereu que o juiz requisitasse, ao Exmo. Sr. Ministro do Exército, a

solução que fora dada, pela CGI, nas tais investigações. E requereu mais se requisitassem informações da mesma autoridade a respeito do direito de defesa seu. Isto é, se lhe foi concedido o direito de defesa (prazo de oito dias para apresentação de defesa, na forma do art. 5º, do Decreto nº 53.897, de 27-4-64). Juntou o autor, na oportunidade, o documento de fls. 119 que, efetivamente, comprova a instauração, pelo Exmo. Sr. Marechal Taurino de Rezende Neto, do IPM em que se envolvera o autor.

Este Juízo, na assentada da audiência, reconsiderando despacho anterior que indeferira o mesmo pedido — e, assim procedendo, tendo-se em linha de conta os fundamentos constantes da ata mencionada (fls. 117/118), aos quais se reporta, determinou que se fizesse a requisição pretendida, ou seja: que o Exmo. Sr. Ministro do Exército informasse «se o inquérito mandado instaurar pelo Exmo. Sr. Marechal R/1 Estevão Taurino de Rezende Neto, do qual se encarregou o Sr. Capitão de Infantaria IG/485.491, Altírio Sarmento Xavier, foi o que serviu de base ao ato aqui impugnado». E mais: «se no inquérito instaurado contra o autor, na forma do Decreto nº 53.897, de 27-4-64, ensejou-se ao autor o direito de defesa».

O autor, todavia, antes que se fizesse a requisição, requereu a suspensão da instância (petição de fl. 123). E depois veio com a petição de fl. 134, na qual dispensou «a requisição de informes ao Exmo. Sr. Ministro do Exército, que havia sido deferida por S. Exa. na audiência de 11 de dezembro de 1968» (fl. 134).

Assim, restou improvada a alegação do autor. E a certidão que juntou com a referida petição de fl. 134 vem comprovar justamente que o autor respondera a inquérito.

Nada constatamos, portanto, sob o ponto de vista formal, que estivesse maculando o ato da reforma do autor, praticado pelo Excelentíssimo Sr. Presidente da República. Mas isto tudo se disse, data venia, por amor à verdade. E que nem sob o ponto de vista extrínseco, ou formal, poderia o Judiciário exercer controle sobre o ato. Isto porque o Ato Institucional nº 2, de 27-10-65, no seu artigo 19, prescreveu:

«Art. 19. Ficam excluídos da apreciação judicial:

«I — os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos Atos Complementares deste».

É bem de ver, pois, que o AI nº 2, no seu art. 19, I, supratranscrito, excluiu do controle judicial, sem ressalva, os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com base no AI de 9-4-64 (AI nº I). E, deixando de fazer qualquer ressalva, ao excluir da apreciação judicial os tais atos, evidentemente que vedou o exame, tanto sob o ponto de vista meritório, quanto sob o aspecto formal.

O ato de reforma do autor surtiu efeitos, tanto que o próprio autor dele recorreu, merecendo o seu recurso indeferimento, por parte do Exmo. Sr. Ministro do Exército (fl. 92). Ato pronto e acabado, portanto, devidamente consumado, com base no AI nº 1, que o Poder Judiciário não pode examinar com relação ao aspecto intrínseco, tampouco relativamente ao aspecto formal, por expressa proibição constitucional (AI nº 2, art. 19, I; Constituição de 1967, art. 173, I; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 181, I).

Ex positis, julgo o autor carecedor da presente ação. Pague o vencido as custas do processo e os honorários advocatícios, na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa, importância que será convertida em renda extraordinária da União Federal».

Incensurável a douta sentença recorrida que se conformava com a legislação revolucionária e com os cânones constitucionais então vigentes, notadamente quando salientava:

— «Nada constatamos, portanto, sob o ponto de vista formal, que estivesse maculando o ato da reforma do autor, praticado pelo Excelentíssimo Sr. Presidente da República. Mas isto tudo se disse, data venia, por amor à verdade. E que nem sob o ponto de vista extrínseco, ou formal, poderia o Judiciário exercer controle sobre o ato. Isto porque o Ato Institucional nº 2, de 27-10-65, no seu artigo 19, prescreveu:

«Art. 19. Ficam excluídos da apreciação judicial:

«I — os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos Atos Complementares deste.»

É bem de ver, pois, que o AI nº 2, no seu art. 19, I, supratranscrito, excluiu do controle judicial, sem ressalva, os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com base no AI de 9-4-64 (AI nº 1). E, deixando de fazer qualquer ressalva, ao excluir da apreciação judicial os tais atos, evidentemente que vedou o exame, tanto sob o ponto de vista meritório, quanto sob o aspecto formal».

De outra parte, a sentença está em perfeita harmonia com a jurisprudência que vedava ao Judiciário

a apreciação de ato administrativo praticado com assento no Ato Institucional nº 1 (AI nº 29.519-SP; AP nº 33.483-GB e AP nº 27.877-SP, entre outros).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 29.299-MG — Rel.: Min. Otto Rocha, Apte.: Milton Silva, Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 18-6-1982 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Pereira de Paiva e Lauro Leitão votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.927 — RJ

Relator Originário: Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Relator Designado: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Embargante: União Federal

Embargado: Estaleiros Mac Laren Ltda.

EMENTA

Isenção do Decreto-Lei 244/67 — Faz jus ao favor isencional a empresa que comprova sua existência à data de sua concessão, bem como demonstra, com base em pronunciamentos oficiais, a boa qualificação de suas instalações, sua capacidade técnica e adequação de seus empreendimentos às diretrizes governamentais para realização do programa de desenvolvimento da construção e reparos navais. Embargos infringentes rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, rejeitar os embargos, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 16 de dezembro de 1980 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Nos presentes autos, em que Estaleiro Mac Laren Ltda. propôs ação contra a União Federal, com vista a ser declarada isenta de todos os impostos federais, notadamente os incidentes na importação de produtos industrializados, com exceção única do imposto de renda, pedido julgado parcialmente procedente no juízo a quo e, integralmente, por maioria de votos, em grau de apelação, oferece a União Federal os presentes embargos infringentes, pretendendo a reforma do v. julgado embargado, com a prevalência do douto voto vencido, do eminente Ministro Paulo Távorá.

A pretensão da A. lastreou-se no Decreto-Lei nº 1.244, de 28-2-67 que equiparou a produtos de exportação, para fins tributários, a prestação de serviços e fornecimentos de estaleiros navais existentes à data do diploma, louvando-se em atestados de capacitação da Capitania de Portos do Distrito Federal, de 1947 (fl. 27) e da Diretoria de Engenharia da Marinha, de 1960 (fls. 25/6), contratos de construção de navios, com a intervenção da Comissão da Marinha Mercante (fls. 28/46), comprovantes de cadastramento de 1966 (fl. 66) e aferição de instalações em 1968 (fl. 118); opôs a União, basicamente, a falta de apresentação, no momento e ao órgão próprio, dos planos do estaleiro (fl. 82) e que a isenção do IPI é restrito às embarcações, enquanto a do imposto de importação, pelo regime de draw back, se limita a peças e equipamentos destinados à construção naval contratada com armadores estrangeiros (fl. 108); em primeiro grau, a ação foi julgada procedente, apenas em relação às operações de reparo, adaptação ou reconstrução (fl. 126), na forma do § 1º do art. 1º do Decreto nº 60.853/67; em seus apelos, a a. pede que a isenção pleiteada seja estendida às operações de construção, e a ré, pela carência ou improcedência da ação (fls. 134 e 139); neste Tribunal, a a. juntou resolução da SUNAMAM aprovando o seu plano de expansão, e precedente desta Corte (AMS 67.733 fls. 182/5).

O v. voto embargado, em que prevaleceu o douto voto do eminente Ministro Amarílio Benjamin, prestigiado pelo eminente Min. Décio Miranda, está vasado nesses Termos:

«Isenção do Decreto-Lei nº 244/67. Ação Declaratória. Visando o reconhecimento de condições à obtenção do favor,. Viabilidade do meio utilizado e procedência integral do pedido.

Cabe a ação declaratória com a finalidade de ser reconhecido direito à isenção. A lei não a exclui e a prática do foro, de longa data, autoriza o seu uso. De meritis funda-se a pretensão do Decreto-Lei nº 244/67 art. 5º

.....
.....
Fez prova o a. da sua existência, na data da concessão.

Demonstrou, também, a boa qualificação de suas instalações, na base de pronunciamentos de órgãos oficiais, não lhe sendo possível exigir-se atestado do GEIN, que, na data da lei, já desaparecera dos quadros da administração.

Por outro lado, exibiu certidão de Comissão da Marinha Mercante, autorizada a proceder a verificação estabelecida, segundo o decreto nº 60.883/67, ao regulamentar o referido art. 5º do Decreto-Lei nº 244.

Sendo, também, construtor, como resultado de contratos oficiais, é inegável o seu direito ao favor, em sua totalidade.

Provimento ao recurso do a., para julgar-se procedente a ação inteiramente, e não em parte, como o fez a sentença.»

A embargante esteia-se no douto voto vencido, em que se sufraga a tese de não haver a a. satisfeito os requisitos condicionantes da isenção pleiteada, conforme crítica que faz à documentação exibida (fl. 212) respondeu a embargada à fl. 220, sustentando que, in casu, não há falar-se em violação do art. 111 do Código de Processo Civil, pois a divergência posta na apelação se confinou à interpretação de prova, e que a satisfação dos antessupostos isencionais foi reconhecida nos votos vencedores, como se vê, inclusive da ementa respectiva, sendo certo que a aprovação do seu plano de instalações resulta da certidão de fl. 119, da aplicação à a. de recursos do Fundo da

Marinha Mercante e da prova do seu Plano de Expansão.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento dos embargos (fl. 233).

É o relatório, dispensada a revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): O douto voto vencido da lavra do eminente Ministro Paulo Távora, depois de transcrever o art. 5º e seu § 2º do Decreto-Lei nº 244/67, arts. 1º e 2º, do Decreto nº 60.883/67, certidão de fl. 118, da Comissão da Marinha Mercante, acentuou:

«A autarquia limitou-se a registrar a aferição das instalações e o cadastramento, como estaleiro de reparo, sem positivar a satisfação dos requisitos para a isenção.

A inscrição no cadastro da indústria naval que a a. logrou em 1966 (fl. 68) tinha objetivo meramente de censo econômico e de conhecimento do mercado (Decreto nº 45.270/59, art. 44). Mas, não se equipara, em absoluto, à aprovação do projeto industrial, para fins de tratamento fiscal, nos AMS nº 67.754 e nº 68.652, denegados pela 3ª Turma, a Superintendência Nacional da Marinha Mercante (Decreto nº 64.125/69), recusou o certificado de isenção, negando esse efeito ao cadastramento.

O benefício tributário endereça-se às empresas que participaram, a partir de 1958, do programa de desenvolvimento da indústria de construção e reparos navais, submetendo à aprovação da instância governamental competente os projetos de melhoria, ampliação ou implantação de estaleiros, diques, oficinas e carreiras.

A Lei nº 3.381 criou o Fundo da Marinha Mercante e deu incentivo fiscal ao isentar, por três anos, os materiais importados para execu-

ção dos planos aprovado pela Comissão da Marinha Mercante (art. 17). A Lei nº 4.414, de 1962, estendeu o favor até 24 de abril de 1962.

Constituíram-se os órgãos que deviam aprovar o projeto; o Grupo Executivo da Indústria de Construção Naval (GEICON), em 1958, (Decreto nº 43.899/58), sucedido em 1960 pelo Conselho Coordenador da Indústria de Construção Naval — COCICON (Decreto nº 47.812/60 art. 50) e, afinal, em 1961, pelo Grupo Executivo da Indústria Naval — GEIN (Decreto nº 50.520/61 art. 10) que foi extinto em 1964 passando as atribuições em caráter permanente, à Comissão da Marinha Mercante (Decreto nº 53.997).

A isenção do Decreto-Lei nº 244, de 1967, reata, com maior alcance, o tratamento fiscal das empresas, do setor, que existiam na data do referido diploma e tinham executado suas instalações de acordo com o projeto aprovado pela agência governamental competente. A menção da lei ao GEIN a que o regulamento acrescentou seu antecedente, o GEICON, omitindo ainda o COCICON e a própria Comissão da Marinha Mercante, deve ser entendido no sentido transliteral de competência administrativa para sancionar projetos de indústria naval. Sobreleva, pois, a concessão do benefício tributário que a empresa tenha pautado o empreendimento pelas diretrizes oficiais.

Não há nos autos prova de sujeição de qualquer projeto de instalações da a. a um dos órgãos federais que, de 1958 a 1967, teve essa atribuição específica. Improcede a alegação de tratar-se de condição fisicamente impossível, ao fundamento de o estaleiro já existir antes do Poder Público ditar a exigência da aprovação. A legislação desenvolvimentista visara tanto a melhoria ou a expansão das instalações existentes quanto a implanta-

ção de novas unidades industriais. O esforço de modernização e ampliação do parque naval devia sempre obedecer a coordenação oficial para fazer jus ao incentivo fiscal ou de outra natureza.

A a. trouxe nesta instância resolução da Superintendência da Marinha Mercante que, em 1975, aprovou, sob o ponto de vista técnico, o plano de expansão do estaleiro (fl. 165). Essa prova não serve aos fins de isenção do Decreto-Lei nº 244 que se funda em situação determinada até fevereiro de 1967. Evidencia, entretanto, ter a empresa ajustado seu planejamento industrial à política governamental do setor e certamente para habilitar-se às recompensas que daí advierem, seja para a execução do projeto de expansão, quer para a operação industrial propriamente dita.

Por estas razões, dou provimento aos recursos, de ofício e voluntário da União, prejudicado o apelo da a. Custas e honorários de 20% sobre o valor da causa pela sucumbente.» (fls. 196/200).

Já o douto voto vencedor do saudoso Ministro Amarílio Benjamim, após referir-se a precedente mais restrito do AMS nº 67.733, de que fora Relator, e transcrever o art. 5º do Decreto-Lei nº 244/67, assinalou:

«A meu ver, o art. 5º deve ser interpretado de maneira a comportar a realização do propósito do legislador.

O requisito fundamental na aplicação do preceito é precisamente apurar-se se a empresa pleiteante existia na sua data. Como o Sr. Ministro Paulo Távora, admito que, independentemente de subordinar-se a atestação de capacidade a declarações do GEIN, do GEICON, esse atestado deve ser formulado pelo órgão, embora não constante da indicação do texto legal que

existe com a finalidade de supervisionar e orientar a indústria naval, desde as suas instalações, até as aplicações dos incentivos concedidos por lei e as operações que efetuam.

De qualquer sorte, porém, não se pode deixar de considerar que, na realidade, GEICON e GEIN, pelo que temos estudado até aqui, não chegaram a conceder atestado a ninguém, pois tiveram existências passageiras, sucedidos que foram em períodos relativamente curtos por outros órgãos.

O Decreto nº 43.889/58 criou o GEICON. Mas, já em 1961, pelo Decreto nº 50.520/61, era criado o GEIN. O GEIN absorveu o COCICON, e, conseqüentemente, desapareceu o GEICON. Por fim, o GEIN foi extinto pelo Decreto nº 53.997, de 3-7-64.

Não era possível, portanto, que o Decreto-Lei nº 244, que é de 1967, no favor concedido ficasse subordinado a órgão que não mais tinha existência, nem mesmo sob o ponto de vista legal.

Daí, considerar como decisivo, para merecimento da isenção, o fato de a empresa existir na data da lei.

O outro requisito é a qualificação de suas instalações. A meu ver, no caso presente, o Estaleiro Mac Laren possui instalações suficientemente qualificadas para obter a concessão da lei. Com a inicial, o a. juntou documentos pelos quais se vê que as Diretorias de Engenharia da Marinha e da Engenharia Naval reconheceram plena capacidade do a. para o desempenho das atividades a que se propunha (fls. 25/6). Há, também, com a Inicial, um documento em que a própria Comissão da Marinha Mercante recomendou que ao pleiteante fosse deferido o favor da isenção, para importação de maquinis-

mo destinado à sua atividade (fls. 70/1).»

Prosseguindo, após transcrever o doc. de fl. 118 da Comissão da Marinha Mercante, e art. 2º e parágrafo único do Decreto nº 60.883, de 21-6-67, acrescenta:

« O Decreto nº 60.883 teve como finalidade regulamentar o art. 5º do Decreto-Lei nº 244. O documento mencionado e lido há pouco, corresponde, pois, à determinação da lei.

A Comissão da Marinha Mercante conferiu as instalações. Foi advertida de que a empresa queria o atestado para o fim de obter a isenção. Se a Comissão da Marinha Mercante concluiu pela idoneidade, evidentemente, que o fornecimento de que conferiu as instalações e as cadastrou, constitui atestado de capacidade em sentido positivo. Não há outra compreensão, no fornecer esse atestado, e nem a empresa iria desejar atestado que nada significasse.

Tenho, portanto, que a empresa preenche o requisito de existência na data do Decreto-Lei e o requisito da capacidade suficiente, ajustada aos propósitos de modernização da Marinha Mercante.

E o último argumento, pondo fim à controvérsia, na posição em que me estou situando e replicando as objeções da sentença — é que a empresa documentou contratos de construção com a própria Marinha Mercante (fls. 27/63).

As conseqüências advindas daí são as seguintes: o Estaleiro Mac Laren é também empresa construtora, satisfaz todas as exigências possíveis para o exato cumprimento do intento de renovar a Marinha Mercante de plena correspondência à idéia desenvolvimentista que tem animado, nos últimos anos, a administração pública.

Em face do exposto, o meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e ao da União Federal, para dar provimento ao recurso do a., para julgar a ação inteiramente procedente, respondendo a União pelas custas e honorários de advogados, a base de 10% sobre o valor da condenação.» (fls. 201/3).

Colhe-se do confronto dos votos conflitantes que ambos estão uníssimos em que para gozo da isenção pleiteada se faz necessária a conjugação de dois pressupostos básicos — existência da empresa naval em 1967 e qualificação das instalações implantadas mediante aprovação do projeto das mesmas pelo órgão administrativo competente ao tempo, e, ainda, que a a. ostenta o primeiro pressuposto; a discrepância manifesta-se no enfoque do segundo condicionamento, pois, enquanto o voto vencido do Ministro Paulo Távara entendeu ser insuficiente para tanto a certidão de fl. 118, e, extemporânea, a resolução de fl. 165, porque datada de 1975, já o voto condutor do Ministro Amarílio, prestigiado pelo do Ministro Décio Miranda, sustenta que a aprovação do projeto de instalação não precisa ser certificada através de documento formal, podendo ser inferida de atos ou fatos positivos dos órgãos administrativos, invocando, ao propósito, os mesmos documentos atrás referidos e os contratos de construção de navios assinados com a interveniência da Comissão de Marinha Mercante (fls. 27/88), o que mostra não ser a suplicante simples empresa de reparos, como afirmou a sentença de primeiro grau.

Fixada assim a divergência, equacionamos a matéria, à luz do Decreto-Lei nº 244/67:

Art. 5º Para efeito de tributação, a prestação de serviços e os fornecimentos da indústria de constru-

ção e reparos navais, quando executadas por empresas existentes nesta data, cujas instalações tenham sido implantadas por projetos aprovados pelo extinto Grupo Executivo da Indústria Naval — GEIN — absorvido pela Comissão da Marinha Mercante, são equiparados a produtos de exportação, gozando das isenções de impostos atribuídos a estes, exceto o imposto de renda.

§ 1º As isenções previstas neste artigo aplicam-se, também, aos serviços prestados pelas empresas de reparos navais, inclusive quando executados em navios e/ou embarcações de bandeira estrangeira.

§ 2º A isenção do imposto de importação para peças, equipamentos e partes complementares, em regime de draw back, somente se aplicará às construções de navios e/ou embarcações contratadas com armadores estrangeiros.

§ 3º — Excluem-se das isenções os serviços e os fornecimentos que não se destinem especificamente a navios e/ou embarcações.

Recolhe-se dos textos transcritos que a legislação pertinente condicionou a franquia tributária aos requisitos da existência da empresa à data do Decreto-lei nº 244/67 e que as instalações tenham sido implantadas de acordo com projeto aprovado pelo órgão administrativo competente.

A divergência, como já dito, localiza-se na segunda condicionante, e, a esse respeito, dispôs o art. 2º do Decreto regulamentador da matéria:

«Art. 2º A Comissão da Marinha Mercante expedirá, a requerimento da empresa interessada, certificado, em tantas vias quantas necessárias, de que esta preenche os requisitos citados no art. 1º caput deste decreto.»

Neste Particular, a certidão de fl. 118 consigna que a a. requereu a expedição de certificado, para fins de isenção tributária, havendo a CMM exarado o seguinte despacho:

«Certifico que o Estaleiro Mac Laren Ltda., com sede à Praia de Inhauma nº 473, Bonsucesso, Estado de Guanabara, teve suas instalações aferidas por esta Comissão, estando aqui cadastrado para tal fim como estaleiro de reparo, sob o símbolo D — 11.104.»

Na primeira parte, o documento menciona apenas a aferição das instalações, mas não declara terem sido as mesmas, implantadas de acordo com projetos aprovados oficialmente; na segunda parte, informa que seu cadastramento é de estaleiro de reparos, e não de construção.

Dir-se-á que suas instalações não podiam ser implantadas conforme projetos aprovados pela Administração, porque anteriores ao primeiro órgão do gênero, mas o certo é que nem seu cadastramento o foi como empresa construtora de navios, e, sim de reparos.

Outrossim, o doc. de fl. 165, como salientou o Min. Paulo Távora, não satisfaz, no tempo, às exigências próprias, nem comprova implantação.

Por outro lado, o cadastramento não equivale a uma aprovação a posteriori pela Comissão das instalações implantadas anteriormente, como se vê do art. 44 do Decreto nº 48.180, de 1960, onde se dispõe que a CMM «cadastrará os elementos existentes no país, ligados às operações de construção, reparos e manutenção de embarcações» e que anualmente fará publicar um sumário de informações cadastrais, para distribuição ou venda aos interessados.

De outra parte, a recomendação da CACEX para a importação, pela a., de artigo, em regime de isenção, não se funda no Decreto-lei nº

244/67, mas na legislação aduaneira, à vista da referência ali feita à falta de similar nacional.

Os atestados juntos pela suplicante valem por um certificado de idoneidade técnica e comercial, mas não significam que as instalações satisfaçam às diretrizes da política de estímulo à indústria Nacional.

A linguagem do Decreto-Lei nº 244/67 é restritiva, quanto à abrangência da isenção, no tempo e no mercado naval, mas aqui é uma questão política, pertinente ao legislador, não cabendo ao Juiz substituído, nos seus critérios de condicionamento e valoração.

É certo que de jure condendo se pode criticar o alcance limitativo adotado, mas as considerações de ordem política e econômica, que tenham inspirado o legislador, estar em imunes à correção do judiciário, não cabendo a este, substituído a Administração, editar ato de suprimento, ou dispensar requisito técnico.

Por fim, os contratos de que participou a CMM como financiadora, também só valem como atestado de idoneidade técnica.

Como se vê da análise feita, a documentação oferecida pela a. por si só, é insuficiente, data vênua, para autorizar a inferência de que, em qualquer momento, as instalações da a. satisfaçam os padrões técnicos adotados oficialmente, com vista à política de incentivo à indústria naval.

Lembro que este Egrégio Tribunal já teve oportunidade de apreciar espécies semelhantes no AMS nº 68.652, Rel.: o eminente Min. Armando Rollemberg, antiga 3ª turma e no AMS nº 67.574, da mesma Turma. Rel. Min. José Néri da Silveira (sessão de 15-8-73), (RTFR 45/44).

Por tudo quanto foi aduzido e deduzido, acolho os embargos, nos ter-

mos do voto vencido do Min. Paulo Távora.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Miguel Jeronymo Ferrante: Senhor Presidente: O Decreto-Lei nº 244, de 28 de fevereiro de 1967 — dispõe sobre a indústria de construção naval — estabelece, no seu art. 5º, caput, in verbis:

«Para efeito de tributação, a prestação de serviços e os fornecimentos da indústria de construção e reparos navais, quando executada por empresas existentes nesta data, cujas instalações tenham sido implantadas por projetos aprovados pelo extinto Grupo Executivo da Indústria Naval, GEIN, absorvido pela Comissão de Marinha Mercante, são equiparados a produtos de exportação, gozando das isenções de impostos atribuídos a estes, exceto o imposto sobre a renda.»

Por seu turno, o Decreto nº 60.883, de 21 de junho de 1967, que regulamentou a referida norma legal, dispõe, no seu art. 1º, caput:

«Para efeito de tributação, equiparam-se a produtos destinados à exportação, à construção, reconstrução, adaptação e reparo de navios e/ou embarcações, desde que qualquer dessas operações seja efetuada por empresa existente no dia 28 de fevereiro de 1967 e cujas instalações tenham sido implantada por projetos aprovados pelo extinto Grupo Executivo da Indústria de Construção Naval — GEICON, substituído pelo Grupo Executivo da Indústria Naval, absorvidos pela Comissão de Marinha Mercante.»

Fundada nesse diploma legal, a embargada, com estaleiros de construção e reparos navais, promoveu ação declaratória, objetivando lhe

fosse reconhecida isenção «do pagamento de todos os impostos federais, notadamente os incidentes na importação de produtos industrializados, com exceção única do imposto de renda.»

Em primeira instância, a ação foi julgada, em parte, procedente, com reconhecimento do benefício fiscal apenas em relação às operações de reparo, adaptação ou reconstrução. Em grau de apelação, por maioria, deu-se pela procedência total do pedido, com a prevalência do voto do Revisor, Ministro Amarílio Benjamim, acompanhado pelo Ministro Décio Miranda, vencido o Relator, Ministro Paulo Távara.

A questão se resumiu à verificação dos pressupostos à obtenção do pleiteado benefício isencional, isto é: a) existência da empresa à época do advento da lei e b) implantação de instalações por projetos aprovados pelos órgãos oficiais com essa atribuição específica.

Ora, ao exame da matéria tem-se, quanto à primeira exigência, que incontestavelmente a preenche a embargada, pois opera desde 1946, no ramo da construção e reparação de embarcações. Nesse passo não houve discordância.

A divergência se instalou no tocante à avaliação do segundo requisito, sustentando o voto vencido a carência da prova no particular.

Daí, afasta-se, desde logo, a idéia de que se tenha dado interpretação restritiva ao texto legal, para admitir merecedoras do benefício tão-somente aquelas empresas cujos projetos houvessem sido aprovados pelo Grupo Executivo de Indústria Naval — GEIN.

Parece-me seria incongruência atrelar-se o favor fiscal a órgão já inexistente à época de sua concessão. Tal entendimento não o comporta a lei, ressumando, ao invés, o claro propósito do legislador de abran-

ger todos os órgãos que, no período, exerceram a competência de supervisionar a política da construção naval entre nós. Tanto que o Regulamento incluiu o GEICON não referido na lei, para fixar a verdadeira inteligência e alcance do texto regulamentado. Na realidade, não se dissentiu quanto à abrangência do Decreto-Lei 244, na referência aos órgãos oficiais incumbidos da aprovação dos projetos das empresas. O douto voto vencido não deixa dúvida no que concerne a esse ponto, ao afirmar: «Não há nos autos prova de sujeição de qualquer projeto de instalações da a. a um dos órgãos federais que, de 1958 a 1967, teve essa atribuição específica.»

Esses órgãos foram o Grupo Executivo de Indústria de Construção Naval — GEICON (Decreto nº 43.899/58), o Grupo Executivo de Indústria Naval — GEIN (Decreto nº 50.520/61), que sucedeu ao GEICON, a Comissão de Marinha Mercante à qual passaram as atribuições privativas do GEIN (Decreto nº 53.997/64, art. 2º). A eles cumpria «estudar, coordenar, aprovar e propor as medidas necessárias à realização dos projetos de estaleiros de construção naval, previstos nas metas estabelecidas pelo Governo.» E a isenção do Decreto-Lei 244 veio justamente de encontro ao cumprimento dessas metas. Foi endereçada àquelas empresas que, a partir de 1958, tiveram seus projetos de instalações adequados às diretrizes governamentais para realização do programa de desenvolvimento da construção e reparos navais. Essa me parece, indubitavelmente, a mens legis.

Portanto, no caso, restringe-se a controvérsia à questão puramente de fato, a de saber: se as instalações da embargada estavam ajustadas aos mencionados objetivos e diretrizes governamentais.

O douto voto vencido responde negativamente a essa indagação. Toda-

via, o faz — permito-me ponderar — preso a aspectos meramente formais. Realmente, não se contesta a capacidade técnica, administrativa e financeira da empresa. Não se nega a qualificação de suas instalações para atingir seus objetivos. Apenas se alega que essas instalações não foram aprovadas pelos órgãos oficiais.

Esse o ponto central da divergência que se aplaina, contudo, data venia, face aos exuberantes elementos probatórios trazidos à colação.

Com efeito.

As instalações originárias da embargada não foram, nem poderiam ter sido aprovadas porque, simplesmente, à época — 1946 — ainda não existiam os órgãos referidos no texto do Decreto-Lei nº 244.

Mas não há dúvida de que essas instalações e os projetos de expansão das mesmas, nos anos que se seguiram, foram fiscalizados pelos mencionados órgãos. E é indubitável que a empresa pautava seus empreendimentos pelas diretrizes governamentais.

O lúcido voto condutor, do saudoso Ministro Amarílio Benjamin, espanca, no meu entender, as dúvidas e objeções a respeito suscitadas. Dele destaco:

«A meu ver, no caso presente, o estaleiro Mac Laren possui instalações suficientemente qualificadas, para obter a concessão da lei. Com a Inicial, o a. juntou documentação pela qual se vê que as Diretorias de Engenharia da Marinha e da Engenharia Naval reconheceram plena capacidade ao a. para o desempenho das atividades a que se propunha, fls. 25/26. Há, também com a Inicial, um documento em que a própria Comissão da Marinha Mercante recomendou que ao pleiteante fosse deferido o favor de isenção, para a importação de ma-

quinismo destinado à sua atividade, fls. 70/71.

«Por fim, está nos autos o documento de fls. 118, expedido pela Comissão de Marinha Mercante».

«Em cumprimento ao despacho exarado no processo protocolado sob o nº E-68/16220 no qual o Estaleiro Mac Laren Ltda. solicita seja expedido certificado de que preenche os requisitos mencionados no Decreto-Lei nº 244, de 28-2-67 e no art. 1º do Decreto nº 60.883, de 21-6-67 para fins de isenção tributária de que tratam os supramencionados instrumentos legais, certifico que o Estaleiro Mac Laren Ltda., com sede a Praia de Inhaúma nº 473, Bonsucesso, Estado da Guanabara, teve suas instalações aferidas por esta Comissão, estando aqui cadastrado para fim como estaleiro de reparo sob o símbolo D-11.104. (28-8-68)».

A seguir acrescenta:

«Independentemente, porém, do Decreto-Lei nº 244, o Decreto nº 60.883, de 21-6-67, dispôs:

«Art. 2º A Comissão de Marinha Mercante expedirá a requerimento da empresa interessada, certificado, em tantas vias quantas necessárias, de que este preenche os requisitos citados no artigo 1º, caput deste Decreto.

Parágrafo único. No caso de isenção condicionada de que trata o art. 1º, caput, o benefício em relação a cada imposto deverá ser concedido pela administração do tributo, a requerimento da empresa interessada, instruído com o certificado referido neste artigo.»

«O Decreto nº 60.883 teve como finalidade regulamentar o art. 5º do Decreto-Lei nº 244.

O documento mencionado e lido há pouco corresponde, pois, à determinação da lei.

A Comissão de Marinha Mercante conferiu as instalações. Foi advertida de que a empresa queria o atestado para o fim de obter a isenção. Se a Comissão de Marinha Mercante concluiu pela idoneidade, evidentemente que o fornecimento do certificado, de que conferiu as instalações e as cadastrou, constituiu atestado de capacidade em sentido positivo. Não há outra compreensão no fornecer esse atestado e nem a empresa iria desejar atestado que nada significasse.

Tenho, portanto, que a empresa preenche o requisito de existência na data do Decreto-Lei e o requisito de capacidade suficiente, ajustada aos propósitos de modernização da Marinha Mercante.

E o último argumento, pondo fim à controvérsia, na posição em que estou me situando e replicando às objeções da sentença — é que a empresa documentou, com inteiro teor, contratos de construção com a própria Marinha Mercante, fls. 27 a 63».

E remata:

«As conseqüências advindas daí são as seguintes: o Estaleiro Mac Larem é também empresa construtora; o Estaleiro Mac Laren satisfaz todas as exigências possíveis para o exato cumprimento do intento de renovar a Marinha Mercante, de plena correspondência à idéia desenvolvimentista que tem animado, nos últimos anos, a administração pública.»

É o que também penso, data venia do ilustre Relator.

Rejeito, pois, os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Senhor Presidente: Extraio do voto condutor do venerando acórdão embargado os seguintes tópicos que me

parecem decisivos para o deslinde da controvérsia:

«De qualquer sorte, porém, não se pode deixar de considerar que, na realidade, Geicon e Gein, pelo que temos estudado até aqui, não chegaram a conceder atestado a ninguém, pois tiveram existências passageiras, sucedidos que foram em períodos relativamente curtos, por outros órgãos.

O Decreto nº 43.899/58 criou o Geicon. Mas, já em 1961, pelo Decreto nº 50.520/61, era criado o Gein. O Gein absorveu o Conselho Coordenador da Indústria da Coordenação Naval, artigo 10, — Cocicon, e, conseqüentemente desapareceu o Geicon. Por fim, o Gein foi extinto pelo Decreto nº 53.997, de 3-7-64.

Não era possível, portanto, que o Decreto-Lei nº 244, que é de 1967, no favor concedido, ficasse subordinado a órgão que não mais tinha existência, nem mesmo sob o ponto de vista legal.

Daí considerar como decisivo, para merecimento da isenção, o facto de a empresa existir na data da lei.

O outro requisito é a qualificação de suas instalações. A meu ver, no caso presente, o Estaleiro Mac Laren possui instalações suficientemente qualificadas, para obter a concessão da lei. Com a Inicial, o autor juntou documentação pela qual se vê que as Diretorias de Engenharia da Marinha e da Engenharia Naval reconheceram plena capacidade ao a. para o desempenho das atividades a que se propunha, fls. 25/26.

Há, também com a Inicial, um documento em que a própria Comissão da Marinha Mercante recomendou que ao pleiteante fosse deferido o favor de isenção, para a

importação de maquinismo destinado à sua atividade, fls. 70/71.

.....
A meu ver, data venia do Sr. Ministro Paulo Távora, o documento serve ao propósito legal.

Independentemente, porém, do Decreto-Lei nº 244, o Decreto nº 60.883, de 21-6-67, dispôs:

«Art. 2º A Comissão de Marinha Mercante expedirá a requerimento da empresa interessada, certificado, em tantas vias quantas necessárias, de que este preenche os requisitos citados no artigo 1º, caput deste decreto.

Parágrafo único. No caso de isenção condicionada de que trata o art. 1º, caput, o benefício em relação a cada imposto deverá ser concedido pela autoridade fiscal responsável pela administração do tributo, a requerimento da empresa interessada, instruído com o certificado referido neste artigo».

O Decreto nº 60.883 teve como finalidade regulamentar o art. 5º do Decreto-Lei nº 244.

O documento mencionado e lido há pouco corresponde, pois, à determinação da lei.

A Comissão de Marinha Mercante conferiu as instalações. Foi advertida de que a empresa queria o atestado para o fim de obter a isenção. Se a Comissão de Marinha Mercante concluiu pela idoneidade, evidentemente que o fornecimento do certificado, de que conferiu as instalações e as cadastrou, constitui atestado de capacidade em sentido positivo. Não há outra compreensão no fornecer esse atestado e nem a empresa iria desejar atestado que nada significasse.

Tenho, portanto, que a empresa preenche o requisito de existência na data do Decreto-Lei e o requisito de capacidade suficiente, ajusta-

da aos propósitos de modernização da Marinha Mercante.

E o último argumento, pondo fim à controvérsia, na posição em que estou me situando e replicando as objeções da sentença — é que a empresa documentou, com inteiro teor, contratos de construção com a própria Marinha Mercante, fls. 27 a 63.

As conseqüências advindas daí são as seguintes:

o Estaleiro Mac Laren é também empresa construtora; o Estaleiro Mac Laren satisfaz todas as exigências possíveis para o exato cumprimento do intento de renovar a Marinha Mercante, de plena correspondência à idéia desenvolvimentista que tem animado, nos últimos anos, a administração pública.»

Já enfrentei a matéria como Juiz em primeira instância e decidi na mesma linha dos votos que prevaleceram no julgamento da apelação, de modo que, data venia do eminente Ministro-Relator, estou acompanhando o voto do insigne Ministro Miguel Ferrante. Rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EAC nº 29.927-RJ — Rel.: Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis. Rel.: Designado: Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Embgte.: União Federal. Embgdo.: Estaleiros Mac Laren Ltda.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, rejeitaram-se os embargos, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. (16-12-80 — 2ª Seção).

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante os Srs. Ministros Pedro da Rocha Acio-li, Américo Luz, José Dantas, Carlos Mário Velloso e Wilson Gonçalves.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Moacir Catunda e Justino Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 35.709 — MG

Relator: O Sr. Ministro William Patterson

Recorrente de Ofício: Juiz Federal da 1ª Vara

Apelante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Apelada: Maria do Rosário Guimarães

EMENTA

Administrativo. Funcionário. Exoneração ex ofício.

Apurado, em processo regular, o abandono de cargo (§ 1º, do art. 207, da Lei nº 1.711/52), e verificada a incidência do instituto prescricional que impede a aplicação da pena de demissão (art. 207, II), a exoneração ex officio é medida válida pois, sem caráter punitivo, visa, precipuamente, declarar a vacância do cargo.

Legitimidade reconhecida em decisão unânime do Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal (MS nº 20.111-DF).

Rejeição de preliminar de nulidade, por descabida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento para julgar improcedente a ação, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 23 de novembro de 1979 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro William Patterson, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Maria do Rosário Guimarães moveu ação ordinária contra a União Federal e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos com a finalidade de anular o ato de sua exoneração e, em consequência, ser reintegrada no cargo de Agente Postal.

Alega que foi admitida em 22-9-42 na Agência Postal de Padre Pinto, no Estado de Minas Gerais, exonera-da ex officio, em 1969, em razão de processo administrativo instaurado para apurar abandono de cargo. Sustenta a ilegalidade do ato, posto que, prescrita a pena, a exoneração não poderia ser decretada.

Contestando, a União e a ECT defendem o ato exoneratório, em sua forma, por ajustado às diretrizes do Parecer nº H-575, da douta Consultoria-Geral da República.

A sentença de fls. 101/111 julgou a ação procedente, declarando nula a exoneração e reintegrando a autora no cargo de Agente Postal nível 14-B, com as cominações legais devidas.

Apelou a Empresa ré, com as razões de fls. 115/119, alegando, em preliminar, que o MM. Juiz sentenciou sem lhe conceder vista de documento junto à fl. 98.

Contra-razões às fls. 121/125.

Manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República, no sentido do provimento dos recursos de ofício e voluntário.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos do art. 1º, da Resolução nº 20, de 15-5-79.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Improcede a preliminar suscitada. O documento anexado à fl. 99 é o ato de exoneração da autora, cuja junta foi determinada por despacho do MM. Juiz a quo, às fls. 96-v. A impugnação é feita com base em dispositivo do Código de Processo Civil anterior (art. 223, parágrafo único) que impede sentenciar sem ouvir a parte, sobre documento produzido depois da petição inicial ou da defesa.

A regra adjetiva tem o mesmo sentido da contida no art. 398, do Código vigente, cujo objetivo é proteger a parte contrária da surpresa de elemento novo fornecido pelo ex adverso, após o momento oportuno.

No particular, a requisição foi feita pelo Juiz e não se constituía de peça estranha à ré, porquanto cuidava de ato por ela mesma expedido. A

desnecessidade da audiência estava escudada pelos dois aspectos salientados.

Quanto ao mérito, a sentença merece ser reformada pelos seguintes motivos:

A autora respondeu a inquérito onde se apuraram irregularidades por ela praticadas na Agência, inclusive o abandono de cargo, em razão de ausência de suas funções, por mais de quatro anos. Defendeu-se, regularmente das imputações (fls. 69/72).

Configurado o ilícito de «abandono de cargo», não foi possível aplicar a pena de demissão (art. 207, II), em razão de ter sido constatada a incidência do instituto prescricional, fazendo-se o afastamento por meio de «exoneração ex officio», medida reconhecida pela Administração como legítima para a hipótese.

A autora não se rebela contra o resultado do Inquérito, conforme salientado pelo eminente sentenciante (fl. 108, *in fine*). A sua irresignação é quanto à forma, vale dizer, nega validade ao critério usado para desvincular a funcionária do serviço público. Sob esse ponto, também, é que se firmou a peça decisória para julgar a ação procedente.

O ato censurado observou a forma recomendada pelo Parecer nº 575-H, da lavra do insigne Professor Adroaldo Mesquita da Costa, de cuja ementa se lê:

«Prescrita a pena disciplinar do abandono de cargo não é lícita a instauração do inquérito para o fim de se aplicar a demissão.

— Decorrido o prazo prescricional, impõe-se a exoneração ex officio, conforme o caso, sem caráter de penalidade, mas, em decorrência da vacância do cargo, que deve ser decretada.»

O sentido da medida não tem caráter punitivo, como deflui da pró-

pria ementa transcrita. Na verdade, foi a solução técnico-administrativa encontrada para solucionar o impasse decorrente dos constantes abandonos que, por alcançados pela prescrição, impediam a demissão e, por conseguinte, trancavam a possibilidade de vacância do cargo.

As dificuldades incontornáveis ensejaram aquele pronunciamento, onde são delineadas as razões jurídicas da solução aconselhada. Vale, a respeito, repetir o tópico:

«No que concerne à solução administrativa para casos dessa natureza, entende o Dr. Consultor Jurídico do DASP, que:

«Há que se afastar, de logo, a demissão, pois esta só se aplica como medida disciplinar...

Quanto à exoneração ex officio, é certo que se entende comumente que só ocorre nos casos especificados no art. 75, nº II, alíneas a e b, do Estatuto dos Funcionários, isto é, quando se tratar de cargo em comissão e quando não satisfeitas as condições de estágio probatório.»

E, mais adiante, afirma:

«Se a demissão é aplicada como pena disciplinar, a exoneração ex officio não tem este endereço. A primeira se acha fora de cogitação em espécie em que não há como aplicar pena, desde que a punibilidade se encontra extinta.

A segunda, sem caráter punitivo, se destina a resolver os casos em que não se pode infligir a outra, nem houve pedido exoneratório.

É uma forma intermediária a que se tem de recorrer, sob pena de se criar um impasse, numa perplexidade que o direito repele.»

E arremata:

«Em conclusão, entendo que em casos de abandono de cargo, cuja

ação disciplinar se ache defesa pela inércia que acarretou a prescrição, não tendo havido manifestação expressa de vontade do agente, pedindo exoneração do cargo, deve esta ser decretada ex officio, pelas razões acima aduzidas.»

Parecem-me perfeitamente válidos os argumentos em que se arrima o ilustre Consultor.

Realmente, seria verdadeira aberração se se não pudesse exonerar um servidor que, abandonando o cargo para não mais retornar, houvesse ocorrido a prescrição do ilícito disciplinar.

Não prevalece a assertiva de que a exoneração ex officio só ocorre nos casos do art. 75, item II, do Estatuto.

O preceito não tem caráter restritivo e absoluto, mesmo porque, em outros dispositivos da mesma lei, está prevista idêntica forma de exoneração, como ocorre, por exemplo, nos casos dos §§ 5º e 7º do art. 19.

Nesse passo, também estou de inteiro acordo com o Dr. Clenício da Silva Duarte, ao considerar que a regra do art. 75 não é taxativa, mas, exemplificativa, de modo a permitir que a Administração possa estender o seu conceito para a aplicação em casos não previstos na legislação própria.

Assim sendo, adoto como princípio normativo a tese sustentada pelo ilustre Consultor Jurídico do DASP, acolhendo as razões que a informaram.»

Se alguma dúvida pudesse pairar sobre a legitimidade de procedimento administrativo, restou esta eliminada, com a decisão unânime do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, na oportunidade do julgamento do Mandado de Segurança nº 20.111-DF, em que foi Rela-

tor o Ministro Xavier de Albuquerque, assim ementada:

«Exoneração ex officio. É aplicável a funcionário que, havendo abandonado o cargo, nem pode ser demitido, por se haver consumado a prescrição, nem solicita exoneração. Interpretação do art. 75, da Lei nº 1.711, de 28-10-52. Mandado de Segurança denegado.»

Nos debates que culminaram no v. aresto não passaram despercebidos quaisquer aspectos da formulação administrativa. O Relator entendeu que «essa orientação tem bons fundamentos jurídicos e não desatende aos princípios.»

Ante o exposto, de meritis, dou provimento ao recurso para refor-

mar a sentença e julgar a ação improcedente.

EXTRATO DA ATA

AC nº 35.709-MG — Rel.: Sr. Min. William Patterson. Remte.: Juiz Federal da 1ª Vara. Apte.: Empresa Brasileira de Correios e Telegráfos. Apda.: Maria do Rosário Guimarães.

Decisão: Deu-se provimento para julgar improcedente a ação, unanimemente. (Em 23-11-79 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros Moacir Catunda e Antônio Torreão Braz votaram de acordo com o Relator. Impedido o Sr. Min. Justino Ribeiro. Presidiu o julgamento o Dr. Min. Moacir Catunda.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 39.859 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Embargante: Silvio Grilli

Embargada: União Federal

EMENTA

Embargos de terceiro. Execução Fiscal. Intimação da penhora em 12-12-73 e ajuizamento dos embargos em 19-2-74. Tempestividade. Aplicação dos artigos: 42 do Decreto-Lei nº 960/38; 708 do CPC/39; e 1.048 do CPC/73.

I — No sistema do nosso velho Direito, como no do atual, o prazo para oferecimento de embargos de terceiro vai até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição, desde que antes da assinatura da respectiva carta.

II — Precedentes jurisprudenciais do Excelso Pretório.

III — Embargos conhecidos e recebidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, receber os embargos, na forma do

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

Custas como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1980 (data do julgamento) — Ministro Jarbas Nobre, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de embargos infringentes opostos contra o v. aresto da antiga Terceira Turma, assim ementado (fl. 33):

«— Execução fiscal.

— Embargos de terceiro interpostos por sócio da firma ré.

— Penhorados bens móveis de sócio da firma devedora que já não mais funcionava, a 12-12-73, permanecendo o mesmo como depositário dos bens, são efetivamente intempestivos embargos de terceiro, que venham a opor a penhora, em fevereiro de 1974.

— Decisão que os rejeitou liminarmente, por intempestivos, que se mantém.

— Apelação desprovida.»

A controvérsia fora, assim, relatada pelo eminente Ministro Armando Rollemberg (fl. 26):

«Ajuizado executivo fiscal pela Fazenda Nacional contra Móveis Bombê Ltda., com sede em Mogi das Cruzes, São Paulo, como se constatasse que a executada encerrara as suas atividades e não possuía bens, procedeu-se à penhora em eletrodomésticos pertencentes a um dos antigos sócios da referida sociedade, que, proferida sentença pela procedência da ação, opôs embargos de terceiro, liminarmente rejeitados pelo despacho seguinte:

«Rejeito liminarmente os embargos oferecidos por Sílvio Grilli, nestes autos de Execução contra Devedor Solvente, que lhe move a Fazenda Nacional, eis que manifestamente intempestivos ex vi do art. 738 n.º I do CPC, combinado com o art. 739 n.º I do novo diploma legal.

A decisão foi transitada em julgado, conforme certificado à fl.

29 verso do processo principal, não havendo, pois e porque, juridicamente, ser cabível o embargo.

Aliás, nem o próprio requerente, na cota retro, fez indicação de qualquer dispositivo legal em que funda pretensão, dizendo apenas, que a matéria é regida pelo novo Código de Processo Civil.

Intimem-se os interessados, e prossiga-se na execução, com a avaliação e liquidação, dizendo a seguir os interessados».

O interessado apelou, o Promotor Público da Comarca opinou pelo provimento do recurso e, nesta instância, a Subprocuradoria defendeu o acerto do despacho atacado.»

Em seu voto, S. Exa., ficou vencido, nestes termos (fl. 29):

«A ação foi proposta contra Indústria de Móveis Bombê Ltda., que foi citada na pessoa de Sílvio Grilli, seu sócio.

Verificada a inexistência de bens da sociedade, não veio o dito senhor a ser citado como réu e teve os seus bens penhorados pelo fato de ser sócio da devedora.

Sendo assim, não se tornou parte no processo, podendo, conseqüentemente, opor embargos de terceiro, que, na execução são cabíveis até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, fase não atingida ainda pela causa na data em que ingressou em Juízo.

Dou provimento à apelação, para reformar a decisão recorrida e determinar o processamento e julgamento dos embargos.»

Prevaleceu o voto do eminente Ministro José Néri da Silveira que apresenta este teor (fl. 30):

«Penhorados eletrodomésticos de sócio da firma devedora, que já não mais funcionava, interpôs este

embargos de terceiro, que foram rejeitados liminarmente por intempestivos. Considerou o Dr. Juiz que já transitara em julgado a decisão e determinou prosseguisse a execução.

A penhora foi efetuada a 12-12-73. Ficou o embargante como depositário do bem. Os embargos são de fevereiro de 1974. Não há, assim, como admiti-los. Mantenho a sentença.

Nego provimento à apelação.»

Daí os presentes embargos, opostos por Sílvio Grilli (fls. 35-37), que foram impugnados a fls. 41-42 pela União Federal.

Sem revisão, nos termos do art. 268, § 3º, c/c o art. 33, IX, do Regimento Interno desta Corte.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Consoante se verifica, consiste a questão em saber se são tempestivos, ou não, os embargos de terceiro oferecidos por sócio que teve bens, de sua posse e propriedade, penhorados em execução fiscal, movida pela União Federal contra sociedade que integrava.

Na espécie, a intimação se deu em 12-12-73 (fl. 9v) e os embargos foram opostos em 19-2-74, ou seja: a intimação da penhora ocorreu sob a égide do velho Código de Processo Civil e, portanto, do Decreto-Lei nº 960, de 17-12-38, enquanto que os embargos ingressaram em Juízo já sob o império do atual Código de Processo Civil que, ao entrar em vigor em 19-1-74, revogou aquele antigo decreto-lei.

Na solução da controvérsia, porém, conforme passo a demonstrar, a questão de direito intertemporal perde relevância, vez que, seja no sistema da antiga legislação, seja no da vigente, o prazo para oferecimen-

to dos embargos de terceiro vai até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição.

Com efeito, dispunha o art. 42 do Decreto-Lei nº 960/38:

«O terceiro ao mesmo tempo senhor e possuidor dos bens penhorados poderá, até a assinatura da carta de arrematação, adjudicação ou remição, alegar e provar o seu direito, por meio de embargos, opostos dentro em cinco dias, contados da data em que teve ciência do ato que lhes der lugar, e processados e julgados, em auto apartado, na forma prevista nos arts. 16 e seguintes.»

Compulsando a jurisprudência do Excelso Pretório, verificar-se-á que acentuado foi o dissídio interpretativo daquele dispositivo, à vista do art. 708 do velho Código de Processo Civil. Entendiam uns que, por ser expressa aquela norma, no que respeita à fluência do prazo, não havia por que buscar no Código de Processo Civil, então vigente, qualquer aplicação (ERE nº 71.084, RTJ nº 62/674, Relator o eminente Ministro Thompson Flores; RE nº 62.835, RTJ nº 46/263, Relator o eminente Ministro Djaci Falcão; ERE nº 52.762, Ac. DJ 22-10-64, pág. 823). Sustentavam outros que o art. 708 daquele Código revogado preponderava sobre o art. 42, do referido Decreto-Lei nº 960/38/RE nº 72.941, 1ª T., j. em 16-3-72, Relator o eminente Ministro Amaral Santos; ERE nº 71.535, RTJ nº 698/430, Relator o eminente Ministro Xavier de Albuquerque; RE nº 76.196, RTJ nº 69/214, Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro.

A corrente jurisprudencial que predominava às vésperas da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil foi, sem dúvida, a segunda, que se apoiou nos ecclólios doutrinários aduzidos pelo insigne processualista, Ministro Amaral Santos, no citado RE nº 72.941. Haja vista que os

ERE nº 71.535 foram julgados pelo Pleno em 6-12-73 e, logo em seguida, em 11-12-73, a egrégia Primeira Turma julgou o RE nº 76.196, ocasião em que os eminentes Ministros Djaci Falcão e Rodrigues Alckmin, que haviam ficado vencidos nos mencionados embargos, aderiram à orientação plenária.

Leio na fundamentação do voto do eminente Ministro Xavier de Albuquerque, proferido nos aludidos embargos (RTJ nº 69/433-434):

«Não vejo razão, data venia, para admitir-se a prevalência do Código de Processo Civil sobre o art. 42 do Decreto-Lei nº 960/38, relativamente à restrição, que no segundo dispositivo se continha, ao terceiro a um tempo senhor e possuidor, e se não admitir a mesma prevalência relativamente ao prazo no qual se devem oferecer os embargos, ou melhor, ao termo inicial desse prazo.

Note-se que a restrição não existia no nosso velho direito processual de âmbito federal. Introduziram-na alguns códigos estaduais, v.g., o do Estado de São Paulo, mandando contar o prazo do momento em que o embargante tivesse conhecimento do ato judicial praticado em seu prejuízo (Cf. Luiz Ambra, *Dos Embargos de Terceiro* (tese de concurso), São Paulo, 1958, p. 42), trasladando-se a novidade para o art. 42 do Decreto-Lei nº 960/38. Sobreveio-lhe, porém, a reunificação do direito processual brasileiro, operada pelo Código unitário vigente, cujos arts. 707 e seguintes, como ponderou autorizadamente o Sr. Ministro Amaral Santos no acórdão-padrão, disciplinaram o instituto em linhas sistemáticas. Por que desprezar essa disciplina, que se ajusta à nossa velha tradição, em proveito de nor-

ma de feição nitidamente restritiva, quando já se considerou ultrapassada pelo Código outra norma igualmente restritiva que residia no mesmo dispositivo legal?

Finalmente, dentro de menos de um mês entrará em vigor o novo CPC, que regulará, ele próprio, a execução das dívidas fiscais, abolindo de vez a regra de que se trata e fixando o prazo para os embargos de terceiro, em quaisquer casos, nos termos em que o faz o art. 708 do estatuto vigente (art. 1.048).

Data venia, recebo os embargos para mandar que, afastada a preliminar de perempção, os embargos de terceiro sejam julgados pelo mérito.»

Em síntese: seja em face do art. 42 do Decreto-Lei nº 960/38, à vista do art. 708 da antiga Lei Adjetiva Civil, seja diante do art. 1.048 do atual Código de Processo Civil, seja na conformidade da tradição consubstanciada no nosso velho Direito, o certo é que a melhor interpretação é no sentido de que o prazo para oposição dos embargos de terceiro vai até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição, desde que antes da assinatura da respectiva carta.

E, no caso, a citada fase do processo executório (arrematação, adjudicação ou remição) não fora, ainda, atingida pela causa, na data em que o embargante ingressou em juízo, segundo salienta o douto voto vencido (fl. 29).

Em conclusão: conheço dos embargos, por ocorrer manifesto dissídio entre os votos vencedores e o vencido, quanto à tempestividade dos embargos de terceiro; e, no mérito, os recebo, pelos fundamentos supraaduzidos, a fim de que prevaleça a conclusão do voto do eminente Ministro Armando Rollemberg.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 44.007 — SP

Relator para o Acórdão: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Relator Originário: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Embargante: IAPAS

Embargada: Albertina de Melo Silva

EMENTA

Embargos Infringentes. Trabalhador rural que faleceu antes do advento da Lei Complementar nº 11/71. Pensão. Direito da viúva.

Já é tranqüila a jurisprudência do TFR, no sentido de que a previsão da Lei Complementar nº 11/71, quanto ao pagamento das prestações pecuniárias nela estabelecidas a partir de janeiro de 1972, não importa em restrição ao direito de dependentes de ruralistas falecidos anteriormente. Ilegalidade do art. 19, § 1º, do Decreto nº 73.617/74.

Embargos rejeitados.

ACORDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por maioria, rejeitar os embargos, vencido o Sr. Ministro-Relator que os recebia, na forma do voto e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de maio de 1982 (data do julgamento) — Ministro Aldir Guimarães Passarinho, Presidente — Ministro Evandro Gueiros Leite, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Sentença do Juiz de Direito de Patrocínio Paulista julgou procedente ação movida por viúva de pedreiro falecido em 1961, concedendo-lhe pensão do PRORURAL, não só por reconhecer que a profissão de pedreiro exercida no meio rural dava ao falecido a condi-

ção de trabalhador rural, como por entender que o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214, de 1963), já previa a concessão dos benefícios previdenciários.

Apreciando apelação do FUNRURAL, a E. 2ª Turma, por maioria, confirmou a sentença, em acórdão da lavra do Ministro William Patterson, Relator, assim ementado:

«Previdência Social. FUNRURAL. Pensão.

Ficando comprovada a condição de trabalhador rural, nos termos da conceituação legal, pode ser concedida a pensão pleiteada pela esposa do falecido, a despeito de o óbito ter ocorrido em data anterior à instituição do sistema (Lei nº 4.214, de 1963).

Sentença confirmada.»

Ficou vencido o Ministro Aldir Passarinho, cujo voto leio (lê fls. 75/77).

Com base nesse voto, opõe o IAPAS os presentes embargos infringentes, visando à reforma da decisão embargada.

Os embargos não foram impugnados.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo recebimento dos embargos.

É o relatório.

VOTO

Ementa: Previdência Social Rural. Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214, de 1963). Morte do trabalhador antes do advento da lei. Falecido em 1961, o trabalhador sequer chegou a ser segurado obrigatório da Previdência Social Rural, criada pelo Estatuto do Trabalhador Rural, Lei nº 4.214, de 1963, em ordem a gerar direitos em favor de sua viúva.

A retroação benéfica da lei é feita quando preexistente situação jurídica geradora de direitos na mesma contemplados. Se não chegou a se constituir tal relação jurídica, não há como aplicar retroativamente a lei.

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O Ministro William Patterson, Relator, solucionou a dificuldade decorrente, de o marido da autora haver falecido antes da criação da previdência social rural, adotando a orientação jurisprudencial desta Corte que admite a concessão de benefício à companheira de segurado falecido, pela aplicação retroativa do Decreto-Lei nº 66, de 1966, em vista do caráter eminentemente social das leis previdenciárias.

Data venia, tenho que a jurisprudência citada alude a segurado morto antes da lei que reconheceu o direito da companheira a figurar como sua dependente. A aplicação retroativa da lei tem por base a relação jurídica do segurado, perfeitamente vinculado à previdência, antes de sua morte, a cujos benefícios tem direito a companheira.

No caso presente, o marido da autora não chegou a ser segurado da previdência social rural, prevista na Lei nº 4.214, de março de 1963, mas só regulamentada pelo Decreto nº 53.154, de 10 de dezembro de 1963.

Para reconhecer-se o direito da autora, era necessário que o seu marido tivesse se inscrito na instituição de previdência social rural (que era o IAPI), conforme prescrevia o art. 7º do Decreto nº 53.154, de 1963. Mas, falecendo em 1961, antes, portanto, da instituição da previdência social rural, não chegou sequer a ser considerado segurado obrigatório, dependente da inscrição para fazer jus às prestações que a Lei de 1963 assegurou aos trabalhadores rurais.

Desse modo, não chegou a haver a relação jurídica de segurado da previdência, geradora de direitos em favor da autora.

Demais disso, não parece enquadrável no conceito de trabalhador rural, fixado no art. 3º da Lei nº 4.214, de 1963, o profissional pedreiro. Trabalhador rural é quem explore atividades agrícolas, pastoris ou na indústria rural, que é a fase secundária daquelas atividades.

É de notar que o pedido inicial baseou-se só e unicamente na Lei Complementar nº 11, de 1971. E o art. 37 desta Lei revogou o Título IX da Lei nº 4.214, de 1963, que criou a previdência social rural. Se a Lei nº 4.214 não produziu efeitos para o marido da autora, não poderia ser invocada para produzir efeitos em favor dela, três anos depois de revogada.

Recebo os embargos, para julgar improcedente a ação.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Após o voto do Sr. Ministro Carlos Madeira, pedi vista, porque este ilustre julgador decidira mudar de orientação e discrepar da maio-

ria, escudado em voto do não menos eminente Ministro Aidir G. Passarinho. Agora voto, como tenho feito nestes casos, pois não há nos autos razões que me levem a mudar.

A questão diz respeito a trabalhador rural que faleceu antes do advento da Lei Complementar nº 11/71, mas a sua mulher se acha com direito a pensão, na conformidade dos arts. 2º, incisos III/VI, e 3º, da referida lei. O IAPAS acha que não, por se tratar de rurícola falecido em data anterior à legislação de regência. Cita e comenta o voto do Ministro José Cândido, na AC nº 70.442, 2ª Turma, que aliás já se filiou à orientação da maioria, pois é como atualmente tem votado (cf. AC nº 74.882-MG, AC nº 74.937-MG, AC nº 75.876-MG e AC nº 76.053-MG).

Além disso, há decisões no mesmo sentido à mão de semear, a saber:

«a) AC nº 70.443-MG, 1ª Turma, julgada em 13 de março de 1981, sendo Relator o Ministro Washington Bolívar (fl. 48); b) AC nº 71.177-MG, 1ª Turma, julgada em 15 de maio de 1981, sendo Relator o Ministro José Pereira de Paiva (fl. 49); c) AC nº 51.354-SP, 1ª Turma, julgada em 10 de março de 1981, sendo Relator o Ministro Otto Rocha (fl. 55); d) AC nº 41.503-SP, 2ª Turma, julgada em 9 de novembro de 1977, sendo Relator o Ministro Jarbas Nobre (fl. 63); e) AC nº 65.299-SP, 3ª Turma, julgada em 21 de novembro de 1980, sendo Relator o Ministro Carlos Madeira (fl. 70); f) AC nº 49.978-SP, 4ª Turma, decisão por maioria, sendo Relator o Ministro José Dantas (fl. 53); g) AC nº 40.999-SP, 1ª Turma, julgada em 29 de setembro de 1975, sendo Relator o Ministro Jorge Lafayette (fls. 59/62); h) AC nº 46.825-SP, 1ª Turma, julgada em 15 de dezembro de 1976, sendo Relator o Ministro Jorge Lafayette (fls. 65/69). Pode-se dizer que quase todos os

ilustres senhores Ministros componentes da 1ª Seção, inclusive alguns que já nos deixaram, como Márcio Ribeiro, Peçanha Martins e Jorge Lafayette, se comprometeram com a interpretação mais razoável da legislação complementar, com destaque para o voto do Ministro Lafayette que abriu caminho aos demais, pois atacou os pontos nodais da controvérsia, conforme veremos. Assim foi na AC nº 40.999. O marido da beneficiária havia falecido oito anos antes da vigência da Lei Complementar nº 11/71 e não contribuira durante três anos, como exigido no art. 5º da Lei Complementar nº 16/73. O Dr. Juiz julgou a autora carecedora da ação, mas a Turma deu provimento ao recurso, para afirmar que a Lei Complementar nº 11/71 não contém qualquer limitação em relação aos empregados rurais falecidos antes da sua vigência. A Lei Complementar nº 11/71 dispõe, no art. 11, tão-somente, que «a concessão das prestações pecuniárias asseguradas por esta Lei serão devidas a partir do mês de janeiro de 1972, arredondando-se os respectivos valores para a unidade de cruzeiro imediatamente superior, quando for o caso, inclusive em relação às cotas individuais da pensão.» Em consequência, a todos beneficiou, o que foi confirmado pela subsequente Lei Complementar nº 16/73, após dar nova redação ao citado art. 11, apenas com a supressão da cláusula final dele constante — «inclusive as cotas individuais da pensão». Estabeleceu, ainda, no art. 5º, que «a caracterização da qualidade de trabalhador rural, para efeito da concessão das prestações pecuniárias do PRORURAL, «... dependerá da comprovação de sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício, ainda que de forma descontínua.» Não podia a nova lei desconhecer, po-

rém, o direito concedido pela primeira Lei Complementar nº 11/71, o que importaria em violação a direito adquirido. E numa disposição retroativa, com manifesta infração ao preceito do art. 153, § 3º, da Constituição, o que por ela própria havia sido parcialmente reconhecido, ao ressaltar, em seu art. 8º, § 1º, a propósito da aposentadoria-velhice, o seguinte: «Ficam ressaltados os direitos daqueles que, mediante documentos hábeis, originários de assentos lavrados antes de 31-12-1971, comprovem haver atingido a idade de 65 anos até a data da publicação desta Lei Complementar.» O mesmo se impunha em relação aos demais benefícios que não podiam passar desconhecidos, ou ser suprimidos, em face ao direito adquirido, não sendo possível inferir a sua inconstitucional revogação do simples silêncio ou da ausência de ressalva semelhante. Também o art. 5º, da Lei Complementar nº 16/73, contém requisito para o gozo dos benefícios, mas para o futuro, sem atingir aos já beneficiados pela Lei Complementar nº 11/71, cujos efeitos se produziram a partir de janeiro de 1972. Quanto ao preceito do art. 19, § 1º, do Regulamento, aprovado para o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural pelo Decreto nº 73.617, de 12 de novembro de 1974, onde se declara que somente farão jus à pensão os dependentes do trabalhador rural, chefe ou arrimo da unidade familiar, falecido depois de 31 de dezembro de 1971, ou, no caso de pescador, depois de 31 de dezembro de 1972, «... evidentemente, a norma regulamentadora excedeu as disposições legais aplicáveis, pelo que não pode prevalecer sobre as mesmas sua aplicação, e importaria na já mencionada lesão a direito adquirido, pelas mesmas razões antes expostas» (cf. AC nº 40.999-SP, fl. 61). No julgamento da citada AC nº 40.999-SP

votaram os Ministros Márcio Ribeiro e Peçanha Martins, sendo unânime a decisão. Mas não foi esse o único caso em que prosperou o voto do ilustre Ministro Lafayette. Teve ele oportunidade de sustentar as mesmas teses, como já havia feito na AC nº 46.825-SP, onde destacou a imprestabilidade da restrição contida no art. 19, § 1º, do Decreto nº 73.617, de 1974 (fls. 65/69). Por fim, o Ministro Carlos Madeira, votando na AC nº 65.299-SP, disse, em resumo, «que a previsão da Lei Complementar nº 11/71, quanto ao pagamento das prestações pecuniárias nela estabelecidas a partir de janeiro de 1972, não importa em restrição ao direito de dependentes de ruralistas falecidos anteriormente. Ilegalidade do parágrafo 1º do art. 19 do Decreto nº 73.617, de 1974 (omissão)» (fl. 70). Como se vê, a orientação é a mesma do voto do Ministro Lafayette e da jurisprudência que se formou após ele. Não encontro, tampouco, no voto do Ministro Madeira, qualquer peculiaridade que o distinga dos demais, pelo menos quanto à matéria de fato, pois não há referência ao caso dos pescadores que dependiam do seu Sindicato para efeito de inscrição no INPS, porquanto contribuintes obrigatórios eles eram. A Constituição Federal assegura aos trabalhadores direitos que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social. Entre outros, são direitos de assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. A previdência social atuará, também, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado (art. 165, incisos XV e XVI). Isto foi regulado através de Leis Complementares em que se pretendeu outorgar tais direitos da maneira a mais ampla possível

em relação aos casos de velhice do trabalhador do campo, porque são homens pobres. Está dito em certo livro, muito lido e respeitado, que «o pobres, sempre os tendes convosco», mas «quando quiserdes, podeis fazer-lhes bem» (v. Marcos, 14.7). Ora, a Palavra talvez nos pareça apenas liberal, o que não entende com o princípio da legalidade. Mas não é assim, pois aqui temos a vontade da Constituição Federal e da lei. E lá, embora se determine (Dt. 15,11) que o homem, livremente, abra a sua mão para o mais necessitado, para o pobre da terra, também mediante a «Lei em favor dos pobres», está dito que «se o teu irmão empobrecer e as suas forças decaírem, então sustentá-lo-ás (v. Lv. 25:35).» (AC nº 74.935-MG — 3.342.654).

Rejeito os embargos, data venia.

Ê como voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, mantenho meu ponto de vista expresso na Turma. Faço anexar, porém, cópia do voto que proferi ao relatar a AC nº 72.783-MG, onde acrescento novos argumentos, com apoio em torrencial jurisprudência desta Egrégia Corte.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

VOTO (AC. 72.783-MG)

O Sr. Ministro William Patterson: As alegações contidas na peça recursal improcedem. Com efeito, o exercício da atividade rural do falecido esposo da autora foi comprovado, de modo suficiente, consoante assinala o MM. Juiz a quo. A dependência econômica da viúva está refletida de forma cabal. O critério de pagamento das parcelas atrasadas e dos honorários advocatícios não me-

rece censura, por isso que ajustado ao ordenamento jurídico pertinente e à orientação pretoriana.

O único ponto a merecer consideração mais profunda é aquele relativo à possibilidade de aplicação do sistema legislativo, face à circunstância de o falecimento do trabalhador ter ocorrido em data anterior ao disciplinamento específico.

Examinando hipótese idêntica, quando do julgamento da AC nº 44.007-SP, em que fui Relator, pronunciei-me nestes termos:

«A dificuldade, neste processo, diz respeito, como alegado na peça recursal, à circunstância de haver o trabalhador falecido em data anterior à criação do benefício, ou melhor, antes de ser instituído o sistema de que trata a Lei nº 4.214, de 2-3-63.

O problema, nesta ordem de consideração, pode ser superado, segundo entendo, adotando-se a orientação jurisprudencial desta Egrégia Corte, pertinente ao benefício da pensão previdenciária destinada à companheira do segurado falecido, consoante se infere dos seguintes acórdãos:

«Pensão previdenciária. Seu deferimento à esposa eclesiástica que conviveu por quase trinta anos com o segurado falecido, nascendo cinco filhos da união. Evidenciada a dependência econômica na hipótese, não há como deixar de aplicar o Decreto-Lei nº 66/66, embora editado em data posterior ao óbito do de cujus, tendo em vista o caráter eminentemente social da legislação previdenciária. Embargos infringentes rejeitados por unanimidade. (EAC nº 41.625-RJ. Rel.: Min. Amarílio Benjamin. Pleno. Unânime. DJ de 14-11-79)».

«Previdência Social. Pensão. Companheira. Correção monetária.

I — Não obstante ter o óbito do segurado ocorrido anteriormente ao Decreto-Lei nº 66/66, comprovado o concubinato e a dependência econômica, indicada a autora como beneficiária daquele, inexistindo esposa nem dependentes outros, não se pode negar o direito da companheira à pensão previdenciária. Aplicação imediata da lei, o Decreto-Lei nº 66, de 1966.

II — Correção monetária. Deve o benefício ser pago com base no salário mínimo da época da liquidação, ou da satisfação da obrigação previdenciária, vigente na localidade de trabalho do segurado (Lei nº 5.890/73, art. 3º, § 5º).

III — Recurso do INPS desprovido. Provitimento do recurso da autora. (AC nº 46.355-RJ. Rel.: Min. Carlos Mário Velloso, julg. em 4-12-78).»

O princípio jurídico é o mesmo, se as razões sociais são idênticas, motivo pelo qual não vejo obstáculo intransponível na espécie.»

Estou convencido de não constituir absurdo a tese sustentada no referido aresto. Na verdade, o entendimento predominante nesta Egrégia Corte converge para uma só conclusão, embora os argumentos oferecidos situem-se em diferentes áreas de consideração.

Na AC nº 65.299-SP, relatada pelo Senhor Ministro Carlos Madeira, ficou expresso no seu erudito voto:

«O art. 11 da Lei Complementar nº 11/71 estabeleceu que a concessão das prestações pecuniárias nela asseguradas seria devida a partir de janeiro de 1972. Nada dispôs sobre as situações jurídicas anteriores que geravam direito às prestações.

O Decreto nº 73.617, de 12-2-74, que aprovou o regulamento do PRORURAL, estabeleceu no pará-

grafo 1º, do art. 19, que somente farão jus à pensão os dependentes do trabalhador rural falecido depois de 31 de dezembro de 1971.

Tal limitação não foi prevista na lei que instituiu a previdência social rural, não só para os trabalhadores rurais, mas para os seus dependentes.

Daí por que a jurisprudência tem entendido ser descabida a restrição regulamentar: têm direito aos benefícios os dependentes do ruralista morto antes de janeiro de 1972. Só as prestações é que serão pagas a partir desta data.»

Outro não foi o entendimento do Senhor Ministro Jorge Lafayette Guimarães (AC nº 40.999-SP), verbis:

«A Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, dispunha, no art. 11, que

«A concessão das prestações pecuniárias asseguradas por esta Lei Complementar serão devidas a partir do mês de janeiro de 1972, arredondando-se os respectivos valores para a unidade de cruzeiros imediatamente superior, quando for o caso, inclusive em relação às cotas individuais da pensão.»

Não contendo o dispositivo qualquer limitação, em relação aos empregados rurais já falecidos, quando da sua vigência.

Em conseqüência, a todos beneficiou dita lei, o que é confirmado pela subseqüente Lei Complementar nº 16, de 30 de outubro de 1973, que após dar nova redação ao citado art. 11, apenas com a supressão da cláusula final dele constante, «inclusive as cotas individuais da pensão», estabeleceu, ainda, no art. 5º, que

«A caracterização da qualidade de trabalhador rural, para efeito da concessão das prestações pe-

cuniárias do PRORURAL, dependerá da comprovação de sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício, ainda que de forma descontínua.»

Não podia, porém, a nova lei desconhecer o direito concedido pela primeira — Lei Complementar nº 11, de 1971 — o que importaria em violação a direito adquirido, e numa disposição legal retroativa, com manifesta infração ao preceito do art. 153, § 3º, da Constituição, o que foi por ela própria parcialmente reconhecido quando, a propósito da aposentadoria-velhice, em seu art. 8º, § 1º, com propriedade ressaltou:

«Ficam ressaltados os direitos daqueles que, mediante documentos hábeis, originários de assentos lavrados antes de 31-12-1971, comprovem haver atingido a idade de 65 anos até a data da publicação desta Lei Complementar.»

O mesmo se impunha em relação aos demais benefícios que não podiam mais ser desconhecidos, ou suprimidos, face ao direito adquirido, não sendo possível inferir sua inconstitucional revogação, do simples silêncio, ou da ausência de ressalva semelhante; também o art. 5º da Lei Complementar nº 16, de 1973, evidentemente contém requisito para o gozo dos benefícios, mas para o futuro, sem atingir aos já beneficiados pela Lei Complementar nº 11, de 1971, cujos efeitos se produziram a partir de janeiro de 1972, no tocante aos pagamentos dela decorrentes.

Quanto ao preceito do art. 19, § 1º, do Regulamento aprovado para o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, pelo Decreto nº 73.617, de 12-2-74, onde se declara que

«Somente farão jus à pensão os dependentes do trabalhador rural, chefe ou arrimo da unidade familiar, falecido depois de 31 de dezembro de 1971, ou, no caso de pescador, depois de 31 de dezembro de 1972.»

Evidentemente, a norma regulamentadora excedeu às disposições legais aplicáveis, pelo que não pode prevalecer sobre as mesmas sua aplicação, e importaria na já mencionada lesão a direito adquirido, pelas mesmas razões antes expostas.»

Na mesma linha de concepção é o acórdão relativo à AC nº 41.503-SP, Relator o Senhor Ministro Jarbas Nobre, de cuja ementa se lê:

«FUNRURAL.

Pensão por morte de trabalhador rural.

O pedido pode ser postulado diretamente perante o Poder Judiciário.

A Lei Complementar nº 11/71 quando dispõe que os benefícios por ela assegurados só são devidos a partir de janeiro de 1972, não quer dizer que a eles não têm direito os dependentes de trabalhador falecido anteriormente a essa data.

A restrição se cinge ao momento em que é devida a prestação. Não ao nascimento do próprio direito.

Sentença confirmada.

Recurso improvido.»

Reafirmando tal ponto de vista, é de ser lembrado recente julgado da Colenda 1ª Turma, Relator o Senhor Ministro Washington Bolívar (AC nº 70.443-MG), publicado no Diário da Justiça de 7-5-81, com ementa assim redigida:

«FUNRURAL. Pensão. Leis Complementares nº 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, in-

clusive 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.»

Ante o exposto, coerente com minha posição anterior e respaldado na jurisprudência deste Egrégio Colegiado, não encontro razões jurídicas que me levem a reconsiderar o tema, principalmente considerando os aspectos sociais da questão.

Assim sendo, nego provimento ao recurso, para confirmar a sentença de primeiro grau.

EXTRATO DA MINUTA

Embargos na AC nº 44.007-SP — Relator para o acórdão: o Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite. Relator originário: o Sr. Ministro Carlos Madeira. Embgte.: IAPAS. Embgda.: Albertina de Melo Silva.

Decisão: A Seção, prosseguindo no julgamento, por maioria, rejeitou os embargos, vencido o Sr. Ministro-Relator que os recebia. (Em 5-5-82 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros William Patterson, Adhemar Raymundo, Pereira de Paiva, Fláquer Scartezzini e Costa Lima votaram de acordo com o Sr. Ministro Gueiros Leite. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Lauro Leitão, Torreão Braz, Otto Rocha e José Cândido. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Guimarães Passarinho.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 46.164 — RS

Relator: O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini

Apelante: INPS

Apelado: Mário Ramos

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara

EMENTA

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Cancelamento.

Desde que atingidos os pressupostos, quais sejam, a ocorrência de cinco anos ininterruptos de gozo de aposentadoria por invalidez, quer antes do advento da Lei nº 3.807/60, ou posterior, desde que antes da Lei Orgânica da Previdência Social, a aposentadoria tornar-se-á definitiva, não se admitindo seu cancelamento sob o argumento de ter sido ele pedido pelo beneficiário.

Restabelecimento que se concede.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1982 (data do julgamento). — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini: Mário Ramos propõe Ação Ordinária contra o INPS, para ver restabelecida a sua aposentadoria-invalidez, posto que deferida anteriormente à vigência da Lei Orgânica da Previdência Social e desfrutada por mais de cinco anos, ela se torna definitiva nos termos da jurisprudência dominante.

Em contestação, alega o INPS que seu ato foi legítimo, eis que a aposentadoria foi suspensa a pedido do a. que se sentiu recuperado para o trabalho.

Sentenciando às fls. 29/31, diz o Dr. Juiz a quo em determinado trecho de sua sentença:

«A matéria aqui ventilada já foi objeto de amplos debates nos nossos pretórios. A propósito, o eminente Ministro José Néri da Silveira, do Tribunal Federal de Recursos, teve o ensejo, no julgamento do AMS nº 68.017-GB (in «Revista do Tribunal Federal de Recursos» nº 31 — págs. 132/133), de apresentar uma resenha da jurisprudência dominante, nos seguintes dizeres: «Segundo Jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal,

ocorrendo cinco anos ininterruptos de gozo da aposentadoria por invalidez, quer o implemento do quinquênio suceda antes do advento da Lei nº 3.807/60, quer já na vigência deste diploma, desde que, nesta última hipótese, o início do prazo tenha-se dado antes da LOPS, a aposentadoria há de ter-se por definitiva, não mais sujeito o segurado a exames pra verificação da persistência da incapacidade.»

Cita ainda o ilustre Magistrado inúmeros arestos deste Eg. Tribunal e do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Alega ainda que, conforme manifestação do a., não impugnada, o réu veio a adotar essa orientação — supervenientemente à propositura da ação — através da Resolução nº 501-18, de 26 de agosto de 1970.

Finalizou julgando a ação procedente.

Houve apelo do Instituto às fls. 32/34.

Contra-razões às fls. 41/45.

Subiram os autos e nesta superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República se pronuncia no sentido do provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini: Sr. Presidente: A concessão em definitivo da aposentadoria-invalidez, desde que tenha ocorrido cinco anos ininterruptos de seu gozo, quer este quinquênio ocorra antes do advento da Lei nº 3.807/60, ou já na sua vigência, neste caso, que o início do prazo tenha se dado antes da LOPS, é matéria pacífica neste Eg. Tribunal.

Com este mesmo entendimento concorda também a Autarquia Previdenciária, pois baixou a Resolução INPS-501-18/70 onde declara definitiva a aposentadoria, desde que preen-

chidos os casos já enumerados: concessão anterior à LOPS e gozo ininterrupto, por um quinquênio.

Assim, verificado que a aposentadoria do a. foi concedida em 11 de julho de 1960 e cancelada em 31 de julho de 1966, os pressupostos legais foram atingidos, pelo que, nego provimento à apelação do Instituto para manter integralmente a r. sentença monocrática.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 46.164-RS. Rel.: Min. Fláquer Scartezzini. Apte.: INPS. Apdo.: Mário Ramos. Remte.: Juízo Federal da 1ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (3ª Turma — Em 13-8-82).

Os Srs. Mins. Carlos Madeira e Adhemar Raymundo votaram de acordo com o relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira. Impedido, o Sr. Min. Torreão Braz.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 46.424 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Remetente **Ex Officio**: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Barretos

Apelante: Instituto Nacional de Previdência Social

Apelada: Prefeitura Municipal de Barretos

EMENTA

Tributário. Contribuições. Municípios. Salário-Educação. C.F., art. 178.

I — Os municípios, pessoas públicas, entidades políticas constitucionais, não estão sujeitas ao salário-educação Constituição Federal, artigo 178.

II — Recurso provido, parcialmente.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação, para reduzir honorários de advogado, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1979 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Carlos Mário Velloso, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: A sentença recorrida, a fls. 41/48, lavrada pelo Juiz Ovídio Rocha Barros Sandoval, da Comarca de Barretos, São Paulo, assim relata a espécie:

«1. A Prefeitura do Município de Barretos, entidade de Direito Público, com sede nesta cidade, nos autos de Execução Fiscal que lhe move o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), autarquia federal, com sede na Capital da República e com agência nesta cidade, articula Embargos, onde alega, em resumo, o seguinte: a) a

execução se refere à cobrança do chamado Salário-Educação não pago pela embargante, no período de abril de 1966 a agosto de 1972; b) na conformidade da lei nº 4.440, de 26-10-1964, não sendo a embargante empresa, não estaria sujeita ao recolhimento; c) o Decreto nº 55.551, de 12-1-1965, que regulamentou a Lei nº 4.440-64, não poderia contrariar o art. 178 da Emenda Constitucional nº 01-69, bem como da própria lei, estendendo a órbita de incidência para alcançar as entidades de Direito Público; d) de outra parte, estando o município obrigado ao recolhimento, em aplicação, de 20% de suas rendas no ensino primário, a finalidade da instituição do chamado «Salário-Educação» estaria coberta; e) ilegal seria, pois, a cobrança fiscal, citando, em abono de seu entendimento, pareceres da Consultoria-Geral da República e do CEPAM, bem como opiniões doutrinárias dos professores Geraldo Ataliba e Franco Montoro; f) daí o pedido de recebimento dos embargos, julgando-se improcedente a execução fiscal, condenado o embargado nos honorários de advogado (fls. 2/8). Com a inicial, vieram os documentos de fls. 9/20 e após o despacho fundamentado de fls. 24/25, recebendo os embargos, houve a impugnação do embargado à fl. 26. Requisitado o procedimento administrativo em anexo, após o despacho saneador de fl. 32, em audiência não houve a produção de provas. Designada audiência final para a entrega de memoriais, as partes dela desistiram, visto se tratar de matéria, essencialmente, de direito (fl. 39).»

A sentença, ao cabo, acolheu os embargos e julgou improcedente a execução fiscal, condenado o embargado na verba honorária de 15% do valor dado à ação.

Subiram os autos, em razão do princípio legal do duplo grau de jurisdição e apelo do vencido INPS, a fls. 50/52, onde sustenta que a Prefeitura apelada é equiparada a empresa, na parte em que atua através de contratação laboral pela CLT. Assim, os embargos seriam improcedentes. De qualquer forma, não se justifica a verba honorária fixada na sentença.

Respondeu a apelada (fls. 53 e v.).

Nesta eg. Corte, oficiou a d. Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 56/57, opinando no sentido do provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator):

I

A r. sentença, após judiciosas considerações, acolheu os embargos da Prefeitura Municipal de Barretos, ao argumento, em resumo:

.....

«II. Em suma:

a) município não é empresa;

b) apenas a «empresa», na conformidade do art. 178 da Emenda Constitucional nº 1/69, está sujeita à contribuição em estudo;

c) a norma constitucional, por sua natureza cogente, limitou o legislador ordinário;

d) o Decreto nº 55.551/65 não poderia ir além do estatuído na norma constitucional e na Lei ordinária que visou regulamentar;

e) os municípios, por preceito constitucional, se acham obrigados a reverter, pelo menos, 20% de sua receita tributária no ensino primário»

.....

Correta a sentença, ao que penso.

II

Ainda como Juiz Federal em Minas, sustentava o entendimento de que o salário-educação tem o seu conceito na Constituição, art. 178, que estabelece ser ele devido pelas empresas comerciais, industriais e agrícolas que não mantêm ensino primário gratuito de seus empregados e o ensino dos filhos destes. Impossível, portanto, ampliar o sentido da determinação constitucional, para o fim de exigir do Município, pessoa jurídica pública, entidade política constitucional, que não é, bem por isso, empresa comercial, industrial ou agrícola, a dita contribuição.

III

Por outro lado, lembrou a douta sentença que o art. 15, § 3º, f, da Constituição, autoriza intervenção estadual no município, quando «não tiver havido aplicação, no ensino primário, em cada ano, de vinte por cento, pelo menos, da receita tributária.»

Isto quer dizer que os municípios mantêm ensino primário gratuito. Sendo assim, não estariam sujeitos ao salário-educação, só devido pelas empresas que não mantêm dito ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes (CF, art. 178).

Correta, é bem de ver, a sentença recorrida.

IV

No que tange aos honorários advocatícios, reduzo o percentual arbitrado para 10% do valor da dívida cobrada. Assim procedo, tendo em vista que dito valor é de certa monta.

V

Diante do exposto, dou provimento parcial ao apelo, para o fim de reduzir a verba honorária para 10% do valor da dívida cobrada. Quanto ao mais, mantenho a sentença.

EXTRATO DA ATA

AC nº 46.424-SP — Rel.: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Remte.: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Barretos. Apte.: INPS. Apda.: Prefeitura Municipal de Barretos.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento parcial à apelação para reduzir os honorários de advogado. (Em 30-5-79 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Elmar Campos e Armando Rollemberg votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 47.875 — MG

Relator: Ministro Moacir Catunda

Apelante: Banco Itaú S.A.

Apelada: União Federal

EMENTA

Administrativo e Tributário. Repetição de Indébito. Sigilo Bancário. CTN, art. 197. Lei 4.595/64, art. 38.

1. O exame de documentos e registros de contas de depósito nas instituições financeiras, para efeito de fiscalização dos tributos federais, dependerá de

autorização em cada caso específico, sendo que, no presente, a intimação dirigida ao Banco-autor, para prestar informações, atendeu aos requisitos da Portaria GB 493/68, do Sr. Ministro da Fazenda, editada visando a facilitar a fiscalização.

2. Os textos dos arts. 197 do CTN — são os bancos obrigados, mediante intimação escrita, a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros —, e 38 da Lei 4.595/64 — as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados —, não se conflitam; ao contrário, convivem em harmonia.

3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de junho de 1982 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Assim a sentença decidiu a questão (fls. 84/88):

«Trata-se, nestes autos, de ação de rito sumaríssimo intentada pelo Banco Itaú S/A contra a União Federal, visando à repetição de indébito, ou seja, de quantia paga à ré, de Cr\$ 2.372,63, através dos DARF'S referidos no item I da Inicial, a título de multas, juros de mora e correção monetária, já que, percorridas as 1ª e 2ª instâncias administrativas, não logrou êxito a reclamação do a., a fim de que não fosse inscrita a dívida contra si.

No item II da peça vestibular da ação, alega: «ocorreu que, em ambos os processos, as penalidades foram aplicadas em decorrência de um único e só fato, isto é, não ter fornecido o extrato da conta corrente do cliente Sr. Breno Soares Maia, solicitado, como se alegou, pela Intimação nº 54/72, do Posto da Receita Federal em Passos, Estado de Minas Gerais.»

Argumenta o a. ainda, na Inicial, que não recebeu a Intimação nº 54/72, base de todo o processado e do da reincidência, e, mesmo que recebida, seria inválida, por desrespeito às formalidades que deveria conter, por força da Portaria nº GB/493, do Sr. Ministro da Fazenda, que regulou a espécie.

Em contra-argumentação, entende a Fazenda Pública, na esfera administrativa, em parte revogada a Lei nº 4.595/64, no que concerne à espécie, já que contrariamente dispõe ao CTN, Lei nº 5.172/66, que reformulou, genericamente, o assunto.

Tendo a ação rito sumaríssimo, como explicitado, vem aos autos a defesa da União, via seu douto Procurador, o ilustre Dr. Ildeu de Resende Chaves, quando, em preliminar alega: «Ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a

prova de tê-lo feito por erro», de acordo com inscrito no Código Civil Brasileiro, artigo 965; e, da própria exposição constante da Inicial, infere-se que o a. pagou porque quis fazê-lo, não havendo falar em erro. Por outro lado, se estivesse sinceramente inconformado com as penalidades aplicadas, o que cumpria ao autor era depositar o valor controvertido e ajuizar com ação anulatória de débito.

Nos termos da citada disposição civil, deve, pois, ser declarado cabedor da ação proposta.

No mérito, contesta: «A pretensão deduzida na Inicial não pode ser acolhida, porque os atos praticados pela autoridade administrativa estão em absoluta conformidade com a legislação vigente na oportunidade, como restou cumpridamente demonstrado nos fundamentos constantes dos acórdãos proferidos pela 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes e nas jurídicas informações prestadas pelo Dr. Procurador da Fazenda Nacional (documento junto) — às quais se reporta a ré, neste ensejo para que tais peças fiquem fazendo parte integrante da presente resposta.»

E continua, «assinale-se, demais disso, que não se trata de duas penalidades vinculadas a um só fato. Trata-se de duas infrações distintas, caracterizadas por duas diferentes recusas em atender aos pedidos de esclarecimentos formulados pela autoridade competente.»

A espécie encontra-se prevista especificamente no art. 363, §§ 1º e 2º do Decreto nº 38.400, de 10-5-1966, diploma que legitima os atos indevidamente questionados.

Por final aduz: «A alegação de que o autor não teria recebido a notificação ou Intimação nº 54/72 é insincera e inverídica, tanto assim

que só agora se lança tal alegação...».

Defende a legalidade da Portaria GB-493 e a competência da autoridade administrativa expedidora dos atos impugnados, já que em cumprimento de delegação recebida através da Portaria 197/71 do Sr. Delegado Regional da Delegacia Regional da Receita Federal de Varginha.

Comenta sobre a Lei nº 4.595/64, afirmando ser a mesma ponto de apoio à ação fiscal, como deflui de seu artigo 38, § 6º.

E, «ainda que assim não fora, assinale-se que o CTN, diploma legal de nível hierárquico superior e editado posteriormente à Lei nº 4.595/64, datado que é de 25-10-1966, no artigo 197, item II, obriga as instituições financeiras a prestar os esclarecimentos pedidos pela autoridade administrativa.»

Diante dos pedidos de fls. 48 e 56, são pedidos trasladados à vista dos administrativos juntados, sendo feitos com vista às partes, dela não se valendo o a., e os autos são conclusos (fls. 81 v).

Vê-se que os trasladados nos autos, são as mesmas peças constantes dos Administrativos e que ilustram o feito (fls. 59/78).

Ex positis, rejeito a Inicial, dado à sua inconsistência de fato e de direito, para ter a ação como improcedente.

Basta que se dê uma vista d'olhos sobre o documento de fl. 65, de autoria do a., segundo o qual confessa o recebimento da aludida intimação, verbis: «A intimação nº 54/72, acima referida, não atende, com a devida vênia, a Portaria GB-493, de 22-11-68 do Ministro da Fazenda, nem tão pouco os §§ 5º e 6º do art. 38 da Lei nº 4.595/64.» Desta forma a primeira alegação do não recebimento rui por terra.

Evidentemente se torna que, se o a. não tivesse recebido o citado documento, como poderia conhecer de seus termos, para cotejá-lo com a Portaria GB-493/68?

E se recebeu a primeira intimação e não a atendeu, conforme o texto do aludido documento, encerra-se com a imposição da penalidade prevista em lei (art. 363, Decreto nº 58.400/66, art. 22 do Decreto-Lei nº 401/68) aquele processo que, na forma da lei ensejará a reincidência específica.

De um segundo processo, pois, virá a segunda penalidade, cobrada então conforme documento de fl. 15, por reincidência na negativa.

Quanto à validade da Portaria nº 493/68, é perfeitamente válida, já que editada pelo Sr. Ministro da Fazenda, consoante a legislação vigente, especialmente o Código Tributário Nacional, artigo 197.

Este, por sua vez, no artigo citado, convalida todo e qualquer vício que pudesse decorrer de desobediência à forma, se a houvesse.

Além do mais, o assunto é tratado em legislação específica, o Decreto nº 58.400/66, artigo 363, que abona o procedimento da autoridade administrativa.

Desta forma é improcedente a ação e é como a julgo, primeiro porque não houve qualquer erro no recolhimento efetuado pelo a., já que o fez plenamente consciente, como se infere dos requerimentos de fls. 36 a 38 dos administrativos apensos; segundo, porque é perfeitamente legal o procedimento administrativo, que ratifico, nesta oportunidade, na forma da legislação aqui lembrada.

Custas e honorários pelo a. Arbitro honorários para o defensor da União Federal, de 20% (vinte por cento) do valor dado à causa, nos

precisos termos do artigo 20, do Código de Processo Civil.»

Apelou o Banco-autor, apurando suas razões da Inicial (fls. 91/100).

Contra-razões às fls. 102/104.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Data venia das desenvolvidas razões do apelante, nego provimento ao recurso, confirmando a bem lançada sentença transcrita no relatório, cujos fundamentos persistem, inabalados que foram pelas razões do apelante.

As alegações desta, de que sua recusa ao pedido de informações sobre a conta corrente de um seu cliente, estaria protegido pelo sigilo bancário — Lei nº 4.595/64, e art. 197, parágrafo único, do CTN, — não procede, visto que os dois mandamentos legais, não colidem entre si. Ao contrário, convivem.

Argumenta o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, de outra parte, verbis:

«II — Cinge-se a questão, simplesmente à indagação: estaria o Banco obrigado pela Lei nº 4.595/64 a não prestar as informações solicitadas pela autoridade administrativa, face à existência daquelas disposições sobre o sigilo?»

A lei citada no seu art. 38 diz:

«as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.»

Não entra em conflito, com o art. 197, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que dispõe:

«Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autori-

dade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividade de terceiros:

- I — omissis;
 II — os bancos

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.»

Pelo contrário, complementam-se os dispositivos.

Foi a Portaria GB-493/68 editada, não no sentido que quer dar o apelante, mas com a intenção de facilitar a fiscalização, como a própria norma reconhece, em seus consideranda:

«... as normas que inspiram e fortalecem o poder de fiscalizar são universalmente aplicáveis no interesse da coletividade, estendendo-se...»

Assim é que determinou:

«... aos órgãos encarregados de orientar e fiscalizar a aplicação da legislação tributária, o seguinte:

I — O exame de documentos... e registros de contas de depósitos nas instituições financeiras, para efeito de fiscalização dos tributos federais, dependerá de autorização, em cada caso específico em despacho do Diretor do Departamento, Delegado Regional, Secional ou Inspetor,....»

Afirma a apelante que a intimação não atendeu os requisitos exigidos pela portaria.

Não é verdade! Basta ler as informações do Procurador da Fazenda Nacional, acostadas às fls. 39/41, onde se lê:

«... o Delegado Regional da Receita Federal através da Portaria nº 197/71, delegou competência ao chefe de fiscalização para solicitar as informações das entidades de que estamos a falar...»; o que preenche aquela exigência.

Não foram feitas, assim, pela autoridade administrativa, as citações, ao arrepio da lei, porém, com ela consoante, o que o obrigava a atendê-las.

A pretensão do apelante, portanto, não tem amparo legal, pelo que é de ser negado provimento ao recurso, como medida de direito e justiça.»

Por estes motivos, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 47.875-MG — Rel.: Min. Moacir Catunda. Apte.: Banco Itaú S/A. Apda.: União Federal.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso (Em 30-6-82 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Justino Ribeiro e Sebastião Reis. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 51.574 — ES

Relator: O Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: Nelly Monjardim Bley

Apelada: União Federal

EMENTA

«Execução fiscal promovida contra sociedade — Embargos de terceiro. Não tem legitimidade ativa para manifestá-los o diretor ou sócio-gerente, a quem cabe, na qualidade de sujeito passivo da obrigação principal, opor embargos do devedor.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 25 de agosto de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Julgando embargos de terceiro, opostos por Nelly Monjardim Bley a penhora levada a efeito em imóvel de sua propriedade no curso de execução fiscal proposta pela União contra Icombra — Indústria e Comércio de Minérios do Brasil S.A., da qual era Diretora-Presidente, o Dr. Romário Rangel proferiu sentença onde acentuou:

«No mérito, é de se observar que os embargos de terceiro são cabíveis legitimando o interesse da parte, quando esta não é parte no processo e sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial (CPC art. 1.046). Ora, conforme se verifica

dos a.a., a embargante, citada como Diretora-Presidente, na Execução Fiscal proposta pela Fazenda Nacional contra Icombra, indicou bens para serem penhorados e, além dessa sua expressa manifestação, pleiteou o parcelamento do débito para o fim de, uma vez efetuado o pagamento, ter liberado da penhora o bem que ela própria oferecia. Manifestou-se, conseqüentemente, de modo expresso, e por si própria, sobre o seu propósito de oferecer garantia para o fim de obter o parcelamento, confessando-se devedora a sua responsabilidade perante a Fazenda Nacional, pelo crédito da mesma e pelas obrigações tributárias que incidiram sobre a Icombra, firma da qual é Diretora-Presidente. Nem seria, diante disso, necessário recorrer-se à codificação tributária brasileira para admitir-se que a embargante é parte no processo de Execução Fiscal, e não é estranho como diz sob a alegação de que a executada é uma sociedade anônima. Se a embargante foi «orientada... péssima ou maldosamente» de que o «Juiz decidirá contrariamente a seu pedido nos embargos e que não lhe cabia mais nenhum recurso» (fl. 3, item 5), razão por que firmou o pedido constante de fl. 35 dos autos da Execução Fiscal, nem por isso a sua manifestação de vontade é de se considerar

viciada. Assim sendo, e considerando mais o que consta dos autos e o princípio de direito relativo à espécie, «julgo improcedentes os embargos, condenando a embargante nas custas e honorários que arbitro em 20% sobre o valor da dívida executada. Dou esta por publicada nesta audiência. Registre-se e Intime-se. Desapensem-se os autos da Execução Fiscal, para que tenham seguimento normal.»

A embargante apelou impugnando a condenação em honorários de advogado, porque já concedida a verba na execução fiscal, e, quanto ao mérito, alegando:

a) que não houve confissão sua de débito, como entendera o MM. Juiz, pois, como esclarecera na Inicial, requirera o pagamento parcelado da dívida por equívoco;

b) inexistência de penhora válida porque feita pelo Dr. Juiz Federal do Rio de Janeiro em relação a bem situado na cidade de Vitória-ES;

c) ser terceiro em relação à sociedade de que fora simples diretora, condição que não a tornava responsável pelos débitos.

Após contra-razões, os autos vieram a esta instância, manifestando-se a Subprocuradoria pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): Esta Turma tem entendido que, se o sócio-gerente de sociedade comercial é citado para execução proposta contra a mesma sociedade, é ele parte no processo e não terceiro, cabendo-lhe, conseqüentemente, para defender-se, opor embargos do devedor e não embargos de terceiro.

Nesse sentido, os julgados seguintes:

«Execução fiscal. Sociedade por quotas. Embargos de terceiro, ilegitimidade ativa do sócio-gerente para manifestá-los. Exclusão da meação do cônjuge-mulher.

I — O sócio-responsável de sociedade por quotas responde solidária e ilimitadamente pelos atos praticados com violação da lei (Decreto nº 3.708/1919, art. 10, CTN, art. 135, III).

II — Nessa situação, o sócio-gerente inclui-se na figura do sujeito passivo da obrigação principal, não possuindo, em decorrência, legitimidade ativa para opor embargos de terceiro.

III — A responsabilidade do sócio, contudo, não tem o condão de vincular à mulher por falta que não cometeu, sobretudo quando atinge, como no caso, a sua meação.

IV — Precedentes do TFR.

V — Apelação parcialmente provida (AC nº 65.214-MG — Rel.: Min. Antônio de Pádua, 4ª Turma. Unânime. DJ de 3-12-81).

«Sócio-gerente citado para responder pessoalmente pela dívida fiscal (CTN, art. 135, III), é parte ao feito, podendo apresentar embargos do devedor (CPC, art. 738, I). Embargos de terceiro só podem ser oferecidos por quem não é parte no processo (CPC, art. 1.046).

II — Recurso desprovido. (AC nº 74.623-MG — Rel.: Min. Carlos Mário Velloso — 4ª Turma. Unânime. DJ de 5-2-82).»

Orientação semelhante se há de adotar em relação ao administrador da sociedade anônima, desde que, de acordo com o disposto no art. 158 da Lei nº 6.404/76, responde ele, civilmente, pelos prejuízos que causar quando proceder com culpa ou dolo ou violar lei ou contrato social.

Tem-se, assim, que, frente a tal orientação, no caso concreto, a em-

bargante deveria opor embargos do devedor, para o que dispunha do prazo de dez dias a contar da data da intimação da penhora, prazo que ela própria, na Inicial (fl. 4), reconheceu ter-se exaurido.

Assim sendo, os embargos não poderiam ser admitidos, devendo-se, conseqüentemente, confirmar a sentença que os rejeitou.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 51.574-ES — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Apte.: Nelly Monjardim Bley. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 25-8-82 — 4ª Turma.).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 55.662 — PR

Relator: O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli

Remte. Ex Officio: Juízo de Direito da Comarca da Lapa

Apelante: Prefeitura Municipal da Lapa

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

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Contribuições Previdenciárias. Prescrição. Prefeitura Municipal. Legitimidade. Ministério Público.

1. Embora quinquenal o prazo prescricional das contribuições previdenciárias, relativamente a período anterior à Lei 6.830/80, no caso as provas não ensejam a averiguação de que tenha sido consumada a prescrição.

2. Prefeitura Municipal e Município, na tradição do direito processual, são designações que identificam uma mesma pessoa jurídica de direito público, assim como ocorre em relação às expressões União Federal e Fazenda Nacional.

3. É dispensável a intimação de representante do Ministério Público, para acompanhar execução fiscal movida contra Município, que é representado por procurador e se beneficia do privilégio do art. 475, II, do CPC. Precedentes da eg. 5ª Turma.

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 voluntário e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de outubro de 1981 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Pedro da Rocha Acioli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli: Trata-se de remessa ex officio e recurso voluntário da Prefeitura Municipal da Lapa, de sentença que não acolheu os seus embargos interpostos à ação de cobrança movida pelo INPS, atual IAPAS.

A apelante repete, nas razões do recurso, as alegações dos embargos, isto é, em preliminar: 1. carência de ação, porque a execução foi movida contra a Prefeitura Municipal, que é sede do Poder Executivo, quando devia ser dirigida contra o Município, pessoa jurídica; 2. omissão da intimação do Ministério Público; 3. procedimento impróprio, porque a Prefeitura foi citada para pagar a dívida, no prazo de vinte e quatro horas, ou nomear bens à penhora. No mérito, a Prefeitura apelante invoca a prescrição quinquenal do débito, com fulcro no Decreto nº 20.910, de 6-1-32, e Decreto-Lei nº 4.597, de 19-8-42.

O Dr. Juiz afastou todas as preliminares, mas entendeu que o prazo prescricional é trintenário, mesmo quando o devedor seja entidade de direito público, por isso julgou im procedentes os embargos.

O Instituto contrariou o recurso, louvando-se nos fundamentos jurídicos da sentença, finalizando com a sua tese costumeira, no sentido de que a prescrição quinquenal não se aplica às contribuições previdenciárias.

Falou o Promotor de Justiça local, após o que subiram os autos. Nesta instância, a douta SGR oficiou pelo não provimento dos recursos, com a manutenção da sentença recorrida.

È o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro da Rocha Acioli (Relator): No que diz respeito às prejudiciais levantadas pela Prefeitura recorrente, adoto os precisos e jurídicos argumentos do ilustrado parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, assim expostos:

«No recurso, volta a apelante a agitar as preliminares que argüiu por ocasião do oferecimento dos embargos. No entanto, todas elas foram apreciadas e rejeitadas, com invulgar propriedade, pela r. sentença recorrida. Com efeito, Prefeitura Municipal da Lapa e Município da Lapa são designações da mesma pessoa jurídica de direito público, assim como o é Fazenda Nacional e União Federal. Enfim, são vocábulos usados indistintamente pela tradição brasileira, para identificar uma mesma pessoa jurídica. Por sua vez, tendo o nobre órgão do Ministério Público oficiado no feito, como se constata dos autos, não há falar em nulidade, como quer e aduz a recorrente. Também, da mesma forma, vê-se que a execução obedeceu ao rito processual determinado pelo art. 730 do CPC, inclusive com os embargos da executada, sem que antes fosse garantido o juízo pela penhora. A rigor, todas as preliminares revelam medidas sem amparo legal, revelando-se meramente protelatórias» (fls. 35/36).

Devo acrescentar apenas que mesmo que o Ministério Público não tivesse oficiado no feito, não constituiria nulidade. Nesse sentido, já tive oportunidade de manifestar-me aqui em diversas ocasiões, como no julgamento da AC nº 67.436/AL, cujo acórdão está assim ementado:

«Processual Civil. Ação Ordinária de Cobrança contra Fazenda

Pública Municipal. Intervenção do Ministério Público.

1. O interesse da Fazenda Pública não se confunde com o interesse público (CPC, art. 82, III), por isso que a simples qualidade de pessoa jurídica de direito público do litigante não justifica a intervenção do custos legis.

2. Compete ao juiz dizer do interesse que justifica a intervenção do MP, na hipótese do art. 82, III, do CPC.

3. É dispensável a intimação do Promotor de Justiça para acompanhar ação ordinária de cobrança ou de execução fiscal movida contra Município, que é representado por procurador e se beneficia do privilégio do art. 475, II, do CPC.

4. Improvimento do recurso; sentença reformada parcialmente, para excluir as custas processuais da condenação, ex vi da jurisdição de ofício».

(AC nº 67.436-AL — Rel.: Min. Pedro Acioli. Apte.: Prefeitura Municipal de Piaçabuçu. Apdo.: IA-PAS. 5ª Turma. Unânime. Julg. 15-12-80. DJ de 19-3-81).

No mérito, contudo, ponho-me em sentido contrário à tese adotada pela r. sentença, respaldada nesta Instância pela douta SGR, de que a dívida para com a Previdência Social prescreve em trinta anos (Lei nº 3.807/60, art. 144), para filiar-me ao prazo prescricional de cinco anos para a cobrança, nos termos do CTN, art. 174.

Creio, inclusive, que esse entendimento é comum à maioria do Eg. TFR, como o provam diversas e reiteradas decisões.

Assinale-se que, na espécie, as dívidas de entidade governamental, seja da União, Estado ou Município, estão sujeitas ao prazo de prescrição quinquenal de que trata o Decreto nº

20.901/32, como entende o insigne Ministro Moacir Catunda.

Os autos, porém, não ensejam a averiguação de que o prazo prescricional tenha-se consumado. Com efeito, o débito corresponde ao período de agosto/60 a abril de 1972. A prescrição começa a correr após a constituição definitiva do crédito. Vê-se que a ação foi ajuizada em dezembro de 1976. Mas, pergunta-se: quando se deu a constituição definitiva do crédito? Houve caso de suspensão ou interrupção do prazo prescricional? Essas questões os autos não respondem. Por isso não pode ser pronunciada a prescrição da ação de cobrança.

É possível que se diga que essas questões não trariam resultado prático, posto que a parte adversa não teria contestado o fato. Essa regra processual não pode ser aplicada, porquanto está-se diante de discussão que envolve direito indisponível.

Por esse último motivo invocado, nego provimento ao recurso voluntário, bem assim à remessa de ofício.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 55.662-PR — Rel.: Sr. Min. Pedro da Rocha Acioli. Remte. Ex Offício: Juízo de Direito da Comarca da Lapa. Apte.: Prefeitura Municipal da Lapa. Apdo.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS.

Decisão: Por unanimidade, nego provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial. (Em 21-10-81 — 5ª Turma).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Justino Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 56.745 — SP

Relator: O Sr. Ministro Otto Rocha

Apelante: João Evangelista da Rocha

Apelado: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

EMENTA

Competência-residual e funcional.

Com a vigência da Constituição de 1967, extinguiu-se a chamada competência residual dos juizes estaduais sobre os processos transferidos à Justiça Federal, noticiada no art. 80, da Lei nº 5.010, de 1966.

Nula, portanto, a sentença prolatada pelo magistrado estadual, em 1975, em processo dessa natureza, por ter presidido a audiência de instrução e julgamento realizada em 1966.

Nula, também, porque se trata de magistrado que, ao lavrar a sentença, estava desvinculado do feito, por já se encontrar no exercício de novo cargo a que fora promovido.

Preliminar de incompetência acolhida.

Apelo provido.

ACORDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação, para, acolhendo a preliminar de incompetência de juízo, anular 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, 18 de maio de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Otto Rocha, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Trata-se de ação declaratória proposta

por João Evangelista da Rocha contra o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, com o objetivo de ver declarado que agiu, em relação à sua paciente Da. Tereza Derito, apenas no estrito cumprimento do dever e no exercício de seu direito de médico e cidadão, cumprindo o Código de Ética e a terceiros, não tendo fundamento jurídico a penalidade in concreto que lhe foi imposta pelo Conselho. E que, mesmo que não fosse portador de um direito subjetivo que legitimasse todos os seus atos, a pena in abstrato que lhe deveria ter sido aplicada haveria de obedecer à graduação prevista pelo art. 22, da Lei nº 3.268, de 1957.

A pena disciplinar de «censura pública» que foi imposta ao A. originou-se de queixa apresentada ao Conselho pelo médico Dr. Edgar Ferraz Navarro, que o acusou de haver infringido os arts. 7º, 8º, 12, 26 e 72 do Código de Ética Médica, que se

referem, respectivamente, às relações mal conduzidas com os colegas, segredo médico, relações com os serviços hospitalares e visita feita a doente sob cuidados de outro colega (doc. de fl. 12).

Narra a inicial que Da. Tereza Derito procurou o Dr. Edgar Ferraz Navarro e por ele foi operada para retirar a vesícula biliar e seus cálculos, de acordo com o diagnóstico feito pelo A., na qualidade de médico-assistente da paciente, confirmado por radiografias e aceito pelo cirurgião; que logo após a intervenção cirúrgica, o Dr. Edgar disse aos familiares da operada que não havia cálculos na vesícula e, sim, um tumor maligno; que o cirurgião, em vez de fazer a colecistectomia, retirou um pedaço do fígado da paciente, cometendo um erro culposo e uma imperícia coadjuvada pela equipe cirúrgica; que o marido da paciente, após destrar o A. pelo suposto erro de diagnóstico, trouxe-lhe o resultado de exame anátomo-patológico que não revelava nenhum tumor maligno; que pediu, então, o novo exame radiológico da vesícula da paciente, com o que se insurgiu o médico operador, afirmando tê-la retirado, e criticando o indigitado diagnóstico; que 55 dias após a operação, sentindo-se mal, a paciente procurou novamente o A., ocasião em que foi cientificada de todo o ocorrido e, com nova radiografia, constatou a presença da vesícula e seus cálculos (doc. 14); que, então, indicou-lhe o suplicante outro médico para nova cirurgia, realizada, afinal, a contento; que o Dr. Edgar, embora notificado pelo A. sobre a realização da segunda intervenção, a ela não compareceu e, na mesma data, apresentou a queixa que deu origem à pena disciplinar motivo da presente declaratória.

Ilustrou a inicial com os documentos de fls. 9/36.

O réu ofereceu a contestação de fls. 48/53, argüindo, preliminarmente,

ser o A. carecedor da ação contra o réu, visto tratar-se de ato confirmado pelo Conselho Federal de Medicina e não ter o judiciário poderes para apreciar o mérito dos atos administrativos, cabendo-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade.

No mérito, entende assistir razão ao Dr. Edgar Ferraz, que se sentiu ofendido com a notificação recebida do A. para assistir à segunda operação, feita através do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, com evidente intuito de difamá-lo publicamente. E para instruir a peça contestatória, junta o processo administrativo às fls. 55/227.

Saneado o processo a fl. 236, e juntado pelo A. o doc. de fls. 244/261, realizou-se a audiência de instrução e julgamento de que nos dá notícia o termo de fls. 263/264, em data de 14 de outubro de 1966.

A sentença veio a ser prolatada às fls. 270/276, em data de 19 de maio de 1975, julgando o A. carecedor da ação proposta, considerando o limite do controle pelo Judiciário, dos atos administrativos.

Inconformado, João Evangelista apelou à fl. 279, com as razões de fls. 280/318, argüindo duas preliminares: a primeira, de incompetência absoluta do Juiz estadual e, a segunda, a de nulidade da sentença, editada que fora por Juiz Estadual promovido à 2ª Instância.

No mérito, aponta violação da sentença no que respeita à gradação da pena (art. 17 do Código de Ética Médica), destacando:

«Na hipótese abroquelada por estes autos, há permissão do controle jurisdicional, uma vez que, além de tudo, existe no texto regulador da espécie uma gradação.

A existência da gradação significa que a uma série de condutas ou acontecimentos aplicam-se, res-

pectivamente, tais e quais penas. Na exata medida em que a pena aplicada seja errada, absurda, segue-se, inelutavelmente, que o Poder Judiciário não só não fica inibido, mas tem o dever de verificar se, à base do fato concreto, a pena foi aplicada como deveria ter sido.

O caso sub censura não se restringe, como pretendeu a sentença impugnada, dentro de uma discricionariedade pura, insusceptível de controle.

Sem contra-razões, subiram os autos e deles pediu dia sem revisão, nos termos do item IX, do art. 33, do RI I.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha (Relator): Sr. Presidente, acolho as preliminares suscitadas pelo apelante.

Em verdade, como se viu do relatório, a audiência de instrução e julgamento, presidida pelo MM. Juiz em exercício na 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Nacional, em São Paulo, realizou-se em data de 14 de outubro de 1966, onde não se requereu nenhuma diligência probatória, efetivando-se, tão-somente, os debates, com oferecimento de memoriais e o consequente encerramento da audiência (fls. 263/264).

A sentença só veio a ser prolatada em data de 19 de maio de 1975, quando já decorridos quase 9 (nove) anos, quando de há muito já haviam os juizes estaduais perdido a chamada competência residual noticiada no Ato Complementar nº 2, reproduzida, *ipsis litteris*, no art. 80 da Lei nº 5.010, de 30 de março de 1966, com a entrada em vigor da Consti-

tuição de 1967 (15 de março de 1967), «que não consignou a execução constante do Ato Complementar nº 2», usando as expressões contidas no voto do eminente Ministro Márcio Ribeiro, ao julgar, na antiga Terceira Turma, a Ap. Crim. nº 1.338-PE.

Não fora isso, nula também estaria a sentença, prolatada que fora por juiz promovido, desvinculado do feito, nos justos termos do art. 132 do CPC.

Ao propósito das «vinculações,» escreveu o Prof. Galeno Lacerda em seu «O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes»:

«2. Vinculações — Se as inovações acima indicadas se referem a competências relativas, o mesmo não sucede com a radical e oportuna modificação que o Código introduziu, ao suprimir, no art. 132, a malfadada vinculação do juiz transferido, promovido ou aposentado, ao processo cuja instrução houvesse iniciado, prescrita pelo art. 120 do velho Código.

Trata-se, aqui, de norma de interesse público manifesto, a qual veio eliminar, em boa hora, os graves prejuízos à celeridade do processo, ocasionados pela disposição revogada.

Por este motivo, a toda evidência, sua aplicação incide sobre as situações pendentes, o que significa que os juizes transferidos, promovidos ou aposentados que, à data da entrada em vigor do novo Código ainda não tiverem ultimado instrução ou proferido sentença nos processos de suas antigas varas ou comarcas, deverão remetê-los aos titulares atuais, pois a prorrogação legal de competência foi revogada na espécie.»

É o que também proclama a jurisprudência firme do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

I. «Competência funcional.

É nula a sentença prolatada por desembargador em processo em que, como juiz de primeiro grau, concluiu a audiência de instrução. Aplicação dos arts. 132 e 113 do Código de Processo Civil.

Recurso extraordinário conhecido e provido» (RE 84.308-MT, Relator Min. Moreira Alves, in RTJ, vol. 81, pág. 196).

«2. Identidade física do Juiz. Nulidade do processo. Inocorrência.

II — Mesmo finda a instrução, o Juiz transferido, promovido ou aposentado não fica vinculado ao processo para julgar a causa, eis que o juiz que assumiu a jurisdição pode, se o entender necessário à formação de seu livre convencimento, renovar as provas.

III — Recurso extraordinário não conhecido» (RE 89.722-PE, Relator Min. Thompson Flores, in RTJ, vol. 96, pág. 776).

No caso concreto, como se vê da certidão de fls. 320, anexada às razões de apelação, o Dr. Jurandyr Nilsson, por Decreto publicado no DO de 22 e retificado a 28, foi promovido, pelo critério de merecimento, do cargo de Juiz de Direito Substituto de 2ª Instância da comarca da Capital, entrância especial, para o cargo de Juiz do Tribunal de Alçada Criminal, com fundamento no artigo 144, item III, da Constituição da República, tendo prestado compromisso e assumido o exercício em 6-3-1974.

Não resta dúvida, pois, de que a sentença prolatada, como se viu, em 19 de maio de 1975, pelo então Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, o fora por Juiz incompetente, sendo assim de declarar-se a sua nulidade.

Com estas considerações, decreto a nulidade da respeitável sentença de fls. 270/276, por incompetência manifesta do seu digno prolator, determinando o retorno dos autos ao Juízo Federal da 7ª Vara, da Seção Judiciária de São Paulo, a quem foram distribuídos e ordenada a publicação da sentença recorrida, a fim de que outra sentença seja proferida, observado o disposto no art. 132 do CPC, se assim o entender aquele ilustre magistrado.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo, para acolher a preliminar de incompetência e, conseqüentemente, anular a sentença de fls. 270/276.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 56.745-SP — Rel.: Min. Otto Rocha. Apte.: João Evangelista da Rocha. Apdo.: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para, acolhendo a preliminar de incompetência de Juízo, anular a sentença, nos termos do voto do Relator (1ª Turma — 18-5-82).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.566 — SP

Relator: O Sr. Ministro Moacir Catunda

Remetente: Juiz Federal da 5ª Vara

Apelante: União Federal

Apelada: Ind. de Embalagem Divani S/A

EMENTA

Tributário. Importação. Transporte via terrestre ao porto de embarque. Multa. Resolução 2.203, art. 2º, «a», do CPA. Decreto 61.514/67, art. 156, II.

1. O transporte do estabelecimento produtor via terrestre ao porto de embarque não é de ser considerado operação anterior à exportação, face à ligação dos conhecimentos de transporte, terrestre e marítimo, em ordem a explicar continuidade jurídica entre as duas operações.

2. Não cabimento da multa do Decreto 61.514/67, art. 156, II.

3. Apelação a que se nega provimento.

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 voluntário e à remessa ex officio, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de setembro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Assim a sentença relatou e decidiu a questão (fls. 108/111):

«Indústria de Embalagem Divani S/A, qualificada nos autos, move a presente ação ordinária con-

tra a União Federal, objetivando a anulação de débito fiscal referente ao Processo nº 61.095/74.

Em síntese, alega a a. que propôs a despacho 383 bobinas de papel Kraft, com peso líquido de 202.626 quilos, ao amparo da Guia de Importação que exhibe; que de acordo com as Resoluções nºs 2.056 e 2.203 do CPA a a. solicitou redução de alíquota de 55% para 0%; que o referido embarque foi efetuado nos dias 20 e 24-6-1974, enquadrando-se na alínea a do artigo 2º, da última das citadas Resoluções; que, todavia, a ré lavrou auto de infração contra a a. notificando-a para o recolhimento do imposto de importação, da diferença do imposto sobre produtos industrializados, bem como da multa do artigo 156, inciso II, do Decreto nº 61.514-67, por entender que a a. não tem direito aos favores fiscais decorrentes das referidas Resoluções, uma vez que o transporte do estabelecimento pro-

dutor via terrestre ao porto de embarque é considerado como operação anterior à exportação.

Inicial instruída com os documentos de fls. 7-17.

Regularmente citada, a ré contestou o feito às fls. 28-32.

Requisitado o procedimento administrativo, foram trasladadas as peças de fls. 55-98.

Saneador a fls. 105.

Na audiência de instrução e julgamento compareceram as partes, debatendo o processo.

É o relatório. Decido:

Objetiva a a. anular débito fiscal exigido através da Notificação nº 0845-5860 referente ao Procedimento Administrativo nº 61.095-74, por entender que o embarque efetuado em 20 e 24 de junho de 1974, conforme demonstram os conhecimentos rodoviários anexados à Declaração de Importação, está albergado no comando da Resolução nº 2.203, artigo 2º, alínea a do CPA.

Por outro lado, a ré entende que o transporte do estabelecimento produtor via terrestre ao porto de embarque é considerado como operação anterior à exportação, com fulcro no exame sistemático que faz do Decreto-Lei nº 37-66.

A Resolução nº 2.203, artigo 2º, dispõe:

«Art. 2º Ficam assegurados os benefícios de que tratam as Resoluções constantes do art. 1º, às mercadorias que, até a data da entrada em vigor desta Resolução:

a) já tiveram sido embarcadas no exterior.»

É fato incontroverso, no caso vertente, ter a a. entregue a mercadoria ao transportador rodoviário em 20 e 24 de junho de 1974, assim, na vigência da Resolução nº 2.203. Logo, o cerne da questão é

considerar-se ou não a mercadoria embarcada ao ser entregue ao transportador rodoviário.

Plácido e Silva assim conceitua o termo embarcação:

«... Como derivado de embarcar, em sentido amplo, é empregado para designar todo ato ou ação de colocar em qualquer veículo, transporte ou meio de condução, coisas ou pessoas para que sejam transportadas ou conduzidas de um lugar a outro...» (in «Vocabulário Jurídico»).

A jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, julgando hipótese análoga, assim decidiu:

«Importação. Prazo das guias. Prevalência da data em que a mercadoria foi entregue ao transportador para embarque, e não aquela em que foi colocada efetivamente a bordo, nem a de emissão de conhecimento de embarque. Não cabimento da multa do art. 60, I, da Lei nº 3.244-57. (AMS nº 64.213 — Rel.: Min. Jorge L. Guimarães — DJ 5-5-70, pág. 1754).»

Destarte, é de considerar-se a mercadoria embarcada na data que foi entregue ao transportador rodoviário. Outra não pode ser a ilação, apreciando o disposto no artigo 1º do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930, cuja ementa é:

«Regula os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e dá outras providências.»

Art. 1º O conhecimento de frete original, emitido por empresas de transporte por água, terra ou ar, prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar de destino.

Ressalte-se resultar incontroversa, também, a asserção da A.:

«...não ter havido solução de continuidade do embarque da mercadoria que tivera início nas datas citadas, quando foram entregues à firma embarcadora New Era Shipping Co. Inc.» (fls. 6).

Em conseqüência, considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação para anular, como anulo, o débito fiscal originado do processo administrativo mencionado na Inicial, condenando a ré a devolver as custas dispendidas, eventualmente, pela a. e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Sujeitando-se esta decisão ao duplo grau de jurisdição, subam os autos, oportunamente, ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Apelou a União Federal reportando-se aos termos da contestação de fls. 28/32 (fls. 114).

Contra-razões à fl. 117.

Opinou a Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moacir Catunda: Pesa, no caso, e muito, a circunstância de que os conhecimentos rodoviários de embarque, datados de 20 e 24 de junho de 1974, têm conexão com o Conhecimento de Carga nº 25, do Navio Delta Norte, expedido em New Orleans — Louisiana — USA, em 17-7-74.

O navio transportador Delta Norte substituiu o navio Delta Sud, da mesma bandeira — fls. 56 vr. e 58.

Os conhecimentos rodoviários registram transporte com baldeação da mercadoria do navio Delta Sud, mencionando circunstâncias de dia e lugar, tendo o transbordo sido feito para o navio Delta Nort nas mesmas condições, de sorte a demonstrar vinculação entre o embarque nos ca-

minhões e o respectivo transporte, e o embarque no navio.

A tese do acórdão do Conselho de Contribuintes, de que o transporte do estabelecimento produtor, via terrestre, ao porto de embarque, é considerado como operação anterior à exportação, merece temperamento no caso, face à ligação dos conhecimentos de transporte — terrestre e marítimo — em ordem a explicar continuidade jurídica entre as duas operações e a justificar a fixação da data do embarque, constante do conhecimento rodoviário, como a própria, para os fins do gozo do despacho da mercadoria, à tarifa 0%, de acordo com o art. 2º, item a, da Resolução nº 2.203, de 24-6-74, do CPC.

A solução da sentença harmoniza-se à inteligência do art. 1º, do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930, regula os conhecimentos de transporte de mercadoria por terra, mar e ar, consoante o qual, o conhecimento de frete original, emitido por empresas de transporte por água, terra ou ar, prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no destino.

Por estes motivos, nego provimento à remessa de ofício e ao recurso voluntário para confirmar a sentença recorrida.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 62.566-SP — Rel.: Min. Moacir Catunda. Remte.: Juiz Federal da 5ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Ind. de Embalagem Divani S.A.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso voluntário e à remessa ex officio. (Em 22-9-82 — 5ª Turma)

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Justino Ribeiro e Sebastião Reis.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moacir Catunda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 63.297 — PB

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg

Apelante: Aluísio Enrique da Silva

Apelada: União Federal

EMENTA

«Imposto de renda — Distribuição disfarçada de lucros. Os casos em que é presumida a sua ocorrência estão enumerados na lei, e entre eles não está prevista a simples omissão, por parte da pessoa jurídica, de rendimentos tributáveis, cabendo, por isso, à autoridade lançadora o ônus da prova a propósito. Mesmo, porém, que constatada tal omissão, esse fato não autoriza concluir-se que os rendimentos omitidos foram distribuídos aos sócios — Ação anulatória julgada procedente».

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg: Aluísio Enrique da Silva, domiciliado em Campina Grande, Paraíba, propôs ação contra a União para anular débito cujo lançamento se fizera ao fundamento de que havia sido constatado em processo administrativo instaurado contra Aluísio Silva & Cia., da qual era sócio, que tal sociedade omitira, em sua declaração, rendimentos que tornavam maiores os lucros a serem

tributados, lucros que teriam sido transferidos a ele, autor.

Alegou que ocorrera a extinção do crédito tributário objeto da ação porque, constituído pelo lançamento, em 6-1-69, somente viera a ser intimado para recolhê-lo em 4-11-76.

Sustentou depois que, de qualquer sorte, o lançamento não poderia haver sido feito, como o fora, por simples presunção de que se a pessoa jurídica, da qual era sócio, deixara de declarar vendas que lhe possibilitaram lucros não tributados, ditos lucros lhe teriam sido distribuídos.

A União contestou, e, após processamento regular, a ação foi julgada improcedente em sentença assim fundamentada:

«A primeira questão, a da prescrição do crédito tributário, já foi objeto de sentença, trãnsita em julgado, proferida em Mandado de Segurança requerido pelo A. fls. 47/49.

Duas palavras, apenas, quanto à juntada de cópia daquela sentença, sem que as partes a tenham requerido.

Primeiro, permite o Código de Processo Civil que o Juiz declare a

coisa julgada, de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública. Para tanto pode determinar a juntada de qualquer documento sobre a questão.

Segundo, a sentença proferida no mandado de segurança, quando examina o mérito, faz coisa julgada, também em sentido material.

Ora, não se pode sustentar, data venia que a sentença de fls. 47/49 não tenha examinado o mérito da impetração. É que prescrição é matéria de mérito, no meu entendimento. Aliás é o que está expresso no art. 269, IV, do CPC.

Mas, ainda que inexistisse coisa julgada, nessa parte, bastaria a citação do seguinte aresto, da lavra do eminente Min. Carlos Mário Velloso, para demonstrar-se a improcedência do pedido de declaração da prescrição:

REO-51.553-RS — Rel.: Sr. Min. Carlos Mário Velloso. Remte.: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caxias do Sul. Partes: União Federal e Kalli Sehbe S.A. Ind. do Vestuário.

Decisão: A Turma, por unanimidade, reformou a sentença para que o MM. Juiz prosseguisse na ação. (Em 27-11-78 — 3ª Turma).

Ementa: Tributário — Crédito Fiscal — Lançamento — Prescrição — CTN, arts. 142, 151, III. Decreto nº 70.235/72, artigo 9º. I — Crédito tributário se constitui pelo lançamento (CTN, art. 142), que lhe imprime condição de exigibilidade (CTN, artigos 142 e 151), formalizando-se esta em auto de infração ou notificação de lançamento (Decreto nº 70.235/72, art. 9º).

II — As reclamações e os recursos na esfera administrativa, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, III). Se há apenas suspen-

são de exigibilidade, constituído já se encontra quando da interposição da reclamação ou do recurso administrativo.

III — A prescrição rege-se pelo princípio da actio nata. Sendo assim, não há falar em prescrição, enquanto pendente o recurso administrativo, porque suspensa a exigibilidade do crédito (CTN, art. 151, III). O prazo prescricional começa a fluir, então, a partir da decisão definitiva do órgão administrativo recursal.

IV — Sentença reformada.

Na hipótese, o recurso administrativo foi julgado em 19-2-76 — fl. 17, não tendo, por conseguinte, fluído o prazo de prescrição.

Quanto à segunda questão, a de ausência do fato gerador, desde que segundo diz o a. não recebera qualquer lucro da firma, também improcede.

Apurada a sonegação fiscal como descrito no documento de fls. 38/39, pela pessoa jurídica, foi adicionado o lucro tributável da importância devida, inclusive multa. A tributação reflexa na pessoa dos sócios é decorrência da própria lei.

Ora, sendo o a. sócio da firma, o lucro lhe é atribuído, de acordo com a sua participação social — art. 51 do Regulamento de então.

Merece transcrição, pela juridicidade que encerra, o seguinte trecho da peça contestatória — fls. 28/29.

«Em comentário à distribuição disfarçada de lucros, Ricardo Mariz de Oliveira, in «Fundamentos do Imposto de Renda», pág. 310, assim se manifesta em entretrecho: «Contudo além do imposto de 50% da pessoa jurídica, é devido o imposto de responsabilidade da pessoa física do sócio».

As operações não registradas pela pessoa jurídica ensejam a

omissão por parte da pessoa física da declaração do lucro distribuído. O fenômeno desdobra-se em dois fatos: o primeiro, a sonegação da receita é a omissão da transação econômica (compra e venda) de que resulta lucro ou acréscimo patrimonial; o segundo é o benefício econômico ou lucro que recebe o sócio, sem que este acuse em sua declaração de rendimentos. Há duas obrigações distintas, pelo lucro disfarçado, e a que se obrigam pessoa jurídica e pessoa física. É o que ainda preleciona Waldemar Mariz de Oliveira:

«Há duas obrigações tributárias distintas, uma cuja prestação, cujo objeto, seja o pagamento da penalidade e outra objetivando o pagamento de imposto. Na primeira obrigação, os sujeitos envolvidos são o fisco e a pessoa jurídica distribuidora de lucro disfarçado, e na segunda são o fisco e a pessoa física beneficiada com a distribuição disfarçada» (in Fundamentos do Imposto de Renda, pág. 312)».

Com estas considerações julgo improcedente a ação.»

Houve apelação contestando ambos os fundamentos da decisão, recurso que foi contrariado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rollemberg (Relator): A sentença, quanto à rejeição da arguição de extinção do crédito tributário pela prescrição é de todo inatacável, porque apreciada a questão em mandado de segurança cuja decisão denegatória do writ transitara em julgado, e, improcedentes, de qualquer forma, caso ultrapassada a preliminar, as alegações do apelante a respeito, pois, como mostrou o MM. Juiz, não encontram guarida na jurisprudência tranqüila desta Corte.

Já quanto ao segundo fundamento da sentença, contudo, não procede, desde que, de acordo com a legislação, não basta o fato de, em processo instaurado contra a pessoa jurídica, verificar-se a omissão, por parte dela, de rendimentos tributários, para concluir-se que tais rendimentos foram distribuídos aos seus sócios.

Arrimou-se a sentença, no propósito, em transcrição de Ricardo Mariz de Oliveira, feita na contestação da ação.

Na mesma obra, entretanto, o autor referido, examinando as normas da Lei nº 4.506/64, então em vigor, relativas a distribuição disfarçada de lucros, acentuou:

«Atendendo-se ao princípio fundamental de que o fato gerador da obrigação tributária é descrito integralmente na lei, e que a obrigação tributária só nasce pela ocorrência efetiva desse fato gerador, em todos os seus elementos contidos na descrição legal, e somente de acordo com estes, é impossível estender-se o conceito legal, ou qualquer das hipóteses de distribuição disfarçada de lucros previstas na lei.

A este respeito basta lembrar aqui que o § 1º do art. 108 do Código Tributário Nacional, proíbe o emprego da analogia para exigência de tributo não previsto em lei. Além disso, tratando-se de infração e penalidade (situação da pessoa jurídica), é de se aplicar o art. 112, que determina interpretação legal mais favorável ao acusado quanto à capitulação legal de fato ou à natureza ou circunstâncias materiais do mesmo. Carece, portanto, de qualquer fundamento jurídico qualquer pretensão ao crédito tributário sobre situações que não as expressamente citadas na lei. A relação das formas de distribuição disfarçada de lucro, contida no art. 72 da Lei nº 4.506, surge,

pois, como taxativa, e não meramente exemplificativa».

(Fundamentos do Imposto de Renda — págs. 322/323).

Ora, a lei referida, em seu art. 72, enumerou os casos em que se presume a ocorrência de distribuição disfarçada de lucros, e, entre eles, não mencionou o simples fato de a pessoa jurídica omitir rendimentos em sua declaração, sendo necessária prova a propósito, feita pela autoridade lançadora, ao contrário das hipóteses previstas em lei, cuja ocorrência gera presunção que ao contribuinte cabe desfazer.

Nesse sentido a lição de José Luiz Bulhões Pedreira, ao escrever:

«O Decreto-Lei nº 1.598/77 define seis negócios em que se presume distribuição disfarçada de lucros. A Lei nº 4.506/64 continha outros seis, que não foram reproduzidos na nova Lei.

A enumeração legal é taxativa: somente há presunção de distribuição nos negócios previstos na Lei.

A Lei é taxativa quanto aos casos em que há inversão do ônus da prova e não às modalidades de negócio em que a distribuição disfarçada pode verificar-se. A autoridade tributária pode pretender que

outros negócios, não constantes dessa enumeração, foram usados pelo contribuinte para disfarçar distribuição de lucros, mas neste caso cabe-lhe o ônus da prova; a presunção da lei é que, salvo nas hipóteses por ela definidas, o ato praticado pelo contribuinte tem a substância econômica que é própria da forma jurídica adotada».

Por tais razões, considerando que não foi apresentada qualquer prova de que o autor recebeu lucros disfarçadamente, dou provimento à apelação para reformar a sentença e julgar a ação procedente, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

AC. nº 63.297-PB — Rel.: Sr. Min. Armando Rollemberg. Apte.: Aluísio Enrique da Silva. Apda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 30-8-82 — 4ª Turma).

Os Srs. Min. Carlos Mário Velloso e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Armando Rollemberg.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 65.903 — MG

Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva

Apelante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER

Apelada: Marília Cleonice Henrique Guimarães

EMENTA

Civil. Responsabilidade Civil. Indenização. Colisão de Veículos.

Pelo exame do conjunto probatório é de se admitir que ambos os motoristas concorreram para o acidente e, não tendo havido danos materiais para o caminhão do réu, é razoável que se reduza à metade o valor da indenização pleiteada pela autora.

Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 8 de outubro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro José Pereira de Paiva, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: A matéria foi assim sumariada em sentença proferida pelo então Juiz Federal, hoje, eminente Ministro Sebastião Alves dos Reis (fls. 75/6):

«Maria Cleonice Henrique Guimarães, qualificada na inicial, ajuíza a presente ação, sob procedimento sumaríssimo, contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e União Federal, visando à reparação de danos materiais ocasionados em veículo de sua propriedade, no montante de Cr\$ 30.809,15, conforme documentação junta, estribando-se nos artigos 159, 1.521, III e 1.538 do Código Civil, pedindo a condenação nos termos do requerido.

Consoante o historiado e alegado na douta inicial, a suplicante é proprietária do veículo ora especificado, e a 18-11-77, quando trafegava pela rua Piauí, sentido rua Álvares Maciel — Av. Brasil, foi dito carro atingido em sua frontal direita pelo caminhão ora caracterizado, de propriedade do primeiro suplicado, que, de marcha à ré, procurava ingressar numa garagem, já havendo tentado a manobra uma vez,

sem êxito, com seu condutor encontrando dificuldade para fazê-lo, sendo de frisar-se que no momento, a visibilidade não era das mais favoráveis, circunstância que, por si só, impunha ao motorista do autocarga maior cautela, principalmente, por estar realizando movimento de retorno, sem contar com manobreiro que pudesse orientá-lo na ocasião; de outro lado, a suplicante desenvolvia marcha normal e ao defrontar com o caminhão, à sua frente, na posição em que se encontrava, convenceu-se de que o mesmo deixava a garagem, havendo condições de tomar a esquerda da pista, desviando-se do veículo que tomava parte desta, prosseguindo na direção em que trafegava; nos termos do art. 175 do RCNT, constitui dever do motorista dirigir com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, tendo sido in casu inobservada tal exigência pelo preposto do DNER, prevalecendo-se, certamente, da circunstância de encontrar-se dirigindo um carro oficial; após ter seu veículo danificado, a suplicante foi transferida para o Hospital do Pronto-Socorro, onde permaneceu internada, durante dois dias; os prejuízos em causa, de ordem material, orçam no valor já referido.

Em audiência, o DNER respondeu, opondo basicamente que o laudo em que se louva a a. é inconcludente, e só admite a culpa do réu sob reserva da prova testemunhal a ser produzida, não afastando a alternativa da culpa exclusiva da a.; de qualquer modo, a prova oral colhida no processo administrativo é no sentido da culpa da suplicante, que teria abalroado o caminhão do réu, quando este se encontrava parado, o que leva à conclusão pericial para o campo da culpa da a.; nessa ordem de considerações, improcedente é o pedido formulado.

Testemunhas arroladas pelas partes, ouvidas neste Juízo, conforme termo de fls. 31/5 e precatória de fls. 60; a União pronunciou-se às fls. 68; alegações finais às fls. 69 e 71».

A sentença recorrida, reconhecendo a culpa concorrente, reduziu à metade o valor da indenização pleiteada, sendo a ação julgada procedente, em parte, fixada a reparação em Cr\$ 15.400,00 (quinze mil e quatrocentos cruzeiros), acrescidos de juros e correção monetária; sem honorários de advogado, à vista da sucumbência recíproca e custas em proporção, *ex lege*. (fls. 75/80).

Inconformado, apelou o réu, sustentando que, não sendo conclusiva a prova pericial, esclarecimentos foram deixados a cargo de testemunhas oculares, caso existentes e estas não favorecem à autora, conforme apreciação feita. Assim, não ficando provada a culpa do seu preposto, pediu a reforma da decisão de primeiro grau (fls. 83/5).

Contra-razões, às fls. 88/92.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento da apelação (fls. 97/8).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Relator): Da sentença de fls. 75/80, da lavra do então Juiz Federal da 2ª Vara, Seção de Minas Gerais, Dr. Sebastião Alves dos Reis, hoje, ilustre e honrado membro deste Egrégio Tribunal Federal de Recursos, recorre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (fl. 82), alinhando às considerações de ordem jurídica de fls. 83/85, objetivando a carência da ação.

Sustenta, para tal desiderato, que o evento se deu por inobservância da condutora do veículo 1, que não atendeu para as condições de tráfego à

sua frente, quando abalroou com sua frontal a traseira do veículo que deslocava no mesmo sentido.

Trata-se de matéria decidida pela sentença recorrida, de modo claro e convincente, que acabou por concluir pela culpa concorrente.

Na apreciação da prova, destacou a decisão de primeiro grau.

Lê fls. 77.

Constata-se, pela leitura dos depoimentos transcritos na sentença que, no caso, de fato, ao pretender o motorista do réu executar, pela segunda vez, a manobra de retorno, ou marcha à ré, o fez sem orientação e, até mesmo, de modo imperfeito, configurando-se a sua responsabilidade.

Por outro lado, ainda do exame da prova, ressalta, indubitavelmente, a concorrência de culpa da autora que, ao tentar desviar-se do veículo do réu, que era um caminhão, em via pública, o fez sem parar ou mesmo diminuir a marcha.

Assim, decidindo a sentença pela culpa concorrente e mandando pagar à apelada uma indenização de Cr\$ 15.400,00, mediante a análise da prova técnica e testemunhal, amparou-se, decididamente, na melhor tese jurídica cabível à espécie.

Face ao exposto, conheço do apelo, porém, nego-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 65.903-MG — Relator: o Sr. Ministro José Pereira de Paiva. Apelante: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER. Apelada: Marília Cleonice Henrique Guimarães.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação (Julg: 8-10-82 — Primeira Turma).

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 66.077 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Remetente: Juízo de Direito da Comarca de Vargem Grande do Sul

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

Apelados: Izoldino Alves de Oliveira e outro, Fazenda do Estado de São Paulo e Banco Brasileiro de Descontos S/A

EMENTA

Processual Civil. Execução. Produto da Arrematação.

— Concurso particular de preferência. A prelação assegurada aos credores (CPC, art. 711), inclusive a Fazenda Pública, não se contenta com a prova do crédito constituído contra determinada pessoa jurídica, exibido, porém, sob pretexto da responsabilidade tributária presumidamente irrogável à pessoa física executada, na sua qualidade de sócio-dirigente. Por outro lado, ao responder o sucessor pelas dívidas fiscais do sucedido, verdadeira não é a recíproca.

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 julgar prejudicada a remessa, 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 1982 (data do julgamento)— Ministro José Fernandes Dantas. Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas: Por força da execução movida à Comer-

cial de Cereais e Transportes Vargem Grande Ltda., o IAPAS pretendeu exercer preferência sobre o preço da arrematação do bem penhorado a José Divino Bartoloto, na execução hipotecária que lhe moveu o Banco Brasileiro de Descontos S/A; este executado seria sócio daquela empresa devedora que, por sinal, o teria sucedido como firma individual.

Entretanto, a sentença lhe foi desfavorável, sob o fundamento-mor de que por dívida da empresa legalmente constituída não pode responder o produto da arrematação de bem particular penhorado por dívida de um dos cotistas — fls. 138.

Daí a apelação, começada pela suscitação de nulidade do processo, desde a audiência do concurso particular de preferência, na qual não se

cumpriu o oportuno requerimento de depoimento pessoal do executado, e assim restou cerceada a defesa dos interesses do requerente; no mérito, renova-se o argumento da sucessão de empresas, como o da responsabilidade tributária do sócio-dirigente, para a conclusão de plena procedência da protestada preferência sobre o disputado produto da arrematação — fl. 152.

Respondida (fls. 178 e 181), a apelação obteve parecer favorável, de parte da Subprocuradoria-Geral da República — fl. 187.

Pauta, sem revisão.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhores Ministros, início por desacolher a arguição de nulidade; faço-o porque, a uma, presente à audiência que malsina, cumpria ao apelante insistir na tomada do depoimento pessoal que requerera; em silenciando, a mim parece que consentiu com a falta que agora acusa prejudicial à sua defesa; e à outra, porque, na realidade, silentes as partes, bem se houve o juiz na classificação da matéria concursal como preponderantemente de direito, inexistindo provas a produzir — fl. 137.

No mérito, tenho que a figura da sucessão de empresas não ampara a pretensão do apelante. Deveras, mesmo em se dando de barato a configuração desse instituto, no caso, ver-se-á que, em sendo verdadeiro que o sucessor responde pelas obrigações previdenciárias do sucedido, verdadeira não é a recíproca; isto é, conquanto proceda responsabilizar-se a Comercial de Cereais... Ltda. por dívida de José Divino, entretanto, deste sucedido nunca se poderá cobrar dívida nominalmente constituída por aquela firma sucessora.

Restaria o segundo argumento da apelante — o de que os bens do cotista-dirigente garantem dívida da sociedade. Mas, a esse propósito, é de ver-se que o concurso particular de preferência, no seu sumarismo incidental da execução (CPC, art. 711), não se contenta, evidentemente, com o direito argüido meramente em tese.

Daí que ao apelante cabia demonstrar que movera execução à empresa devedora, e que, à míngua de bens, derivara para os bens do cotista-gerente o seu direito de penhora. Não o tendo demonstrado, certamente que a mera exibição do título de crédito, constituído contra determinada pessoa jurídica, não legitima o seu alegado direito de prelação nos resultados do praceamento de bens da propriedade de determinada pessoa física, ainda que se presume a responsabilidade tributária desta última.

Portanto, fico em que a sentença não reclama reparos, à força de asserções desta ordem:

«II — O IAPAS para ter preferência absoluta sobre todos os demais créditos (fls. 82/83, dos embargos), juntou aos autos a certidão de dívida ativa onde desponta como devedora Comercial de Cereais e Transportes Vargem Grande do Sul Ltda. sucessora de José D. Bortoloto (fls. 84/85).

III — Então, o IAPAS não pode concorrer no produto da arrematação, porque este é o oriundo de bens particulares dos devedores, José Divino Bortoloto e sua mulher (Proc. 91/77), cujos bens não se confundem com os da devedora Comercial de Cereais e Transportes Vargem Grande do Sul Ltda., pessoa jurídica (fls. 71/73).

IV — Por outro lado, nem se diga, o que se admite apenas para argumentar, que a Comercial fosse sucessora de José D. Bortoloto.

Com efeito, segundo se infere dos elementos carreados para os autos, há duas empresas distintas: a primeira, uma firma individual, cujos bens respondem solidária e ilimitadamente (fl. 2, Proc. nº 19/78, apenso), e a segunda, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, com o executado José Divino Bortoloto, um dos cotistas (fls. 71/73, Autos nº 91/77, apenso).

V — Daí por que o IAPAS fica excluído do rateio, cabendo discutir seu crédito pela via própria» — fls. 138/139.

Pelo exposto, nego provimento à apelação e julgo prejudicada a remessa (Res. TFR-25/80).

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 66.077-SP (3195651) — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Remte.: Juízo de Direito da Comarca de Vargem Grande do Sul. Apte.: IAPAS. Apdos.: Izoldino Alves de Oliveira e outros, Fazenda do Estado de São Paulo e Banco Brasileiro de Descontos S/A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e julgou prejudicada a remessa. (Em 16-8-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Wilson Gonçalves e Miguel Ferrante. Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Min. José Dantas.

APELAÇÃO CIVEL Nº 67.958 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara — SP

Apelante: União Federal

Apelado: José Chiapina

EMENTA

Execução fiscal. Imposto Sobre Produtos Industrializados. Sociedade por quotas. Sócio-gerente. Utilização dos embargos de terceiro em lugar dos embargos do devedor. Prescrição intercorrente. Configuração.

I — O sócio-gerente está compreendido na figura do sujeito passivo da obrigação principal (CTN, art. 121, parágrafo único, II), como responsável, por substituição, pelo pagamento do IPI, razão por que o remédio processual que lhe cabe utilizar são os embargos do devedor e não os embargos de terceiro. No caso, porém, como os embargos de terceiro foram ajuizados no prazo previsto para interposição dos embargos do devedor merecem ser apreciados como se do devedor fossem.

II — Incluindo-se o sócio-gerente na figura do devedor e não na do terceiro embargante, cabe-lhe alegar a exceção substancial de prescrição da ação.

III — Ocorre a prescrição intercorrente se, como no caso, o feito ficou paralisado, por mais de cinco anos, por culpa exclusiva da embargada.

IV — Remessa oficial não conhecida. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, decidir não ser caso de reexame *ex officio* da sentença e negar provimento à apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1981 (data de julgamento) — Ministro Armando Rollemberg, Presidente — Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Leio na sentença (fls. 47-49):

«José Chiapina, qualificado na Inicial, apresentou embargos de terceiro, alegando em resumo que:

Pretendeu a Fazenda Nacional, haver da Artes Gráficas Ruy Barbosa Ltda., a importância de Cr\$ 11.260,32, discriminada na certidão de Dívida Ativa nº 8.295 — série TD/71.

Ajuizada a dívida contra Artes Gráficas Ruy Barbosa Ltda., em 11-2-72, e como a firma não foi encontrada, o processo ficou paralisado, em face de pedido da Procuradoria da República, de 22-3-73, reiterado às fls. 10 e, em 16-2-79, requereu a citação do sócio José Chiapina, atual embargante, na qualidade de terceiro, ou seja, sete anos após o ajuizamento da ação e dez anos após a constituição do crédito tributário.

Alega em preliminar a ilegitimidade de parte, de vez que o embargante não pode ser considerado como parte no processo de execu-

ção, pois o bem penhorado lhe pertence, e se encontra na sua posse, sofrendo, dessa forma, turbação desnecessária e injustificável.

Diz mais que a petição inicial está irregular, porquanto não traz o valor exato da causa e, alega ainda, em preliminar à prescrição, dizendo que, em face do estatuído nos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional o crédito da União está prescrito, pois o processo foi distribuído em 11-2-72, despachado em 17-2-72. A Procuradoria da República requereu, em 22-3-73, se aguardasse em Cartório, melhor oportunidade e, em 30-11-77, solicitou o sobrestamento da execução, até ulterior manifestação e, finalmente, em 6-2-79, requereu o desentranhamento do mandado, para citação do ora embargante, e, pehora em seus bens particulares.

Entre a constituição do crédito tributário e a citação do sócio passaram-se mais de dez anos — 1968 a 1979 e, entre o ajuizamento da ação e a referida citação, decorreram sete anos — 1972 a 1979, estando, portanto, prescrito o direito da Fazenda Nacional, de exigir o crédito mencionado na Inicial, uma vez que não houve nenhum ato interruptivo da referida prescrição.

Quanto ao mérito, alega que, de acordo com o disposto no art. 2º do Decreto nº 3.708, de 1919, que regulamenta a constituição das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, a responsabilidade dos sócios está limitada à importância do capital social. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas obrigações sociais, ainda que de natureza fiscal, contidas por sociedade do tipo da executada, cujo capital foi totalmente integralizado.

Diz ainda, da pertinência do ajuizamento dos embargos de ter-

ceiro, de vez que o mesmo, como definido por Pontes de Miranda é «ação de terceiro que pretende ter direito ao domínio ou outro direito, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constritos».

Requeru, finalmente, fossem os embargos julgados procedentes, insubsistente a penhora, com a condenação da Fazenda Nacional nas custas e em honorários advocatícios.

Com a Inicial vieram os documentos de fls. 17/22.

Citada, a douta Procuradoria da República apresentou a contestação de fls. 26/29, na qual alega, em preliminar, que o veículo, objeto do auto de penhora de fls. 16 (execução), encontra-se alienado à Cia. Financeira Mappin São Paulo CFI, mas apesar disso a mesma é subsistente, em face da preferência fiscal, não obstante a existência da alienação fiduciária.

Quanto à alegada prescrição, a mesma não ocorreu, pois a União dispunha de cinco anos para efetuar o lançamento e de mais cinco anos para exercer o direito de ação. Tampouco ocorreu a prescrição intercorrente, pois «o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial».

Com respeito ao mérito, melhor sorte não assiste ao embargante, pois, como sócio da empresa executada, não provou o mesmo que tivesse suas cotas sociais integralizadas ou que o capital da firma, da qual participa, está totalmente integralizado, razão pela qual seus bens particulares respondem perante terceiros pelas dívidas contraídas em nome da sociedade.

Determinada a manifestação do embargante, veio este aos autos, para dizer que, quanto à alegação de que o veículo dado em penhora

encontra-se alienado à Cia. Financeira Mappin São Paulo, o mesmo agiu de boa fé, não tendo sofrido nenhuma objeção por parte do Sr. Oficial de Justiça que procedeu à penhora. No caso em exame, em face dos documentos (fls. 33/37), já foi plenamente quitado o quantum devido à financeira restando somente as formalidades de praxe para extinção do contrato, sendo certo que o embargante não dispôs do bem penhorado, pois continua sendo seu depositário, não tendo infringido nenhum artigo da Lei nº 4.728/65 com a redação do Decreto-Lei nº 911/69, que constituiu o fiduciante como depositário, o que continua ocorrendo na hipótese. Requeru a autenticação das peças juntadas e extraídas dos autos da execução fiscal, o que foi feito pela Secretária.

Oficiado à Junta Comercial do Estado de São Paulo, remeteu a mesma, ao Juízo, cópia do contrato social (fls. 43), onde se verifica que o capital da firma executada foi integralizado totalmente pelos sócios.

Instados a manifestarem-se, tanto o embargante como a Procuradoria da República, requereram a prolação da sentença.»

Apreciando a controvérsia, assim decidiu o Dr. Caio Plínio Barreto (fls. 49-51):

«Está prescrito o crédito exigido pela Fazenda Nacional.

Não tem razão a douta Procuradoria da República ao dizer que a citação não ocorreu por inércia da Fazenda Pública, pois o processo se desenvolve por impulso oficial.

Verifica-se pela documentação apresentada, que a execução foi ajuizada em 11-2-72, despachada em 17-2-72, tendo o processo ficado paralisado em face de pedido da própria Procuradoria da República, de 1973 a 1979, data em que a

mesma requereu a citação do sócio José Chiapina, atual embargante. O processo ficou paralisado, não tendo havido impulso oficial, por culpa da própria Fazenda Nacional que não procurou diligenciar com a rapidez necessária, deixando escoar o prazo, ou seja, ficando o processo parado cerca de seis anos. Repita-se, o pedido de sobrestamento partiu da União Federal, não tendo a mesma requerido nenhuma medida para que o Juízo desse impulso ao processo nesses seis anos.

Acrescente-se também que o atual embargante foi citado dez anos após a constituição do crédito tributário, razão mais que suficiente para decretar a prescrição do mesmo.

A respeito trouxe o embargante inúmeros arestos que confirmam a jurisprudência pacífica do egrégio Tribunal Federal de Recursos, tais como o REO nº 50.814-PE em que foi relator o Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Pesqueira. Partes: União Federal e Rocha Irmão e Cia. Fábrica Tigre. Decisão: Em decisão unânime, confirmou-se a presente sentença recorrida (Em 8-11-78 — 2ª Turma). Ementa: Execução Fiscal. Processo que, por culpa exclusiva do exequente, fica paralisado durante mais de cinco anos. Prescrição intercorrente caracterizada. Sentença confirmada (DJU de 4-4-79, pág. 2587)

O eminente Ministro Carlos Mário Velloso, relator no REO nº 47.190-SP, assim decidiu:

Ementa: Tributário. Prescrição. A ação para cobrança do crédito fiscal prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva. II — Decidindo, em caráter definitivo, o Conselho de Contribuintes, o prazo prescricional, que se encontra-

va suspenso, dado que suspensa a exigibilidade do crédito (CTN, art. 151, III), passa a fluir, só se interrompe com a ocorrência de uma das inscritas no art. 174, I, II, III, IV, do CTN). III — A inscrição da dívida, mero procedimento administrativo que habilita a Fazenda a entrar em Juízo, para cobrança do crédito fiscal, não é causa interruptiva da prescrição. IV — Prescrição decretada. Sentença confirmada pela sua conclusão. (DJU de 21-8-79, pág. 5981).

Portanto, o só ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Nacional, não tem o condão de interromper a prescrição. Inclusive não requereu a Procuradoria da República os benefícios previstos no art. 219 e seus parágrafos do Código de Processo Civil que regula, como é óbvio, as execuções fiscais, após sua entrada em vigor.

Esclareça-se mais uma vez que o embargante, somente foi citado dez anos após a constituição do crédito tributário, ou seja, 1968 — 1979, fato esse que enseja a prescrição total do mencionado crédito.

Quanto às outras preliminares argüidas pela embargante, ficou provado que o bem penhorado é de propriedade do mesmo, tendo sido totalmente pagas as prestações devidas à financiadora, fato esse que vem, inclusive demonstrar a legitimidade do meio processual escolhido pelo mesmo para defender seus direitos.

A preliminar de irregularidade da Inicial, fica repelida por falta de fundamento legal.

O mérito não deve ser examinado em face da prescrição havida, mas não pode este Juízo se furtar de esclarecer que o egrégio Supremo Tribunal Federal, por seu incluíto Ministro Soares Muñoz, decidiu no RE 88.530-7-RJ — que nas exe-

cuções fiscais contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não podem ser penhorados bens de sócios com base no art. 134 do CTN.

À vista do exposto, julgo procedente os presentes embargos, insubsistente a penhora realizada na execução fiscal, condenada a Fazenda Nacional a pagar as custas dispendidas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa.

Subam os autos ao egrégio Tribunal Federal de Recursos, em face do princípio do duplo grau de jurisdição.

PRI».

Apelou a embargada (fls. 53-63). Sustenta, preliminarmente, que, «sendo matéria de defesa e dizendo respeito ao mérito da execução, a prescrição somente seria argüível, por via de embargos à penhora, pela própria devedora», para aduzir, em seguida, a inoccorrência de prescrição.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 65-76), subiram os autos e, neste Tribunal, assim se manifestou a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Sebastião Ribeiro Salomão, aprovado pelo Dr. João Boabaid de Oliveira Itapary, ilustre Subprocurador-Geral (fls. 81-82):

«Preliminarmente, as nulidades ou questões prejudiciais do processo de execução, tais como prescrição, não poderão ser alegadas por terceiro em seus embargos. Assim, com efeito, tem entendido esse E. Tribunal, como exemplifica a seguinte ementa do Acórdão prolatado na Apelação Cível nº 44.921-MG, de que foi relator o eminente Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:

Ementa: Executivo Fiscal — Embargos de Terceiro — A terceiro que opõe embargos não é dado alegar nulidades ou prejudiciais do feito principal. Compete ao terceiro demonstrar sua condição de senhor e possuidor dos bens constrictos. Transferência, por sucessão, da responsabilidade tributária — Sentença que se mantém. Apelação improvida». (AC nº 44.921-MG. Publ. no DJ de 26-2-81 — pág. 1277).

Imprópria, também, é a ação de terceiro para o sócio-gerente responsável por substituição pelo tributo: combater medida de constrição judicial em seus bens. Deveria ter-se utilizado dos embargos à execução.

Em hipótese idêntica à presente, eis que versa sobre penhora em bens de sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Esse e. Tribunal, em Acórdão também relatado pelo eminente Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, proclamou não só a responsabilidade do sócio-gerente pela obrigação tributária, assim como a impropriedade dos embargos de terceiro, verbis:

Ementa: Execução Fiscal. Embargos de Terceiro. Ilegitimidade ativa.

I — O sócio-gerente como responsável por substituição pela obrigação tributária não possui legitimidade ativa para opor embargos de terceiro.

II — o sócio-gerente de pessoa jurídica de direito privado é pessoalmente responsável pelo crédito tributário, quando, na direção da sociedade age com infração à lei (CTN. art. 135, III).

III — Remessa Oficial conhecida e provida, a fim de se julgar o embargante carecedor da ação de embargos.» (Remessa Ex Offício 61.294-SP — Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro — pub. in DJ de 9-4-81 — pág. 3107).

Assim, sendo o ora embargante o responsável por substituição pelo tributo, patente a sua ilegitimidade ativa para opor embargos de terceiro. Figura como parte no feito e como tal deveria ter se defendido opondo embargos à execução.

Pelo provimento do recurso.»

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Em seu parecer, a douta Subprocuradoria-Geral da República suscita, com apoio em precedente, do qual fui Relator, a ilegitimidade ativa do sócio-gerente para opor os embargos de terceiro, por figurar como parte na relação jurídica de direito material, na qualidade de responsável por substituição.

II

Embora, no caso, não possa ser conhecida a remessa oficial, desde que interposta em causa de valor inferior a 100 ORTN, considerado o valor desta na data da vigência da Lei nº 6.825, de 22-9-80 (Resolução nº 25, de 30-9-80, do TFR), a questão sobre a legitimação para agir por dizer respeito à condição da ação, pode ser conhecida de ofício por esta Corte (CPC, art. 267, III, e § 3º).

III

Entendo, porém, que, na espécie, não tem pertinência o citado prece-

dente, desde que os embargos de terceiro foram opostos no prazo dos embargos do devedor. Com efeito, a intimação da penhora se deu em 19-4-79 (fls.18v) e os embargos foram ajuizados em 24-4-79, portanto, antes do decurso dos dez dias. Em tais casos, aplico o princípio da instrumentalidade dos atos processuais, inerente ao sistema do vigente Estatuto Processual Civil (CPC, arts. 154, 244 e 245) e, em consequência, aprecio os embargos de terceiro como se do devedor fossem, desde que tal proceder em nenhum prejuízo resulta para a defesa. Nesse sentido, votei nos EAC 51.573-AL, julgados pela Egrégia 2ª Seção em 7-4-81, e na AC 60.274-MG, julgada por esta Egrégia Turma em 8-4-81.

IV

E, assim procedendo, é de aduzir-se que, estando o sócio-gerente compreendido na figura do sujeito passivo da obrigação principal (CTN, art. 121, parágrafo único, II), como responsável, por substituição, pelo pagamento do IPI, e, portanto, sendo parte da relação jurídica posta em Juízo, não há como negar-lhe legitimidade para alegar a preliminar de prescrição.

V

Diante disso, em apreciando a preliminar de prescrição, afigura-se-me que decidiu com acerto o ilustre magistrado a quo, ao proclamar a ocorrência de prescrição intercorrente. Na verdade, segundo se depreende do texto da sentença, transcrito no relatório, o feito após ajuizado, ficou paralisado, por mais de cinco anos, por culpa exclusiva da embargada.

Por tais fundamentos, em conclusão, não conheço da remessa oficial e nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.350 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: Conselho Regional de Medicina Veterinária em São Paulo

Apelada: Sociedade Hípica de Ribeirão Preto

EMENTA

Conselhos de Fiscalização do Exercício de Profissões. Critério para vinculação das empresas ou entidades.

A Lei 6.839, de 30 de outubro de 1980, fixou critério para definir a obrigatoriedade de registro de empresas ou entidades nos Conselhos de fiscalização do exercício das profissões: é em razão de sua atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Simplex sociedade hípica, de finalidade esportiva, não exerce atividade básica de medicina veterinária ou presta serviços dessa especialidade que a obrigue a registrar-se no Conselho Regional de Medicina Veterinária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 2 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): O Conselho Regional de Medicina Veterinária em São Paulo propôs ação de rito sumaríssimo contra a Sociedade Hípica de Ribeirão Preto, visando a obrigá-la a registrar-se no prazo de trinta dias no referido Conselho, sob pena do

pagamento da multa diária de Cr\$ 1.000,00.

Entende a autarquia que a Sociedade exerce atividades peculiares à Medicina Veterinária, e seu registro é previsto no art. 27 da Lei nº 5.517, de 1968.

Citada, a ré contestou em audiência, dizendo não exercer qualquer atividade peculiar à Medicina Veterinária, pois seus objetivos sociais são atividades culturais, recreativas e esportivas, inclusive o hipismo. Mas não presta serviços de medicina veterinária, podendo contratar pessoas qualificadas para tanto. A Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980, determina que somente o profissional que preste serviços à empresa é obrigatoriamente registrado no Conselho.

O Juiz Federal Fleury Antônio Pires, da 4ª Vara de São Paulo, por sentença, julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento dos honorários do advogado

da ré, arbitrados em 10% do valor atribuído à causa.

Entendeu S. Exa. que não tendo a ré por atividade básica a medicina veterinária, nem prestando serviços dessa especialidade, não há obrigatoriedade de seu registro no Conselho.

Apelou o Conselho.

Contra-arrazou a ré.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): A Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980, veio afastar dúvidas a propósito do registro de empresas em entidades fiscalizadoras do exercício das profissões. Lê-se no seu artigo 1º:

«Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.»

A utilidade dessa lei é a de delimitar o campo da fiscalização profissional, não permitindo a abrangência a que sempre tendem os Conselhos, na sua atividade de controle.

Fixa-se um critério para o registro de empresas ou entidades nos Conselhos: é em razão de sua atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

No caso dos autos, uma sociedade com várias atividades, inclusive o hipismo, praticado por seus sócios, não tem atividade básica de medicina veterinária. Nem presta serviços a terceiros, dessa especialidade. Não ficou provado que ela mantenha serviços de medicina veterinária aos animais de seus associados, ou mesmo se destine a prestar tal serviço.

Aplicado o critério da lei, resulta claro a inexistência de qualquer vinculação da ré ao Conselho de Medicina Veterinária.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 75.350-SP — Rel.: Min. Carlos Madeira. Apte.: Conselho Regional de Medicina Veterinária em São Paulo. Apda.: Sociedade Hípica de Ribeirão Preto.

Decisão: a Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 2-3-82 — 3ª Turma).

Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Torreão Braz e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 75.732 — BA

Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira

Apelante: Carlos Lopes Bittencourt

Apelado: IAPAS

EMENTA

Militar da reserva remunerada. Acumulação de proventos com os de atividades civil de natureza técnica. Forma Permitida. Opção por Novo Regime de Pessoal. Atos Relativos ao Pessoal Autárquico.

I — Os servidores autárquicos não são funcionários da União Federal, a respeito dos quais o Presidente da República exerce diretamente os poderes previstos no art. 81, VIII da Constituição. As autarquias são pessoas de direito público e têm livre exercício de poderes legais sobre seu pessoal.

Para a prática de atos atinentes à situação de seu pessoal, competente é o Secretário do Pessoal da autarquia ou os órgãos em que se descentralizam suas atribuições.

II — A opção por um dos regimes jurídicos de pessoal é permitida pelo art. 4º da Lei 6.185, de 1974, aos funcionários estatutários que queiram se transferir para o regime da legislação trabalhista. Sendo manifestação de vontade, não há cuidar de coação da Administração, mormente em relação a funcionário de nível superior, com discernimento bastante para decidir sobre seus interesses.

III — O art. 93 § 9º da Constituição (Emenda de 1969) admite a acumulação de proventos de reforma com os de contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados. Entende-se que esse contrato pode ser para atividades eventuais ou para funções técnicas de natureza permanente, em emprego regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 12 de março de 1982 (data do julgamento) — Ministro Carlos Madeira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Médico, servidor estável do INPS, sob o regime estatutário, e militar inativo, assinou contrato de trabalho regido pela CLT, em virtude de determinação da Secretaria de

Pessoal da Autarquia, firmando para tanto declaração de concordância com a mudança do regime jurídico de sua vinculação funcional.

Posteriormente atentou para o fato de que o Regulamento de Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 1979, proíbe a acumulação de aposentadorias previdenciárias, o que o prejudica, pois já percebe aposentadoria como profissional autônomo.

Inconformado, propôs ação de nulidade do ato administrativo de seu desligamento do Quadro Permanente da Autarquia, por incompetência da autoridade que o praticou e por ser a sua opção pelo regime celetista uma manifestação eivada de nulidade, em face da coação contida na Circular nº 1.074, de 1977, da Secretaria de Pessoal do INPS, consubstanciada na ameaça de exoneração ex officio aos servidores que não aceitassem a mudança de regime jurídico.

Inexistente lei que regule os casos em que é permitido o direito de opção, a que por ele foi manifestada é inválida.

Ilustrando os motivos do pedido com copiosas lições doutrinárias, o autor pediu a declaração de nulidade do ato de sua demissão do cargo de médico.

Contestou a Autarquia, explicitando que o autor, ao ser equiparado aos funcionários efetivos, passou a acumular o cargo de médico do antigo IAPI com o de Coronel-Médico da Reserva Remunerada da Polícia Militar do Estado da Bahia. Ante a inconstitucionalidade da situação, foi oferecida a opção pelo regime trabalhista, para melhor atender aos seus interesses. Se vício de coação houvesse, o ato seria apenas anulável, podendo ser ratificado. E o autor já o ratificou com o exercício do emprego CLT mais de três anos.

Alegou ainda a autarquia que o ato de alteração do regime jurídico foi praticado por autoridade competente.

Replicou o autor e a Juíza Federal Eliana Calmon Alves da Cunha, por sentença, julgou improcedente a ação, não só por não vislumbrar o vício de manifestação de vontade do autor, que optou com pleno discernimento da situação em que se encontrava, mas também por não se configurar a incompetência da autoridade para a prática do ato administrativo, em face da situação emergencial criada com a proibição da acumulação.

Remata a Magistrada por salientar que, ainda que invalidado o ato, o autor ficaria impossibilitado de voltar à situação anterior, por força da vedação constitucional.

Apelou o autor.

Contra-arrazoou a autarquia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira (Relator): Como servidor autárquico estatutário, a nomeação ou a demissão do autor não é da competência do Presidente da República, mas do Presidente da autarquia. Os servidores autárquicos não são funcionários da União Federal, a respeito dos quais o Presidente da República exerce diretamente os poderes previstos no art. 81, VIII da Constituição. As autarquias são pessoas de direito público e têm livre exercício de poderes legais sobre seu pessoal.

Para a prática do ato de transformação do cargo estatutário do autor em emprego da tabela permanente da autarquia, é competente o Secretário de Pessoal, que a descentralizou aos órgãos das unidades, na época da organização do INAMPS. Tais são as disposições do Regime Interno do antigo INPS, de 1973, e da Circular nº 1.075, de 1977.

Quanto à autorização legal para a opção por um dos regimes jurídicos de pessoal, o art. 4º da Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, que dispõe sobre os servidores públicos civis da Administração Federal Direta e Autárquica, prevê a medida, em relação aos funcionários estatutários que se transfiram para o regime da legislação trabalhista.

Formalmente, portanto, o ato de transformação do cargo estatutário do autor em emprego celetista — que é ato administrativo necessitado da coadjuvação do destinatário, segundo a classificação de Forsthoff — está perfeito: foi manifestada a opção permitida em lei, e o ato foi praticado por autoridade competente, no âmbito da autarquia.

Não é de acolher-se a alegação de coação como vício da manifestação de opção, pois a alternativa oferecida ao autor visava a preservar sua vinculação à autarquia, em face da

impossibilidade de continuação da acumulação de um cargo estatutário como os proventos de militar reformado. Nem é de admitir-se que um médico não tivesse maturidade e discernimento bastantes para compreender a situação ilegal que se procurava adequar às exigências decorrentes de norma constitucional.

Quanto ao fundamento da medida, cabe lembrar a ementa do acórdão prolatado no RE nº 75.149, Relator o Ministro Thompson Flores (RTJ 70/428):

«Militar inativo. Acumulação de proventos. Permissão, apenas, com o advento da Constituição de 1969 (Emenda nº 1, art. 93 § 9º), a qual alterou o sistema até então vigente.»

Com efeito, nem a Constituição de 1946, nem a de 1967, continham a regra do art. 93 § 9º. A Carta de 1967, previa, no § 3º do art. 97, a permissão de acumular proventos de aposentadoria de funcionários civis, com os do exercício de mandato eletivo de cargo em comissão ou pela prestação de serviços técnicos ou especializados. A Emenda nº 1, de 1969, estendeu aos militares da reserva ou reformados, a mesma permissão, incluindo nela o exercício da função de magistério.

Desse modo, a acumulação dos proventos da reforma com os de atividade civil só é possível, no caso concreto, sob a forma de prestação de serviço técnico ou especializado. E a Consultoria Jurídica do DASP, em parecer datado de 1977, aduz que na expressão «contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados» constante de ambos os dispositivos Constitucionais (art. 93 § 9º, e 99 § 4º), há de se entender que se cogita de emprego trabalhista, pela referência a contrato, o que é incompatível com a relação jurídica esta-

tutária, que não assume a forma contratual, como é pacificamente aceito na *communis opinio* e sobre a duração do contrato, concluiu o parecer: «tanto os militares da reserva ou reformados como os servidores civis aposentados, podem ser titulares de tais contratos, quer sejam para atividades eventuais, quer sejam para funções de natureza permanente, mediante contratação por prazo determinado, ou sem termo prefixado de duração» (RDA-128/593).

Cabe ainda dizer que a norma do art. 93 § 9º da Constituição é aplicável aos integrantes das Polícias Militares, por força do que dispõe o art. 25 alínea b do Decreto-Lei nº 677, de 1969, *in verbis*:

«Art. 25 — Aplicam-se ao pessoal das Polícias Militares:

b) as disposições constitucionais relativas às garantias, vantagens, prerrogativas e deveres bem como todas as restrições ali expressas, ressalvado o exercício de cargo de interesse policial, assim definidos na legislação própria.»

A providência adotada pela autarquia, de ensejar a opção pelo regime trabalhista aos seus servidores estatutários que acumulavam proventos indevidamente, visou a obviar a situação funcional deles em face da norma constitucional.

Nego provimento à apelação.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 75.732-BA — Relator: O Sr. Ministro Carlos Madeira. Apte.: Carlos Lopes Bittencourt. Apdo.: IAPAS.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (Em 12-3-82 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Torreão Braz e Ademar Raymundo votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 76.671 — SP

Relator: O Sr. Ministro Américo Luz
 Apelante: Yoshida Kogyo Kabushiki Kaisha
 Apelada: Metalúrgica Brasileira Ultra S/A

EMENTA

Propriedade Industrial.

Ação de Nulidade de Registro de Marca. Preliminares de Prescrição e Litispendência.

Se, na altura de ser prolatado o despacho saneador, o Juiz decide pela prescrição, com base no parágrafo único do art. 98 da Lei nº 5.772/71, profere sentença terminativa, apelável, portanto (arts. 162, § 1º e 513 do CPC).

Hipótese em que não ocorreu prescrição, a teor da Súmula nº 78 do TFR, nem tão pouco há que falar-se em litispendência, pois a ação anterior, que poderia acarretá-la, foi decidida em definitivo, com trânsito em julgado, no sentido de ser inepta a respectiva peça vestibular.

Sentença que se anula, para que outra venha a ser proferida, após o saneamento do processo e sua tramitação regular.

Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação para decretar a nulidade da sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1982 (data do julgamento) — Min. José Fernandes Dantas, Presidente — Min. Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Américo Luz: O MM. Juiz Federal Luiz Rondon Tei-

xeira de Magalhães, na sentença de fls. 791/800, relatou a espécie, nestes termos (fls. 791/799):

«Yoshida Kogyo Kabushiki Kaisha, propôs a presente ação ordinária de nulidade de registro de marca cumulada com indenizatória por perdas e danos contra Metalúrgica Brasileira Ultra S/A, alegando que a presente ação tem por objeto a violação, por parte da ré, da marca e nome comercial da autora, por força da usurpação de tais elementos mundialmente conhecidos, dado que a autora é a maior e a mais conhecida fábrica de ziperes, ou fechos corrediços, do mundo.

Por outro lado, acrescenta que seus produtos, complementos da indústria do vestuário e de calçados, distinguidos pela marca «YKK», são comercializados prati-

camente em todos os países do globo, sendo certo que a requerente possui fábricas em dezenas de países, comercializando seus produtos em mais de uma centena deles, através ou de exportação, ou de fabricação, sempre por meio de uma rede de representantes ou de suas subsidiárias diretas.»

«A autora depositou perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial pedido de sua marca «YKK» a 29-12-67 e sob o nº 837.584, tendo seu pedido, por erro de tradução da expressão *slide fasteners*, sido depositado na antiga classe 8; que compreendia «slides» fotográficos, motivo por que a autora peticionou ao INPI requerendo a retificação de classe do pedido que visava proteger «fechos corrediços» e não «slides» fotográficos, do que decorreu a modificação da antiga classificação para a atual classe 26, correspondente à antiga classe 12. Seu pedido foi afinal deferido, de forma a que seus artigos ficassem assinalados na classe 26, tendo a respectiva decisão sido publicada na Revista da Propriedade Industrial nº 213 de 19-11-74.

Por força disto, a ré reclamou contra a reclassificação e isto porque, no interregno entre a primeira classificação e a reclassificação, havia a ré sorrateiramente depositado idêntico pedido em 16-5-69 e sob o nº 884.377, objetivando na ocasião o registro da marca «YKK», para distinguir exatamente fechos corrediços. Este pedido da ré foi deferido pelo INPI, do que resultou o registro nº 1231/0609.550 e por meio do qual a ré se apropriou da marca da autora. Tal registro obtido pela ré serviu-lhe de instrumento para praticar concorrência desleal e uma série de outros abusos, tudo atentando contra os direitos da au-

tora ao uso pacífico de sua marca notória, de resto protegida pelo art. 1.º da Convenção de Paris e à qual o Brasil aderiu por força do Decreto nº 19.056 de 31-12-1929, contando a autora com o direito à proteção de sua marca, ex vi do art. 6 bis da Convenção da União de Paris.»

«Em face de tais alegações, a autora propôs esta ação, a fim de que, julgada procedente, seja decretada a nulidade do registro nº 1231/0609.550, de 10-6-75, da marca «YKK» da classe 26, obtido pela ré junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, condenada a ré a pagar à autora indenização resultante dos prejuízos a esta causados pelos atos de concorrência desleal e da confusão criada pela ré em relação aos produtos da requerente e conseqüentes ao desvio da clientela tradicional da autora, indenização esta que deverá alcançar todos os demais ônus, prejuízos e despesas a que foi obrigada a autora na defesa de seus legítimos direitos e interesses, com o acréscimo das custas e dos honorários de advogado.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial oficiou neste processo às fls. 657/659, para dizer que, em casos como este, o interesse do INPI cinge-se ao acompanhamento do feito como assistente de uma das partes, mas esclarecendo haver identidade de partes, causa de pedir e do pedido entre esta ação e a ação ordinária nº 20/78, esta também em andamento nesta Vara, do que resulta a ocorrência de litispendência entre as duas ações na forma do art. 301 nº V, § 3º do CPC, pedindo o apensamento de ambos os processos para julgamento conjunto, acentuando o INPI também que, na ação nº 20/78, esclareceu corretamente a trami-

tação do processo administrativo da autora tanto quanto o da ré.

Por sua vez, continua o INPI, confrontados os dois processos, indiscutível que a autora errou ao depositar o seu pedido de marca em 29-12-67 para molduras para «slides» fotográficos de metal, cartolinas de plásticos, por equívoco de tradução.

Além disto, segundo o INPI, a autora demorou-se no requerer a retificação, o que só fez passados quase dois anos da data do depósito, do que decorreu o depósito da mesma marca por parte da ré e, como a retificação da marca da autora fora irregular, o pedido de marca da ré foi deferido por falta de anterioridade, acentuando o INPI, fl. 658, que o pedido de marca da ré teve tramitação regular e foi legalmente deferido já que não havia nenhuma anterioridade impeditiva, do que decorre a legalidade do registro que a autora pretende anular, sendo que, ao INPI não escapou o fato de ser invulgar a marca requerida pela autora e que seria difícil que a ré ideasse sua marca sem se inspirar na marca da autora, mormente quando os artigos fabricados são idênticos.

Entende o INPI, fl. 659, que, nos termos em que a ação foi colocada, está ele no dever de requerer a sua improcedência.

A ré, citada, trouxe para os autos a contestação de fls. 680/709, para alegar a preliminar de litispendência, a de prescrição e a de irregularidade de representação da autora.

No concernente à preliminar de litispendência, ocorre que a autora está promovendo uma ação ordinária de registro de marca contra a mesma ré, ora contestante, cujo objeto é exatamente o mesmo da presente ação que tramita por esta Vara sob nº 20/78 e que se encon-

tra atualmente no aguardo de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Pertinentemente à preliminar de prescrição, acentua a ré que o registro da marca «YKK» foi-lhe concedido em 10 de junho de 1975 e que esta data, conforme disposto no parágrafo único do art. 98 da Lei nº 5.772/71, Código de Propriedade Industrial, constitui o termo inicial para contagem do prazo de prescrição e de anulação de registro, que é de 5 anos. Disso decorre, segundo a ré, que a prescrição do direito de reclamar ocorreu em 9-6-1980, com extinção da relação jurídica material que a autora pretende discutir através desta ação, tanto mais porque, muito embora a ação tenha sido distribuída no último dia do prazo, não houve a interrupção da prescrição, pois o despacho ordenatório da citação somente foi proferido no dia 27 de junho, data em que a prescrição havia se consumado.

Relata também que, mesmo estando sob o risco de prescrição iminente, a autora sequer se preocupou em obter o despacho ordenatório da citação e interruptivo da prescrição e mesmo ainda de promover a citação nos dez dias subsequentes e aptos para assegurar a interrupção da prescrição nem mesmo requerendo a prorrogação do prazo como facultado pelo § 3º do art. 219 do Código de Processo Civil.

A desídia da autora, segundo a ré, se comprovou mais uma vez nos autos da precatória de citação do INPI, que fora cumprida, mas que ficou aguardando, para sua devolução, o recolhimento das custas devidas.»

.....
«Quanto ao mérito, diz a contestante que o art. 6 bis da Convenção da União de Paris nada tem a ver com a proteção à marca notória,

que, no Brasil, é assegurada pelo art. 67 do Código de Propriedade Industrial e que, nessa conformidade, defeso era à autora invocar a proteção de dispositivos legais estrangeiros quando teria no Brasil proteção da lei nacional, ressaltando que a proteção de sua marca no Brasil pela autora não atende a dispositivos elementares da citada Convenção, que fixa o prazo de prioridade para registro de marcas oriundas do interior em seis meses a partir do depósito e, como não existe nos autos prova em tal sentido, isto é, de que a marca pretendida pela autora tenha sido requerida com base na prioridade prevista na Convenção da União em Paris, não pode ela pedir nem a proteção estrangeira e nem a brasileira.

Por seu turno, ainda segundo a contestante, pretende a autora que o seu nome esteja protegido em todos os países da União em virtude do art. 8 da Convenção da União de Paris.

Tal entendimento não ocorre neste caso, pois que, segundo se depreende da leitura da peça vestibular, a sociedade japonesa pretende a nulidade do registro da marca «YKK», concedido a favor da sociedade brasileira quando a mencionada expressão «YKK» não está contida no nome comercial da autora e também não está contida no nome comercial da ré, sendo os direitos invocados em torno do nome comercial destituído de qualquer fundamento.

Prossegue também a ré para dizer que o registro da marca «YKK» em seu nome foi perfeitamente legal e que, para tentar a anulação do registro, a autora joga com os textos legais da forma que melhor lhe convenha, mas que no caso a lei pertinente é sem dúvida a lei brasileira, uma vez que a sociedade autora não apresentou ele-

mentos de convencimentos para obter a proteção da Convenção da União de Paris.»

«De conseguinte, a contestante pediu a improcedência da ação, bem como a condenação da requerente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado.»

Afinal, S. Exa. assim decidiu:

«...acolho a preliminar de prescrição alegada pela ré, destarte ficando decretada a carência da ação.

Condeno a autora nas custas e nos honorários de advogado, desde logo arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Acolho também a preliminar de litispendência ressaltada à fl. 681, pois que, realmente, a ação nº 20/78, atual nº 6.521 desta Vara, persegue também a anulação do registro nº 1231/0609.550 de 10-6-75, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, anulação também objetivada pela autora nesta ação, do que decorre que a referida ação nº 20/78 desta Vara é desde logo julgada prejudicada em face da decretação da prescrição desta ação nº 2.252.040.

Por sua vez, a preliminar de irregularidade de representação da autora, levantada à fl. 685, tanto quanto a de falta de caução, fl. 686, ficam também julgadas prejudicadas em face da decisão exarada neste despacho saneador, acolhedor da preliminar de prescrição alçada pela contestante.»

As fls. 804/805 e 807/811, ré e autora, respectivamente, opuseram embargos de declaração, sendo ambos acolhidos para declarar que os honorários foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Apelou a autora, com as razões de fls. 816/837, para que seja decretada a nulidade da decisão recorrida e re-

jeitadas as preliminares de prescrição e litispendência.

Contra-razões às fls. 857/868.

Subidos os autos, não se pronunciou a douta Subprocuradoria-Geral da República.

Dispensada a revisão, é o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Américo Luz (Relator): Embora o ilustre Magistrado a quo haja denominado a decisão recorrida de «despacho saneador» (fl. 800), na realidade trata-se de sentença terminativa, tanto que pôs fim ao processo com julgamento da preliminar de prescrição, que é preliminar de mérito. Cabível, assim, o recurso de apelação, a teor dos artigos 162, § 1º e 513, do Código de Processo Civil.

Vê-se que tal decisão acolheu, sem o respaldo das normas legais pertinentes, a aludida prejudicial e, mais, a de litispendência, esta última fundada numa ação ordinária de nulidade da mesma marca objeto do presente feito, porém definitivamente julgada, por inépcia da peça vestibular.

Para tornar clara a incongruência do decisório de primeiro grau, além da conclusão da sentença, que transcrevi no relatório, ponho em relevo, aqui, a decisão proferida nos embargos de declaração opostos pela ora apelante (fl. 815):

«Nos embargos de declaração de fl. 807, a embargante acentua ter havido incongruência entre o arbitramento dos honorários de 10%, constante da decisão propriamente dita, e de 20%, constante da ementa. No mesmo sentido, foram opostos embargos de declaração pela ré, que foram recebidos, a fim de que ficasse declarado que a condenação fora de 10% de honorários sobre o valor da causa.

Por sua vez, esta mesma embargante acentuou que a ré levantou as preliminares de litispendência, prescrição, irregularidade de apresentação e falta de caução, entendendo que, sem explicação plausível, este Juízo invertera a ordem de sua apresentação, fixando-se apenas na segunda e declarando prejudicadas as demais, destarte pedindo a embargante que, recebidos os seus embargos, seja o despacho saneador completado e expungido de suas contradições.

Nada há de declarar em verdade, nem a expungir. O r. despacho saneador foi claro: acolheu a preliminar de prescrição, acolheu também a preliminar de litispendência, tendo repellido a preliminar de irregularidade de representação da autora, tanto quanto a da falta de caução.

Assim, ficam acolhidos apenas os embargos no tocante à fixação dos honorários que são de 10% como consta da decisão e não de 20% como consta da ementa.»

A contradição apontada pela recorrente é flagrante, pois o MM. Juiz, ao mesmo tempo em que acolhe as preliminares de prescrição e litispendência, a primeira excludente da segunda, acaba por considerar esta última prejudicada, como prejudicadas julgou a de irregularidade de representação da autora e a de falta de caução.

Diante das razões recursais, não vejo como possa prosperar o julgamento de primeiro grau, porquanto nem ocorreu a prefalada prescrição, nem a mencionada litispendência, data venia, conforme passo a demonstrar.

No que concerne à prescrição, o próprio sentenciante reconhece que o prazo de 5 (cinco) anos estabelecido no parágrafo único do artigo 98 da Lei nº 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial) se completaria em 9-6-

1980 e que, nessa mesma data, a ação foi distribuída. Todavia, S. Exa., considerando que o despacho inicial somente veio a ser proferido no dia 27 seguinte, aplicou o disposto no artigo 219, parágrafo 1º, do estatuto processual, e deu por consumado o lapso (ut fl. 799). Ora, mesmo que se afastasse a incidência do artigo 6º da Convenção de Paris, segundo o qual «não será fixado prazo para se reclamar a anulação das marcas registradas de má-fé...» e a autora alegou má-fé no procedimento da ré (petição inicial fls. 02/8), a interpretação sentencial esbarra na jurisprudência dominante do Pretório Excelso e desta Corte, consubstanciada na Súmula nº 78 — TFR, com este enunciado:

«Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição.»

Em litispendência também não há falar-se. Os autos contêm elementos que evidenciam o trânsito em julgado da decisão proferida na ação anterior (fls. 743/749), em face do Agravo de Instrumento nº 40.250, de que foi relator o eminente Ministro

Torreão Braz, agravante a ora apelada, antiga 2ª Turma, Sessão de 30-5-79 (ut documentos de fls. 841/856), sendo que o Colendo Supremo Tribunal Federal rejeitou relevância suscitada pela apelante.

Por todas estas considerações, anulo a decisão recorrida e, em consequência, dou provimento à apelação para determinar que seja saneado o processo, dando-se-lhe regular prosseguimento, até a prolação de nova sentença de mérito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC 76.671-SP. Rel.: Sr. Min. Américo Luz. Apte.: Yoshida Kogyo Kabushiki Kaisha. Apda.: Metalúrgica Brasileira Ultra S/A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para decretar a nulidade da sentença, em ordem a que se prossiga na ação, sem as prejudiciais consideradas no voto do Relator. (Em 21-6-82 — 6ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. José Dantas e Wilson Gonçalves. Presidiu a sessão o Sr. Min. José Fernandes Dantas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 76.804 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelantes: Antônio Chaves e outros e INPS

Apelados: Os mesmos

EMENTA

Previdência Social. Aposentadoria Especial. Trabalho Prejudicial à Saúde.

Comprovado, através de perícia, que os postulantes trabalharam, há vários anos, em condições desfavoráveis e prejudiciais à sua saúde, em razão de agentes físicos, químicos e orgânicos, merecem a aposentadoria especial, a partir da data de sua recusa na esfera administrativa (art. 38, da CLPS, c/c o

Decreto nº 72.771/73, Quadro I, Códigos 1.1.5; 1.1.1 e 1.2.10 e Decreto nº 73.831/64, art. 2º).

Sentença parcialmente reformada.

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 do INPS, enquanto dava provimento ao recurso dos autores para, reformando parcialmente a sentença, determinar, como termo inicial do pagamento do benefício, à data da decisão denegatória na esfera administrativa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 8 de outubro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: O MM. Juiz de Direito da Comarca de Santos expôs a controvérsia nos seguintes termos:

«Antônio Chaves, Carlos Rodolfo Fontes e Ramon Santolaya, todos qualificados nos autos, acionam o INPS para que lhes seja concedida aposentadoria especial por 25 anos de serviço em condições penosas, insalubres e perigosas.

Alegações: Antônio Chaves foi auxillar administrativo, ajudante de operador, operador e operador de transferência e estocagem; Carlos Rodolfo Fontes desenvolveu, em épocas diferentes, os mesmos trabalhos; Ramon Santolaya Palomar foi encanador, ajudante de operador, operador de transferência e estocagem, operador subche-

fe de transferência e estocagem, operador de transferência e estocagem II e, finalmente, a mesma função a nível III. Todos prestando serviços para a PETROBRAS. Entendem que, pelas condições agressivas do trabalho, fazem jus à aposentadoria requerida.

Resposta: A pretensão é injusta por não se enquadrar no disposto no art. 71 e seguintes do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 72.771/73. As atividades dos autores foram excluídas do quadro. O pedido não procede, pois impugna as demais verbas requeridas.

Ocorrências: Foi realizada prova pericial (fls. 101/115) com críticas do assistente técnico do autor (fls. 125/7) e do assistente-técnico do réu (fls. 164/173). Em audiência, sem acordo, as partes debateram».

Sentenciando, julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento da aposentadoria especial, a partir da citação, acrescido de juros moratórios, também da citação, custas processuais, salário dos peritos, fixando-se o do judicial em três valores-referência, e os dos assistentes-técnicos em 2/3 da importância correspondente ao oficial.

Pagará, ainda, honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre as prestações em atraso até a data da sentença e de um ano sobre as prestações vincendas.

As prestações em atraso serão atualizadas na conformidade da Súmula nº 71, do TFR.

Inconformadas, apelaram ambas as partes, com as razões de fls. 185/186, 189/190: os autores, pleiteando as aposentadorias desde as respectivas formulações administrati-

vas, e a autarquia, sustentando a ausência de condições agressivas das funções dos autores e não catalogação das mesmas, como merecedoras por seus exercentes dos benefícios da aposentadoria especial.

Contra-razões às fls. 193/195.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Houve apelação simultânea por parte dos autores e da autarquia.

O MM. Juiz julgou procedente a ação, sob os seguintes fundamentos, verbis:

«Todos os expertos assinalaram o grau intenso de agressividade do trabalho desenvolvido pelos autores. Tanto mais que os mesmos recebiam (e o fato foi atestado pelo assistente-técnico da própria autarquia-ré) adicional de periculosidade de 30% (vide fls. 172/3).

De efeito.

Segundo descrito pelo perito judicial e não negado por nenhum outro «expert», os autores trabalham em local nocivo, perigoso e insalubre, tanto mais que são obrigados a se submeter a exame médico a cada 6 meses. Expõem-se à inalação de gase e vapores, ruídos de até 100 db., produtos inflamáveis, etc. Enfim, o quadro fático está a demonstrar, de sobejo, que a atividade desenvolvida pelos autores é, a um só tempo, perigosa (lida com combustíveis), insalubre (presença de gase e substâncias químicas nocivas) e penosa (suporta ruídos que chegam a ultrapassar 100 db.).

Frente a tal quadro fático, longe está de prosperar a alegação de que tal atividade não está contemplada em lei.

Ora, o fim da lei é eminentemente social e protetivo. E se ela não contempla diretamente tais atividades, o julgador, intérprete da vontade da lei, deve valer-se da analogia para enquadramento da situação concreta no comando abstrato da lei» (fls. 181/2).

Esta Turma, através de voto proferido pelo ilustre Ministro William Patterson, na AC nº 66.388-SP, e acolhido, por unanimidade, já decidiu, verbis:

Ementa: Previdência Social. Aposentadoria Especial. Trabalho em locais de elevado índice de ruído.

Comprovado, em perícia judicial, que os autores exercem atividades em locais de elevado índice de ruído, acima de 90 db., por isso que operam com geradores de energia elétrica, que provocam a circunstância, a aposentadoria especial é uma exigência, na conformidade do que dispõe o art. 38, da CLPS, c/c o Decreto nº 72.771, de 1973 (posição 1.1.5).

Sentença confirmada» (30-9-80).

De fato, constata-se pelo laudo de fls. 101/15, subscrito pelo perito oficial, Dr. Pedro Tosta de Sá, a procedência das alegações da inicial. Põe-se em destaque a intensidade do ruído, apenas para o confronto com o julgado desta 2ª Turma. Diz o perito: «Variável em função da proximidade aos equipamentos: mesa do operador, porta fechada, 80 (ar condicionado desligado ou ligado, 82), porta aberta, 86 — pátio de bombas 100 db.». Antes, já havia o «expert» afirmado a possibilidade de dano à saúde dos autores.

Em face dessa prova, rigorosamente técnica, não será possível a reforma da r. sentença, quanto aos aspectos jurídicos em causa. Por isso que indefiro a pretensão do INPS. Merece, de sua parte, reforma a decisão recorrida quando delimita o di-

reito dos postulantes à data da citação. Ao contrário do que assinala a sentença, os documentos de fls. 47/49 mostram que a administração da autarquia recusou, formalmente, a pretensão dos segurados na área dos seus serviços internos.

Com esses fundamentos, acolho a apelação dos suplicantes para lhes deferir a aposentadoria especial a partir de 10-9-80, data da recusa, pela seção administrativa da autarquia, ficando reformada a sentença apenas nessa parte. No mais, ela prevalece. Nego provimento à apelação do INPS.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 76.804-SP. Rel.: Sr. Min. José Cândido. Aptes.: Antônio Chaves e outros e INPS. Apdos: Os mesmos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do INPS, enquanto dava provimento ao recurso dos autores para, reformando parcialmente a sentença, determinar, como termo inicial do pagamento do benefício, à data da decisão denegatória na esfera administrativa. (Em 8-10-82. 2ª Turma).

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

REMESSA EX OFFICIO Nº 77.121 — DF

Relator: O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini
 Parte-autora: Luiz Gaston Lambert Morales
 Parte-ré: União Federal
 Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara

EMENTA

Nacionalidade. Opção. Remessa Ex Officio. Lei nº 6.825/80 (art. 1º, § 3º).

Sentença homologatória de opção de nacionalidade não está sujeita ao duplo grau de jurisdição. Julga-se prejudicada a remessa, determinando-se a baixa dos autos à instância de origem para os devidos fins.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, não conhecer da apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de setembro de 1982 (data do julgamento). — Ministro Carlos Madeira, Presidente — Ministro Fláquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini: Trata-se de opção de nacionalidade formulada por Luiz Gaston Lambert Morales, homologada pelo douto Juiz Federal da 3ª Vara — Seção do Dis-

trito Federal, face ao preenchimento dos requisitos legais.

Sem recurso voluntário, os autos subiram a esta Superior Instância, sob o entendimento de que a decisão a quo estaria sujeita ao duplo grau de jurisdição.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido de ser negado seguimento à remessa, nos termos do § 3º, do art. 1º, da Lei nº 6.825/80.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fláquer Scartezzini: Tendo em vista tratar-se de processo de opção de nacionalidade, submetido ao reexame deste Egrégio Tribunal, apenas em virtude do duplo

grau de jurisdição, é aplicável o art. 1º, § 3º, da Lei nº 6.825/80.

Com estas considerações, não conheço da remessa, para determinar a baixa dos autos à instância de origem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 77.121-DF. Rel.: Min. Fláquer Scartezzini. Parte-autora: Luiz Gaston Lambert Morales. Parte-ré: União Federal. Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação (3ª Turma, em 14-9-82).

Os Srs. Mins. Carlos Madeira e Adhemar Raymundo votaram com o relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Madeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 78.788 — RJ

Relator: O Sr. Ministro José Cândido

Apelante: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

Apelada: Alfa de Souza Mello

EMENTA

Previdência Social. Pensão. Viúva. Ex-segurado vítima de torpedeamento de navio na 2ª Guerra Mundial. Reajustamento. Correção monetária.

Não comprovado que a postulante recebe vencimentos e vantagens a que tem direito, em face da promoção post mortem deferida por lei ao seu ex-marido, pela sua condição de tripulante de navio torpedeado na 2ª Guerra Mundial, merece ser confirmada a sentença que deferiu a pretensão deduzida na inicial.

Contudo, o reajustamento a ser procedido não deve levar em conta «os percentuais inerentes a atividades tais como insalubridade, periculosidade e horas extras».

Correção monetária, de ofício, a partir da Lei nº 6.899/81.

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 do IAPAS, para confirmar a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de outubro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente — Ministro José Cândido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Trata-se de ação ordinária movida por Alfa de Souza Mello contra o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, objetivando o reajuste de pensão, nos termos da Lei nº 1.756/52, para se igualar aos vencimentos e vantagens do posto, para o qual seu marido foi promovido *post mortem*, sendo que veio a falecer em consequência do torpedeamento do navio que tripulava como marítimo do Lloyd Brasileiro, mais diferenças vencidas.

Citado, o Instituto apresentou sua contestação às fls. 26/27, alegando que a pensão que vem sendo paga à autora é calculada na forma determinada em lei.

A MM. Juíza Federal da 2ª Vara, Dra. Célia Leite Salibe, sentenciando às fls. 60/62, julgou procedente a ação, condenando a autarquia a reajustar a pensão da autora, que passará a ter o valor integral dos vencimentos correspondentes ao posto que seu marido foi promovido *post mortem*, mais diferenças vencidas, excluído o percentual dos dependentes, a partir de 15-8-42, mais juros a partir da citação.

Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas, mais um ano das vencidas.

Inconformado, apelou o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, com as razões de fls. 65/66, sustentando que a autora teve reconhecido administrativamente seu pedido de revisão de pensão, sendo-lhe pago, conforme se verifica dos documentos de fls. 40/47, tudo o que lhe era devido.

Contra-razões às fls. 72/73.

É o relatório.

Ementa: Previdência Social. Pensão. Viúvas. Ex-segurados. Vítimas de torpedeamento de navios. 2ª Guerra Mundial. Benefício da Lei nº 1.756/52.

Não comprovado que as postulantes recebem vencimentos e vantagens a que têm direito, em face da promoção *post mortem*, deferida por lei aos seus ex-maridos, na qualidade de tripulantes de navios torpedeados na 2ª Guerra Mundial, merece confirmação a sentença que julgou procedente a ação quanto às viúvas Zina Epifania da Hora e Esmeralda Chaves de Araújo, com as explicitações da egrégia Turma.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator) — O caso dos autos é semelhante ao da Apelação Cível nº 56.522-RJ, julgado por esta Turma na última Sessão, em 15-10-82.

A suplicante Alfa de Souza Mello quer:

«O reajuste de pensão, para se igualar aos vencimentos e vantagens do posto, para o qual seu marido foi promovido *post mortem*, sendo que veio a morrer em consequência do torpedeamento do navio que tripulava, como marítimo do

Lloyd Brasileiro, mais diferenças vencidas.»

O INPS alega que vem pagando a pensão, na forma da legislação específica, embora junte documentos que não comprovam a sua alegação.

Em razão disso, prevalece a r. sentença, ao proclamar, verbis:

«A Lei nº 1.756, de 5 de dezembro de 1952, estendeu ao pessoal da Marinha Mercante as vantagens contidas na Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, que concedeu aos que participaram das operações de guerra o direito à reforma com vencimentos integrais do posto imediato.

Por outro lado, o Decreto nº 3.577, de 1º de setembro de 1941, previu a concessão de um benefício especial, em caso de morte presumida de seus segurados vitimados por agressão bélica, ou seja, pensão condicional, resultante da aplicação do coeficiente de 100%, ao invés de 70%.

A pensão condicional não pode mais prevalecer, posto que à fl. 8 se comprovou o óbito, mediante certidão.

A legislação mencionada ampara plenamente o pedido da autora, que também pelo disposto na Lei nº 4.297, de 23 de dezembro de 1973, possui direito a que o percentual de pensão do dependente seja revestido em seu benefício.

Plenamente comprovado o alegado na inicial, procede o pedido na sua totalidade.»

Inconformado, o INPS insiste nos argumentos da contestação, notadamente, em declarar que:

«A pretensão da autora ora recorrida não procede, eis que o valor da pensão que lhe vem sendo paga foi calculado, desde seu início, na forma determinada em lei e vem sofrendo modificações até a presente data, face às nor-

mas legais posteriores que regem a matéria.»

Na hipótese em julgamento, tem justa aplicação, pela sua semelhança, a advertência feita pelo Dr. Ney Magno Valadares, ao proferir sentença na ação ordinária, que nesta Corte foi autuada como Apelação Cível nº 56.522-RJ, verbis:

«Entretanto, não se induz dos termos ambíguos da contestação do réu se as autoras foram favorecidas com a promoção post mortem dos respectivos maridos. Aplicando-se à espécie a Lei nº 1.756, de 5 de dezembro de 1952, regulamentada pelo Decreto nº 36.911, de 15 de fevereiro de 1955, concluiu-se que a primeira e a terceira autoras têm direito a pensões equivalentes a 100% dos salários do posto imediatamente superior àquele que seus maridos ocupavam, quando morreram em decorrência do torpedeamento dos navios em que viajavam como tripulantes. O art. 6º do Decreto-Lei nº 3.577, de 1941, aplica-se tanto à aposentadoria como às pensões. Reconhecido o direito à promoção post mortem dos maridos da primeira e terceira autoras (Lei nº 1.756/52), estas fazem jus à pensão, a teor do art. 4º do Decreto nº 36.911, de 15 de fevereiro de 1955, como foi decidido na Apelação Cível nº 33.345-GB (documento de fl. 60). Salvo no que se refere à segunda autora, a contestação de fls. 82/83 reconhece a procedência do pedido inicial, procurando apenas demonstrar que a legislação invocada pelas autoras vem sendo aplicada corretamente. Entretanto os únicos elementos trazidos aos autos pelo réu (fls. 95/100) estão desatualizados, contendo informações incompletas, que não permitem verificar a procedência das alegações do réu. Dos fatos narrados na petição inicial e amplamente comprovados resulta o reconhe-

cimento do direito da primeira e terceira autoras, viúvas de maritimos, os quais faleceram em consequência de atos de agressão decorrentes da guerra, de perceber os benefícios especiais de que trata o Decreto-Lei nº 3.577/41, com as vantagens da Lei nº 1.756/52 e as revisões previstas no art. 8º do Decreto nº 36.911/55.»

Nos presentes autos, a documentação anexada pela autarquia não convenceu o julgador a quo, nem a mim, em razão da advertência de fl. 72, onde diz a apelada, que é, verbis:

«Incabível é o entendimento com relação a reajuste dos cálculos, confrontando documentos de fls. 10, 53/55 e 60, item 6º, verificar-se-á o contraditório e a disparidade dos benefícios percebidos pela autora.»

Em face dessas considerações, subsiste a sentença recorrida, devendo prevalecer a sua parte decisória.

Fica explicitado, entretanto, que para efeito do reajustamento a ser

procedido, não se deve levar em conta «os percentuais inerentes à atividade, tais como insalubridade, periculosidade, horas extras», tal como decidi na Apelação Cível nº 56.522-RJ.

De ofício, concedo a correção monetária a partir da Lei nº 6.899/81.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AC nº 78.788-RJ. Rel.: Min. José Cândido. Apelante: IAPAS. Apelada: Alfa de Souza Mello.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do IAPAS, para confirmar a sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Em 19-10-82 — 2ª Turma).

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

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.380 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Apelantes: Lourdes Cardoso Reich (Ré presa), Terorger Leckar Sarzedas (Réu preso), Marcos Gódfredo Pereira Belém (Réu preso) e Sumiko Chiyoda.

Apelada: Justiça Pública

EMENTA

Penal e Processual Penal. Falsificação de documentos para regularizar a permanência de estrangeiros no País. Vantagens ilícitas. Corrupção passiva. Estelionato. Crime de bando. Medida de segurança detentiva. Suspensão condicional da pena.

Recursos conhecidos. Deixa-se, porém, de considerar as razões do apelante Terorger Leckar Sarzedas, por terem sido apresentadas a destempo.

Uma das características do crime de bando ou quadrilha é que o número de participantes seja no mínimo de quatro (art. 288 do CP).

O acordo prévio, para a prática de delito, com a ajuda de funcionário público, não configura o delito

de exploração de prestígio (art. 332 do CP), mas, sim, o de corrupção passiva (art. 317 do CP).

In casu, o crime de corrupção ativa (art. 333 do CP), em relação à apelada Lourdes Cardoso Reich, ficou absorvido pelo de estelionato, que foi o crime fim.

Só é cabível medida de segurança detentiva no caso de reincidência pela prática de crime doloso.

A pena base deve ser fixada tendo em vista as determinações constantes do art. 42 do Código Penal.

Por isso, dá-se parcial provimento à apelação da ré Lourdes Cardoso Reich, para absolvê-la dos delitos previstos nos artigos 288, 332 e 333, do Código Penal, bem como para reduzir a pena que lhe foi imposta, pela prática do crime de estelionato (art. 171 do CP), a três anos de reclusão e, ainda, para reduzir a multa aplicada para 30 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida, todavia, a medida de segurança detentiva; dá-se parcial provimento à apelação do réu Marcos Godofredo Pereira Belém, para absolvê-lo dos crimes previstos nos artigos 288 e 332, do Código Penal, bem como para excluí-lo da medida de segurança detentiva, e, ainda, para reduzir a pena que lhe foi imposta, pela prática de estelionato, a um (01) ano de reclusão e a de multa para vinte dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, concedendo-se-lhe, porém, a suspensão condicional da pena por dois anos; dá-se parcial provimento à apelação do réu Terorger Leckar Sarzedas para absolvê-lo dos crimes previstos nos artigos 171 e 288, do Código Penal, e excluí-lo da medida de segurança detentiva imposta, e, para reduzir a pena, pela prática do delito de corrupção passiva, a um ano de reclusão e a multa para vinte (20) dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida a pena acessória de perda da função pública e a proibição de exercer função pública, pelo prazo de 10 anos, concedendo-se-lhe, porém, a suspensão condicional da pena, por dois anos; e, finalmente, dá-se provimento à apelação de Sumiko Chiyoda, para absolvê-la do delito pelo qual foi denunciada.

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, conhecer de

todos os recursos, deixando, porém, de considerar as razões do apelante Terorger Leckar Sarzedas, por terem sido apresentadas a destempo.

Ainda preliminarmente, por unanimidade, decide rejeitar as argüições de nulidade da sentença; no mé-

rito, por unanimidade, dar provimento parcial à apelação de Lourdes Cardoso Reich, para absolvê-la dos crimes previstos nos artigos 288, 332 e 333 do Código Penal, e, ainda, para reduzir a pena aplicada, pela prática de estelionato, a 3 anos de reclusão e a multa para 30 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida, porém, a medida de segurança detentiva aplicada pelo Dr. Juiz a quo.

Decide mais e por igual *quorum* dar provimento parcial à apelação do co-réu Marcos Godofredo Pereira Belém, para absolvê-lo dos crimes previstos nos artigos 288 e 332 do Código Penal, e, ainda, para excluí-lo da medida de segurança detentiva, e reduzir-lhe a pena imposta, pela prática de estelionato, a 1 ano de reclusão e a multa para 20 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa; considerando, porém, seus bons antecedentes e a sua primariedade, decide conceder-lhe a suspensão condicional da pena imposta, pelo prazo de dois anos, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Dr. Juiz de execução, ao ensejo da audiência admonitória.

Decide, ainda, a 1ª Turma, também por unanimidade, dar provimento parcial à apelação de Terorger Leckar Sarzedas, para absolvê-lo dos crimes previstos nos arts. 288 e 171, do Código Penal, bem como para excluí-lo da medida de segurança detentiva e para reduzir a pena imposta, pela prática do delito de corrupção passiva, a 1 ano de reclusão e a multa para 20 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida a pena acessória de perda da função pública e proibição de exercer função pública, por 10 anos. Considerando, porém, a sua primariedade, decide a Turma conceder a este acusado a suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 anos, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Dr. Juiz da execução, ao ensejo da audiência admonitória.

E, ainda, por unanimidade, decide dar provimento à apelação de Sumiko Chiyoda, para absolvê-la da pena pela qual foi denunciada e condenada.

Decide, finalmente, a Turma determinar que sejam expedidos mandados de soltura em favor dos apelantes Marcos Godofredo Pereira Belém e Terorger Leckar Sarzedas, desde que já tenham cumprido a pena ora imposta, de 1 ano de reclusão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: O processo foi concluso com relatório ao eminente Revisor, o Sr. Ministro Otto Rocha.

O apelante Terorger Leckar Sarzedas, em 14-4-82, requereu fossem juntadas ao feito as suas razões de recurso e os documentos de fls.

Recebi a petição, em 19-4-82, mandei juntá-la aos autos e ouvir a douta Subprocuradoria-Geral da República.

Esta, oficiando no feito, opina:

«No tocante ao apelante Terorger Leckar Sarzedas, as razões apresentadas vieram serodidamente aos autos, eis que escoado o prazo para tanto deferido pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator.

O recurso, embora desacompanhado de razões, deverá ser conhecido, pois nesse sentido é tranqüila a jurisprudência de nossos tribunais. Não deverá, todavia, ser provido, pois a sentença apelada, no que se refere ao apelante, deu acertado desate à controvérsia,

não existindo subsídios aptos a afirmar os fundamentos daquela sentença, cujo signatário se houve com inteiro acerto».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: As teses abordadas neste volumoso processo são deveras complexas.

Passo a examiná-las, a seguir.

Preliminarmente, conheço de todos os recursos. Deixo, porém, de considerar as razões do apelante Terroger Leckar Sarzedas, por terem sido apresentadas a destempo.

Aprecio, em primeiro lugar, a apelação da ré Lourdes Cardoso Reich, a qual foi condenada pelo MM. Dr. Juiz Federal à pena de 22 anos e 6 meses de reclusão e à multa de Cr\$ 20.000,00, como incurso nas sanções dos arts. 171, 332 e 288 do Código Penal. A propósito, pois, concluiu a respeitável sentença apelada:

«a) Lourdes Cardoso Reich, com personalidade de delinqüente fria e irrecuperável e de alta periculosidade, posto que agiu com dolo pronunciado e premeditado e que os motivos dos crimes praticados são reprováveis pelas próprias conseqüências que, aliás, foram de alta gravidade:

Fixo a pena base no médio da soma do mínimo com o máximo previsto no art. 171 do CP, ou seja, em três anos de reclusão, acrescida de mais um ano (§ 3º do art. 171/CP), exasperada de dois terços (art. 51, § 2º/CP), dois anos e oito meses de reclusão. Atendendo a que cometeu os crimes de exploração de prestígio e de corrupção ativa, imponho-lhe, em grau médio (art. 332/CP), três anos e quatro anos e seis meses (art. 333/CP), e mais o acréscimo previsto no art. 51, § 2º, em cinco anos de reclusão.

Pela prática do crime de organização de quadrilha ou bando, (art. 288 do CP), fixo-a em dois anos de reclusão, também exasperada de dois terços (art. 51, § 2º/CP), mais um ano e quatro meses de reclusão. Aplico-lhe, ainda, a pena de multa de vinte mil cruzeiros. Sendo a acusada perigosa por presunção legal (art. 78, IV, do Código Penal) imponho-lhe medida de segurança detentiva, consistente na sua internação, por dois anos, em colônia agrícola (arts. 88, § 1º, III, e 93 do Código Penal).

Considerando inexistir qualquer circunstância atenuante ou causa especial de diminuição de pena, imponho à ré a pena concreta e definitiva de vinte e dois anos e seis meses de reclusão e a multa de vinte mil cruzeiros».

A pena imposta, todavia, merece alguns reparos. Com efeito, a apelante Lourdes Cardoso Reich não nega sua participação nos fatos delituosos, mas se insurge contra a pena imposta, além de argüir a nulidade da respeitável sentença apelada, por inépcia da denúncia.

Preliminarmente, rejeito a argüição da nulidade da sentença. E o faço porque a peça inaugural descreve os fatos e suas circunstâncias de maneira clara, preenchendo, pois, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

De meritis

No que tange ao delito previsto no art. 288 do Código Penal, em cujas sanções a ora apelante Lourdes Cardoso Reich foi condenada, sem que tivesse constado da denúncia a capitação desse delito, cabe sua absolvição.

Aliás, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu brilhante parecer de fls., frisa:

«Uma das características do crime de bando ou quadrilha é que

número de participantes seja no mínimo quatro.

E, para sua caracterização, segundo Magalhães Noronha, exige-se dolo específico:

«Devem os agentes ter vontade livre e consciente de se associarem de modo estável ou permanente, com o desígnio de cometer crimes. Esse fim ou escopo constitui o dolo específico. O fim de lucro, conquanto seja a regra, não é indispensável» (in Direito Penal, vol. 4º, pág. 113).

Ora, se a acusada Sumiko Chiyoda não agiu dolosamente, como afirmou o julgador, parece-nos que o delito do art. 288 do Código Penal ficou descaracterizado, visto que a mencionada quadrilha seria formada por Lourdes, Marcos, Terorger e Sumiko, não tendo os demais acusados sido denunciados pelo referido delito.

Por outro lado, não há que se falar em bando continuado, por se tratar de crime único em que as pessoas se associam para o fim de cometer crimes».

O Código Penal, em seu artigo 288, assim conceitua o crime de bando:

«Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena — reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado».

A propósito, aliás, ensina Magalhães Noronha:

«Devem os agentes ter vontade livre e consciente de se associarem, de modo estável e permanente, com o desígnio de cometer crimes. Esse fim ou escopo constitui o dolo específico. O fim do lucro, conquanto seja a regra, não é in-

dispensável» (Direito Penal, volume IV, página 113).

Destarte, se a acusada Sumiko Chiyoda não agiu com dolo, como, aliás, reconheceu o MM. Dr. Juiz a quo, ficou descaracterizado o delito do art. 288 do Código Penal, pois a quadrilha então seria formada somente por três pessoas.

Por tais razões, absolvo a ora apelante, Lourdes Cardoso Reich, da pena prevista no art. 288 do Código de Processo Penal.

Ademais, a referida acusada deve ser absolvida do delito de exploração de prestígio, previsto no art. 332 do Código Penal. É que o acordo prévio para a prática de delito, com a ajuda de funcionários, não configura o delito de exploração de prestígio, mas, sim, o de corrupção.

Nesse sentido é o magistério de Nelson Hungria, ao asseverar:

«É bem de ver que se há real e prévio acordo com o funcionário, que se configura é corrupção passiva e ativa (participando desta, quando ciente do ajuste, o interessado no favor)» (in «Comentários ao Código Penal — vol. IX — pág. 429).

Por isso, absolvo a ré Lourdes Cardoso Reich do delito previsto no art. 332 do Código Penal.

Quanto ao crime de corrupção ativa, previsto no artigo 333 do Código Penal, estou em que ficou absorvido pelo de estelionato, que foi o crime fim.

Por isso, absolvo a acusada Lourdes Cardoso Reich da acusação relativa à prática do crime previsto no artigo 333 do Código Penal.

Resta, então, considerar a condenação da aludida ré nas penas do artigo 171 do Código Penal, bem como a multa imposta e, ainda, a aplicação da medida de segurança detentiva.

Quanto à pena de reclusão, pela prática do estelionato, cabe um reparo. É que o MM. Dr. Juiz Federal não levou em conta, para fixar a pena-base, as determinações constantes do artigo 42 do Código Penal, pois a fixou «no médio, resultante da soma do mínimo com o máximo previsto no art. 171 do Código Penal, ou seja, em três anos de reclusão, com acréscimo de mais um ano (art. 171, § 3º, do CP), exasperando de dois terços (art. 51, § 2º, do CP).

Ora, o citado artigo 42 preceitua:

«Art. 42. Compete ao Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade ou dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime:

I — determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II — fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável».

Na moderna técnica, não há falar-se «no médio da soma do mínimo com o máximo previsto».

Assim, cumpria ao Juiz, atendendo às circunstâncias previstas no **caput** do art. 42, determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente (art. 42, I). Depois disso, é que o Magistrado fixaria, dentre os limites legais, a quantidade da pena aplicável (artigos 42, II, 44, 45, 46, 47, 48 e 49 do Código Penal).

Mantenho, todavia, a pena-base em três anos de reclusão, atendendo à personalidade da ré, à intensidade do dolo e às circunstâncias do crime.

Não considero configuradas, porém, *in casu*, a agravante do § 3º do art. 171, bem como a do § 2º do art. 51 do Código Penal.

Configurada estaria, isto sim, a agravante do art. 45, I, do Código Penal.

Não a posso considerar, porém, dado que o Ministério Público não apelou da sentença.

Por tais motivos, torna definitiva a condenação da ré Lourdes Cardoso Reich em três anos de reclusão.

No que tange à multa, deve ela ser ajustada à vigente legislação penal.

Destarte, a pena de multa aplicada fica reduzida para 30 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa.

Mantenho a aplicação da medida de segurança detentiva contra a aludida ré, dado que ela possui antecedentes criminais.

Passo a examinar, em seguida, a apelação do co-réu Marcos Godofredo Pereira Belém.

Preliminarmente, rejeito a arguição de nulidade da r. sentença apelada. Com efeito, a desclassificação do delito do falso para o de estelionato, independente da providência prevista no art. 384 do CPP, não causou qualquer prejuízo à defesa, pois o fato delituoso pelo qual o aludido co-réu foi condenado está descrito na denúncia.

Ademais, a desclassificação só beneficia este réu, eis que a pena cominada pela prática de estelionato é menor do que a prevista pelos delitos dos artigos 297 e 299 do Código Penal.

De meritis

Incabível, outrossim, a medida de segurança que lhe foi aplicada, com base no art. 76, II, combinado com o art. 78, IV, do Código Penal, pois não há prova, nos autos, de que este réu seja reincidente pela prática de crime doloso.

Pelos mesmos motivos que me levaram a absolver Lourdes Cardoso Reich do crime de bando, previsto no artigo 288, do Código Penal, absolvo o ora apelante Marcos Godofredo Pereira Belém da acusação relativa a tal delito.

Resta, então, sua condenação pela prática de estelionato (art. 171, do CP).

Atendendo aos seus antecedentes, à sua personalidade, à intensidade do dolo, aos motivos e às circunstâncias do crime, fixo a pena-base em um (1) ano de reclusão.

Não considero configuradas, entretanto, as causas de aumento da pena, previstas no § 3º do art. 171 e no § 2º do artigo 51, do Código Penal.

Inexistindo circunstâncias agravantes e atenuantes a considerar, torno definitiva a pena de um ano de reclusão ao aludido réu, pela prática do crime de estelionato, previsto no aludido art. 171, do CP.

Reduzo, por outro lado, a pena de multa que lhe foi aplicada para a de vinte (20) dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa.

Considerando, porém, que o réu Marcos Godofredo Pereira Belém é primário e de bons antecedentes, suspendo a pena que lhe foi imposta, pelo prazo de dois (2) anos, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Dr. Juiz da execução, a quem também ficam delegadas atribuições para realizar a audiência admonitoria.

Quanto ao co-réu Terorger Leckar Sarzedas, funcionário público estadual, muito embora não considere as suas razões de apelação, por terem sido apresentadas a destempo, conheço da apelação pelo mesmo interposta.

A r. sentença apelada, ao condenar o co-réu Terorger Leckar Sarzedas, escreveu:

«Terorger Leckar Sarzedas, funcionário público estadual, considerado aplicáveis, também, à conduta e à personalidade, à intensidade do dolo e às circunstâncias e consequências dos crimes às mesmas considerações mencionadas para a

aplicação da pena aos dois primeiros denunciados:

Fixo a pena-base no médio da soma do mínimo com o máximo previsto, como já disse e porque assim o considero incurso, no art. 171 do CP, em três anos de reclusão, acrescida de mais um ano (§ 3º do art. 171), exasperada de dois terços (art. 51, § 2º, CP), dois anos e oito meses de reclusão. Atendendo a que cometeu o crime de corrupção passiva, imponho-lhe, em grau médio, a pena de quatro anos e seis meses de reclusão, majorada de dois terços (art. 317, c/c 51, § 2º do CP), três anos de reclusão. Pela prática do crime de organização de quadrilha ou bando, art. 288 do Código Penal, fixo em dois anos, que também adiciono a majorante de dois terços (art. 51, § 2º, do CP), ou seja, em um ano e quatro meses de reclusão. Sendo o acusado perigoso por presunção legal (art. 78, IV, do Código Penal) imponho-lhe medida de segurança detentiva, consistente na sua internação, por dois anos em colônia agrícola (arts. 88, § 1º, nº III, e 93 do Código Penal). Decreto, ainda, nos termos dos arts. 67, I, c/c 68, I e II, a perda da função pública, em face de os crimes cometidos terem sido com abuso de poder e violação de dever inerente à função pública. Imponho-lhe, todavia, a pena de interdição de direito consistente na incapacidade temporária para investidura em função pública, que fixo em dez anos, de conformidade com o disposto no art. 69, I, e parágrafo único, I, alínea a, todos do Código Penal.

Considerando inexistir qualquer circunstância atenuante ou causa especial de diminuição de pena, imponho ao réu a pena concreta e definitiva de dezessete anos e seis meses de reclusão e à multa de deztoito mil cruzeiros.»

Como já frisei, linhas atrás, os réus não praticaram o crime de bando, previsto no artigo 288, do Código Penal.

Por isso, dou parcial provimento à apelação de Terorger Leckar Sarzedas, para absolvê-lo do crime de bando.

Absolvo-o também do crime de estelionato. E o faço porque não ficou comprovado que este réu, que é datiloscopista do Instituto Félix Pacheco, tivesse recebido qualquer vantagem, ou causado prejuízo econômico ao aludido Instituto. Sua participação, pois, como descreve a denúncia, foi tão-somente como simples identificador.

Então, só praticou o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317, do Código Penal.

É réu primário e tem bons antecedentes.

Incabível, assim, a medida de segurança detentiva que lhe foi aplicada, pelo que dela o excluo.

Fixo, então, a pena-base de um ano de reclusão, pela prática do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, do Código Penal, que torno em definitiva, ante a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Reduzo, por outro lado, a pena de multa que lhe foi aplicada para a de 20 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa.

Fica mantida a pena acessória que lhe foi aplicada, de perda da função pública, bem como a proibição de ser investido em função pública, pelo prazo de 10 anos.

Atendendo a que o co-réu Terorger Leckar Sarzedas é primário, de bons antecedentes e homem afamiliado, suspendo a execução da pena que lhe foi imposta, por dois anos, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Dr. Juiz da execução, a quem ficam delegadas também

atribuições para realizar a audiência admonitória.

Dou provimento à apelação da acusada Sumiko Chiyoda, para absolvê-la da acusação. Trata-se de uma modesta empregada doméstica, a qual, como reconhece o MM. Dr. Juiz a quo, não agiu com dolo, não tendo, pois, restado comprovada a sua participação nos fatos delituosos.

Em suma, preliminarmente, conheço de todos os recursos. Deixo, porém, de considerar as razões apresentadas pelo apelante Terorger Leckar Sarzedas, por terem sido apresentadas a destempo. Ainda, preliminarmente, rejeito as arguições de nulidade da r. sentença apelada.

No mérito, dou parcial provimento à apelação de Lourdes Cardoso Reich, para absolvê-la dos crimes previstos nos artigos 288, 332 e 333, todos do Código Penal e, ainda, para reduzir a pena aplicada, pela prática de estelionato, a três (3) anos de reclusão e a multa, para trinta (30) dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa. Mantenho, porém, a medida de segurança detentiva que o MM. Dr. Juiz a quo aplicou à aludida ré.

Dou parcial provimento à apelação do co-réu Marcos Godofredo Pereira Belém, para absolvê-lo dos crimes previstos nos artigos 288 e 332, do Código Penal, bem como para excluí-lo da medida de segurança que lhe foi aplicada pelo Dr. Juiz a quo, e, ainda, para reduzir a pena de que lhe foi imposta, pela prática de estelionato, a um ano de reclusão e a de multa, para vinte (20) dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa.

Considerando, porém, os bons antecedentes e a primariedade do réu Marcos Godofredo Pereira Belém, concedo-lhe a suspensão condicional da execução da pena, pelo prazo de dois (2) anos, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Dr. Juiz da execução, a quem também ficam

delegadas atribuições para realizar a audiência admonitória.

Dou provimento parcial à apelação de Terorger Leckar Sarzedas, para absolvê-lo dos crimes previstos nos artigos 171 e 288 do Código Penal e excluí-lo da medida de segurança detentiva que lhe foi aplicada e, ainda, para reduzir a pena imposta, pela prática do delito de corrupção passiva, a um ano de reclusão e a multa imposta, para 20 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida, porém a pena acessória de perda da função pública e a proibição de exercer cargo público, pelo prazo de 10 anos.

Considerando, porém, a sua primariedade e à seus bons antecedentes, concedo ao réu Terorger Leckar Sarzedas a suspensão condicional da execução da pena, pelo prazo de dois (2) anos, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Dr. Juiz da execução, a quem também ficam delegadas atribuições para realizar a audiência admonitória.

Finalmente, dou provimento à apelação de Sumiko Chiyoda, para absolvê-la da pena que lhe foi imposta, pois não agiu com dolo, como, aliás, reconheceu o MM. Dr. Juiz a quo, não tendo ficado comprovada a sua participação nos fatos delituosos.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

Apelação Criminal nº 5.380-RJ (Reg. nº 3346846). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão. Apelantes: Lourdes Cardoso Reich (ré presa), Terorger Leckar Sarzedas (réu preso), Marcos Godofredo Pereira Belém (réu preso) e Sumiko Chiyoda. Apelada: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, conheceu de todos os recursos, deixando, porém, de considerar as razões do apelante Terorger Leckar Sarzedas, por terem sido apresentadas a destempo.

Preliminarmente, também por unanimidade, rejeitou as arguições de nulidade da sentença; no mérito, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação de Lourdes Cardoso Reich, para absolvê-la dos crimes previstos nos arts. 288, 332 e 333 do Código Penal, e ainda para reduzir a pena aplicada pela prática de estelionato a 3 anos de reclusão e multa de 30 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida, porém, a medida de segurança detentiva aplicada pelo Dr. Juiz, a quo.

Deu provimento parcial à apelação do co-réu Marcos Godofredo Pereira Belém, para absolvê-lo dos crimes previstos nos arts. 288 e 332 do Código Penal, e ainda para excluí-lo da medida de segurança detentiva, e reduzir-lhe a pena imposta pela prática de estelionato a 1 ano de reclusão e a 20 dias-multa à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, considerando, porém, seus bons antecedentes e a sua primariedade, concedeu-se-lhe a suspensão da pena de 2 anos, mediante as condições estabelecidas pelo Dr. Juiz de execução ao ensejo da audiência admonitória.

Deu provimento parcial à apelação de Terorger Leckar Sarzedas, para absolvê-lo dos crimes previstos nos artigos 288 e 171 do Código Penal, e ainda excluí-lo da medida de segurança detentiva e; finalmente, para reduzir a pena imposta pela prática do delito de corrupção passiva a 1 ano de reclusão e 20 dias-multa, à base de Cr\$ 50,00 o dia-multa, mantida a pena de perda da função pública.

Considerando, porém, a sua primariedade, decidiu-se conceder a este acusado a suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Dr. Juiz de execução, ao ensejo da audiência admonitória.

E finalmente, absolver a apelante Sumiko Chiyoda da acusação que lhe foi imputada.

Decidiu ainda a Turma, determinar que sejam expedidos mandados de soltura em favor dos apelantes Marcos Godofredo Pereira Belém e Terorger Leckar Sarzedas, desde que já tenham cumprido a pena ora imposta de 1 ano de reclusão (em 13-8-1982 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Otto Rocha e Pereira de Paiva votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 85.990 — PE

Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão

Requerentes: Severino Paulo Aguiar e sua mulher

Requerido: Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Tributário. Faqueiro adquirido no exterior e transportado como bagagem. Apreensão. Desembarço aduaneiro, mediante o pagamento dos respectivos tributos. Negativa. Pena de perdimento. Mas, o valor do faqueiro estava aquém do limite estabelecido no Decreto-Lei nº 1.455/76, art. 3º.

Por isso, concede-se a segurança, para que o aludido bem, que não revela destinação comercial, seja liberado, mediante o pagamento de todos os tributos devidos.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por maioria, deferir o mandado de segurança, para garantir aos impetrantes a liberação dos bens, mediante o pagamento de todos os tributos devidos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 14 de fevereiro de 1980 (data do julgamento) — Impedido definitivamente, face sua nomeação para Ministro do STF — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Lauro Leitão, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Severino Paulo Aguiar e sua mulher,

qualificados na inicial, impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Ministro de Estado da Fazenda, pelo qual decretou a pena de perdimento de mercadoria apreendida, sob o fundamento de infração do art. 23, inciso III, parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Alegaram, pois, os impetrantes, em resumo:

«Os impetrantes, encontrando-se no exercício dos seus direitos, e não trazendo o casal em sua bagagem, outros objetos, além do retido, isto é, o faqueiro, é lógico que o limite global de US\$ 900,00 (novecentos dólares), terá de ser dobrado, no interesse do casal, vez que o objeto trazido do exterior, um faqueiro, é indivisível, e o seu valor deve ser repartido entre os dois interessados, por serem casados em regime de comunhão de bens.

É de salientar que o faqueiro em questão foi comprado por FOR de US\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos dólares), conforme Nota Fiscal, em poder da Alfândega de Recife, e os impetrantes não chegaram a atingir o limite previsto em lei, na forma e inteligência do art. 3º, do Decreto-Lei nº 1.455/76 e a sua apreensão pelas autoridades aduaneiras, e agora com aplicação da pena de perdimento, não resta dúvida que é uma verdadeira coação, em detrimento ao direito líquido e certo dos impetrantes, que deve ser sanável através do presente *mandamus*, ex vi, o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.455/76.»

Requereram a concessão da segurança, para o fim de decretar-se a ilegalidade da pena de perdimento, com a conseqüente entrega do faqueiro de prata aos impetrantes, após o pagamento do imposto determinado nos arts. 6º e 24 do Decreto-Lei nº 37/66 e demais leis pertinentes à espécie, além da condenação da autoridade impetrada, nas custas do processo e demais cominações legais.

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade apontada como coatora, sustentando a legalidade de seu ato.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo deferimento da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lauro Leitão: Senhor Presidente: Os impetrantes, como se viu, ao desembarcarem no aeroporto de Recife, procedentes de Londres, portavam um faqueiro de prata, em uma sacola, e que estava devidamente documentado.

Todavia, as autoridades alfandegárias apreenderam o aludido faqueiro.

Várias diligências foram feitas no sentido de seu desembaraço, inclusi-

ve, um pedido por escrito, em que se propuseram pagar os tributos devidos.

As autoridades alfandegárias, porém, alegaram que não poderiam decidir sobre o pedido, enquanto não fosse lavrado o auto de infração. Pois bem. Este foi lavrado.

À vista disso, novamente os impetrantes pediram, por escrito, o desembaraço da mercadoria, mediante o pagamento dos tributos, eis que, no seu entender, o preço do faqueiro estava aquém do limite estabelecido no Decreto-Lei nº 1.455/76, que, em seu artigo 3º, dispõe:

«Serão desembaraçados, ainda com a qualificação de bagagem, porém mediante o pagamento de tributos, outros bens de passageiro procedente do exterior, os quais, pelas suas características e quantidade, não revelam destinação comercial, e até o limite global de US\$ 900,00 (novecentos dólares) ou o equivalente, sem prejuízo da isenção de que tratam os incisos I, II e III, e o § 3º do art. 1º»

Assim, o limite de 900 dólares deveria ser multiplicado por dois, por tratar-se de um casal e considerando-se, ainda, que o faqueiro é bem indivisível.

Não obstante, o Sr. Ministro da Fazenda indeferiu o pedido de liberação, com o que teve início o processo de perdimento de bens.

Estou em que a mercadoria, realmente, estava dentro do limite legal. A lei estabelece que é de novecentos dólares o limite de mercadoria acompanhada como bagagem e não destinada a comércio.

Como se tratava de um casal (2 pessoas), esse limite seria de um mil e oitocentos dólares, tendo sido comprovado, mediante nota fiscal, que o faqueiro custara um mil e seiscentos dólares.

Assim, concedo a segurança, para que a mercadoria seja liberada, me-

diante o pagamento dos tributos devidos.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Carlos Madeira: A hipótese, tal como se depreende da documentação anexada à inicial, é a seguinte:

Os impetrantes trouxeram do exterior um faqueiro de prata que foi retido pela Fiscalização Alfandegária. O Termo de Retenção, então lavrado, assinou-lhes o prazo de 45 dias para o desembaraço do bem. Expirado esse prazo, sem iniciativa dos impetrantes, a autoridade fiscal lavrou o auto de infração, expedida a intimação para a apresentação de defesa no prazo de vinte dias. O processo culminou com a decretação da pena de perdimento do bem com base no art. 23, III, do Decreto-Lei nº 1.455/76. A comunicação dessa decisão aos impetrantes data de 7 de agosto e o mandamus foi ajuizado a 4 de dezembro.

Pretendem os impetrantes que lhes sejam assegurado o despacho do faqueiro como bagagem, somando-se a franquia de cada um, de modo a cobrir o valor FOB declarado.

Essa pretensão, porém, já não tem cabimento em face da decretação do perdimento do bem, em processo regular. Os impetrantes deixaram que se escoassem em albis os prazos do desembaraço aduaneiro e de defesa no processo fiscal. O ato da autoridade impetrada foi baixado de acordo com a lei, pois, lavrado o auto de infração, não cuidaram os impetrantes de elidir a configuração do dano ao erário pelo abandono do bem.

Com a vênia devida, denego a segurança.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente: Em face da divergência entre o eminente Ministro Lauro Leitão, Relator, que concede a segurança, e os Srs. Ministros Carlos Madeira e Gueiros Leite, que a denegam, pedi vista, para melhor exame.

Insurgem-se os impetrantes contra ato do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda que decretou o perdimento de bem trazido pelo casal, do Exterior, — um faqueiro de prata.

Minha dúvida residia em saber se eles haviam sido, ou não, regularmente intimados, para se defenderem no competente processo fiscal, a teor de entendimento anteriormente manifestado por mim, em casos que tais.

Essa dúvida dissipou-se, ante o documento de fl. 20 — intimação por carta regularmente endereçada ao impetrante varão, na forma do art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455/76, assinando-se-lhe o prazo de vinte dias para defesa. Que foi produzida, conforme se vê às fls. 53/54, e é do seguinte teor (lê):

Inclinava-me, assim, pela denegação da segurança.

Entretanto, em tema de perdimento de bens, tenho ficado sensível à orientação jurisprudencial desta Corte, no sentido de reconhecer que não é automática essa decretação, isto é, pelo simples fluir dos prazos referidos nos incisos do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Tem-se entendido que há necessidade do devido processo fiscal, intimada a parte, pessoalmente, sempre que possível, ou pelas outras formas também previstas no Decreto nº 70.235, de 6-3-72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, art. 23, seus incisos e parágrafos, disposições que se compatibilizam com o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Esse processo foi instaurado e regularmente intimado o impetrante varão (fl. 26).

Em sua defesa, como se viu, esclareceram os impetrantes que o faqueiro era o único bem que o casal trouxera do Exterior, tal como haviam declarado, ainda a bordo, na declaração de bagagem. A declaração do casal é feita em conjunto, pelo cônjuge-varão.

Não se trata de mercadoria de importação proibida. Ao contrário, segundo se vê à fl. 25, o mencionado faqueiro está classificado na posição 82. 14.00.00 da TAB, constituindo um jogo.

A hipótese, pois, não era de apreensão pura e simples, mas de exigência do pagamento do tributo, porventura devido, se excedesse a quota do passageiro.

Para efeito do pagamento do tributo devido pelo eventual excesso, como se trata de casal, são duas as quotas.

Assim, não se trata de adentrar no mérito do ato administrativo, formalmente perfeito, do Sr. Ministro da Fazenda.

A autoridade fazendária, todavia, não pode se recusar a receber o pagamento do tributo, salvo se o contribuinte não se dispõe a recolher o que for devido, com os acréscimos legais.

Não foi, entretanto, o que aqui ocorreu.

Ao contrário. Pelo simples fluxo do prazo, se pretende a incidência da pena do comisso. Ora, como ensina Cretella Jr., «ilegal é o ato, quando o motivo não existe. Ilegal é ainda o ato, se existindo o motivo, dele extrai a autoridade ilações colidentes com a lei aplicada. Se ao poder Judiciário fosse interdito examinar a matéria de fato, básica para a formação do ato administrativo, estaria ele transformado em mero homologador das decisões do Poder Execu-

tivo, mediante superficial exame das formalidades extrínsecas do ato editado por autoridades da esfera deste Poder» («Anulação do Ato Administrativo por Desvio de Poder», *Forense*, 1978, pág. 254).

Por essas considerações, acompanho o Sr. Ministro-Relator, concedendo a segurança, para que os impetrantes possam desembaraçar o bem apreendido, mediante o pagamento do tributo devido e seus acréscimos legais. Providência, de resto, mais favorável à própria Fazenda Pública, já que ela, ao que tenho, jamais pretendeu despojar os contribuintes dos seus bens e apossar-se deles. Tanto não é assim, que os bens apreendidos são vendidos em leilão, na maioria das vezes, com aviltamento do preço.

Concedo a segurança, para desembaraço do bem apreendido, mediante o pagamento de todos os tributos e acréscimos devidos.

É o meu voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite: Os impetrantes, marido e mulher, trouxeram do exterior, como bagagem acompanhada, um faqueiro de prata de lei, operação enquadrável no Decreto-Lei nº 1.455/76, para os efeitos de desembaraço alfandegário nos termos dos seus arts. 3º e 4º, isto é, mediante o pagamento, apenas, do imposto de importação, porquanto se trata de mercadoria que, pelas suas características e quantidade, não revela destinação comercial e guarda respeito à limitação do valor em dólares.

As pratas foram retidas pela fiscalização, conforme termo do qual ficou ciente o contribuinte, para efeito de desembaraço no prazo de trinta dias, sob pena de serem havidas como abandonadas, na conformidade do art. 23, inciso III, parágrafo único, letra a, do Decreto-Lei nº 1.455/76 (fl. 23).

Em 9 de janeiro de 1978, isto é, 49 dias depois da retenção, a mesma autoridade lavrou o Auto de Infração de fl. 24, porque os impetrantes haviam deixado de efetuar o desembaraço aduaneiro no prazo do citado art. 23, III, parágrafo único, que se reputou infringido, em face do abandono dos bens.

A autoridade fiscal agiu, nessa etapa, de acordo com o art. 27 da lei, onde se lê que as infrações ao art. 23 serão apuradas através de processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração, acompanhado do preexistente termo de apreensão ou retenção. Pôs os bens à disposição do Ministro da Fazenda (art. 25) e determinou nova intimação aos interessados, para defesa, no prazo de 20 dias, sob pena de revelia (art. 27, § 1º).

Essa intimação foi expedida em 26 de janeiro de 1978 (fl. 26) e os impetrantes apresentaram defesa em 28 de fevereiro do mesmo ano (fls. 27/28), sem que se possa afirmar, contudo, se estava ou não dentro do prazo de 20 dias da lei, pois não há nos autos qualquer registro da entrega da intimação, que deve ser pessoal (art. 27, § 1º), não se podendo dizer, portanto, tenha ocorrido revelia.

As informações da autoridade impetrada nada referem a respeito; nem o memorial que me foi entregue pelo ilustre Coordenador da Defesa da Fazenda, Dr. Lindemberg da Mota Silveira, sabendo-se, tão-só, que em 7 de agosto do mesmo ano julgou-se o processo e foi aplicada a pena de perdimento dos bens (fl. 29).

Essa decisão foi comunicada aos impetrantes por meio de um lacônico memorando, sem que se saibam os seus motivos, se devida à revelia ou aos fundamentos mesmos da defesa, pairando dúvida, portanto, em torno dessa situação de fato e que os impetrantes não dirimiram, pois

para tanto são insuficientes as meas alegações.

Denego a segurança.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, concedo a segurança, para que sejam liberados os bens, desde que os impetrantes paguem todos os tributos e ônus incidentes sobre a importação. Esta é a jurisprudência, pelo menos da 3ª Turma que entende que o abandono não se presume. Ante a manifestação expressa do titular do bem, no sentido de que deseja o desembaraço mediante o pagamento de todos os tributos, não se justificaria a pena de comisso.

Assim, voto de acordo com o eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 85.990-PE. — Relator: O Sr. Ministro Lauro Leitão. Requerentes: Severino Paulo Aguiar e sua mulher. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o mandado de segurança, para garantir aos impetrantes a liberação dos bens, mediante o pagamento de todos os tributos devidos. Vencidos os Srs. Mins. Carlos Madeira, Gueiros Leite e José Dantas. (Em 14-2-80).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson e Aldir G. Passarinho. Foram dispensados os votos dos Srs. Mins. Armando Rollemberg, Moacir Catunda e Peçanha Martins que aguardavam e não estiveram presentes a este julgamento. Não participaram os Srs. Ministros Torreão Braz e Jarbas Nobre. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Néri da Silveira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.451 — DF

Relator: O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso

Apelante: Superintendência Nacional do Abastecimento

Apelados: Marajó — Matadouro e Frigorífico Industrial Ltda. e outros

EMENTA

Administrativo. Abastecimento. SUNAB. Fiscalização. Carne Bovina.

I — Fiscalização da margem bruta de comercialização da carne verde bovina. Exigência de indicações complementares nas notas fiscais. Legalidade. Decretos nºs 70.162/72, art. 134, V, § 4º, 86.263/79, art. 205, parágrafo único. Pagamentos efetuados através de cheques. E, sendo assim, vale dizer, se os pagamentos são efetuados por meio de cheques, não é abusiva a exigência no sentido de que tais cheques sejam nominais, para o fim de ser identificado o vendedor, na sua origem, providência necessária à execução da política de intervenção no domínio econômico, necessária na fixação da margem bruta de comercialização da carne bovina.

II — Recurso provido. Segurança cassada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, dar provimento ao apelo da SUNAB para o fim de cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de abril de 1980 (data do julgamento) — Ministro Carlos Mário Velloso, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Marajó — Matadouro e Frigorífico Industrial Ltda. e outros, qualificados na inicial, contra ato do Superintendente

da SUNAB, em Brasília-DF, e do Delegado Regional da SUNAB, em Pernambuco, que lhes estariam exigindo «que a comprovação da compra do gado bovino seja feita, além da Nota Fiscal Avulsa — Nota Fiscal do Produtor — também através de cópia do cheque nominal emitido em favor do pecuarista vendedor. Sustentaram que «têm o direito líquido e certo de comprovar a aquisição de bovinos através de Nota Fiscal prevista na Legislação própria, inclusive, no Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais, ao mesmo tempo em que inexistente qualquer amparo legal para exigência de apresentação de cópia autenticada de cheque dado em pagamento, pois, neste País, ninguém está obrigado a manter conta bancária nem pagar à vista e muito menos em cheque.»

A sentença deferiu a segurança, para que «a impetrante possa utilizar a Nota Fiscal ao Produtor ou

qualquer dos modelos previstos no Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais (DO de 18-2-71, Suplemento ao nº 34) e, querendo, fazer pagamentos com cheque emitido ao portador.» (fls. 54/62).

Apelou a SUNAB (fls. 65/67), sustentando que o «Fisco faz suas exigências, a SUNAB as suas», sem que haja ilegalidade nisto. Que o objetivo da SUNAB é identificar os proprietários rurais e os impetrantes querem «burlar a lei evitando a comprovação do seu movimento.»

Responderam os apelados (fls. 70/74).

O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 77-78, é no sentido do provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso (Relator): A nota fiscal, ou fatura fiscal, é sabido, é um documento que autoriza a circulação de mercadorias, servindo para a cobrança de tributos que incidam sobre as mesmas. Trata-se, portanto, de um documento fiscal.

No âmbito federal, no que tange ao IPI, ela está disciplinada, atualmente, no Decreto nº 86.263, de 9-3-1979, artigos 199 e seguintes. Disciplinava-a, anteriormente, o Decreto nº 70.162, de 18-2-72, arts. 121 e segs.

Com base no art. 134, V, § 4º, do Decreto nº 70.162/72, a SUNAB fez a exigência da inclusão, nas notas fiscais, das indicações complementares que entendeu necessárias à efetivação da política de intervenção no domínio econômico, que lhe cabe executar, na forma da legislação pertinente.

Ao que me parece, *data venia*, não cometeu, no particular, abuso de poder.

A uma, porque não se trata de exigência contrária à lei, mesmo porque inexistente lei estabelecidora de um *standard* de nota fiscal; a duas, porque, tratando-se de um documento fiscal, autorizador da livre circulação de mercadorias, à SUNAB — porque lhe compete a fiscalização do preço pelo qual foi o gado vendido, na origem — a ela seria lícito exigir certas indicações no referido documento. A tanto, ao que me parece, estaria autorizada pela norma regulamentar federal, o Decreto nº 70.162/72, art. 134, V, § 4º (Decreto nº 83.263/79, art. 205, parágrafo único).

Por outro lado, no que se refere à exigência do cheque nominal ao pecuarista, deixou claro a autoridade impetrada:

«De relevar, aqui, não existir exigência incontornável do pagamento do preço através da emissão obrigatória de cheque nominal, para o pecuarista. O que ficou acordado e bem esclarecido é que, em sendo os pagamentos efetuados através de cheques, estes fossem nominais aos produtores. Era, assim, mais uma tentativa do órgão público em identificar os proprietários rurais.»

Presente a regra de que às informações da autoridade, na ação summaríssima do *mandamus*, deve-se emprestar presunção de veracidade, até prova em contrário, não vejo, *data venia*, na exigência assim posta, ilegalidade ou abuso de poder.

Evidentemente que, se fosse exigida a operação, sempre e sempre, através de cheque nominal, aí poderia ocorrer abuso de poder, mesmo

porque a lei não exige que os comerciantes devam ter conta bancária ou que as operações que realizem devam ser feitas através de ordens de pagamento bancárias, ou cheques.

A autoridade, todavia, deixou claro que não é isto que se exige.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, para o fim de cassar a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Data venia do Sr. Ministro-Relator, mantenho a sentença.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 88.989 — SP

Relator: O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis

Remetente: Juízo Federal da 8ª Vara

Autoridade requerida: Delegado da Receita Federal em São Paulo

Apelante: União Federal

Apelado: Volkswagen do Brasil S/A

EMENTA

Tributário. ISTR. CTN. Decreto-Lei nº 1.478/65 e Decreto-Lei nº 1.582/77.

I — Preliminar da impetração contra a lei em tese recusada.

II — A matéria tratada na Lei nº 5.172/66 se identifica com a referida no § 1º do art. 18, da Constituição federal vigente, ali posta sob reserva de lei complementar.

III — O Decreto-Lei nº 1.478/75 e sua alteração foram editados com fundamento no art. 55 da Constituição Federal, e, assim, não oferecem o predicamento de lei complementar, não podendo, validamente inovar o CTN.

IV — O conflito normativo suscitado deve ficar confinado ao confronto entre a Lei nº 5.172/66 e o Decreto-Lei nº 1.478/65, sem elevá-lo ao altiplano constitucional.

V — A prestação de serviço de transporte constitui o fato gerador do ISTR (art. 68, I, do CTN) e a base de cálculo é o valor do serviço.

VI — No transporte rodoviário de carga própria, realizado em veículo próprio, não ocorre fato impositivo, por inexistir a prestação de serviço de transporte a terceiro, como negócio ou profissão, como atividade remunerada.

Negou-se provimento ao recurso da União e à remessa oficial.

ACORDÃO

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 voluntário e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de maio de 1982 (data do julgamento) — Ministro Moacir Catunda, Presidente — Ministro Sebastião Alves dos Reis, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Volkswagen do Brasil S/A impetra mandado de segurança contra ameaça iminente que sobre ela pesa da parte do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, pelos fundamentos de direito e de fato abaixo expostos.

Consoante o articulado na inicial, a impetrante movimentou, regularmente, em veículos rodoviários de carga, próprios, mercadorias e bens destinados à comercialização posterior ou que representem insumos ou componentes integrantes de produto final, bem como material de uso ou consumo da própria empresa, num contexto de transporte intermunicipal; in concreto realizou ou está em vias de realizar transporte de mercadorias ou bens descritos nas notas fiscais anexas, onde claramente se verifica que a impetrante é a proprietária dos bens transportados ou transportandos, assim como dos veículos respectivos; todavia, tem a requerente justo receio, de que a autoridade apontada como coatora venha a exigir-lhe o pagamento do imposto sobre serviços de transporte rodoviário intermunicipal e interes-

ta dual de passageiros e cargas, bem como a emissão de documentos e escrituração de livros, estribada no art. 3º, III do Decreto-Lei nº 1.438, com a nova redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582, de 17-11-77; ocorre, no entanto, que à impetrante assiste direito líquido e certo de proceder ao transporte em causa livre do tributo em apreço, eis que a incidência ali cogitada, não se apresenta legítima constitucionalmente, seja porque a competência definida no item VII do art. 21 da Constituição Federal implica em prestação de serviço de transporte a terceiro, seja porque aquela inovação não indica a respectiva base de cálculo, invocando, ao propósito da primeira objeção o ensinamento de Pontes de Miranda (Com. a CF de 1967 com a EC nº 1 de 1969, pág. 484, tomo II) pressuposto material claramente definido no art. 68, I, do CTN (Baleeiro, Dir. Trab. Bras. págs. 252/4); nesse contexto, ressalta certo que no inc. III do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438/75 ocorre manifesto abuso de competência, pois tal preceito afronta a Constituição Federal e o CTN, inclusive o art. 110 deste último diploma, preceitos de hierarquia normativa superior.

De outra parte, continua a inicial, não se objete que o Decreto-Lei nº 1.438/75 tem força eficaz de lei complementar, pois foi editado com suporte no art. 55 da Constituição Federal e não com base em Ato Institucional; por igual, não se objete que se trataria de imposto novo criado com fulcro na competência tributária residual cogitada no § 5º do art. 19 da Lei Maior, seja porque se cuida de diploma específico para o ISTR, seja porque a sua base de incidência, sujeita ao princípio da legalidade tributária, só veio a ser estipulada em via inábil — art. 12 do Decreto nº 77.789/76 — e, ainda, porque o elemento «frete não pode validamente compor a base de cálculo

do pretense tributo novo, porque já integrante da base impositiva do mesmo ISTR; inviável a obrigação tributária principal, igualmente, o é qualquer obrigação acessória, a esse título.

A autoridade impetrada, em suas informações de fls. 28/34, opôs, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva ad causam, posto não haver praticado, ou determinado que se praticasse qualquer procedimento fiscal de sua competência, preparatório ou definitivo, relacionado com a determinação e exigência do ISTR, e, no mérito, sustentou a legalidade de exigência do imposto em causa, na espécie, não havendo conflito entre a norma constitucional e da Lei nº 5.172/66 pertinentes, de um lado, e o item II do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.438/75 e Decreto nº 77.789/76, de outro.

O MM. Juiz Federal, o culto magistrado Dr. Homar Cais, às fls. 50/1, concedeu a segurança, submetendo o julgado ao crivo deste Tribunal.

E o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): Desacolho a preliminar suscitada nas informações de ilegitimidade passiva ad causam da autoridade apontada como coatora, seja porque, como anotado na sentença, embora não tenha determinado a instauração de procedimento fiscal, relacionado com a exigência do ISTR, compete-lhe fazê-lo de outro lado, in casu o diploma legal atacado está devidamente regulamentado conforme Decreto nº 77.789/76 complementado pela IN-SRF 17 de 9-6-76, Norma de Execução 24, de 11-6-76, Portaria 415-MF de 27-10-76, IN-SRF 31, de 27-10-76, Portaria 500-MF, de 15-12-76 e Portaria 001/MF, de 3-1-77, segundo documentação junta, a que se associa a sustentação da legitimidade da cobrança, constante nas informações, aparato normativo e concreto configurador de ameaça atual e

eminente, sobretudo em se tratando de imposto sujeito a lançamento por homologação, não cabendo, dessarte, falar-se em impetração contra lei em tese.

É esse, aliás, o entendimento deste Tribunal, em casos semelhantes, como se vê, entre outros, na AMS nº 82.820, da antiga Primeira Turma, Rel. o eminente Ministro Otto Rocha (RTFR 66/175; AMS nº 81.706, antiga Segunda Turma, Rel. o Ministro Jarbas Nobre — DJ, de 11-9-78; AMS nº 79.344, idem, Rel. Min. William Patterson, DJ de 11-2-80; AMS nº 83.380 — quinta turma, Rel. Min. Justino Ribeiro — DJ de 18-12-80, REO nº 80.706, Rel. Min. José Dantas — quarta turma, DJ de 8-3-79).

No mérito, para o melhor encaminhamento do debate, de início, é de assentar-se que a matéria tratada na Lei nº 5.172/66 se identifica com a referida no § 1º do art. 18 da Constituição Federal vigente, ali posta sob reserva de lei complementar e, assim, embora o denominado Código Tributário Nacional não tenha sido votado de acordo com o quorum qualificado próprio, porque editado no regime da Lei Maior de 1946, que não cogitava dessa figura legislativa, certo é que, materialmente, é lei complementar, em face do ordenamento constitucional posterior, de outro lado, a melhor doutrina brasileira, no particular, é no sentido de que a Lei nº 5.172/66 subsiste no regime da Constituição de 1967 e suas emendas e que a matéria ali versada, posto veiculada por lei formalmente ordinária, só pode ser, *ratione materiae* inovada através da lei complementar; é essa a doutrina que emerge dos ensinamentos de Baleeiro (Dir. Trib. Bras. págs. 54/5 — 10ª ed.; Geraldo Ataliba — Lei Complementar na Constituição; Hamilton Dias de Souza — Normas Gerais de Dir. Trib., in Direito Tributário 2/42; Souto Maior Borges — Lei Complementar Tributária, págs. 76/7).

De outra parte, o Decreto-Lei nº 1.438/75 e sua alteração, foram editados com fundamento no art. 55 da Constituição Federal e não com base em Ato Institucional, e, assim, não oferece o predicamento de lei complementar (Baleeiro — ob. cit. pág. 55), não podendo, validamente, invocar o chamado Código Tributário Nacional.

Fixadas tais premissas, transcrevemos as normas a serem postas em confronto:

«Art. 68. O imposto de competência de União, sobre serviços de transportes e comunicações, tem como fato gerador:

I — A prestação de serviços de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores, salvo quanto o trajeto se contenha inteiramente no território de um mesmo município.

Art. 69. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

Art. 70. Contribuinte do imposto é o prestador do serviço (Lei nº 5.172/66).

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

III — de transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios destinados à comercialização ou industrialização posterior (Decreto-Lei nº 1.438/75 alterado pelo Decreto-Lei nº 1.582/77).

Art. 12. No caso de contribuinte transportador de carga própria, em veículo próprio, a base de cálculo do ISTR não poderá ser inferior a 80% (oitenta por cento) das tarifas rodoviárias constantes das tabelas estabelecidas e aprovadas

pelos órgãos federais competentes (Decreto nº 77.789/66).

Cotejando-se os diplomas em apreço, nos pontos transcritos, vê-se que o CTN define como fato gerador respectivo a prestação de serviços de transporte, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias e valores, estabelece como base de cálculo o preço do serviço e, como contribuinte o prestador do serviço; já o Decreto-Lei ao conceituar o contribuinte, amplia o suporte do fato tributável, estendendo-o ao transporte rodoviário de mercadorias ou bens próprios, destinados à comercialização ou industrialização posterior.

Os comentadores do CTN são acordes no entendimento de que a prestação de serviço enunciada no art. 68 é a feita a terceiro, como negócio, profissão, ou atividade remunerada, a partir de Baleeiro (ob. cit. pág. 282), passando por Fábio Fanucchi (Curso de Dir. Trib. Bras. II/119), Contreiras de Carvalho (Doutrina e Aplicação do Dir. Trib. pág. 365); outrossim, Hugo de Brito Machado, no seu curso de Dir. Trib. pág. 233, é explícito em condenar tal ampliação como atentatória do CTN; à luz desse antessuposto, é de concluir-se que realmente a norma transcrita desse Decreto-Lei conflita com o art. 68 da Lei nº 5.172/66.

Paralelamente, a base de cálculo da inovação introduzida foi fixada através de decreto, conforme norma atrás transcrita, e, em se tratando da difusão quantitativa do fato gerador, está ela sujeita ao cânone da legalidade tributária previsto no art. 97, IV do CTN.

Ademais, não há falar-se em instituição de novo imposto, com base na competência residual da União, de um lado porque o Decreto-Lei em causa, indubitavelmente, não pretendeu tal objetivo, de outro, porque a sua base de cálculo padece de vícios substanciais, o primeiro, já assinalado, pela sua fonte idônea, violadora

do princípio da legalidade tributária, o segundo, porque ao introduzir como elemento da base de imposição, o frete, vale-se indevidamente de dado que integra o próprio ISTR, e, além disso, é componente de preço, interferente com o ICM.

Ressalte-se, ainda, que a antiga Primeira Turma deste Tribunal teve oportunidade de apreciar espécie análoga, havendo chegado à mesma conclusão básica, segundo se colhe do aresto unânime proferido na AMS nº 82.820, Rel. o Min. Otto Rocha, sob essa ementa:

Tributário — Transporte de Carga — ISTR — Decreto-Lei nº 1.438, de 26-12-75.

A prestação de serviço de transporte constitui o fato gerador do ISTR (art. 68, inc. I do CTN) e a base do cálculo do imposto é o preço do serviço.

No transporte rodoviário de carga própria realizada em veículo próprio, para simples entrega, não ocorre fato gerador, por inexistir a prestação de serviço de transporte a terceiro, como negócio ou profissão, isto é, como atividade remunerada.

Preliminar da impetração contra a lei em tese recusada.

Apelo improvido. (RTFR 66/175).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.398 — DF

Relator: Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Requerente: Papaiz Indústria e Comércio Ltda.

Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Mandado de Segurança. Dúvidas emergentes não solucionadas, relativas à possibilidade do exercício do «mandamus», relacionadas de, uma parte, com a identificação da autoridade coatora, e, de outra, com o prazo legal para requerer a segurança — Matéria de fato não esclarecida de plano — Impetração incabível, ressaltando-se à impetrante as vias ordinárias.

Colocada a controvérsia nos termos expostos, estou em que o conflito normativo suscitado deve ficar confinado ao confronto entre a Lei nº 5.172/66 e o Decreto-Lei nº 1.478/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.582/77, sem elevá-lo ao altiplano constitucional, e, nesse contexto, a prevalência, *ratione materiae* cabe ao Código Tributário Nacional, e, assim, o item III do art. 3º daquele Decreto-Lei é ineficaz, porque sem força normativa para alterar o CTN, à vista de tratar-se de matéria, sob reserva de lei complementar.

Por tudo quanto foi aduzido e deduzido, nego provimento ao recurso da União e à remessa oficial.

EXTRATO DA MINUTA

AMS 88.989-SP. Rel.: Sr. Min. Sebastião Alves dos Reis. Remte.: Juízo Federal da 8ª Vara. Apte.: União Federal. Apda.: Volkswagen do Brasil S/A.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial (5ª Turma em 5-5-82).

Os Srs. Mins. Moacir Catunda e Justino Ribeiro, votaram de acordo com o Relator. Presidiu o Julgamento o Exmo. Sr. Ministro Moacir Catunda.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, não conhecer do mandado de segurança, ressalvando ao impetrante as vias ordinárias, vencidos os Srs. Ministros Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva e Sebastião Reis que tomavam conhecimento do pedido para indeferi-lo, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de abril de 1981 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: Papaiz Indústria e Comércio Ltda., qualificada nos autos, impetra o presente Mandado de Segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Ministro da Fazenda, alegando em síntese: que em 19-10-78, a impetrante firmou com a União Federal contrato administrativo que levou o título de «Termo de Aprovação de Programa Especial de Exportação»; que o referido contrato prevê, como obrigações da impetrante, dentre outras, a de exportar produtos de sua fabricação, durante a vigência do contrato, totalizando a importância de US\$ 6.070.000,00, e manter um saldo de divisas no período não inferior a US\$ 5.000.000,00; que obrigava-se, ainda, quanto ao tipo de produtos a ser exportados, ou seja: cadeados de latão, cilindros e fechaduras para móveis de escritório e fechaduras residenciais, de fabricação própria; que, bem assim, obrigava-se quanto às normas de controle e fiscalização a ser editadas e exercidas pela BE-FIEX; que, de sua parte, gozava os

seguintes benefícios: I — o direito de importar máquinas e equipamentos, relacionados no Projeto aprovado, em valor FOB não superior ao equivalente a US\$ 914.766,67, com redução de 90% dos impostos de importação e sobre produtos industrializados; II — os incentivos fiscais de que trata o Decreto-Lei nº 491, de 1969, e a isenção do imposto de renda prevista no art. 10 do Decreto-Lei nº 1.219, de 1972, ou a utilização no pagamento de qualquer imposto de renda pago, na hipótese de não ter sido abatida do lucro tributável a parcela correspondente à exportação de manufaturados; que, com o advento do Decreto-Lei nº 1.724/79, o Senhor Ministro da Fazenda baixou a Portaria nº 960, do mesmo ano, suspendendo, até decisão em contrário, o estímulo fiscal de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 1964; que, face ao referido ato normativo, a impetrante peticionou à Fazenda Federal, mediante consulta, quanto à aplicabilidade da norma ao contrato que, anteriormente, houvera celebrado; que a Coordenadoria do Sistema de Tributação, que integra a Secretaria da Receita Federal, respondeu negativamente, alegando que a impetrante não apresentara o «Termo de Garantia de Manutenção dos Incentivos Fiscais», sujeitando-se, pois, integralmente às alterações procedidas na legislação de regência, inclusive quanto à sua suspensão conforme previsto na citada Portaria Ministerial nº 960/79; que, não se conformando com essa decisão, a impetrante endereçou petição à autoridade impetrada, na qual, após exposição de fato e de direito, suplicou resposta à sua indagação quanto ao direito contratual de continuar a utilizar-se dos benefícios de cláusula 9ª do contrato em causa, cessando assim, de uma vez por todas, a dúvidas levantadas e trazendo tranqüilidade à empresa para continuar a cumprir com sua obrigação de exportar; que, decorridos mais de 120 dias sem qualquer resposta, caracteriza-se a prática de ato

omissivo a ferir direito líquido e certo da impetrante, representado no direito de manutenção das cláusulas e condições estabelecidas no aludido «Termo de Aprovação do Programa Especial de Exportação»; que, por ocasião do referido «Termo» firmou-se um contrato que se encontra em curso, através do que foram estabelecidas obrigações recíprocas não sujeitas a alterações contratuais; que o prazo de vigência desse contrato expira em 18-10-84; que, nesse ínterim, surgiram dúvidas em face da Portaria nº 960, do Sr. Ministro da Fazenda; que porém, a comutatividade deste contrato, afóra atender aos aspectos intrínsecos de ser bilateral e oneroso, está na estimativa clara das partes quanto às prestações que caberiam a cada uma; que, evidentemente, a principal prestação que compete à União Federal é a concessão dos benefícios fiscais, e sua manutenção, consignados na cláusula nona; que a impetrante ao firmá-lo e ao se sujeitar ao cumprimento das prestações que lhe foram exigidas, esteve sempre certa quanto ao direito de utilizar-se, plenamente, dos benefícios que lhe eram assegurados; que, outrossim, o CTN, no seu art. 178 firmou norma segundo a qual a isenção, quando condicionada não pode ser revogada; que no caso da impetrante, em nenhum momento há qualquer ato administrativo alegando seu descumprimento às condições onerosas que lhe foram impostas, não podendo, conseqüentemente, ter os benefícios, que lhe foram concedidos, revogados ou reduzidos; que, além do mais, não houvesse norma expressa no CTN, a impetrante estaria protegida pelo art. 153, § 3º, da Constituição Federal, que assegura a intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; que, in casu, é negável que a impetrante é titular de um direito adquirido, obtido em face de um contrato comutativo, que é um ato jurídico perfeito; que requer seja concedida segurança, com o reconheci-

mento do seu direito aos incentivos fiscais constituídos em razão do mencionado contrato.

Inicial instruída com documentos de fls. 9 a 40.

Requisitadas as informações, prestou-as a digna autoridade impetrada, às fls. 44/61, em suma sustentando a inexistência do pretendido direito líquido e certo da impetrante.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 63/68, em adesão às informações prestadas.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: A impetrante firmou com a União Federal, em 19 de outubro de 1978, um «Termo de Aprovação de Programa Especial de Exportação», pelo qual, de um lado, se obrigou a exportar produtos de sua fabricação, nas condições nele especificadas, e, de outro, lhe eram assegurados os seguintes benefícios: a) o direito de importar máquinas e equipamentos, relacionados no Projeto, em valor FOB não superior ao equivalente a US\$ 914.766,07, com redução de 90 % dos impostos de importação e sobre produtos industrializados; b) os incentivos fiscais de que trata o Decreto-Lei nº 491, de 1969, a isenção do imposto de renda prevista no art. 10 do Decreto-Lei nº 1.219, de 1972, ou a utilização no pagamento de qualquer imposto de renda pago, na hipótese de não ter sido abatida do lucro tributável a parcela correspondente à exportação de manufaturados.

Com o advento, porém, do Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, sobreveio a Portaria Ministerial nº 960, da mesma data, suspendendo, até decisão em contrário, o estímulo fiscal de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 1969.

Em conseqüência, a impetrante formulou consulta à repartição fazen-

dária competente quanto à aplicabilidade da mencionada Portaria ao que fora pactuado, obtendo decisão desfavorável em primeira instância, mantida em grau de recurso voluntário, pela Coordenação do Sistema de Tributação. Considerou-se que «a empresa não apresentou o «termo de garantia de manutenção dos incentivos», sujeitando-se integralmente às alterações procedidas na legislação dos incentivos, inclusive quanto à suspensão, conforme prevista na Portaria Ministerial nº 960/79».

A decisão definitiva de segunda instância administrativa foi dada ciência à impetrante em 4 de julho de 1980.

Diz a impetrante que, então, informada, dirigiu-se diretamente à autoridade impetrada, reiterando a consulta que anteriormente formulara, sobre o direito de continuar a utilizar-se dos benefícios especificados no referido «Termo de Aprovação de Programa Especial de Exportação». E adianta que a essa consulta não obteve resposta, decorridos mais de 120 dias, o que no seu entender, caracteriza prática de ato omissivo a ferir direito seu líquido e certo.

Ora, diante dessa suscinta exposição dos fatos, de logo emergem fundadas dúvidas quanto à possibilidade do exercício do *mandamus*, relacionadas, de uma parte, com a identificação da autoridade coatora, e, de outra, com o prazo legal para requerer a segurança.

Com efeito, não demonstrou a impetrante que o impetrado seja, no caso, a autoridade competente para responder à consulta que lhe teria formulada. Ao revés, dispõe o Decreto nº 70.235, de 1972 (trata do processo administrativo fiscal e dá outras providências), a propósito do julgamento da consulta:

«Art. 54. O julgamento compete:

I — Em primeira instância:

a) aos Superintendentes Regionais da Receita Federal, quanto aos

títulos administrados pela Secretaria da Receita Federal, atendida, no julgamento, a orientação emanada dos atos normativos da Coordenação do Sistema de Tributação;

b) as autoridades referidas na alínea b do inciso I do artigo 25;

II — Em segunda instância:

a) ao Coordenador do Sistema de Tributação, da Secretaria da Receita Federal, salvo quanto aos tributos incluídos na competência julgadora de outro órgão da administração federal;

b) a autoridade mencionada na legislação dos tributos ressalvados na alínea precedente ou, na falta dessa indicação, à que for designada pela entidade que administra o tributo;

III — Em instância única, ao Coordenador do Sistema de Tributação, quanto às consultas relativas aos Tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal e formuladas:

a) sobre classificação fiscal de mercadorias;

b) pelos órgãos centrais da administração pública;

c) por entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais, de âmbito nacional.»

Da decisão de primeira instância cabe recurso voluntário com efeito suspensivo, dentro de 30 dias de sua ciência (art. 56). Em sendo favorável a consulta, a autoridade de primeira instância recorrerá de ofício (art. 57). E o art. 58 taxativamente estabelece: «Não cabe pedido de reconsideração de decisão proferida em processo de consulta, inclusive da que declarar a sua ineficiência».

Ora, diante da legislação pertinente, no caso da consulta formulada pela impetrante, exauriu-se a instância administrativa com a decisão do Coordenador do Sistema de Tributação.

De fato.

A impetrante interpôs recurso voluntário da decisão desfavorável de primeira instância para o Coordenador do Sistema de Tributação — autoridade competente para apreciá-la, no caso — que a manteve, definitivamente, sem possibilidade de reconsideração.

Daí, despicienda a consulta feita ao Ministro da Fazenda, bem como a alegação de que a falta de resposta dessa autoridade tenha caracterizado ato omissivo, atentório a direito da impetrante. A renovação da consulta não tinha o condão de modificar a situação já estratificada com a decisão definitiva do Coordenador do Sistema de Tributação. E foi essa decisão que, realmente a meu ver, consubstanciou o ato suspensivo dos incentivos reclamados.

Mas, ainda que se admita que o encerramento da instância administrativa estivesse na dependência da manifestação do Ministro da Fazenda, persistem dúvidas quanto ao prazo de decadência do direito da impetrante de requerer a segurança. É que não há indicação precisa da data em que teria dirigido sua consulta àquela autoridade, ora impetrada. Com a inicial veio cópia da respectiva petição de consulta, mas sem data e sem comprovação da remessa ou de seu recebimento. Em suma: não se sabe quando a consulta foi formulada. O que se tem certo é que da ciência da decisão definitiva do órgão competente à data do ajuizamento da segurança decorreram mais de sete meses.

Registre-se que a autoridade impetrada não confirmou o recebimento da malsinada consulta. Apenas limita-se, a transmitir, à guisa de informações, parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que tão-só examina o pedido à luz da legislação de regência, sem nada adiantar quanto ao ponto fático em tela.

A essas dúvidas e indagações, que competia à impetrante espantar de

plano, outras se somam, igualmente envolvendo matéria de fato, com relação ao cumprimento das obrigações impostas para a fruição dos benefícios fiscais previstos na legislação aplicável à espécie e no termo pactuado com a União.

De uma parte assevera o impetrado em suas informações, após ressaltar que dito termo subordinou-se como consta de seu preâmbulo, às normas do Decreto-Lei nº 1.219, de 1972, do Decreto nº 71.278, de 1972, do Decreto nº 74.110, de 1974, do Decreto nº 1.428, de 1975 e do Decreto nº 77.065, de 1976, bem como às suas cláusulas e condições:

«Não poderia a impetrante, pois, ignorar que a manutenção dos incentivos fiscais estava condicionada a investimentos novos, em montantes mínimos fixados pelo Ministro da Fazenda, inicialmente, e depois pelo Ministro da Indústria e do Comércio.

Não consta, porém, do «Termo», o montante mínimo de investimentos novos, e a cláusula de garantia, por determinado prazo, do gozo, pela impetrante, dos investimentos vigorantes à data da aprovação do Programa.

Por outro lado, a impetrante também não teve aprovado, pela BE-FIEX, com anuência do Ministério da Indústria e do Comércio, um «Termo Acessório» de manutenção dos incentivos, a exemplo de outras indústrias exportadoras, para ajustar-se às disposições do art. 16 do Decreto-Lei nº 1.219/72».

De outra, a impetrante não ofereceu elementos que repelissem tais assertivas, em ordem a preservar, estreme de dúvidas, a avença administrativa, com resguardo dos direitos aos benefícios pleiteados. Daí, pela inobservância de obrigações pactuadas e de condições legais, justificarse-ia o procedimento impugnado, bem como consta das informações:

«Ficou a impetrante sujeita, desta forma, à discricção da autoridade competente, nos termos com o Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, para aumentar, reduzir ou extinguir os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-Lei nº 491/69, de acordo com a política governamental de exportação, principalmente os compromissos assumidos no GATT.

Foi, então, a impetrante atingida pela Portaria nº 960, de 7 de dezembro de 1979, do Ministério da Fazenda, que suspendeu a fruição do benefício de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 491/69, com relação aos produtos exportados a partir daquela data.»

Em conseqüência, não conheço da impetração, ressalvadas à impetrante as vias ordinárias.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Sr. Presidente, estou devidamente esclarecido e como considero que o mandado de segurança é uma causa, tendo em vista o art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, que fala sobre a extinção do processo com o julgamento do mérito, quando o Juiz pronunciar a decadência ou a prescrição, admitida a decadência, ele teria de indeferir-lo; admitida a complexidade dos fatos, examinou-os, para concluir que eram complexos; também aí, deveria indeferir o writ.

Por estas breves considerações, indefiro o pedido.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Mário Velloso: Sr. Presidente, com a vênua devida ao eminente Ministro-Relator, vou acompanhar o Sr. Ministro Washington Bolívar.

A decadência diz respeito ao mérito. Para pronunciar a decadência, o Tribunal tem que conhecer da segurança e examiná-la.

Por outro lado, para o Tribunal entender que os fatos são controvertidos, terá que agir da mesma forma.

De sorte que, com estas breves considerações, invocando o que dispõe o Código de Processo Civil, art. 269, meu voto é no sentido de, reconhecendo a decadência e que são controvertidos os fatos, denegar a segurança, acrescentando inexistir, no caso, direito líquido e certo, porque os fatos não são incontrovertidos.

Assim, acompanho o Sr. Ministro Washington Bolívar, data venia.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza: Sr. Presidente, também acompanho o voto do Sr. Ministro Washington Bolívar e denego a segurança, por não se acharem configurados os requisitos específicos desta providência jurisdiccional, única a que devemos ater-nos.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 91.398-RJ (3.266.141) — Rel.: Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Reqte.: Papaiz Indústria e Comércio Ltda. Reqdo.: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do mandado de segurança, ressalvando ao impetrante as vias ordinárias, vencidos os Srs. Mins. Washington Bolívar, Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva e Sebastião Reis que tomavam conhecimento do pedido para indeferir-lo. (Em 30-4-81 — Sessão Plena).

Os Srs. Mins. José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Aldir Passarinho, José Dantas, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Torreão Braz, Justino Ribeiro, William Patterson e Adhemar Raymundo votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Pecanha Martins, Wilson Gonçalves e Lauro Leitão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Néri da Silveira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 91.635 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza

Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara

Apelantes: União Federal e Perfumaria Richard Gary Ltda.

Apelada: Agrolite S/A — Cimento e Amianto

EMENTA

Administrativo e Processual Civil.

Perdimento de mercadoria importada: penalidade imposta pelo Ministro da Fazenda.

Alegação de nulidade desse ato administrativo, bem como da subsequente alienação da mercadoria tida por abandonada.

Mandado de segurança.

Sentença que o concede, para anular a alienação da mercadoria e determinar sua liberação, sem ônus de armazenagem.

Recurso.

Apelação de terceiro prejudicado, adquirente da mercadoria na concorrência pública já homologada.

Nulidade da sentença (por falta de citação do terceiro) que se desconsidera, desde que se provê o recurso do terceiro para reformar a sentença e denegar a segurança.

Caso em que o ato impugnado pelo mandado de segurança, sendo do próprio Ministro da Fazenda, somente poderia ser contrastado perante o Tribunal Federal de Recursos e não perante o Juiz Federal.

ACÓRDÃO

Rollemborg, Presidente — Ministro Bueno de Souza, Relator.

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

Decide a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento à apelação de terceiro interveniente, para reformar a sentença e cassar a segurança, tendo-se por prejudicado o recurso da União, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 24 de maio de 1982 (data do julgamento) — Ministro Armando

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Agrolite S/A — Cimento e Amianto, com sede no Rio de Janeiro, obteve, por mandado de segurança impetrado perante o D. Juízo da 5ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, o atendimento de seu pedido de anulação da venda de uma partida de amianto, objeto de importação por ela promovida e da pena de perdimento imposta pelo Senhor Ministro da Fazenda; e, bem assim, de ver assegurada a liberação dessa merca-

doria, sem os ônus de armazenagem, desde maio de 1980.

A impetrante baseou o pedido na inocorrência do suposto abandono, tal como previsto pelo Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76, art.º 23, II, a, uma vez que, quando da chegada da mercadoria ao Porto do Rio de Janeiro, «em fevereiro de 1979, foi impedida de despachá-la por encontrar-se incluída no rol dos devedores remissos da Fazenda Nacional» (fl. 2). E, muito embora tivesse obtido liminar em mandado de segurança impetrado contra aquela ilegal restrição de seus direitos, em 30-4-79, ao diligenciar o despacho, verificou que a mercadoria fora já declarada perdida.

A ilegalidade da pena de perdimento se evidencia ante o advento do Decreto-Lei nº 1.715, de 22-11-79 que, em seu art. 5º, deu por extinta a declaração de devedor remisso (pena que a jurisprudência desta Corte vinha reiteradamente repudiando); e, ainda, na alienação da mercadoria apreendida, sem que fosse apreciado pelo Senhor Ministro da Fazenda o pedido de reconsideração do despacho que determinou a perda do produto importado.

Lê-se na sentença (fls. 83/84):

«O relato dos fatos, que não foi impugnado especificamente pelas autoridades impetradas, evidencia que a permanência da mercadoria no Armazém não pode ser caracterizada como abandono. Para que este se verifique, indispensável é o *animus* de abandonar ou, pelo menos, uma conduta negligente, desidiosa ou culposa que resulta na permanência indevida dos gêneros no depósito. In casu, a conduta da autora, pelo contrário, tendeu, permanentemente, a opor-se ao constrangimento ilegal que estava sofrendo ao se ver impedida de desembaraçar a sua mercadoria, em virtude das sanções administrati-

vas de «devedor remisso» a ela impostas. E de se notar que, antes mesmo da revogação dos dispositivos que criaram a declaração de devedor remisso, já vinha o Egrégio Tribunal Federal de Recursos reconhecendo a ineficácia das referidas normas.

Embora a autoridade impetrada afirme inexistir no procedimento administrativo evidência de que a impetrante tenha sido impedida de desembaraçar sua mercadoria, tal assertiva não encontra respaldo na prova dos autos; em primeiro lugar, porque o impetrado não juntou às suas informações cópia do procedimento administrativo.

Por outro lado, a simples ausência de provas no processo administrativo não seria suficiente para ilidir a forte presunção que decorre da prova indiciária produzida com a inicial (a impetração da segurança, pela autora, o elevado valor da mercadoria, a necessidade que dela tem a empresa para sua atividade e, principalmente, a notoriedade de que tal sanção era efetivamente aplicada aos devedores remissos em geral).

Assim, nula foi a venda da mercadoria, já que foi nulo o perdimento decretado.

Outrossim, se a partida de amianto permaneceu no depósito, sem culpa da impetrante, não são devidas, obviamente, as taxas de armazenagem, devendo considerar-se como termo inicial a data em que o MM. Juiz Federal da 2ª Vara concedeu liminar ao impetrante, suspendendo os efeitos do ato declaratório de devedor remisso, qual seja 30-4-79.

Isto posto, julgo procedente a ação e concedo a segurança para o fim de declarar a nulidade da alienação da mercadoria mencionada na inicial, a qual deverá ser libera-

da sem ônus de armazenagem, a partir de 30-4-79.

Sujeita a reexame pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Custas ex lege.

Subiram os autos para o reexame necessário e, bem assim, em virtude de apelação da União Federal (fl. 85), pedindo a reforma da sentença em virtude da regularidade da alienação da mercadoria, e de apelação de terceiro prejudicado, interposta por Perfumaria Richard Gary Ltda. (fl. 90), alegando a nulidade da sentença proferida em processo para o qual não foi citada, a despeito de se caracterizar o litisconsórcio necessário. Expõe que adquiriu a mercadoria compreendida pelo lote 23 da concorrência levada a efeito em 17-9-80, por Cr\$ 3.003.333,00, que recolheu aos cofres da União Cr\$ 600.666,60 na data da alienação e Cr\$ 2.402.666,40, em 25-9-80, tendo sido a concorrência homologada. Invoca jurisprudência que reconhece a indeclinabilidade da citação do litisconsorte e, afinal, pede também a denegação da segurança.

Os recursos foram, regularmente, processados.

Os autos subiram com as contrarrazões (fl. 145).

O parecer da lavra do Procurador Dr. João Leoni Taveira, aprovado pelo ilustrado Subprocurador-Geral Dr. João Boabaid de Oliveira Itapary (fls. 157/162), conclui (lê — fls. 160/162).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): A ata de encerramento da concorrência pública instaurada pelo Edital nº 03/80, pela Superintendência Regional da Receita Federal, de 17-09-80 (fls. 49 e 63), relata que Richard Gary Industrial e Comercial

Ltda. foi considerada vencedora para a aquisição do lote 23 pelo valor de Cr\$ 3.003.333,00.

O termo de julgamento de 22-9-80 homologou a concorrência e a aquisição do citado lote pela referida proponente (fls. 65/67).

Os documentos de fls. 99/101 comprovam os recolhimentos efetuados, nessa conformidade.

De resto, não foram impugnados, nem por seu aspecto formal, nem por seu conteúdo substancial.

2. Tenho como indubitoso que a realização da concorrência, pelo modo como se deu, constituiu direito subjetivo em favor de Richard Gary Industrial e Comercial Ltda. (denominação que deve ser tida por correta, da terceira apelante, como se vê às fls. 42, 63, 65, 67, 90, 98 e 99/101).

Efetivamente, não se cuida, a propósito, de mera situação de fato, nem de simples decorrência de interesse moral ou econômico que pudesse tocar à terceira, sem determinar, contudo, ressonância jurídica.

O interesse que move a adquirente da mercadoria levada à concorrência pública é eminentemente jurídica, pois se prende à determinada relação (ou, no mínimo, situação) jurídica.

3. Não há negar, por outra parte, que a prevalecer o julgado, não subsistirá o direito subjetivo da terceira apelante.

4. Já se vê que era mesmo indeclinável sua citação para o processo do mandado de segurança. Em outras palavras, a composição subjetiva da relação jurídica processual não reflete o verdadeiro teor do litígio; ofendida resulta a regra do art. 47 e parágrafo único do CPC, pois não se compreende que a alienação da mercadoria possa subsistir em relação à terceira apelante, quando foi declarada nula, a pedido da apelada.

O art. 19 da Lei nº 1.533, de 31-12-51 não transige com o princípio.

5. Eis por que conheço da apelação da terceira interveniente.

6. O relatório esclareceu que o ato administrativo impugnado pela apelação, na inicial, é o consistente em colocar à venda a mercadoria apreendida e em efetuar a respectiva alienação.

É o que está explícito à fl. 4, nºs 10 e 11, em consonância com a indicação, como autoridades coatoras, do Inspetor da Receita Federal do Porto do Rio de Janeiro e do Presidente da Comissão de Licitação para venda de mercadorias declaradas perdidas em favor da União, constituída pela Portaria nº SRRF — 7º RF, nº 334, de 12-8-80.

7. Cuida-se, assim, de mercadoria que o ato ministerial declarou perdida pela importadora e apelada.

Muito embora não tenha sido indicado o ato concreto de imposição da pena de perdimento, não se nega tenha sido expedido pelo Senhor Ministro da Fazenda; ademais, dele já a apelada pedia reconsideração ao Senhor Ministro, em 21-5-80 (fl. 4, nºs 8 e 9 e fl. 11).

Por conseguinte, ao ser impetrado o mandado de segurança, esse ato ministerial já não se achava exposto a contraste judicial por mandado de segurança, ante o decurso do prazo para a impetração (Lei nº 1.533, de 31-12-51, art. 18).

8. Em verdade, tenho como indubitoso que o ato impugnado é o que impôs a pena de perdimento, do qual os atos de alienação da mercadoria não passam de mero e inarredável desdobramento.

Note-se, doutra parte, que contra estes atos de mera execução da determinação ministerial nada foi objetado pela apelada, sob o aspecto formal.

Efetivamente, o ato ministerial que impôs à apelada a perda da mercadoria não constitui ato administrativo simplesmente normativo, de ordem genérica ou abstrata, a estabelecer critério de atuação a ser observado pelos funcionários executores, do modo a lhes caber alguma decisão ou opção para proceder num ou noutro sentido.

Ao contrário, o ato sancionatório atingiu pessoa certa e individuada (a impetrante e apelada), infringindo-lhes a perda de mercadoria perfeitamente determinada.

Assim, aos funcionários contra os quais se dirige a impetração não restava senão cumprir a determinação superior, dando-lhe a consequência prática prevista no ordenamento jurídico, se não quisessem ser achados em omissão e sofrer as consequências dela decorrentes.

Neste sentido, escreve Agrícola Barbi:

«Outra hipótese a examinar é a que ocorre quando o ato é praticado por uma autoridade, por ordem direta de outra mais elevada hierarquicamente. Nesse caso, parece-nos que, se a ordem é específica para o caso concreto, geralmente o coator é quem determinou a prática do ato, pois quem o efetiva é mero executor de decisão particular de seu superior. Em sentido contrário, sustenta Pontes de Miranda que tanto o mandante como o executor são legitimados passivamente. Pensamos, todavia, que a adoção desse ponto de vista poderá implicar, em certos casos, na deslocação de competência regulada constitucionalmente, o que infirma suas conclusões. Será ele, porém aceitável, nos casos em que a competência para o conhecimento do mandado não se alterar com a indicação da autoridade mandante ou do executor direto.

Todas as afirmações até agora feitas partem do princípio de que a expedição de regras gerais não está sujeita ao controle judicial, devendo este exercer-se quanto à aplicação dessas regras em cada caso concreto, o que, aliás, é cânone antigo do nosso direito processual e constitucional» — (Do Mandado de Segurança, 3ª ed., Forense, 1977, págs. 127/128).

9. De tudo resulta que, por mandado de segurança, a pretensão da apelada somente poderia ser apreciada e decidida por esta Corte (Constituição, art. 122, I, c), originariamente, antes de 21-9-80, pelos menos; e não (tal como ocorreu), pelo D. Juiz a quo, em face de provocação, além de tudo, tardia.

10. À luz destas considerações, tenho, no entanto, como certo que a tutela da pretensão da terceira apelante não depende, necessariamente, da anulação da sentença; e, bem assim, que a apreciação do mérito nesta assentada não ofende o princípio do duplo grau, máxime quando foi bem salientado, no debate da causa no Juízo de origem, que a venda já se havia concluído, fato que emerge límpido dos documentos apresentados em apenso às informações.

Em verdade, dispõe o Código de Processo Civil no art. 249, § 2º:

«Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará, nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta».

É bem o caso dos autos, em que o provimento da apelação do terceiro juridicamente prejudicado é bastante para tutelar seu direito e, por outro lado, perfeitamente compatível com o estado do feito.

Ante o exposto, dou provimento à apelação de terceiro para, em conse-

quência, denegar a segurança e revogar o decreto liminar.

Custas pela apelada.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Na verdade, Sr. Ministro-Relator, V. Exa. tem razão quando assinala que o caso seria mesmo de litisconsórcio necessário, razão pela qual nula seria a sentença por não ter sido chamado à lide o comprador da mercadoria alienada e adquirida em hasta pública. Ocorre, no entanto, que no ensejo não se justifica seja proclamada essa nulidade, porque é possível decidir-se a lide de maneira favorável ao beneficiário do litisconsórcio mencionado. E, nesse sentido, bem assinalou V. Exa. que o ato de alienação é mera consequência do ato declaratório da perda da mercadoria, o qual não foi impugnado no momento próprio. Por isso, acompanho V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

AMS nº 91.635-RJ — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara. Apelantes: União Federal e Perfumaria Richard Gary Ltda. Apelada: Agrolite S/A — Cimento e Amianto.

Decisão: Por unanimidade, deu-se provimento à apelação de terceiro interveniente, para reformar a sentença e cassar a segurança, e se teve por prejudicado o recurso da União. (Em 24-5-82 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Armando Rollemberg.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.117 — DF

Relator: O Sr. Ministro Miguel Jerônimo Ferrante

Requerente: Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona da Central do Brasil

Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho

EMENTA

Sindicato de Ferroviários. Base Territorial. Inexiste duplicidade de representação, com ofensa ao art. 516 da CLT, quando se constata que diversas são as bases territoriais das entidades sindicais, uma de âmbito interestadual e outra, de natureza intermunicipal, cada qual com jurisdição sobre áreas distintas. A tônica do sindicalismo entre nós tem sido a criação de sindicatos regionais, mais aptos a prestar assistência a seus associados e atingir suas finalidades precípuas. Nada impede o desmembramento de determinada base territorial, quando os interesses da categoria profissional envolvida o reclamarem. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Decide o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por unanimidade, indeferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas retro que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1981 (data do julgamento) — Ministro José Néri da Silveira, Presidente — Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona da Central do Brasil, sediado na rua Santana, 77, sobreloja, Rio de Janeiro, RJ, impetra o presente Mandado de Segurança contra ato do Senhor Ministro do Trabalho, ale-

gando, em síntese: que o Sindicato impetrante recebeu sua Carta de Reconhecimento em 30 de junho de 1961, garantida a representação da categoria profissional dos ferroviários, no Estado de Minas Gerais, entre outros; que, de conformidade com o art. 516 da Consolidação das Leis do Trabalho, não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial; que, apesar de estarem os ferroviários representados no Estado de Minas Gerais pelo sindicato impetrante, a autoridade impetrada, por despacho de 30 de março do corrente ano, resolveu reconhecer a Associação Profissional dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias do Estado de Minas Gerais, sob a denominação de «Sindicato dos Trabalhadores Profissionais em Empresas Ferroviárias de Belo Horizonte», como entidade sindical de 1º grau, representativa da correspondente categoria profissional integrante do 1º grupo — Trabalhadores Ferroviários — do

Plano da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres, na base territorial dos municípios de Belo Horizonte e os demais que enumera, todos do Estado de Minas Gerais; que em todos os citados municípios já existe sindicato representativo da categoria profissional — o sindicato impetrante —; que, assim, o ato impugnado fere a letra do art. 516 da CLT; que, necessário seria, pelo menos, fosse cassada ou restringida a Carta Sindical do impetrante, para depois fazer-se o reconhecimento contestado; que os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados, relativamente ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos; que, assim, no mês de março último, a Rede Ferroviária Federal S.A. recolheu dita contribuição que cabe ao impetrante, no percentual de 60%; que requer, em face do exposto, concessão de liminar, cassando o ato ministerial incriminado, a fim de evitar seja recolhida indevidamente a contribuição sindical, e, por fim, a concessão da segurança em sua plenitude, garantindo-se ao impetrante o direito de representação dos ferroviários na base territorial do Estado de Minas Gerais e a contribuição sindical correspondente, impedindo-se a duplicidade de representação sindical e a prevalência do princípio jurídico da unidade sindical.

Processado sem liminar e requisitadas as informações, prestou-as a autoridade impetrada, a fls. 15/19. Em suma, sustenta a legalidade e justeza do ato impugnado, praticado em absoluta sintonia com os preceitos legais em vigor, em nada ferindo o direito líquido e certo do impetrante. Acostou os documentos de fls. 30/48.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a fls. 50/56, pela denegação da segurança.

Mandei juntar, por linha, petição apresentada pelo impetrante, quando o processo já se encontrava em pauta de julgamento, acompanhada de declaração do Diretor de Pessoal da Rede Ferroviária Federal S.A., relativa à área servida pela antiga Estrada de Ferro Central do Brasil:

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Miguel Jerônimo Ferrante: O impetrante recebeu sua Carta de Reconhecimento em 30 de junho de 1961, garantida a representação da categoria profissional dos Ferroviários no Estado de Minas Gerais, entre outros.

Daí pretende que o ato impugnado teria violado a norma do art. 516 da Consolidação das Leis do Trabalho, que veda o reconhecimento de mais de um sindicato representativo da mesma categoria profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial.

Constata-se, contudo, que o impetrante não é o único sindicato representativo da categoria em Minas Gerais. Outros há, precisamente o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias de Vitória, o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona Mogiana, o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias no Estado do Rio de Janeiro, que ali têm também base territorial. Ademais, o reconhecimento da nova entidade se operou com relação a municípios daquele Estado não compreendida na jurisdição do impetrante, abrangendo empregados que prestam serviços na área da antiga Rede União de Viação. Tanto assim que o próprio impetrante requereu ao Ministério do Trabalho a extensão de sua representatividade sobre aquela área, onde não mantinha nem serviços de assistência médico-odontológica, nem delegados sindicais. Nem por outro

lado lhe era destinada a respectiva contribuição sindical, mas recolhia a favor da Federação.

Destarte, não há a alegada duplicidade de representação, com ofensa ao citado art. 516 da CLT, posto que diversas as bases territoriais das entidades em foco, o impetrante, de âmbito interestadual, e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias de Belo Horizonte, de natureza intermunicipal. Ao revés, oferece-se o ato atacado de ilegalidade, sem qualquer ofensa ao direito do impetrante, e justificado, plenamente, pela necessidade de amparar interesses maiores de uma coletividade obreira, e dar-lhe a assistência a que faz jus. Vale, a propósito, transcrever as informações prestadas pela Secretaria de Relações do Trabalho, mencionadas pela autoridade impetrada, e roboradas pelos documentos trazidos à colação:

«Independente de suas bases territoriais, os sindicatos de trabalhadores em estradas de ferro foram se formando em correspondência às empresas para as quais seus associados prestavam serviços. Assim, surgiram: a) Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias de Vitória; b) Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona Mogiana; c) Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias no Estado do Rio de Janeiro; d) Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias do Rio de Janeiro da Zona da Central do Brasil; e) Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona Central do Brasil, ora impetrante.

Cada um desses sindicatos mantém jurisdição também sobre algumas cidades de Minas Gerais, o que evidencia não haver uma base territorial exclusiva de cada um sobre todo o Estado, mas apenas em relação às cidades servidas pelas antigas estradas de ferro a que

se vinculavam seus associados. Assim o Sindicato de Vitória tem jurisdição sobre Aimorés, Itueta, Itabira, Nova Era e outras cidades de Minas Gerais (doc. nº 1). O Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona da Mogiana tem jurisdição sobre Poços de Caldas, Ameno, Amoroso Costa, Araguay, Palestina, Uberlândia e outras cidades de Minas (doc. nº 2).

O recém-criado Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias de Belo Horizonte ficou com jurisdição sobre a parte outrossa correspondente à «Rede Mineira de Viação», que nada tinha a ver com a ex-Estrada Central do Brasil. Ao delimitar sua base territorial, o MTb esclareceu as cidades sobre as quais exerce jurisdição (doc. nº 3).

A Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) encampou todas as mencionadas estradas de ferro. Mas essa encampação não ampliou nem restringiu as áreas jurisdicionadas pelos sindicatos em referência. Cada um continuou existindo normalmente, respeitadas as bases territoriais.

Foi por esse motivo que os empregados da antiga Rede Mineira de Viação não ficaram vinculados a nenhum dos sindicatos anteriores. Permaneceram como categoria inorganizada em sindicato.

Essa situação é reconhecida pelo próprio sindicato impetrante, tanto assim que, no processo MTb nº 310.968/79, solicita ao Ministério do Trabalho extensão de sua representação «aos empregados da ex-5ª Divisão Centro-Oeste, hoje integrados à SR-2, Belo Horizonte» (doc. nº 4). Não houve deferimento do pedido.

Esclareça-se, por oportuno, que a Rede Ferroviária Federal S.A. dividiu as áreas abrangidas por

suas estradas em 6 superintendências regionais, sendo a 2ª (SR-2) com sede em Belo Horizonte e compreendendo várias cidades (ver mapa anexo doc. nº 5). A jurisdição do Sindicato de Belo Horizonte compreende essa área sem interferir em jurisdição de qualquer outro dos sindicatos congêneres.

Mas, a comprovar o que se afirma, não há apenas a citada petição do impetrante. Citam-se também:

1. Os empregados da RFFSA, lotados na SR-2 (área abrangida pelo recém-criado sindicato de Belo Horizonte, vêm recolhendo contribuição sindical a favor da Federação Nacional dos Trabalhadores Ferroviários, conforme prova o documento anexo (nº 6). Se o sindicato impetrante representasse realmente tais empregados, a contribuição sindical seria recolhida a seu favor. O recolhimento a favor da Federação é prova concludente de que tais trabalhadores estavam representados por nenhum sindicato, o que facilmente se infere do disposto nos artigos 579 e 591 da Consolidação das Leis do Trabalho, adiante transcritos:

Art. 579. «A Contribuição Sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591».

Art. 591. «Inexistindo sindicato, o percentual previsto no item III do artigo 589 será creditado à federação correspondente à mesma categoria econômica ou profissional.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, caberão à confederação os percentuais previstos nos itens I e II do art. 589».

Anote-se, neste passo, que em nada favorece o impetrante a circuns-

tância de a jurisdição da nova entidade eventualmente abranger área da antiga Estrada de Ferro Central do Brasil. É que a despeito disso, prevalece incontestemente o fato da ausência de representatividade da impetrante nessa área, em ordem a justificar a criação de outro sindicato, de menor base territorial. A propósito, as provas carreadas para os autos respaldam plenamente as assertivas da autoridade impetrada:

«O impetrante, não vinha mantendo nenhum delegado sindical em qualquer das cidades compreendidas na área de jurisdição do Sindicato de Belo Horizonte, recém-criado. E não vinha mantendo qualquer serviço de assistência médico-odontológica nessa mesma área.

Se o impetrante representasse os empregados que prestam serviços na SR-2 não teria solicitado ao MTb a extensão de sua representação a essa área. Tal solicitação é prova (confissão) de que não tinha, como de fato, não tem, a representatividade em apreço».

Na realidade, a tônica do sindicalismo entre nós tem sido a criação de sindicatos regionais, mais aptos a prestar assistência a seus associados e atingir suas finalidades precípua. Sindicatos de base estadual, interestadual ou nacional são sempre sindicatos de exceção, como observa Oliveira Vianna («Problemas de Direito Sindical», pág. 155). Com efeito, o espírito da lei é de favorecer a instituição das entidades locais, quando as circunstâncias o autorizem, competindo ao Ministério do Trabalho a delimitação de sua base territorial. O que se veda é o reconhecimento de mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional na mesma base territorial. Mas não se impede o desmembramento de determinada base territorial, quando os interesses da categoria profissional envolvida o reclama-

rem. No caso, o impetrante é sindicato interestadual, enquanto a entidade recém-criada é intermunicipal.

Portanto, ao exame dos fatos, não há reparo a fazer às conclusões a que chega a autoridade impetrada. É repeti-las:

«1. Em decorrência da sistemática sindical vigente, a existência de um sindicato de maior base territorial não impede que, nessa mesma base, se forme um sindicato de base menor;

2. Nestas condições, o impetrante, que tem maior base territorial, não podia (e não pode) impedir que nessa base, se formasse o sindicato de Belo Horizonte, de base menor;

3. Esses dois argumentos já evidenciam a improcedência do mandado de segurança;

4. O impetrante tem base também sobre o Estado de Minas Gerais apenas porque, ao se formar em correspondência com a empresa para a qual trabalharam seus associados, abrangeu cidades localizadas no referido Estado;

5. O Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias de Belo Horizonte abrange apenas empregados que prestam serviços na área abrangida pela antiga Rede Mineira de Viação. E sobre essa área o impetrante nunca teve jurisdição;

6. A inexistência de jurisdição sobre a citada área (SR-2) é reconhecida pelo impetrante, tanto assim que requereu ao MTb a extensão de sua representatividade sobre a mesma. Está também comprovada pelo fato de a Contribuição Sindical vir sendo recolhida a favor da federação, o que não ocorreria se houvesse, na área, sindicato que exercesse jurisdição;

7. Deste modo, é fora de dúvida que o sindicato de Belo Horizonte não invade, nem retira parte da área de jurisdição do impetrante. E para evitar essa invasão, o MTb

teve cuidado de especificar todas as cidades que ficaram integrando a jurisdição do novo sindicato (de Belo Horizonte).

Resulta, pois, indiscutível a improcedência do mandado de segurança. O impetrante não observou que, ao lado da base territorial, há que se considerar a representatividade e que a primeira se efetiva e se completa com a segunda. A jurisdição sobre determinado Estado somente se efetiva naquelas cidades sobre as quais os sindicatos têm representatividade, como ocorre no caso em exame. Aliás, prova concludente do que se afirma é que mais três sindicatos têm representatividade sobre cidades de Minas Gerais».

Face ao exposto, nego a segurança.

E o voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 92.117-DF — Rel.: Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. Requerente: Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona da Central do Brasil. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal indeferiu o mandado de segurança. (Em 19-6-81 — Sessão Plena).

Votaram com o Relator, os Srs. Mins. José Cândido, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg, Moacir Catunda, Jarbas Nobre, Aldir G. Passarinho, José Dantas, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Justino Ribeiro, Otto Rocha, William Patterson, Romildo Bueno de Souza, Pereira de Paiva e Sebastião Reis. Não participaram do julgamento os Srs. Mins. Peçanha Martins, Carlos Mário Velloso, Wilson Gonçalves, Adhemar Raymundo e Fláquer Scarcezini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Néri da Silveira.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.753 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara — RJ
Apelante: Instituto Nacional de Propriedade Industrial
Apelada: Fazenda Nova Granja Ltda.

EMENTA

Mandado de segurança. Informações da autoridade coatora. Propriedade Industrial. Impossibilidade de revogação de decisões administrativas, com caráter de definitividade, concessivas do registro.

I — Em mandado de segurança, as informações devem ser prestadas pessoalmente pela autoridade coatora, não podendo sê-lo através de procurador, em seu nome, ainda que munido de procuração, outorgando-lhe poderes especiais para aquele fim. Aplicação do art. 7º, inciso I, da Lei nº 1.533, de 31-12-51.

II — A decisão que, em definitivo, defere o pedido de marca não pode ser anulada pela Administração, se não viola a texto expreso de lei, nem revogada, por ofender direito pessoal do impetrante, oponível à Administração. Aplicação da Súmula nº 473 do Excelso Pretório.

III — O registro da marca «Nova Granja» não ofende o art. 65, item 20, da Lei nº 5.772, de 21-12-71 (Código da Propriedade Industrial).

IV — Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 19 de maio 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 (fls. 258/259):

«— Na inicial, a impetrante, em síntese, alega: a) que, em 26 de abril de 1979, depositara a registro as marcas nominativas «Nova Granja», para as classes 22 e 29, respectivamente, sob o termo nº 010.932/79 e sob o termo nº 010.933/79, tendo as viabilidades de registro sido publicadas na RPI nº 457, de 24 de julho de 1979, oportunidade em que se abriu o prazo de sessenta dias para a apresentação de oposições de terceiros, o que,

entanto, não se consumou; b) que os dois pedidos de registro acabaram sendo deferidos, conforme decisões publicadas na RPI nº 475, de 27 de novembro de 1979, oportunidade em que se abriu novo prazo de sessenta dias para a interposição de recursos de terceiros, o que, entanto, também não se consumou; c) que os avisos para pagamento das retribuições relativas à expedição dos certificados de registro e à sua manutenção durante o primeiro decênio foram publicados na RPI nº 497, de 29 de abril de 1980, tendo aquele pagamento sido efetuado dentro do prazo legal de sessenta dias; d) que, sem embargo disso, as duas decisões concessivas de registro resultaram revogadas e, conseqüentemente, indeferidos os dois pedidos, tendo tais decisões sido publicadas na RPI nº 549, de 28 de abril de 1981, o que constitui os atos administrativos ora impugnados; e) que a impetrante é uma sociedade regularmente constituída há mais de dez anos e sempre usou as marcas «Nova Granja» no exercício das suas atividades empresariais, como demonstra através de copiosa documentação apresentada. Sustentando a injuridicidade das revogações e conseqüentes indeferimentos, culmina por pleitear seja concedida a segurança, para que se mande anular as decisões revocatórias do deferimento dos pedidos de registro e, por conseguinte, expedir os competentes certificados.

— Requisitadas as informações, omite-se a nobre autoridade impetrada, manifestando-se apenas a doufa Procuradoria da entidade autárquica (fls. 244/249).

— O ilustrado órgão do Ministério Público Federal opina no sentido de que se denegue o mandamus, nos termos expostos na peça informativa (fl. 256).»

O Dr. Bento Gabriel da Costa Fontoura, MM. Juiz Federal no Rio de Janeiro, concedeu a segurança e remeteu os autos a esta Corte, argumentando (fls. 259/262):

«— Matéria prefacial:

— O Egrégio Tribunal Federal de Recursos já assentou que, em mandado de segurança, cabe à própria autoridade impetrada o dever de prestar pessoalmente as suas informações, não podendo fazê-lo através de procuradores (cf. Revista do Tribunal Federal de Recursos, v. 65, pág. 208/210). Nestes termos, o ofício juntado às fls. 244/249 não merece ser havido como peça informativa, vez que não assinado pela ilustre autoridade impetrada, mas sim por dois dignos procuradores da entidade autárquica, o que atesta a insuficiência no cumprimento do dever processual. Despicienda, aliás, se apresenta a outorga de poderes para prestar informações em mandado de segurança, como inserida no instrumento de fls. 250/250v, porque, em tal hipótese, a responsabilidade administrativa é pessoal e intransferível perante a Justiça, de modo que a peça informativa tem de ser sempre subscrita também pela autoridade impetrada, não bastando que o seja tão-somente por advogados para tanto constituídos (cf. Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança e Ação Popular, 3ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, pág. 47).

— Meritum causae:

— Não obstante as peripécias vividas perante a órbita administrativa, a espécie vertente se mostra bastante singela.

— A ora demandante depositou no INPI seus pedidos de registro das marcas nominativas «Nova Granja», para as classes 22 e 29, objetivando assinalar os produtos a serem comercializados, resultantes

da sua atividade (fls. 22 e 23). Publicadas as viabilidades (fls. 24/26) e não havendo oposições, os pedidos foram deferidos (fls. 27/29), contra o que nenhum recurso de terceiro resultou interposto. Publicados os avisos para pagamento das retribuições relativas à expedição dos certificados de registro e à sua manutenção durante o primeiro decênio (fls. 33/32), a ora demandante providenciou tempestivamente (fls. 33/36). Não obstante tudo isso, sobreveio a revogação do deferimento dos pedidos de registro, sob o argumento de necessidade de reexame da matéria, seguindo-se, de imediato, o indeferimento (fls. 18/21).

— Inquestionavelmente, a Administração Pública pode invalidar os seus próprios atos, quer por revogação, quer por anulação, que constituem duas modalidades distintas de invalidação, pois a revogação é o desfazimento do ato administrativo por motivo de conveniência ou de oportunidade, ao passo que a anulação é o desfazimento do ato administrativo por motivo de injuridicidade. De tal sorte, o ato inoportuno ou inconveniente pode ser revogado, ao passo que o ato injurídico deve ser anulado, mas a revogação não deve atentar contra direito adquirido (STF, Súmula nº 473), enquanto que a anulação pressupõe a inexistência de direito subjetivo, porque este não pode nascer de um ato injurídico.

— No caso sub *judice*, a autoridade impetrada revogou expressamente as decisões deferitórias dos pedidos de registro, o que faz presumir a invalidação daqueles dois atos administrativos por razões de conveniência ou de oportunidade, possivelmente por mudança de orientação a respeito do assunto, constituindo aquelas duas revogações os atos impugnados neste rémédio heróico.

— Cumpre, portanto, perquirir-se se dos dois atos revogados se tinham aperfeiçoado direitos subjetivos e se, por isso mesmo, os atos revocatórios atentaram contra tais direitos.

— A resposta é afirmativa.

— Efetivamente, se é verdade, por um lado, que tão-somente o registro da marca é que confere direito real, oponível erga omnes (Lei nº 5.772/71, art. 59), e se é verdade, por outro lado, que o depósito do pedido de registro representa mera expectativa de direito (Lei cit., art. 78), não é menos verdade que o ato administrativo corporificado pelo deferimento do pedido, após o exame prévio e sem nenhuma oposição, implica em direito não-real, mas oponível à Administração Pública, que não pode furtar-se mais ao dever de expedir o respectivo certificado, desde que paga a devida retribuição (Lei cit., art. 83), e que só poderá rever administrativamente a concessão do registro, por motivo de injuridicidade, através do procedimento específico, a ser iniciado no prazo máximo de seis meses e com a audiência do interessado (Lei cit., art. 101).

— O que não se mostra lícita, porém, é a revogação de plano do deferimento do pedido de registro, à revelia das normas procedimentais incidentes, vez que da decisão deferitória nascera o direito ao registro, um direito não-real, mas um direito. Em assim sendo, não se deve confundir o direito real, oponível erga omnes, constituído pelo registro da marca, com o direito não-real, oponível à Administração Pública, que nasce do deferimento do pedido e que se traduz por um direito de se fazer o registro.

— Discorrendo em torno do art. 135 do Decreto-Lei nº

7.903/45, que, em princípio, corresponde ao art. 83 da Lei nº 5.772/71, assinalara Pontes de Miranda:

«O registro é efeito mandamental da decisão administrativa constitutiva que defere o pedido de registro, trântita em julgado. O depósito é efeito do despacho mandamental que defere o requerimento, no que diz respeito ao depósito e ao procedimento.

Deferido o pedido de registro, registra-se a marca de indústria ou de comércio. A certidão desse registro é que é certidão de registro, inconfundível com a certidão do depósito, que se dá no início do processo» (cf. Tratado de Direito Privado, 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoli, 1971, vol. 17, pág. 81).

— Exercitado, pois, o «judicial control» sobre os atos impugnados, evidencia-se a sua injuridicidade, motivo pelo qual se impõe o deferimento do almejado writ of mandamus, como medida de inteira Justiça.»

Apelou o INPI (fls. 267/273). Preliminarmente, sustenta que não podia o magistrado a quo ter considerado omissa a autoridade impetrada, em relação ao pedido de informações, se estas foram tempestivamente prestadas pelo Procurador-Geral da autarquia, em nome do impetrado e com base em procuração específica deste, que contém poderes especiais para isso. Aduz que, à vista do art. 7º da Lei nº 1.533/51, não se pode exigir que a autoridade impetrada subscreva pessoalmente as informações. No mérito, argumenta que «ato atacado é de natureza anulatória e não revocatória, pois foi editado para invalidar outros atos administrativos que tinham sido inadvertidamente praticados com vício de legalidade, por haverem publicado a viabilidade e deferido o registro de marca cuja concessão incidia na

proibição prevista no art. 65, item 20, do Código da Propriedade Industrial», pouco importando que tenha saído sob a denominação genérica de «revogação». Diz — contraditando a sentença — que, se a impetrante não era, ainda, titular de direito real, o que tinha, com base no depósito do pedido, não passava de mera expectativa de direito. Ademais, se o processo estava em curso, podia a autoridade administrativa, como o fez, anular os atos viciados, em termos de legalidade, não tendo sentido que a administração esperasse que aquele processo chegasse ao fim, para, em seguida, proceder à revisão administrativa prevista no art. 101 do Código da Propriedade Industrial. Pede, afinal, que seja cassada a sentença recorrida e denegada a segurança.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 281/287), subiram os autos e, neste Tribunal, a doutra Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Paulo A. F. Sollberger, ilustre Subprocurador-Geral, opinou pela confirmação da sentença, não pelos seus fundamentos, mas por entender registrável o registro da marca da impetrante.

Assinalo, ainda, que me veio às mãos memorial entregue pelo ilustre Procurador-Geral do impetrado, Dr. Nelson Fagundes de Mello.

É o relatório.

VOTO

I

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Preliminarmente, penso que agiu, corretamente, o ilustre julgador de primeiro grau, ao deixar de considerar as informações, por não terem sido prestadas pessoalmente pela autoridade impetrada, mas pelo Procurador-Geral da autarquia.

Nesse sentido, lembrou, com inteira pertinência, o decidido pelo Plenário desta Corte no MS nº 85.932 — RJ, do qual foi Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, achando-se a ementa do acórdão, então proferido, assim redigido (Revista do TFR nº 65, pág. 208):

«Mandado de segurança — Estabelecido em regra de natureza processual (art. 7º, I, da Lei nº 1.533/51) que as informações serão prestadas pessoalmente pelo coator, padece de vício de ilegalidade a Portaria 954, de 1978, baixada pelo Ministro da Previdência e Assistência Social com apoio na delegação de poderes de que trata o Dec. nº 80.303/77, dispondo de forma diversa, por isso que esse diploma legal não prevê tal atribuição, e nem poderia fazê-lo, sob pena de inconstitucionalidade.»

No corpo do seu voto, argumentou aquele ilustrado Ministro (Revista do TFR nº 65, pág. 210):

«Como se vê, a delegação aí contida não abrange a hipótese da prestação de informações pelos procuradores dos impetrantes em mandado de segurança requerido contra o Presidente respectivo, e não poderia abrangê-lo, pois, sendo estabelecido em lei que ditas informações serão prestadas pelo coator (art. 7º, inciso I, da Lei nº 1.533/51), tal regra, de natureza processual, não poderia ser derogada por portaria e, nem mesmo objeto da delegação prevista no art. 51, parágrafo único, da Constituição, pois nesta se cuida de atribuições privativas do Presidente da República, enquanto legislar sobre direito processual, compete à União (art. 8º, XII, letra b, da Constituição), e, portanto, ao Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República.

Legítima é, assim, a exigência do MM. Juiz apontado como coator

no sentido de que os pedidos de informações relativos a mandado de segurança sejam respondidos pela autoridade impetrada, pessoalmente, e não por Procurador, sendo incontestável, no caso, que a Portaria 954, de 1-3-78, padece de vício de ilegalidade porque excessiva do Decreto nº 80.303/77, o qual, de sua vez, caso dispusesse autorizando a norma da aludida portaria, seria inconstitucional.

O que é admissível, isso sim, é a autoridade dirigir-se ao magistrado que solicitou informações em ofício por si assinado, encaminhando, para esclarecimento das razões de seu ato, parecer elaborado por procurador da entidade.»

Allás, tal é, também, o entendimento da doutrina.

Hely Lopes Meirelles, a respeito do assunto, escreveu (Mandado de Segurança e Ação Popular, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª ed., 1980, pág. 50):

«As informações constituem a defesa da Administração. Devem ser prestadas pela própria autoridade argüida de coatora, no prazo improrrogável de 10 dias (art. 7º, I, da Lei nº 1.533/51, com a alteração introduzida pela Lei nº 4.348/64). Podem ser subscritas por advogado, mas juntamente com a autoridade responsável pelo ato sub iudice, porque a responsabilidade administrativa é pessoal e intransferível perante a Justiça. A Administração só se faz presente, em mandado de segurança, até a prestação das informações, pela autoridade contra quem é impetrada a ordem. Daí por diante o processo pode e deve ser acompanhado por procurador habilitado nos autos, mas as ordens de execução da segurança serão sempre dirigidas à própria autoridade coatora e por ela cumpridas direta e imediatamente, sob pena de incidir

no crime de desobediência (Código Penal, art. 330). Somente as intimações sobre a tramitação do processo e recursos é que serão feitas na pessoa do procurador habilitado nos autos».

Na mesma linha de entendimento, o insigne Moacyr Amaral Santos (Natureza Jurídica do Mandado de Segurança, Arquivos do Ministério da Justiça, nº 114, págs. 33/34):

«A particularíssima especialidade do processo do mandado de segurança já se vislumbra na defesa que, sem deixar de o ser (pois do contrário estaria violado o princípio do contraditório), toma a forma de informações, que outra coisa não visam senão a impugnar a ação, tanto no respeitante ao processo como em relação ao mérito. Instituído defesa sob a forma e com a denominação de informações, a lei teve em atenção a circunstância de o sujeito passivo da ação ser uma autoridade que nessa qualidade é acionada. Por isso mesmo, esta, que se defende pessoalmente, não através de advogado, se dirige ao Juiz por ofício, não através de petição que se contém em toda contestação».

II

Quanto ao mérito, procura o impetrado sustentar a validade dos atos impugnados, aduzindo que, embora os tenha denominado de revogação, consubstanciam, na verdade, anulação, desde que os pedidos de registro da impetrante ferem o artigo 65, item 20, do Código da Propriedade Industrial. Por isso mesmo — acrescenta — não teria sentido que aguardasse a expedição dos certificados de registros, para só, então, revê-los administrativamente, na forma estabelecida no art. 101 da Lei nº 5.772/71.

A meu ver, os atos malsinados foram, na verdade, praticados, tendo

em vista, precipuamente, aspectos de conveniência e oportunidade. Tanto assim que exprimem mudança de orientação do impetrado, quanto à interpretação do preceito do Código da Propriedade Industrial que diz violado (art. 65, inciso 20). Com efeito, a impetrante, na inicial (fls. 11/14), trouxe à colação um extenso elenco de marcas semelhantes que anteriormente haviam sido registradas (Inox, Nova Mirante, Neoplástica, Flor de Cacao e outras), umas, inclusive, com o respaldo desta Corte («Ourovião». AMS nº 80.352-RJ, Relator o Sr. Ministro Armando Rollemberg; «Brilho cerâmica», AC nº 56.947-RJ, Relator o Sr. Ministro Romildo Bueno de Souza; «Crismetal», AC nº 52.388-RJ, Relator o Sr. Ministro Carlos Mário Velloso). Portanto, a hipótese enquadra-se mesmo como caso de revogação e não de anulação.

Aliás, a argumentação do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, embora encampando as razões do impetrado no sentido de que as decisões atacadas não traduzem «revogação», mas «anulação», demonstra, categoricamente, que, no caso, não há nenhuma «frontal violação» ao art. 65, item 20, do Código da Propriedade Industrial.

Argumenta aquele pronunciamento (fls. 293/294):

«7. Entende o INPI que os pedidos de registro da impetrante «ferem frontalmente» o art. 65, item 20, do CPI, uma vez que a expressão Nova Granja guarda íntima relação com os artigos que pretende assinalar (ovos, aves, carnes, legumes, etc.), sendo assim irregistrável como marca, ao teor de dispositivo legal citado, que estabelece:

«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».

8. Carvalho Mendonça define a denominação necessária como «a que se prende à própria natureza do produto designado; é a que se acha a ela incorporada, constituindo o seu próprio nome; ao passo que a denominação vulgar, usual (ou comum), segundo o autor, «é aquela que, não tendo sido originariamente o verdadeiro nome do produto, acabou por ser consagrada pelo uso, entrando na linguagem corrente como seu nome» (Tratado de Direito Comercial, Vol. V, parte 1ª, págs. 254/255).

9. A proibição de se registrar como marca as denominações necessárias ou vulgares, desde que tenham relação com o produto, visa impedir que um comerciante ou industrial se aproprie dos nomes dos próprios produtos que vende ou fabrica, impedindo que seus concorrentes exerçam o direito de se servirem deles.

10. Todavia, como observa Gama Cerqueira, a proibição não é absoluta. Em primeiro lugar, admite a lei que essas denominações sejam registradas como marcas quando revestidas de «forma distintiva», «pois nesse caso entende-se que o que a lei protege é a forma adotada» e não a denominação em si. Em segundo lugar, «não basta que o sinal adotado tenha uma relação qualquer com o produto ou artigo que distingue»; é preciso que essa relação seja necessária ou, pelo menos, direta e imediata. Se a denominação «se relacionar ape-

nas de modo fantasista ou indireto com o produto, a regra deixa de ter aplicação» (Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II, tomo II, parte III, pág. 9).

11. Estão nesse caso as chamadas marcas evocativas, em que os comerciantes e industriais procuravam evocar a natureza ou as virtudes do produto, sem que a denominação utilizada tenha uma relação necessária, direta, com o mesmo.

12. Paul Reynoard assinala que certos fabricantes preferem imaginar e forjar integralmente sua marca, enquanto outros preferem marcas que evoquem mais ou menos o produto, acrescentando o autor que estas últimas, se não podem ser consideradas comercialmente excelentes, são juridicamente válidas (Marques de Fabrique, nº 9).

13. Nesta categoria inclui-se, a nosso ver, a marca Nova Granja, a qual, embora evoque a origem dos produtos que visa distinguir, não os descreve, relacionando-se com os mesmos de maneira indireta.

14. Cumpre observar, a propósito, que a referida marca teve seu clichê publicado no Diário Oficial, sem que ocorresse qualquer manifestação de terceiros contra o seu deferimento (art. 79, § 4º, do CPC), podendo-se, desse modo, presumir que nenhum industrial do ramo se sentiu prejudicado pelo respectivo registro».

Portanto, se os atos impugnados não se revestem de ilegalidade, hipótese em que a administração poderia anulá-los, sem que deles originassem quaisquer direitos para os seus beneficiários (Súmula nº 473 do STF) não há como negar-lhes o caráter revocatório.

E, sob tal aspecto, bem demonstrou a sentença, impunha-se que, na espécie, se respeitasse direito do impetrante, decorrente do ato administrativo corporificado no deferimento do registro que, embora não tendo o caráter real, em razão de não ter aquele, ainda, se efetivado, nem por

isso deixa de ser oponível à Administração.

III

Por tais fundamentos, confirmo a sentença; nego provimento à apelação.

REMESSA EX OFFICIO Nº 97.228 — SP

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara de São Paulo

Partes: Cartos Ind. Com. Ltda. e outros e União Federal

EMENTA

Tributário.

A denúncia espontânea pressupõe a inexistência de início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração (CTN, art. 138, § único).

O pagamento de parcela da dívida há de efetivar-se nos próprios autos da cobrança judicial, garantida a satisfação do saldo devedor por um dos modos previstos no art. 9º caput, da Lei nº 6.830/80.

Segurança cassada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, conhecer da remessa oficial para reformar a sentença remetida 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, 27 de outubro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Antônio Torreão Braz, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Cartos Indústria e Comércio

Limitada impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em São Paulo, objetivando, com fundamento no art. 138 do Código Tributário Nacional, o recolhimento de débito referente a IPI — discriminado na confissão de dívida (fl. 17) — acrescido unicamente de juros da mora, «sem prejuízo da discussão, em ação própria, de parcelas outras que a Fazenda julguese acaso credora.»

Edmundo Maurício Corrêa & Filhos Ltda. e outras requereram sua admissão como litisconsortes (fls. 19/21), pedido que foi deferido (fls. 227v.).

Informações às fls. 231/248.

O Dr. Juiz Federal em exercício na 6ª Vara de São Paulo concedeu a segurança, nos termos do pedido (fls. 286/289).

Não houve apelação.

Os autos vieram a este Tribunal por força de remessa de ofício, onde a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela reforma da sentença, entendendo ser possível o pagamento de parcela da dívida, desde que garantida a parte duvidosa, a ser discutida posteriormente (fls. 309).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): A impetrante e suas litisconsortes pediram a segurança, a fim de compelir a autoridade fiscal a expedir as guias para o recolhimento do débito confessado, acrescido unicamente dos juros de mora, sem prejuízo da discussão, em ação própria, de parcelas outras de que a Fazenda se julgue acaso credora.

A origem desse débito varia de postulante a postulante e diz respeito a Imposto sobre Produtos Industrializados, a Imposto sobre Transportes Rodoviários, a Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e a Imposto de Renda na Fonte.

A pretensão está escudada no art. 138 do CTN e no art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830, de 22-9-80.

Ao contrário do que pareceu ao ilustre julgador monocrático, tenho que a hipótese sob exame não se enquadra na moldura das disposições legais invocadas.

A denúncia espontânea há de abranger a totalidade do tributo, não admitindo resíduos cuja apuração deva ficar a cargo da repartição fazendária. Se o contribuinte quer pagar apenas aquilo que se lhe afigura devido, não incide a regra do citado art. 138. Ademais, a espontaneidade da confissão, para o fim aqui visado, pressupõe a inexistência de início de

qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração, a teor do parágrafo único do mesmo art. 138.

A autoridade informante assevera que, à data da denúncia, todos os débitos já eram objeto de processo de cobrança e se compunham de parcelas outras a cujo recolhimento as impetrantes estão obrigadas (fls. 231/248).

Essa só circunstância afasta a liquidez e certeza do direito pleiteado neste «writ».

De outra parte, como é óbvio, o art. 9º, § 6º, da Lei nº 6.830/80, só é aplicável às execuções fiscais em curso.

Destarte, o pagamento de parcela da dívida há de efetivar-se nos próprios autos da cobrança judicial, garantida a satisfação do saldo devedor por um dos modos previstos no caput do dispositivo. Qualquer outra interpretação, data venia, será arbitrária e não condiz com a mens legis.

A respeitável decisão de primeiro grau, no meu sentir, subverteu os princípios e regras jurídicas que regem o sistema tributário, como bem anotou a douta Subprocuradoria-Geral da República.

A tal conclusão chegaram, por igual, precedentes desta eg. Turma (AMS nºs 95.328 e 96.476, Relator Ministro José Dantas).

Com essas considerações, conheço da remessa oficial para reformar a sentença remetida e cassar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

REO nº 97.228-SP — Relator: O Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Remte.: Juízo Federal da 6ª Vara de São Paulo. Partes: Cartos Ind. Com. Ltda. e outros e União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu da remessa oficial para reformar a sentença remetida e cassar a segurança. (Em 27-10-82 — 6ª Turma).

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 98.272 — DF

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Requerente: SUPERGASBRÁS Distribuidora de Gás S/A

Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda

EMENTA

Tributário. Pena de Perdimento da Mercadoria e do Veículo. Decreto-Lei nº 37/66, art. 105, inciso V.

A decisão na instância criminal só influi na instância administrativa, quando nega a existência material do fato ou que o acusado tenha contribuído para a sua produção (Cód. Civil, art. 1.525; Cód. Proc. Penal, art. 66).

Todavia, se a responsabilidade penal e a responsabilidade administrativa assentarem em fato que tenha a mesma qualificação jurídica nos dois ramos de direito, a decisão criminal, afastando a ocorrência desse fato jurídico, condiciona a jurisdição administrativa.

«Comércio de formiga», como tal definido no Comunicado CACEX nº 79/6, item 42.

As mercadorias objeto desse comércio são de livre exportação, não se enquadrando a sua venda em qualquer das hipóteses previstas nos arts. 104 e 105 do Dec.-Lei nº 37/66 ou daquelas referidas no art. 23 do Dec.-Lei nº 1.455/76.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Decide o Plenário do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, deferir o Mandado de Segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1982 (data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: SUBERGASBRÁS Distribuidora de Gás S.A., qualificada na Inicial, requer mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Fazenda que lhe aplicou a pena de

perdimento de um caminhão, marca Mercedes Benz e de dezenas de bujões de gás liquefeito de petróleo.

Aduz que é estabelecida com o comércio e indústria de gás liquefeito de petróleo, devidamente autorizada pelo Conselho Nacional de Petróleo.

Na qualidade de concessionária de serviços públicos, suas unidades distribuem gás de cozinha nos lugares mais recônditos do território nacional, inclusive em vasta faixa da fronteira.

Assim procedia em Foz do Iguaçu, Estado do Paraná, quando agentes da Receita Federal apreenderam o veículo e mercadorias já referidas, sob a alegação de prática de descaminho, daí advindo o ato impugnado, com fundamento nos arts. 23, parágrafo único, e 24 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7-4-76.

Não há como vislumbrar nesse fato exportação clandestina, tanto que no processo penal, que correu paralelamente ao procedimento administrativo, o Dr. Juiz Federal, a requerimento do Ministério Público, mandou arquivar o inquérito policial, dada a inexistência, em tese, de contrabando ou descaminho.

A ilustre autoridade impetrada prestou as informações de praxe, nestes termos (fls. 21/24) (Lê).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Geraldo Andrade Fonteles, opinou pela denegação do pedido (fls. 27/28).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Reza o art. 1.525 do Código Civil:

«Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu a., quando estas questões se acharem decididas no crime».

A responsabilidade civil está empregada, no texto, em oposição à responsabilidade penal. Abrange, em consequência, toda e qualquer responsabilidade não compreendida nesta última.

Com outras palavras, o art. 66 do Código de Processo Penal repete o preceito da lei civil, ao estatuir que «não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato».

Invocando trabalho do Prof. Mendes Pimentel a propósito do tema, Aguiar Dias assim resume a inteligência dessas disposições («Da Responsabilidade Civil», 3ª ed., 1954, Tomo II, pág. 816): «Colocou em relevo a solução afinal dominante na jurisprudência e na doutrina: decidido no juízo penal que o evento imputado não ocorreu (*res judicata in rem concepta*) ou que o acusado não praticou e nem tomou parte na sua produção (*res judicata in personam concepta*), não é mais permitida, na instância cível, a discussão sobre a existência do fato ou sobre a autoria ou co-participação do réu». E colaciona acórdão da antiga Corte de Apelação do Distrito Federal, no qual se afirma, sob a inspiração da concepção unitária da justiça social: «Não pode a instância criminal dizer sim quando a jurisdição civil diz não, ou vice-versa, sob pena de contradição, que é inconciliável com aquela noção de unidade. E essa contradição só em dois pontos pode ocorrer: em relação ao fato e ao seu

a. Quanto a outros pontos, a contração não é possível, porque são diversos os princípios que regem uma e outra jurisdição» (obr. cit., pág. 818).

A regra do art. 67 do CPP é ociosa porque, conforme anota Basileu Garcia (RT, vol. 191, pág. 9), apenas desenvolve algumas das conseqüências da norma do art. 66. Não seria preciso registrar, por isso que não compreendido nos dois referidos pontos, que não influirá na jurisdição civil a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

É mister, entretanto, que não se emprestem efeitos absolutos a esta norma por último citada. A absolvição criminal não raro deixa resíduos que servem de suporte à reparação civil ou, no magistério de Mendes Pimentel, o julgado criminal não condiciona o civil «porque não são idênticos num e noutro direito os princípios determinantes da responsabilidade; no crime, a responsabilidade por culpa é exceção, e no civil é a regra». Eis a ratio essendi do art. 67, inciso III, do Código de Processo Penal.

Quid juris, porém, se a responsabilidade penal e a responsabilidade administrativa assentarem em fato que tenha a mesma qualificação jurídica nos dois ramos de direito?

Quando ocorre a apreensão de mercadorias em descaminho, este fato submete o infrator à jurisdição penal e à jurisdição administrativa. Na primeira, a conseqüência será a condenação às penas abstratamente cominadas no art. 334 do Código Penal; na segunda, a pena de perdimento prevista nos arts. 23, § único, e 24 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Se o conceito de descaminho é idêntico no direito penal e no direito

administrativo, ou seja, a ilusão do pagamento de direto ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria no País, a jurisdição administrativa não pode dizer sim quando a jurisdição criminal diz não, porque tal divórcio implicaria afronta à concepção unitária da justiça social. Da absolvição na instância penal não sobram resquícios que autorizem qualquer medida punitiva na instância administrativa.

No caso concreto, as informações revelam que o ato impugnado teve fulcro no art. 105, inciso V, do Decreto-Lei nº 37/66, o qual prevê o perdimento da mercadoria «nacional ou nacionalizada, em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada em zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se à exportação clandestina».

Ora, o simples fato de achar-se a mercadoria em zona de vigilância aduaneira não constitui infração administrativa. É preciso ainda que as circunstâncias evidenciem destinar-se ela à exportação clandestina, que outra coisa não significa que contrabando ou descaminho.

Se esse elemento essencial do tipo — crime de contrabando ou descaminho — não existiu, porque decisão na instância penal, já encoberta pela preclusão, assim proclamou, segue-se que a autoridade fazendária não era lícito decretar a pena increpada sob o fundamento invocado, visto como se identificam, no particular, o ilícito penal e o ilícito fiscal.

Ademais, o órgão do Ministério Público, ao pedir o arquivamento do inquérito, entendeu configurar a es-

pécie o «comércio de formiga», que o Comunicado Cacex nº 79/6, item 42, assim define: «É aquele realizado pelas populações limítrofes para complementação de suas economias. Caracteriza-se por ser comércio de mercadorias a varejo, destinar-se ao consumo das populações vizinhas do Brasil e do país limítrofe, e por limitar-se cada operação ao equivalente, em cruzeiros, a US\$ 150». As mercadorias objeto desse comércio, reza o item 6, letra c, do mesmo Comunicado, são de livre exportação.

Assinalou, na sua promoção, o ilustre membro do parquet (fls. 8v.):

«Ora, ao preço atual de Cr\$ 585,00 o bujão e de Cr\$ 146,00 (média) o valor do dólar, a venda do conteúdo de 63 bujões não ultrapassa o limite, tanto mais que se tratava de venda a diversas pessoas. Venda, diga-se de passagem, perfeitamente legítima, porque feita no Brasil em circunstâncias que prescindem inclusive da perquirição pelo vendedor sobre a nacionalidade do comprador e do que pretende fazer com a mercadoria».

À luz dessas considerações, parece-me claro que, mesmo abstraído o problema da existência ou inexistência de crime, não seria de considerar-se legítima a penalidade fiscal, por isso que o fato não se subsume em nenhuma das hipóteses

previstas nos arts. 104 e 105 do citado Decreto-Lei nº 37/66 ou daquelas a que se refere o art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Isto posto, concedo a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 98.272-DF — Rel.: Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Reqte.: SUPERGASBRÁS Distribuidora de Gás S.A. Reqdo.: Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu o Mandado de Segurança. Sustentaram oralmente o Dr. Joffre Gomes da Costa Júnior e o Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles (T. Pleno — Em 18-11-82).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Mário Velloso, Otto Rocha, Wilson Gonçalves, William Patterson, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, José Cândido, Antônio de Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Armando Rollemberg, Lauro Leitão, Carlos Madeira e Gueiros Leite. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moacir Catunda, Washington Bolívar, Ademar Raymundo, Pereira de Paiva, Pedro Acioli, Américo Luz e Fláquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.822 — SP

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Suscitante: Juiz de Direito de Presidente Venceslau — SP

Suscitado: Juiz Federal da 3ª Vara — SP

Parte A: Justiça Pública

Parte R: Ciro dos Santos Rocha

EMENTA

É competente a Justiça Federal para processar e julgar as contravenções de que trata o art. 27 do Código de Caça (Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967).

ACORDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o Conflito, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 3ª Vara-SP, suscitado, 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 setembro de 1982 (data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Iniciado processo contravencional contra Ciro dos Santos Rocha na Delegacia de Polícia de Presidente Venceslau-SP, por infração do art. 27, combinado com o art. 19, ambos do Código de Caça (Lei nº 5.197, de 3-1-67), e remetidos os autos à Seção Judiciária de São Paulo, o doutor Juiz Federal da 3ª Vara declinou da competência para a Justiça local e determinou remessa dos mesmos para a Comarca de Presidente Venceslau.

O doutor Juiz de Direito dessa Comarca, por sua vez, deu-se por incompetente e suscitou conflito negativo, ordenando a remessa dos autos a este Egrégio Tribunal.

A d. Subprocuradoria, louvando-se em manifestação da

doutora Haydevalda Aparecida Sampaio, opina pela competência da Justiça Federal.

Ê o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger (Relator): Sr. Presidente, ao propósito tem esta Seção se manifestado de forma homogênea, ao que se vê do recente acórdão publicado no DJ de 26-2-82, no CC nº 4.394-SP, relator o eminente Ministro William Patterson, secundando pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal (CC. nº 6.277-0-SP, Relator o preclaro Ministro Soares Muñoz).

Afinando com esses lúcidos ensinamentos, julgo procedente o conflito, dando pela competência do doutor Juiz Federal suscitado.

EXTRATO DA MINUTA

CC 4.822-SP — Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger. Suscitante: Juiz de Direito de Presidente Venceslau-SP. Suscitado: Juiz Federal da 3ª Vara-SP. Parte A: Justiça Pública. Parte R: Ciro dos Santos Rocha.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o Conflito, para declarar competente o MM. Juiz Federal da 3ª Vara-SP, suscitado (Em 15-9-82 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Pereira de Paiva, José Cândido, Fláquer Scartezini e Costa Lima votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.874 — PR

Relator: O Sr. Ministro Leitão Krieger

Suscitante: Juiz Federal da 3ª Vara — PR

Suscitado: Juiz de Direito da Vara Criminal de Açaí — PR

Parte A: Justiça Pública

Parte R: Yvichi Fuji

EMENTA

É competente a Justiça Federal para processar e julgar as contravenções previstas no art. 26 da Lei nº 4.711, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal).

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar improcedente o Conflito e declarar competente o MM. Juiz Federal da 3ª Vara — PR, suscitante, 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 setembro de 1982 (data do julgamento) — Ministro José Dantas, Presidente — Ministro Leitão Krieger, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Na Comarca de Açaí, Paraná, foi instaurada ação penal contra Yvichi Fuji, na qual se lhe atribui a prática de contravenções previstas nos arts. 26, letras a e b, combinado com o art. 2º, letra a, item I, art. 10 e art. 26, letra g, combinados com o art. 16, letra a, e agravadas as infrações pelo art. 31, letra b, todos da Lei nº 4.711, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal). É que, segundo a Portaria, teria aquele acusado procedido ao abate de mata e extração

de lenha em área considerada de preservação permanente, com inclinação superior a 25 graus e a menos de cinco metros de curso d'água.

Remetido o processo a juízo, o doutor Juiz de Direito, acolhendo promoção do MP, declina da competência para a Justiça Federal, Seção do Paraná (fls. 60).

Por sua vez, o ilustrado Juiz Federal da 3ª Vara daquela Seção, também acolhendo pedido do MPF, suscita conflito negativo de competência, determinando a remessa dos autos a este Egrégio Tribunal.

Chamada à fala a douta Subprocuradoria da República, calcada em manifestação da doutora Haydevalda Aparecida Sampaio, opina pela improcedência do conflito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão Krieger: Sr. Presidente, a matéria em exame se mostra remansosa nesta Seção, tendo as Egrégias Turmas se manifestado de maneira uniforme no sentido de que competente é a Justiça Federal para processo e julgamento das contravenções previstas no Código Florestal.

A propósito, lembra o Parecer da douta Subprocuradoria da República

os acórdãos publicados no DJ de 8-10-81, pág. 9.982, CC 4.386-SP; e CC 4.381-SP, DJ de 4-6-81, relatores, respectivamente, os eminentes Ministros Otto Rocha e Torreão Braz.

Seguindo a trilha daqueles doutos pronunciamentos, aliás acordos com o sentir do Colendo Supremo Tribunal Federal, julgo improcedente o conflito, dando pela competência do doutor Juiz Federal da 3ª Vara de Curitiba, ora suscitante.

EXTRATO DA MINUTA

CC 4.874-PR — Relator: Ministro Leitão Krieger. Suscitante: Juiz Fe-

deral da 3ª Vara — PR. Suscitado: Juiz de Direito da Vara Criminal de Açaí — PR. Parte A: Justiça Pública. Parte R.: Yvichi Fuji.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou improcedente o Conflito e declarou competente o MM. Juiz Federal da 3ª Vara — PR, suscitante (Em 15-9-82 — Primeira Seção).

Os Srs. Ministros Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Otto Rocha, William Patterson, Adhemar Raymundo, Pereira de Paiva, José Cândido, Flaquer Scartezini e Costa Lima votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Dantas.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 4.888 — SP

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Suscitante: Juízo Federal da 4ª Vara — SP

Suscitado: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de São Paulo

Partes: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social e Rádio Difusora de São Paulo S.A.

EMENTA

Processual Civil. Execução Fiscal. Bens penhorados anteriormente à decretação da falência.

— Arrecadação. Ilegitimidade da arrecadação, assim como a de qualquer ingerência do juiz da falência na administração dos bens penhorados em execução fiscal anteriormente à decretação da quebra do devedor.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, julgar procedente o Conflito, declarando competente o Juízo Federal da 4ª Vara de São Paulo, suscitante, 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 1982 (data do julgamento) — Ministro Washington Bolívar de Brito, Presidente — Ministro José Fernandes Dantas, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Dantas: Trata-se de conflito positivo de competência, suscitado pela Juíza Federal Ana Maria Goffi. É que, por mandato seu, procedera-se à penhora dos bens da Rádio Difusora de São Paulo

S/A, a 21-8-81, na execução movida pelo IAPAS, deixados os mesmos em poder de depositário indicado pelo exeqüente; sobrevindo a decretação da falência da executada a 31 daquele mês, o respectivo Juiz Estadual, 4ª Vara Cível da Capital Paulista, comunicou à ora suscitante que, a pedido do síndico nomeado, autorizara a locação de um dos imóveis objeto daquela penhora, pelo que solicitava as providências necessárias da retirada da guarda policial-militar, para acesso da locatária ao imóvel locado; dada a concordância do exeqüente e considerada a ausência de prejuízo para as partes, determinara a suscitante as providências solicitadas, apressando-se, porém, em promover o presente conflito, a peso da notória incompetência do Juiz da Falência para comprometimento de bens penhorados em execução fiscal de curso anterior — Súmula 44 — TFR.

Pendente o feito de parecer da Subprocuradoria-Geral da República, a 1 de junho p. passado, a suscitante oficiou ao Relator que dera ao Juiz da Falência notícia da instauração do conflito, lembrando-o da impossibilidade da arrecadação daqueles bens até a indagada definição de competência — fl. 58.

Daí que solicitei informações do Juiz suscitado, prestando-as S. Exa. nos seguintes termos:

«Em atendimento ao Ofício nº 1.383, em que me é requisitada manifestação a propósito do conflito supradito, tenho a honra de noticiar a Vossa Excelência o seguinte:

1. A 31 de agosto de 1981, foi decretada por este Juiz a falência da Rádio Difusora de São Paulo S/A., não se logrando, apesar de diversas tentativas do síndico, proceder à arrecadação dos bens da massa em face da oposição sistemática do Instituto de Administração Finan-

ceira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) que, perante o MM. Juízo suscitante, obteve, antes da quebra, arresto e penhora de bens da falida e liminar em mandado de segurança perante o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, contra a afirmada arrecadação, tendo sido lacrados os estabelecimentos da devedora por ordem do suscitante.

2. Cientificado este Juízo, a 28 de maio p.p., do presente conflito, foi sustada a predita arrecadação, na mesma data.

3. Entende o suscitado que, em face do disposto nos artigos 7º, § 2º, e 23 da Lei de Falências, instituidores do Juízo universal da quebra, é ele competente, in casu, a despeito das ponderações em contrário da douta Juiza suscitante, pois, exercendo o juiz da falência, de um lado, o papel de administrador (examinando a oportunidade e conveniência de negócios relativos à massa) e de outro, o papel jurisdicional (apreciando a legitimidade das pretensões dos envolvidos na execução coletiva), não é lógico nem consentâneo com o direito a divisão de funções, o que, precisamente, levou o legislador brasileiro a estabelecer a universalidade e indivisibilidade do juízo falitário.

Demais disso, pouco importando a anterioridade do executivo fiscal e mesmo dos atos constitutivos aos bens da falida em relação ao decreto de quebra (tal não altera a determinação legal da unidade do *judicium* falimentar), verdade é que nenhum prejuízo poderá ocorrer a qualquer credor, pela necessidade inarredável de observância de todas as prelações na classificação dos créditos.

4. Encaminho a Vossa Excelência cópia do despacho concessivo da liminar no mandado de segurança referido no item 1, de cujo

juízo não há notícia nos autos, da inicial do mandamus e das informações a propósito do MM. Juiz Titular desta Vara, para melhor esclarecimento da matéria.

Prevaleço-me do ensejo para reiterar a Vossa Excelência meus protestos de elevada estima e distinta consideração — Luiz Antônio Rodrigues da Silva, Juiz de Direito.» — fls. 63/65.

Oficiando, disse a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. José Arnaldo, o seguinte:

«1. Promoveu o IAPAS execução fiscal contra a Rádio Difusora de São Paulo S/A perante a Justiça Federal, tendo arrestado e penhorado a totalidade dos bens da devedora, em razão do vulto do débito.

2. Por determinação do Juízo Federal, o próprio IAPAS foi nomeado depositário dos bens arrestados e penhorados.

3. Posteriormente, foi decretada a falência da Rádio Difusora de São Paulo S/A, pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível.

Frise-se que a penhora foi efetivada em 21 de agosto de 1980 e somente dez dias após, aos 31 de agosto do mesmo ano é que sobreveio a falência.

4. Nem naquela oportunidade e nem agora houve arrecadação de bens da massa falida que estão sob a guarda do IAPAS, depositário judicial da totalidade dos bens.

É inequívoca, pois, a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar essa causa, como está assentado na Súmula nº 44 deste Egrégio Tribunal que claramente expressa:

«Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar...»

Assim, há que se acolher o conflito positivo de competência em boa hora suscitado pelo Juízo Federal da 4ª Vara para que seja declarada a exclusiva competência daquele Juízo Federal para gerir e guardar os bens da devedora, impedida a arrecadação desses bens pelo Juízo falimentar em razão da anterioridade da penhora.» — fls. 81/82.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Dantas (Relator): Senhor Presidente, dúvida não há dos pressupostos do conflito positivo de competência, em boa e prudente hora argüido pela Juíza Federal, ante a ingerência do Juízo da Falência na administração dos bens penhorados na Justiça Federal, e cuja arrecadação até foi determinada mais recentemente, apesar de sustada por liminar do Desembargador 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça local, no mandado de segurança impetrado pelo IAPAS (fl. 66).

Urge, pois, concertar os juízes em discórdia, para ordem e sossego do interesse das partes litigantes.

Parto do conteúdo da Súmula 44 deste Tribunal, sobre rezar que

«Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; ...»

Desde aí, a não se sujeitarem à arrecadação os bens penhorados anteriormente à quebra do executado, lógico resulta que nenhuma ingerência terá sobre os ditos bens o juízo falimentar.

Com a devida vênia, não me parece procedente o assertivo de que o estado universal e indivisível do juízo falitário implique na submissão necessária da administração dos bens do falido, sem exceção.

Na verdade, de antes subtraídos à administração do próprio devedor, sob constrição judicial garantidora do crédito tributário, mais lógico será dizer-se que tais bens refogem àquela universalidade, à força mesmo da insubmissão do crédito garantido, legalmente indene a concurso sobre a massa a ser partilhada. Sem razão, portanto, a arrecadação dos bens encontrados sob penhora da Fazenda Pública, ao se instaurar o juízo da falência; e mais ainda qualquer ingerência sobre os mesmos, estranha ao juízo da penhora premunitiva.

Donde não me animar a qualquer crítica à Súmula colacionada, não obstante a salba contrária a respeitáveis opiniões, defendidas até certa altura do debate da matéria neste Tribunal, conforme consignadas nos julgamentos dos C.C. nº 2.376 e 3.941, in RTFR 98/183 e 186.

Para o caso dos autos, a aplicação da reverenciada Súmula 44 significa negar competência ao juiz suscitado para a denunciada arrecadação dos bens penhorados, e assim como para interferir na administração dos mesmos, a estilo da noticiada autoriza-

ção de locação ou negócios outros semelhantes.

Pelo exposto, julgo procedente o conflito e, como nele se suplica, declaro competente a Juíza suscitante da 4ª Vara Federal de São Paulo.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 4.888-SP — Rel.: O Sr. Min. José Dantas. Suscte.: Juízo Federal da 4ª Vara-SP. Suscdo.: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de São Paulo-SP. Partes: IAPAS e Rádio Difusora de São Paulo S/A.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedente o conflito, declarando competente o Juízo Federal da 4ª Vara de São Paulo, suscitante. (Em 17-8-82 — 2ª Seção).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Carlos Mário Velloso, Justino Ribeiro, Wilson Gonçalves, Bueno de Souza, Sebastião Reis, Miguel Jerônimo Ferrante, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Armando Rollemberg e Moacir Catunda. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. Washington Bolívar de Brito.

RECURSO CRIMINAL Nº 910 — PE

Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva

Recorrente: Justiça Pública

Recorridos: Ismênia Silveira de Lima e outro

EMENTA

Penal e processual penal. Peculato culposo. Denúncia. Rejeição.

Para a caracterização do peculato culposo deve haver relação direta entre a ação culposa e o crime praticado por terceiro. Nada se apurando quanto a este, impossível estabelecer um liame entre o fato omissivo e a conduta delituosa para punir aquele. Denúncia rejeitada.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira 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, 15 de outubro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro José Pereira de Paiva, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Ismênia Silveira de Lima e Rodolfo Bezerra de Melo, dando-os como incurso nas penas do art. 312, § 2º, do Código Penal e, assim descrevendo os fatos (fls. 2/4):

«A Universidade Federal de Pernambuco adquiriu dentre outros aparelhos, dois ventiladores de coluna, marca «Eletromar», em 1976, e confiou-os à guarda de D. Ismênia Silveira de Lima, conforme Termo de Responsabilidade Provisório nº 405/76, de fl. 88.

Esses dois ventiladores foram colocados no edifício do Ambulatório de Terapêutica, situado no pátio interno do hospital das Clínicas da UFPE, à Rua dos Coelhos, nº 450, Boa Vista, nesta cidade.

No dia 18 de outubro de 1978, às 16 horas, a funcionária Aurení Barros de Souza, ao terminar o expediente, fechou as portas do referido Ambulatório que não tinha maior segurança.

As chaves eram guardadas na Portaria do Hospital.

Nesse mesmo dia, às 19 horas, a Auxiliar de Enfermagem, Maria Luiza Spinelli de Oliveira, e a médica Jocelene Tenório de Albuquerque Madruga Godoi, saindo do seu expediente, passaram junto ao Ambulatório e viram aberta uma de suas portas, indagaram se tinha alguém dentro e prosseguiram caminho.

A ocorrência foi registrada em livro próprio (fl. 126).

No dia seguinte, 19, cerca das 6 horas, a servidora Olívia Freire de Brito entrou no Ambulatório para trabalhar e aí notou a falta dos dois ventiladores, estando na ocasião em companhia do colega Nilson Vieira de Souza.

Encontraram no chão as plaquetas de identificação dos ventiladores, inclusive de um terceiro que não foi retirado.

Os dois ventiladores desapareceram misteriosamente, apesar do seu tamanho.

Por eles era responsável legal, a primeira denunciada, Ismênia da Silveira Lima que mudou de local de serviço, sem se preocupar em transferir a carga dos ventiladores e sem providenciar medidas de proteção aos mesmos, pois, o Ambulatório não oferecia segurança para sua guarda.

Está incurso, por negligência, no § 2º do art. 312 do Código Penal.

Quanto ao outro acusado, Rodolfo Bezerra de Melo, era, no dia da subtração dos ventiladores, o plantonista dos Serviços Gerais e vigia do portão de saída de veículos, tendo, também, responsabilidade geral pelo desvio de bens de grande porte do patrimônio do Hospital das Clínicas, inclusive, verificou a saída, naquela ocasião, de um automóvel Passat, dirigido por um estranho, sem inspecionar o referido veículo, nem identificar o con-

dutor, possível autor da subtração dos ventiladores.

Por negligência, está também incursão no § 2º do art. 312 do Código Penal.»

O MM. Juiz Federal, Dr. José Fernando Jardim de Camargo, rejeitou a denúncia por entender que «para caracterização do peculato culposo deve haver relação direta entre a ação ou omissão culposa e o crime praticado por «outrem» e na denúncia não consta quem foi o autor da subtração dos dois (2) ventiladores, nem a maneira pela qual foram subtraídos» (fls. 175/175v.).

O Órgão da Acusação interpôs recurso em sentido estrito e, através das razões de fls. 178/182, sustentou que a procedibilidade do delito pelo peculato culposo não está condicionada à procedibilidade pelo delito do peculato doloso. Entende, pois, que a peça acusatória está apta a ser recebida e pede a reforma da decisão a quo para tal fim.

Sustentada a decisão recorrida (fl. 183), subiram os autos a este E. Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer, opinando pelo improvimento do recurso (fls. 186/188).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva (Relator): Rejeitada a denúncia oferecida contra Ismênia Silveira de Lima e Rodolfo Bezerra de Melo, como incurso nas penas do art. 312, § 2º do Código Penal Brasileiro, o Ministério Público Federal não se conformou e recorreu às fls. 178/182, com longas razões, para, afinal, pedir a reforma da decisão e, conseqüentemente, seja recebida a denúncia oferecida, com o prosseguimento da ação penal até o julgamento final.

O fundamento do recurso oferecido baseia-se na argumentação de que, para a instauração da ação penal, não há necessidade de identificação do autor do delito referente à subtração de bens que um servidor tem sob a sua guarda.

Logo, vê-se, que a rejeição da denúncia funda-se no argumento de que para a caracterização do peculato culposo, que é o caso dos autos, de fato, como argumentado no despacho recorrido, «deve haver relação direta entre a ação ou omissão culposa e o crime praticado por outrem.»

Ora, lida a peça acusatória, realmente, a ninguém se atribuiu o furto e nem está esclarecido como se teria dado o delito.

A teoria esposada pelo despacho recorrido, sem dúvida, traduz o pensamento dominante entre os penalistas que não aceitam o critério generalizado de se punir o peculato desta natureza em que se vislumbra apenas uma leve e simples culpa; sem indicação do autor da infração para a qual teria concorrido.

Ora, nessa linha de entendimento, é preciso, de fato, para a caracterização do peculato culposo, haver uma relação entre a ação ou omissão culposa e o crime praticado por outrem, que não se sabe quem foi.

Na lição de H. Fragoso — Lições de Direito Penal, 1965, parte Especial, IV/1.078, está anotado que para a existência do peculato culposo deve «haver relação direta entre a ação culposa e o crime praticado por terceiro» e, além disso, explicita que «outrem», a que se refere, pode ser particular ou também funcionário público.»

Logo, o emprego da palavra «outrem», no caso, com a explicitação dada, induz o entendimento de que, no caso, de fato é preciso haver a relação direta entre a ação ou omissão culposa e o crime praticado por

aquele «outrem» que tanto pode ser um particular como um funcionário público.

Face a estas boas considerações e, acolhendo o parecer de fls. 186/188, da d. Subprocuradoria-Geral da República, conheço, porém, improvejo o recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RcCr nº 910-PE — Relator: O Sr. Ministro José Pereira de Paiva. Re-

corrente: Justiça Pública. Recorridos: Rodolfo Bezerra de Melo e Irmã Silveira de Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Julg. em 15-10-82 — Primeira Turma).

Os Srs. Ministros Leitão Krieger e Lauro Leitão votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Lauro Leitão.

EMBARGOS NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 4.414 — RJ

Relator: Ministro Washington Bolívar de Brito

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

Embargado: Walter Essinger Carneiro

EMENTA

Constitucional, Administrativo e Trabalhista. Médico-militar da ativa. Exercício da profissão no meio civil. Situações e soluções constitucionais diferenciadas.

1) A permissão aos oficiais titulados dos Quadros ou Serviço de Saúde e de Veterinária para exercer atividade técnico-profissional, no meio civil, não infringe norma constitucional (Lei nº 5.774/71, art. 33, § 3º). As situações individuais decorrentes dessa atividade determinam, entretanto, soluções constitucionais diferenciadas: a) se o militar da ativa é empossado em cargo público permanente, estranho à sua carreira, será imediatamente transferido para a reserva (CF, art. 93, § 4º); b) se investido em cargo público civil temporário, ficará agregado ao respectivo quadro, enquanto permanecer em exercício, não tendo direito aos vencimentos e vantagens do seu posto, assegurada a opção (CF, art. 93, §§ 5º e 6º); c) se a hipótese é a de emprego, em horário compatível, a regência é a da legislação trabalhista, pois a Constituição se refere a cargo público e não a emprego, distinção que o constituinte bem conhece e utiliza, inclusive no tocante ao instituto da acumulação (CF, art. 99, § 2º), tanto que usa o vocábulo «empossado», isto é, referente à posse, que é a investidura em cargo público, ou função gratificada (Lei nº 1.711/52, art. 21).

2) O direito à reclamação trabalhista decorre da existência da relação empregatícia, comprovada, no caso. Assim, não é razoável impedir-se o exercício da ação trabalhista, sob pretexto de interpretação constitucional restritiva, exatamente quando a Constituição não proíbe, e a lei ordinária, expressamente, permite a atividade do médico-militar no meio civil, no intuito de desenvolver-lhe a prática profissional.

3) Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 13 de outubro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro Washington Bolívar de Brito, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Washington Bolívar de Brito: Walter Essinger Carneiro ajuizou Reclamação Trabalhista contra o Instituto Nacional de Previdência Social, objetivando o reconhecimento de vínculo empregatício, negado sob o argumento da incidência de acumulação proibida, porquanto é médico militar.

Julgada procedente a ação (fls. 32/36) apelou a autarquia (fls. 43/47).

A Egrégia 3ª Turma, em sessão de 10-10-80, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Torreão Braz.

O acórdão prolatado tem a seguinte ementa (fl. 75):

«Trabalho. Médico. Acumulação de proventos. CF. Art. 99.

«— Legítima acumulação dos proventos de médico militar, com os do seu cargo como médico do INPS, pelo regime da CLT:

« — Permissivo dado pelo art. 33, § 3º da Lei nº 5.774/71, c.c art. 99, § 4º.

«— Sentença confirmada.

«— Recurso desprovido.»

O INPS interpôs embargos de divergência (fls. 78/80), citando arestos das 2ª e 4ª Turmas que, em seu entender, divergem da r. decisão recorrida. As ementas têm o seguinte teor:

«Recurso Ordinário nº 3.137-RS. Militar da ativa. Oficial médico. Inviabilidade da reivindicação de vínculo empregatício com o serviço público civil, dada a vedação constitucional da acumulação (art. 93, § 4º, da CF). (Relator: Ministro José Dantas, 4ª Turma, julgado em 7-6-78).

«Recurso Ordinário nº 2.739-RS. Médico. «A acumulação proibida de emprego não gera direito à percepção das vantagens decorrentes do seu exercício. Reclassificação de empregado que se encontra em situação idêntica a do paradigma apontado.

Sentença confirmada». (Relator: Ministro Torreão Braz, 2ª Turma, julgado em 1-3-78).

«Recurso Ordinário nº 3.651-RJ. Direito do Trabalho. Capitão-Médico do Exército que pleiteia o pagamento de verbas decorrentes

de despedida injusta, invocando a existência de vínculo empregatício com o INPS.

«Improcedência do pedido, visto que o nosso direito positivo não admite que militar da ativa acumule outra função pública de natureza permanente (Const. de 1969, art. 93, § 4º). Sentença confirmada» (Relator: Ministro Torreão Braz, 2ª Turma, julgado em 30-3-79).

«Recurso Ordinário nº 4.480-RJ. Reclamação trabalhista. Oficiais da ativa das Forças Armadas que pleiteiam o reconhecimento de vínculo empregatício com o INAMPS. Improcedência do pedido, visto como o nosso direito constitucional não admite que militar da ativa acumule outra função de natureza permanente (Const., art. 93, § 4º). Sentença reformada». (Relator: Ministro Torreão Braz, 2ª Turma, julgado em 9-4-80).

Admitidos os Embargos (fl. 83), o embargado deixou de oferecer impugnação (fl. 83v.).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República (fl. 85), em parecer da Dra. Iduna E. Weinert, aprovado pelo Dr. Geraldo Andrade Fonteles, na qualidade de assistente no feito, manifestou-se pelo conhecimento dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito (Relator): Conheço dos embargos de divergência interpostos, porque tempestivos (CF fls. 76/78) e cabíveis, na espécie, nos termos do Regimento Interno desta Corte (art. 275 e § 1º), tendo em vista a divergência existente entre a Eg. 3ª Turma e as Egrégias 2ª e 4ª Turmas deste Tribunal, quanto ao tema apresentado no relatório.

A referência à legitimidade da acumulação dos «proventos» de médico militar, conforme consignado na ementa do V. Acórdão embargado poderia levar à impressão de que se trata de médico militar já na reserva, ou reformado.

Já na sentença se esclarecia não ser «aplicável, aqui, o disposto no art. 93, § 9º, da Constituição Federal, eis que não se trata de acumulação de proventos de inatividade, ao passo que o artigo 99 permite a acumulação de dois cargos privativos de médico, sem distinção entre militar e civil» (fl. 35). Em verdade, trata-se de militar da ativa, oficial médico da Aeronáutica (fls. 4 e 23).

Discute-se a interpretação do art. 93, § 4º, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 99, inciso IV, da mesma Carta Magna e o art. 33, § 3º, da Lei nº 5.774, de 1971, o Estatuto dos Militares então vigente.

A divergência, quanto ao tema, existente no Tribunal, também já lavrava na própria Turma, como servem de exemplo os doutos votos proferidos por ocasião do julgamento, cujo acórdão foi embargado. Leio os votos dos Srs. Ministros Hermillo Galant (fls. 67/68), Torreão Braz (fl. 69) e Carlos Madeira (fls. 70/72).

Assim, toda a controvérsia se prende ao instituto da acumulação dos funcionários públicos em geral, da acumulação de cargos de médicos, da determinação contida na Constituição, referente ao militar da ativa, empossado em cargo público e se a permissão aos oficiais titulados dos Quadros ou Serviço de Saúde e de Veterinária de exercer atividade técnico-profissional no meio civil infringe norma constitucional. E, no caso dos autos, se tais normas impedem o exercício da reclamação trabalhista.

Os dispositivos da Constituição Federal (art. 93, § 4º) e do Estatuto dos Militares, então vigente (Lei nº

5.774, de 23-12-17, art. 33, § 3º), postos em confronto, estão assim redigidos:

«Art. 93

§ 4º O militar da ativa empossado em cargo público permanente, estranho à sua carreira, será imediatamente transferido para a reserva, com os direitos e deveres definidos em lei».

«Art. 33

§ 3º No intuito de desenvolver a prática profissional dos oficiais titulados dos Quadros ou Serviço de Saúde e de Veterinária, é-lhes permitido o exercício de atividade técnico-profissional, no meio civil, desde que tal prática não prejudique o serviço».

Em primeiro lugar, é preciso considerar que a Constituição distingue duas situações, previstas nos §§ 4º e 5º, do art. 93: cargo público permanente e cargo público civil temporário, mas, sempre, cargo público. Na primeira hipótese, o militar da ativa empossado em cargo público permanente será imediatamente transferido para a reserva; e na segunda, enquanto permanecer em exercício, será agregado ao respectivo quadro.

Ora, a Constituição se refere a cargo público e não a emprego, distinção que o legislador constituinte bem conhece e utiliza, inclusive no tocante ao instituto da acumulação (art. 99, § 2º). E tanto assim é que usa o vocábulo «empossado», que se refere à posse. E «posse é a investidura em cargo público, ou função gratificada» (Lei nº 1.711/52, art. 21).

Tenho, portanto, que não é inconstitucional a disposição contida no art. 33, § 3º, da Lei nº 5.774/71, que permite o exercício de atividade técnico-profissional, no meio civil, aos seus oficiais dos Quadros ou Ser-

viço de Saúde e de Veterinária, «no intuito de desenvolver a prática profissional», isto é, no propósito de aprimorá-los. Assim, desde que essa atividade não prejudique o serviço e não ocorra a hipótese de investidura em «cargo público permanente», estou em que o oficial-médico pode exercer atividade técnico-profissional remunerada, quer por conta própria, quer pelo regime celetista, isto é, ter um emprego.

E essa situação não conflita com o outro dispositivo constitucional que proíbe a acumulação, em geral, mas permite a de dois cargos privativos de médico, entendida a expressão cargos, aí, em sentido abrangente de cargos propriamente ditos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme explicita o § 2º do art. 99. É evidente — porque não existem, na lei, presumivelmente, palavras inúteis, que, se não houvesse essa explicitação, o texto teria de ser interpretado tal como está redigido, tomada a palavra cargo em seu sentido estrito. Isto é, tal como está no § 4º, do art. 93, da Constituição, que ainda exige seja o cargo público permanente. Ora, esse sentido de permanência não tem, de regra, no emprego, o empregado, seja ele de entidade de direito público ou de direito privado. Despedir o empregado é direito potestativo do empregador. O que varia, conforme seja o empregado estável, ou não, ou a despedida seja justa ou injusta, são as conseqüências financeiras do seu gesto, para o próprio empregador e para o empregado. Já com o cargo público, como todos sabemos, é diferente.

Ora, o alcance e o sentido do § 4º do art. 93 da Constituição é evidente, pois «os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares», como

diz o art. 3º da Lei nº 5.774/71, sob comentário.

Os militares encontram-se na ativa ou na inatividade; os inativos podem estar na reserva ou reformados.

Se a Constituição diz que «será imediatamente transferido para a reserva» o militar da ativa empossado em cargo público permanente, o texto se refere a ele próprio, à nova situação em que ficará, bem assim às autoridades militares que devem transferi-lo, para a inatividade.

Jamais poderia servir para obstar reclamação trabalhista de médico, embora militar da ativa, relativamente aos direitos oriundos de sua relação de emprego, como médico, em atividade que a Constituição não proíbe e a lei recomenda como desejável a seu aprimoramento técnico-profissional.

A Constituição, ao permitir a acumulação de dois cargos de médico (art. 99, inc. III), implicitamente reconheceu a carência desses profissionais.

O Estatuto dos Militares, também reconhecendo essa carência e, principalmente, a valia de aprimoramento técnico dos seus Oficiais, titulares dos Quadros ou Serviço de Saúde, permitiu-lhes o exercício de atividade técnico-profissional, no meio civil.

O interesse público, em ambos os casos, é evidente.

É possível que eu tenha votado, por simples adesão, com aqueles que pensam em sentido contrário, embora de tal não me recorde. De qualquer sorte, porém, melhor meditando sobre o tema, convenci-me do acerto do raciocínio que acabo de expender, para também admitir, como o faz a lei, «que oficiais titulados dos Quadros ou Serviço de Saúde e de Veterinária» possam exercer atividade técnico-profissional, desde que

não seja em cargo público permanente, segundo a Constituição ou que tal prática venha a prejudicar o serviço, nos termos da lei.

Se a hipótese é de emprego e não de cargo público permanente, ou se esta expressão abrange aquela, é o que nos cabe decidir, como juízes; se ocorre prejuízo ao serviço, cabe aos superiores hierárquicos do Oficial-Médico a decisão, pelos critérios de conveniência e oportunidade. Se o militar, entretanto, é empossado em cargo público permanente, seus superiores hierárquicos devem transferi-lo, imediatamente, para a reserva, segundo o comando constitucional.

No caso dos autos, trata-se de emprego e emprego de médico, de cujo regular exercício resultaram direitos, que o embargado pleiteou pela via própria — a reclamação trabalhista. Impedir o exercício desses direitos, utilizando-se de uma proibição, exatamente no caso em que a Constituição autoriza, não me parece razoável.

Por essas considerações, dou minha integral adesão à ilustrada maioria da Egrégia 3ª Turma, rejeitando os embargos.

É o meu voto.

VOTO VOGAL

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: Senhor Presidente, recebo os embargos, na conformidade do voto que proferi na Turma.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Otto Rocha: Sr. Presidente: Trata-se de Reclamação Trabalhista ajuizada por Walter Essinger Carneiro contra o Instituto Nacional de Previdência Social, objetivando o reconhecimento de vínculo empregatício que lhe fora negado, sob o argumento da incidência de

acumulação proibida, por ser o reclamante médico militar.

O eminente Ministro Washington Bolívar, Relator dos embargos, rejeitou-os, após fazer distinção entre cargo público e emprego, assim concluindo:

«— Se a hipótese é de emprego e não de cargo público permanente, ou se esta expressão abrange aquela, é o que nos cabe decidir, como juízes; se ocorre prejuízo ao serviço, cabe aos superiores hierárquicos do Oficial-Médico a decisão, pelos critérios de conveniência e oportunidade. Se o militar, entretanto, é empossado em cargo público permanente, seus superiores hierárquicos devem transferi-lo, imediatamente, para a reserva, segundo o comando constitucional.

No caso dos autos, trata-se de emprego e emprego de médico, de cujo regular exercício resultaram direitos que o embargado pleiteou pela via própria — a reclamação trabalhista.

Impedir o exercício desses direitos, utilizando-se de uma proibição, exatamente no caso em que a Constituição autoriza, não me parece razoável».

A seu turno, o eminente Ministro Torreão Braz, discordou do Relator, mantendo o seu voto na Turma e que foi o seguinte: (lê fl. 69).

Nesta trilha do voto do eminente relator, decidiu a antiga E. 4ª Turma, ao julgar os autos do RO nº 4.410, do qual foi Relator o eminente Ministro Carlos Madeira, em acórdão com a seguinte ementa:

«— Trabalhista. Tempo de serviço prestado como avulso. Médico militar.

I — Não há vedação ao exercício de cargo ou emprego público por militar. Se o cargo é acumulável — como é o caso dos médicos — cabe à autoridade militar decidir sobre

a aplicação das restrições do art. 93, §§ 4º e 5º da Constituição.

II — Serviço temporário que ceda ao prazo de onze meses, nos órgãos e entes públicos, configura a vinculação empregatícia (cfr. «Ement. da Jurisprudência do TFR, nº 13, pág. 59).

Em verdade, o reclamante, que também é médico militar, pode acumular esse seu cargo com o de médico do INPS, sob o regime da CLT, segundo a permissão contida no art. 99, item IV, da Constituição Federal, pois ali não se faz distinção entre militar e civil.

Aliás, segundo a documentação recentemente trazida aos autos, o embargante já regularizou a situação do embargado e de vários outros médicos, por ato administrativo de 11-1-1982, reconhecendo o vínculo empregatício a partir de 1-6-81, data da assinatura do contrato e recomendando, em harmonia com o entendimento do acórdão supracitado, verbis; (lê, fl. 94, item 2).

Por isso, entendeu, sem razão o embargado, que o recurso do Instituto-embargante estaria prejudicado segundo os termos do art. 503, do CPC.

Digo sem razão, porque o anúncio do reconhecimento deu-se recentemente, bem depois da manifestação do recurso, sendo desta sorte inaplicável o mencionado dispositivo.

Com estas considerações, o meu voto é no sentido de rejeitar os embargos, acompanhando o voto do Relator, data venia do eminente Revisor.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Senhor Presidente, a questão não é tão tranqüila no Supremo Tribunal Federal. Semana passada houve um acirrado debate entre os Ministros Moreira Alves e Aldir Passarinho so-

bre a matéria, em torno de acórdão meu.

Não há na regra do parágrafo 4º do art. 93 da Constituição uma vedação de acumular. Há uma opção para o militar: se ele aceita cargo público permanente, é transferido para a reserva. O exercício de cargo público permanente é incompatível com a situação do militar na ativa. Segundo o Ministro Moreira Alves, ele pode até não estar mais querendo seguir a carreira militar, mas não perde as prerrogativas de militar; pode aceitar um cargo público civil para se incompatibilizar e ir para a reserva, mesmo não remunerada.

Mantenho o meu voto, acompanhando o Sr. Ministro Otto Rocha.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro William Patterson: Sr. Presidente, a matéria é conhecida. Devo esclarecer que minha posição é contrária à acumulação de médico militar, na linha concebida pelo voto do eminente Ministro Torreão Braz. Saliento ainda que o assunto já foi submetido ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, onde, no Agravo de Instrumento nº 82.316-6, Pernambuco, ficou estabelecida a seguinte ementa:

«Acumulação de cargos. Militar médico. Constituição Federal, art. 99, IV (inaplicação). A condição funcional dos militares é específica e distinta dos servidores civis, não se lhes podendo atribuir a qualificação de funcionários públicos. A acumulação de cargos civis por militares tem regência específica no texto constitucional (art. 93, §§). Interpretação do art. 33, § 3º do

Estatuto dos Militares. Agravo Regimental improvido.

Assim sendo, Sr. Presidente, com a devida vênua, o meu voto é no sentido de acompanhar o eminente Ministro Torreão Braz. Recebo os embargos.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Pereira de Paiva: Sr. Presidente, data venia do voto proferido pelo eminente Ministro Otto Rocha, também fico com a tese esposada pelo eminente Ministro Torreão Braz, agora também seguida pelo eminente Ministro William Patterson.

Expendi meu ponto de vista perante esta Seção, e foi aceita a minha tese. Coerente, pois, com o que tenho decidido, recebo os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

ERO nº 4.414-RJ. Rel.: Min. Washington Bolívar de Brito. Embgte.: IAPAS. Embgdo.: Walter Essinger Carneiro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, rejeitou os Embargos, vencidos os Srs. Ministros Torreão Braz, William Patterson e Pereira de Paiva. (1ª Seção — 13-10-82).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, José Cândido e Carlos Madeira votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Lauro Leitão.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 5.303 — BA

Relator originário: Ministro Peçanha Martins

Relator para o acórdão: Washington Bolívar de Brito

Recorrente: Guiovaldo Palles Cordeiro

Recorrida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT

EMENTA

Trabalhista. Empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Opção pela mudança do regime estatutário para o da CLT (Lei nº 6.184/74). Opção retroativa pelo FGTS (Lei nº 5.958/73). Empregado estável. Homologação necessária. Demissão insubsistente. Reintegração. Assistência judiciária gratuita. Verba honorária devida pelo vencido (Lei nº 1.060/50).

1) A integração de funcionários nos quadros das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações resultantes de transformação de órgãos da Administração Federal Direta e Autarquias, dá-se por opção que se efetiva mediante contratação por prazo indeterminado, no regime da legislação trabalhista (Lei nº 6.184/74), com ela não se confundindo a opção do empregado pelo FGTS que apenas se refere à estabilidade garantida pela CLT (Lei nº 5.107/66), mediante declaração escrita.

2) A declaração retroativa de opção pelo FGTS, facultada pela Lei nº 5.958/73, manifestada por empregado estável, deve ser homologada pelo Poder Judiciário para ter eficácia.

3) É insubsistente a demissão de empregado estável não precedida das formalidades legais, o qual será reintegrado, se não for comprovada incompatibilidade, quando a obrigação se resolve em indenização.

4) Quando se trata de assistência judiciária gratuita, regida por lei especial (Lei nº 1.060/50), é devida a verba honorária, pelo vencido, nas reclamações trabalhistas.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, dar provimento ao recurso e, por maioria, julgar procedente a reclamação,

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

Custas como de lei.

Brasília, 4 de junho de 1982 (data do julgamento) — Ministro Lauro Leitão, Presidente — Ministro

Washington Bolívar de Brito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Peçanha Martins: Leio o relatório de fls. 88 a 91 da sentença recorrida: (lê).

O saudoso Juiz João Didier julgou improcedente a reclamatória e deixou de condenar o reclamante nas custas do processo, desde que beneficiário de gratuidade.

O reclamante, após Embargos de Declaração rejeitados, recorreu da sentença e a Empresa reclamada ofereceu contra-razões.

Neste Tribunal a douta Subprocuradoria-Geral da República, no seu parecer, opina pela confirmação do decidido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Peçanha Martins (Relator): O reclamante e ora recorrente foi admitido nos Correios e Telégrafos através da Portaria datada de 11-7-60 e assumiu o exercício das suas funções de Operador Postal em 2-9-60 (Certidão de fls. 40 e 40v.). Um servidor público, pois, regido pela Lei nº 1.711, de 1952, que nunca perdeu esta condição, como entendeu a sentença emprestando eficácia na opção pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, efetivamente manifestada pelo reclamante em 15 de julho de 1975, como se lê do documento de fl. 9. É que esta manifestação pelo regime da CLT, por si só, tornou-se inoperante, desde que faltou uma formalidade essencial à sua validade — a homologação pela Justiça, no caso destes autos, pela Justiça Federal, na conformidade deste enunciado da Súmula de nº 17 deste Tribunal:

«A competência para homologar opção de servidor da União, autar-

quias e empresas públicas federais, pelo FGTS, é do Juiz Federal».

Isto posto, dou provimento ao apelo para considerar nula a opção pelo FGTS. E, nula ou inexistente a opção, também tenho como nula a presente reclamatória que não podia ser proposta por um servidor público estável que deve voltar ao exercício do seu cargo como se dele não tivesse sido afastado.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro Washington Bolívar de Brito: Pedi vista dos autos, diante da solução dada pelo eminente Relator, nosso querido e eminente amigo Ministro Peçanha Martins, na conclusão do seu voto, in verbis:

«Isto posto, dou provimento ao apelo para considerar nula a opção pelo FGTS. E, nula ou inexistente a opção, também tenho como nula a presente reclamatória que não podia ser proposta por um servidor público estável, que deve voltar ao exercício do seu cargo, como se dele não tivesse sido afastado».

O ilustrado relator acolhera o recurso do reclamante pela primeira preliminar — a de nulidade da opção — porque não fora homologada.

Entretanto, encontro dificuldade, que me parece invencível, em adotar tal solução, pelos fundamentos enunciados.

Efetivamente, se a Turma reconhecer que o recorrente é funcionário, e que sendo estável não poderia ser demitido sem inquérito, devendo ser reintegrado, perder-se-á num círculo fatal, pois a solução resultaria do provimento do recurso em reclamatória trabalhista, também julgada nula, por impossível sua propositura por quem não é empregado, mas funcionário. Ora, o recurso trabalhista, para ser conhecido e acolhido, necessitaria, no caso, do reconhecimento prévio do acerto e pro-

priedade da ação proposta, isto é, a reclamação. Se tal ação é nula, não teria qualquer eficácia, não se podendo, assim, em razão dela, determinar a reintegração. Além do mais, se porventura se reconhecer que se trata de funcionário e não de empregado, essa reintegração somente poderia operar-se em decorrência de ação própria, desconstitutiva do ato demissório, de natureza administrativa e não resultante de relação empregatícia. Trata-se, pois, de um círculo de fogo, que cumpre romper, ou apagar, para se encontrar a solução justa, mas pela fundamentação adequada.

Aliás, a causa é mesmo de natureza trabalhista e de solução meridiana, em razão de jurisprudência, já pacificada, neste Tribunal.

Os autos comprovam que o reclamante foi admitido na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT — no dia 2 de setembro de 1960, segundo alega a inicial, sem contradição (CF fls. 3 e 31/35), e o atesta a certidão de fl. 40, regido, assim, pela legislação estatutária (Lei nº 1.711/52).

O Decreto-Lei nº 509/69, que transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos — DCT — em empresa pública, estabeleceu que o regime jurídico do pessoal seria o da CLT, classificados seus empregados como comerciários, permitindo o aproveitamento dos funcionários, conforme viesse a dispor o regulamento (art. 11 e seus parágrafos).

A Lei nº 6.184, de 11 de dezembro de 1974, estabeleceu que a integração de funcionários nos quadros das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, resultantes de transformação de órgãos da Administração Federal Direta e Autarquias, dar-se-ia mediante opção e seria efetivada por contratação, por prazo indeterminado, no regime da legislação trabalhista, para

emprego compatível com as atribuições do cargo ocupado pelo funcionário, o qual seria considerado extinto e automaticamente suprimido (art. 1º §§ 2º e 3º).

Portanto, duas — e não apenas uma só — são as opções que devem ser levadas em conta, até porque ambas foram manifestadas no presente caso: a primeira é a de integração do funcionário nos quadros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT, isto é, a mudança do regime estatutário para oceletário facultada pela Lei nº 6.184/74, mediante o contrato de trabalho celebrado no dia 15 de julho de 1975 (fl. 8); e a segunda, a preferência pelo FGTS, manifestada pela declaração de opção da mesma data, com base na Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1972 (fl. 9).

Assim, quando o reclamante manifestou sua opção pelo FGTS já não era funcionário (nem poderia optar, se o fosse), mas empregado. E empregado estável, tendo em vista o disposto no art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 6.184/74, que estabeleceu fosse computado, para gozo dos direitos assegurados na legislação trabalhista, o tempo de serviço anteriormente prestado à Administração Pública pelo funcionário que viesse a integrar o quadro da empresa.

A opção pelo FGTS, que apenas se refere à estabilidade, garantida pela CLT, não se confunde, pois, com a opção pela mudança de situação jurídica de funcionário, para empregado, que necessariamente a antecede.

Observou-se que a opção pelo regime do FGTS, por não ter sido homologada pela Justiça — no caso dos autos, pela Justiça Federal (Súmula nº 17, TFR) — seria nula ou inexistente.

Penso, entretanto, que a falta de homologação não implica em nulida-

de ou inexistência da declaração de opção, pois se trata de formalidade que, quando necessária, não lhe nega a existência ou a validade, mas a eficácia, enquanto não cumprida. Disse «quando necessária» porque ela somente se torna indispensável para aquelas opções manifestadas fora do prazo previsto na lei que instituiu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — a Lei nº 5.107, de 13-9-66 — segundo claramente se depreende do disposto no art. 1º §§ 1º, 2º e 3º, e o esclareceu o art. 6º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 59.820, de 20-12-66.

No presente caso, porém, tenho que a homologação é formalidade essencial à eficácia da declaração, pois manifestada de acordo com a Lei nº 5.958, de 10-12-1973, que dispôs sobre a retroatividade da opção e porque se trata de empregado estável. Em verdade, sob o regime dessa lei, bastaria que tivesse sido admitido há mais de 365 dias, para que fosse necessária a homologação judicial, conforme dispõe o art. 2º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 73.423, de 7-1-74.

Assim, por não ter havido homologação judicial, tenho por ineficaz a declaração de opção pelo regime do FGTS que se vê à fl. 9, mantida, portanto, a regência pela CLT do recorrente que, sendo estável, não poderia ser demitido senão após inquérito judicial para apuração da falta que se lhe atribuiu.

Por outro lado, mesmo que se emprestasse eficácia à opção pelo FGTS, manifestada pelo recorrente, embora não homologada, o Tribunal Federal de Recursos firmou jurisprudência no sentido de que tal regime é compatível com a estabilidade, anteriormente adquirida, porquanto o empregado renuncia à que viesse a

adquirir após a opção, mas não àquela que já adquiriu nos termos da CLT. Ainda recentemente a Eg. 1ª Seção teve a oportunidade de assim decidir (Embargos no Recurso Ordinário nº 3.266-ES, Rel. Min. Gueiros Leite).

Com essas considerações, também dou provimento ao recurso, embora por motivação diversa, para julgar procedente a ação reclamatória e determinar o retorno do empregado à empresa reclamada, na mesma situação em que se encontrava, quando da demissão não precedida das formalidades legais, porquanto não se demonstrou a incompatibilidade referida no art. 496 da CLT, condenando a recorrida ao pagamento dos salários atrasados, com juros e correção monetária, bem como ao ressarcimento das despesas que abranjem a indenização de viagem, nos termos do art. 20, § 2º, do CPC, aplicado subsidiariamente, de conformidade com o disposto no art. 769, da CLT, tudo conforme se apurar em execução, sem custas, por haver o reclamante litigado sob o pálio da Justiça Gratuita.

Quanto aos honorários de advogado, precisamente por se tratar de beneficiário da Assistência Judiciária, também entendo devidos, porquanto a situação é regida por lei especial, arbitrando-os, por isso, em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Com efeito, a própria Súmula nº 11, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, que diz ser inaplicável na Justiça do Trabalho a regra do art. 64 do CPC então vigente — regra agora cogente, por força do art. 20 do novo Código — já ressaltava que são devidos honorários de advogado «nos termos do preceituado na Lei nº 1.060, de 1950».

É o meu voto.

Brito. Recte.: Guiovaldo Palles Cordeiro. Recda.: ECT.

EXTRATO DA MINUTA

RO nº 5.303-BA. Rel. Originário: Min. Peçanha Martins. Rel. p/Acórdão: Min. Washington Bolívar de

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, deu provimento ao recurso, por unanimidade e, por maioria, julgou procedente a reclamação (Em 4-6-82 — 1ª Turma).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO Nº 6.144 — MG

Relator: O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite

Embargante: União Federal

Embargado: Acórdão de fl. 408

EMENTA

Embargos declaratórios. Alçada (Lei nº 6.825/80, art. 4º). Interpretação do art. 259-II, do CPC (Cumulação de pedidos).

Se os autores que atuam na qualidade de assistentes litisconsorciais indicam, cada um deles, o valor da causa em parcelas separadas, não há como somá-los, se não houve impugnação a esse critério e nem mesmo cálculo de custas. Nesses casos, aplica-se o disposto no art. 261, parágrafo único, do CPC, presumindo-se aceitos os valores atribuídos à causa na petição inicial.

O art. 259-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 se aliar ao subjetivo, fora dos casos de 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). O art. 48, do CPC, diz que os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a outra parte, como litigantes distintos.

Embargos declaratórios rejeitados.

ACORDÃO

quigráficas precedentes que integram o presente julgado.

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

Custas como de lei.

Decide a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, rejeitar os Embargos Declaratórios, na forma do voto e notas ta-

Brasília, 26 de outubro de 1982 (data do julgamento) — Ministro Evandro Gueiros Leite, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): A União Federal manifesta embargos declaratórios ao v. acórdão de fls. 366/374, a fim de serem esclarecidos os seguintes itens:

a) valor atribuído à causa, de Cr\$ 7.000,00 para cada um dos 22 reclamantes, perfazendo o total de Cr\$ 154.000,00, superior não só a 50 como a 100 ORTN.

b) inexistência de cumulação objetivo-subjetiva no precedente invocado (RO nº 5.323-RJ), necessária para fundamentar-se a aplicação da Lei nº 6.825/80;

c) aplicação retroativa da referida lei, em face do disposto no art. 153, § 3º, da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Gueiros Leite (Relator): A causa foi atribuído o valor de Cr\$ 7.000,00 para cada um dos vinte e dois reclamantes e, somente agora, pretende a União Federal, por meio de embargos de declaração, se afirme seja esse valor o resultado da soma das parcelas e não o de cada uma delas.

No entanto, ela própria admite que não impugnou esses valores, para esclarecer se autônomos ou somados, deixando, também, passar in albis a inexistência da conta de custas, quando é sabido que o feito ou recurso não terá andamento.

«... se não houver nos autos prova do pagamento das custas e contribuições exigíveis» (Lei nº 6.032/74, art. 13).

Dir-se-á que isso é dever do magistrado (Lei Complementar nº 35/79, art. 35, VII), o qual deverá exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que

se refere à cobrança de custas e emolumentos. Mas tal não dispensa reclamação das partes.

Pela contagem das custas teria o julgador a possibilidade de saber se recaíra sobre o total ou sobre cada parcela, para efeito de responsabilização final do vencido, pois poderiam ser todos ou somente alguns dos autores, sendo a responsabilidade individual.

Presumindo-se aceito o valor atribuído à causa tal como manifestado, na petição inicial (CPC, art. 261, parágrafo único), vale saber, então, se prevalecerá o individuado ou o somado, levando-se em conta, de saída, a vontade dos autores que, inegavelmente, está expressa à fl. 13 da inicial, verbis:

«Protestando-se pela produção das provas admitidas em direito e dando-se à presente o valor de Cr\$ 7.000,00 (sete mil cruzeiros) para cada um dos autores, aos fins de alçada e efeitos fiscais, pedem e esperam deferimento» (fl. 13).

A partir daí, vale o disposto no art. 259 («o valor da causa constará sempre da petição inicial»), combinado com o parágrafo único do art. 261 («não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial»).

Dir-se-á, porém, que o valor seria o somatório das parcelas. Mas quem o diz? A ré-embargante, se não impugnou o critério utilizado? Ou a lei? A primeira não tem essa possibilidade, já se disse. E a lei tampouco autoriza o somatório.

De fato, o art. 259-II diz apenas que, havendo cumulação de pedidos, o valor da causa corresponderá à quantia resultante da soma dos valores de todos eles. Mas esse texto se entende combinadamente com o art. 292, que cogita da cumulação de pretensões.

Diz lá. É permitida a cumulação, num único processo, contra os mesmos réus, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. São requisitos de admissibilidade da cumulação, como a dizer-se que se tratam de ações diversas:

a) que os pedidos sejam compatíveis entre si (art. 292, I);

b) que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo (art. 292, II);

c) que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento (art. 292, III).

O art. 921 fornece o exemplo. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de condenação em perdas e danos, cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho, desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse (art. 921, itens I/III).

Alguns acham que cumulação de pedidos e cumulação de ações constituem uma só e mesma coisa, sendo impossível querer distingui-las, a fim de afastar a incidência da regra sobre a soma dos valores dos pedidos, a fim de calcular o da causa (RT, 258/308, AC nº 12.801).

Mas, de minha parte, só admito a soma dos valores dos pedidos, se ao cúmulo objetivo se aliar o subjetivo, fora dos casos de 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, 177/654).

Valho-me, para tanto sustentar, do disposto no art. 48 do CPC. Salvo disposição em contrário, diz ele, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos. Isto em se tratando de litisconsortes, quando na espécie dos autos se trata de mera assistência litisconsorcial, onde impera a voluntariedade.

A propósito, aplico o Regulamento de Custas da Justiça Federal (Lei nº 6.032/74), em seu art. 12, onde está dito o seguinte: «o recurso do litisconsorte, do assistente, do oponente ou do terceiro prejudicado está sujeito às mesmas disposições que regem o pagamento de custas nos recursos das demais partes.»

Em face de decisões contrárias a esse entendimento, outras há no sentido que adoto, a saber:

«Havendo cumulação de pedidos, o valor da respectiva ação será o equivalente à soma dos valores de todos eles; se a cumulação, entanto, for apenas subjetiva (litisconsórcio), para idêntica finalidade o critério a adotar-se será outro, ou seja, o valor do maior pedido» (TASP, RT nº 381/237; TASP, RT nº 369/295).

Aqui no Tribunal Federal de Recursos, a matéria tem sido resolvida da maneira como explicamos, valendo citar os seguintes acórdãos:

a) no Agravo de Instrumento nº 42.531-CE, com a seguinte ementa:

«Processual Civil. Valor da causa. Pluralidade de autores. Cúmulo subjetivo. No litisconsórcio originário, em que vários autores acionam o mesmo réu para a cobrança de parcelas iguais, formando-se o chamado cúmulo subjetivo, deve prevalecer para a estimativa do valor da causa, apenas o pretendido por um deles, e não a soma global das quotas em débito; trata-se de hipótese diferente da que ocorre no cúmulo objetivo (art. 259, II, CPC). Despacho que se confirma por haver admitido o valor da causa ao atribuído à parcela do primeiro postulante, igual ao dos demais» (Relator: Ministro José Cândido. DJ de 30-9-82).

b) na Apelação Cível nº 74.451-DF, com a seguinte ementa:

«Causas de alçada. Lei nº 6.825/80, art. 4º. 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. Apelação não conhecida» (Relator: Ministro Torreão Braz. DJ de 5 de agosto de 1982).

c) no Agravo de Instrumento nº 41.977-RJ, sendo Relator o Ministro Costa Lima, onde se adotou a mesma orientação e foi citado acórdão da lavra do saudoso Ministro Amarílio Benjamin, na Correição Parcial nº 5.237-RJ. A decisão no Agravo foi do seguinte teor:

«Agravo de Instrumento prejudicado. A apelação não foi apreciada, porque o valor da causa, fixado após a vigência da Lei nº 6.825, de 22-9-80, é inferior a 50 ORTN, considerando-se prejudicado o agravo.»

Passo ao exame dos outros tópicos.

A referência feita, no meu voto, a outro julgamento, no RO nº 5.323-RJ, não foi pertinente à hipótese da fixação do valor da causa nestes casos de cumulação de pedidos. Pretendi, tão-só, dar as razões por que estava aplicando o art. 4º da Lei nº 6.825/80.

Sobre o direito adquirido ao recurso, previsto na Lei nº 5.638/70, art. 1º, parágrafo único, e nos arts. 893, II, e 895, da CLT, embora seja admissível, não constitui dogma capaz de indispor uma decisão com o art. 153, § 3º, da Constituição Federal.

A propósito, veja-se recente decisão do Pleno no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade no RO nº 5.803-DF, do seguinte teor:

«O Ministério Público Federal, por seu legítimo órgão, na apelação interposta da decisão monocrática que condenou a União a pagar a Raymundo Antônio Cavalcante a diferença de salário entre os em-

pregos de artifice e de Agente de Cinematografia e Microfilmagem, correspondente ao período de 25 de outubro de 1972 a 26 de março de 1979, argüiu a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 6.825/80, «que privou a União, suas autarquias e empresas públicas de submeterem em grau de recurso, ao Tribunal Federal de Recursos, as causas decididas pelos juizes federais, farpeando, de modo claro e inequívoco, espírito e corpo da norma constitucional.» Arrima-se o douto Procurador da República, no seu arrazoado, no disposto no art. 122 da Carta Magna, que soa: «Compete ao Tribunal Federal de Recursos ... III — julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes federais». Transcrevo, na íntegra, o dispositivo atacado de inconstitucional: artigo 4º da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980. «Das sentenças proferidas pelos juizes federais em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, em que foram interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a União, autarquias e empresas públicas federais, só se admitirão embargos infringentes do julgado e embargos de declaração.» Já se afirmara, com propriedade, que o direito público ou privado tem as suas raízes no direito constitucional. Não foi sem razão que o grande Jellinek considerou o direito constitucional ou a teoria geral do Estado como «a base fundamental do ordenamento jurídico estatal no moderno Estado de Direito.» A lição maior, emanada do ensinamento do mestre tedesco (Doutrina Generale del Diritto dello Stato — pág. 9), torna claro que «os princípios e institutos pertencentes aos diversos ramos do direito são, em última análise, pela sua natureza, princípios e institutos do direito constitucional». Reproduzo

passo da obra de Renzo Provinciali, intitulada «Norme di Diritto Processuale nella Costituzione» — Milão — 1959 — pág. 10/11). A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estatui normas que, pela sua natureza, são, em verdade, «presupostos fundamentais do Direito Processual Brasileiro.» A igualdade de todos perante a lei, de cuja preceituação exsurge a igualdade das partes em frente ao juiz; a tutela do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como a proteção constitucional do direito adquirido, no qual se incluem os direitos processuais; a impossibilidade de ser excluída do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, a proteção da liberdade individual, proibindo a prisão fora do flagrante e dos casos permitidos em lei; a obrigatoriedade da individualização da pena; a ampla defesa assegurada aos acusados; a proscricção do foro privilegiado; a estatuição das ações de habeas corpus e do Mandado de Segurança; a contraditoriedade da instrução criminal, dentre outros. Merecem especial destaque os princípios do juiz natural e do devido processo legal, incluídos dentre os princípios informativos do processo, sob a denominação de políticos. O primeiro, do juiz natural, está consagrado no § 4º do art. 153, pelo qual «somente é juiz quem assim se configura entre os órgãos do Estado, pela Constituição», porque defeso criar-se órgão jurisdicional, que não esteja previsto na lei maior para decidir litígio sobre lesão a direito individual (Apud Frederico Marques — A Reforma do Poder Judiciário — pág. 73). Ao lado desse princípio, o do devido processo legal. Já assinalara o grande Calamandrei que o escopo do processo é «garantir o respeito à pessoa humana e à liberdade do cidadão». Na esteira desse pensa-

mento, o de Grispigni, quando salientara que a atuação do juiz é acima de tudo garantia contra o arbítrio. Encarado o processo, do ponto de vista teleológico, busca-se a garantia dos direitos humanos, vida, liberdade e propriedade. Destarte, assegura-se, nos termos da lei maior, a tutela jurisdicional a quem «pretender a restauração do direito lesado». A jurisdição, portanto, visa a tutela de ordem jurídica e dos direitos individuais. E, conseqüentemente, há de se incorporar a essa proteção o devido processo legal. Por isso, a oportuna advertência de Frederico Marques (Ob. cit., pág. 100) quando assinala que «de nada adiantaria ver assegurada a tutela jurisdicional se, implicitamente, também não se garantisse o devido processo legal.» O processo, como meio de atuação da jurisdição, há de assegurar «o livre acesso dos particulares aos tribunais, e o direito de defesa», num contexto procedimental, previamente disciplinado por normas legais, que o estruturam. Assegura-se a tutela invocada, por meio de uma série de atos, que confluam para um fim único, qual seja dizer do direito em cada caso concreto. As garantias constitucionais asseguram ao autor e ao réu prerrogativas que afastam, de pronto, cerceamentos aos seus direitos, de modo a que o direito de ação e o da defesa não sejam atingidos ou golpeados. Superestimados devem ser os direitos processuais subjetivos, pois o cerceamento de qualquer deles, ainda que promane de norma legal, representa frontal oposição ao contraditório, que, pela sua importância, se incorpora ao princípio político do devido processo legal. O processo há de ser «informado pelos superiores princípios de Justiça». E não é processo legal o que se apresenta deformado, de modo que im-

possível alcançar os seus superiores objetivos, se os atos que o compõem não possam assegurar a garantia do direito individual. Será que o princípio do duplo grau de jurisdição se incorpora aos princípios políticos? A doutrina, no Brasil, entende que o princípio referido está insito no nosso sistema constitucional. A obrigatoriedade de se instituir o duplo grau de jurisdição resultou, não de um imperativo de ordem lógica, mas de ordem política, na observação de Batista Martins. Mas, ainda que admitam a sua consagração como princípio político, alguns dos defensores da tradicional fórmula, «prova e aprovada, de possibilitar a correção dos erros em que o juiz haja incorrido», não no concebem como absoluto. Exemplo dessa sábia orientação é o ensinamento de Moniz de Aragão, ao prelecionar: «Esse princípio, entretanto, não é absoluto, coexistindo limitações impostas pela lei, como ocorre entre nós, em causas de alçada e nos processos da competência originária dos tribunais, fato que assume maior grau de absolutismo, quando a competência originária é do Supremo Tribunal Federal» (Estudo sobre os embargos de nulidade e infringentes do julgado previstos no Código de Processo Civil, pág. 108 — Curitiba, 1959). A limitação ao princípio do duplo grau de jurisdição decorre, em primeiro lugar, da alçada. A norma geral, pode a lei ordinária, tendo em vista o valor da causa, estabelecer uma restrição ao direito de recorrer. Por alçada há de se entender «a quantia além da qual não pode o juiz julgar ou se não pode recorrer (Mário Guimarães — O Juiz e a função jurisdicional — pág. 59). Ou na lição do grande João Mendes (Direito Judiciário Brasileiro — pág. 48-Ed. 1940 — Freitas Bastos), alçada é a quantia além da qual o juiz não po-

de conhecer e julgar uma causa, ou a quantia dentro da qual o juiz em única instância e sem recurso ou mesmo julgando em segunda instância, desta não há recurso para terceira, isto é, a alçada é ou a quantia além da qual um juiz não pode conhecer ou julgar, ou quantia dentro da qual o juiz julga sem recurso. Essa limitação, a meu ver, data venia dos que pensam em contrário, não fratura o princípio do devido processo legal. Este, como exposto linhas acima, há de pressupor um modelo que não sacrifique direitos processuais subjetivos, quais os relacionados com o direito de ação e da defesa. Se entre os que integram está, está o de recorrer, se vencido no pleito, a interposição para o próprio julgador, sem a devolução para uma instância superior, não o cerceia, porque, em verdade, há exercício do direito de recorrer. Se a lei processual pode disciplinar a alçada, estabelecendo-a com limite do poder de julgar, também pode esta mesma lei ordinária considerar a alçada como limite, dentro do qual o juiz julga sem recurso para órgão superior. A impossibilidade de assim estatuir só existe quando, expressamente, a norma constitucional erigir como dogma o princípio do duplo grau de jurisdição. E, positivamente, não enxergo em qualquer das normas do artigo 153, da Constituição Federal, o cânon consagrador do referido postulado. A Constituição Imperial, de 1824, no artigo 158 consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição. Mas, as posteriores não se referiram ao postulado em exame, o que, contudo, não impede que se admita que, de modo implícito, ele esteja contido no princípio do devido processo legal. A regra geral há de ser a apelabilidade das sentenças, possibilitando o reexame da causa pela instância superior. A li-

ção de Ada Pellegrini tem o meu apoio, quando a mestra adverte que «todos aqueles que ingressam em juízo devem ter, em igualdade de condições, a possibilidade de pleitear a revisão da sentença, por um tribunal hierarquicamente superior» (O Processo em sua unidade — pág. 43). Mas, no silêncio das Constituições Republicanas, prevalecendo o entendimento de que, de regra, o devido processo legal pressupõe a duplicidade de jurisdição, admitir-se-á a supressão do segundo grau, nas causas de pequeno valor. Vale conhecida a lição de Frederico Marques, ao dizer: «O princípio do duplo grau de jurisdição, em muitos casos, está implícito no postulado do devido processo legal. Por isso, só se admite a supressão do segundo grau de jurisdição, quando não coletivo, sim, monocrático, o órgão jurisdicional inferior, «nas causas de pequeno valor» (O destaque é meu). (Manual — 1º, pág. 78, nota 7). A violação do princípio do devido processo legal está, portanto, na criação do Juiz Único. A exceção contida no artigo 4º da Lei nº 6.825 tem a sua ratio assendi no fato de ter o legislador procurado aliviar este Tribunal de uma sobrecarga de trabalho. Reconheço a injustiça criada, porque, em última análise, há, em muitos casos, manifesta desigualdade. Mas, entre a injustiça que da norma possa advir, pelo seu caráter limitativo, e a afronta à norma constitucional estatuidora dessa obrigatória duplicidade de jurisdição, em qualquer hipótese, há indiscutível diversidade. A alçada sempre foi o objeto de disciplina normativa, insita em lei ordinária. Alçada, com quantia para limitar o poder de julgar e o uso do recurso. Em decorrência da inexistência de norma constitucional sobre o postulado do duplo grau de jurisdição, a matéria passou a ser

disciplinada pelas leis ordinárias. O velho Código de 1939 estatuiu a duplicidade de jurisdição, sempre que o sucumbimento derivar de decisão do primeiro grau, como ainda perdura. A regra, portanto, é a possibilidade de recurso das sentenças que põem fim ao processo, para que estas na instância superior, sejam reexaminadas. Como exceção a essa regra geral, estabeleceu o legislador ordinário, de 1939, o juízo único, nas causas de valor igual ou inferior a dois mil cruzelros (art. 839 do antigo Código). Do mesmo, no setor do Direito do Trabalho, a Lei nº 5.584, de 26-6-1970, art. 2º, § 4º, ao estatuir a inadmissibilidade de qualquer recurso para as causas de alçada de valor igual ou inferior a 2 vezes o salário mínimo. A instância única fora restabelecida, porque, na vigência da Carta Política de 1937, esta não se referia à obrigatoriedade do postulado, do duplo grau de jurisdição. O mesmo se diz, com relação ao texto atual da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Deflui da assertiva a possibilidade de o princípio, instituído pela lei ordinária, ser por outra derogado. O legislador comum se atém, no particular, a disciplinar matéria que se agrega à competência, obrigatoriamente incorporada às normas do Código de Processo. A possibilidade de limitação à regra geral da duplicidade de jurisdição foi registrada por Cernelutti para demonstrar que inexistente desvirtuamento do sistema do devido processo legal. Escreveu o insigne mestre: «Em princípio, pode ocorrer que não se admita nenhuma impugnação de uma sentença; o Código de procedimento civil não prevê algumas dessas sentenças, mas não se impede que o disponham assim as leis especiais» (Instituciones del nuevo proceso civil italiano — pág. 416 — trad. espanhola — Bar-

celona — 1942). José Carlos Barbosa Moreira (Com. CPC, Vol. V, pág. 223 — Forense — 1976) assevera: «Vale observar que, embora a doutrina tenda a considerá-lo (refere-se ao princípio do duplo grau de jurisdição) ínsito em nosso sistema constitucional, a Carta da República, no particular, não ministra qualquer conceito que se imponha ao legislador ordinário, nem mesmo alude, expressis verbis ao princípio.» Frederico Marques, no seu Manual — Vol. 1º, pág. 77, acentua: «Vigora no direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derogá-lo em hipóteses especiais». E acrescenta que essa exceção ao postulado é admissível nas causas de pequeno valor. O direito positivo brasileiro criou a limitação, inserida no texto apontado como inconstitucional. Do exposto, dada a inexistência de texto constitucional que a impeça, a derrogação à regra geral que retira a possibilidade de reexame da causa pela instância superior, cuja obrigatoriedade para essa tarefa não dimana da Constituição, é norma do nosso direito escrito. O direito vigente consagra a exceção, que confirma a regra da apelabilidade das sentenças dos juizes federais para este Tribunal. O absolutismo da regra é que não existe, porque com ela coexistem limitações impostas pela lei, a qual não se afasta de nenhum preceito constitucional. Inconstitucional seria a lei que retirasse da normalidade dos casos a incidência normativa do artigo 122, nº III, da Constituição Federal. A exceção criada pela lei ordinária não fratura o texto constitucional. Perdura a regra geral. Admissível a exceção, que dimana de lei, vez que esta pode criar essa limitação, tendo em vista o valor da causa, ante a falta de norma

constitucional «que se imponha ao legislador ordinário». Assinalo, por último, que a inexistência de norma constitucional no particular guarda perfeita compatibilidade com a estatuição da lei maior, ao fraturar, explicitamente, a regra geral da duplicidade de jurisdição, ao criar a instância única, nos processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Dir-se-á também que a Constituição vulnerou o princípio do devido processo legal, retirando das partes a oportunidade de invocar outra jurisdição para o reexame da causa. Ao adotar esse sistema, por considerar, na hipótese, uma necessidade o princípio da competência originária desse órgão maior, o legislador constituinte comprovou que, em casos excepcionais, imperiosa a quebra do postulado da dupla jurisdição. Em razão do preceito constitucional, Jorge Americano discorreu sobre a matéria, *in verbis*. «Quebra-se no presente artigo (referia-se ao art. 839 do Código de 39) a sistemática do Código, em matéria de dupla jurisdição, a qual também em outro ponto é quebrada, na matéria constitucional de processos originários do Supremo Tribunal Federal, e na ação rescisória, da competência originária dos Tribunais Superiores. Nesses casos, a falta de dupla jurisdição tem por motivo necessário o princípio da competência originária dos Tribunais Superiores: não há para quem recorrer» (Com. ao CPC, Vol. 4º — pág. 47 — São Paulo — 1960). Na esteira destas páldas considerações, considero constitucional o artigo 4º da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980.»

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se deteve no exame da aplicação da Lei nº 6.825, nas seguintes decisões: RE nº 95.574-7-SP e RE nº 95.955-6-SP.

Por tais razões, rejeito os embargos, determinando, porém, ao MM. Dr. Juiz a quo cumpra, no pertinente às custas, o disposto na legislação de regência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDECLRO n.º 6.144-MG — Rel.: O Sr. Min. Evandro Gueiros Leite.

Embgtte.: União Federal. Embgdo.: Acórdão fl. 408.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os Embargos Declaratórios (Em 26-10-82 — 2ª Turma).

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

REVISÃO CRIMINAL N.º 390 — GO

Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz

Requerente: José Osvaldo Rodrigues

Requerida: Justiça Pública

EMENTA

Direito Penal e processo penal.

Revisão criminal, com fulcro no art. 621, I, do Código de Processo Penal.

Na ação penal pública, admite-se a quebra do princípio da indivisibilidade quando algum óbice torna impraticável a denúncia contra todos os envolvidos no evento criminoso.

Tráfico internacional de entorpecentes praticado em Comarca que não seja sede de Vara da Justiça Federal. Competência da Justiça local (TFR, Súmula n.º 54).

Tóxicos. Lei n.º 6.368, de 21-10-1976.

Se o agente, em decorrência da associação, comete qualquer dos delitos definidos no aludido diploma, aplica-se a pena destes últimos, aumentada de um terço (1/3) a dois terços (2/3), sendo de repelir-se o cúmulo material.

Pedido deferido em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, deferir, em parte, a revisão para reduzir a pena a 5 anos de reclusão, vencido, em parte, o Sr. Ministro José

Cândido que reduzia a pena a 4 anos de reclusão, sendo 3 anos pela pena-base, com o acréscimo de 1/3 em face do art. 18 da Lei de Entorpecentes, na forma do relatório e notas taxatográficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 5 de agosto de 1981 (data do julgamento) — Ministro Aldir Passarinho, Presidente — Ministro Antônio Torreão Braz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz: José Osvaldo Rodrigues, qualificado na inicial, com fundamento no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, requer a revisão da ação penal que teve curso na Comarca de Rio Verde, Estado de Goiás, e culminou com a sua condenação a oito anos e quatro meses de reclusão e multa de Cr\$ 3.333,33 (três mil, trezentos e trinta e três cruzeiros e trinta e três centavos), como infrator dos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368, de 21-10-1976.

Argúi a incompetência do Juiz prolator da sentença, além de afronta ao princípio da indivisibilidade da ação penal. É que na denúncia haveria de ser incluído, também, o paragrafo conhecido por Acosta, vendedor da substância entorpecente que entregou aos sentenciados entre as cidades de Dourado e Ponta Porã.

O exercício contra o alienígena da pretensão punitiva obrigaria a nulidade do processo e determinaria a competência da Justiça Federal.

De outra parte, o magistrado omitiu-se no respeitante ao exame de dependência toxicológica cuja realização se fazia necessária.

A pena foi erroneamente aplicada, sendo descabido o concurso material dos crimes definidos nos arts. 12 e 14 da citada Lei nº 6.368/76.

Por derradeiro, pede se decrete a nulidade do processo em face da incompetência absoluta do Juiz de Direito da Comarca de Rio Verde, ou a fixação da reprimenda no mínimo previsto no art. 12 do prefalado diploma legal.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo indeferimento da súmula (fls. 63/65).

Sem revisor (RI, art. 33, IX).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz (Relator): Senhor Presidente, a competência da Justiça estadual de primeira instância para o processo e julgamento de crime de tráfico internacional de entorpecentes decorre da regra jurídica do art. 27 da Lei nº 6.368/76, cuja conformidade com o Estatuto Fundamental a Suprema Corte já reconheceu.

De resto, a jurisprudência deste Eg. Tribunal Federal de Recursos já se firmou no mesmo sentido, conforme se vê da Súmula nº 54.

O princípio da indivisibilidade deve ser observado também na ação penal pública, não obstante os termos restritivos do art. 48 do Código de Processo Penal. Admite-se, porém, exceção ao postulado e ela ocorre sempre que algum óbice torne impraticável a denúncia contra determinadas pessoas envolvidas no evento criminoso. Na espécie vertente, como assinalou a Subprocuradoria-Geral da República, não há elementos suficientes para o exercício da pretensão punitiva em relação ao suposto Acosta que reside no Paraguai. Tal circunstância justifica a sua exclusão do processo, não havendo cogitar-se de nulidade.

Registrou o Dr. Juiz a desnecessidade do exame de dependência toxicológica, porque os réus negaram, em juízo, a condição de viciados (fl. 46).

Resta, para a análise, a questão relativa à quantidade das penas.

A mim me parece que a sanção do crime, definida no art. 14 da citada Lei nº 6.368/76, só se aplica quando

praticado isoladamente. Se o agente, em decorrência da associação, comete qualquer dos delitos previstos no aludido diploma, aplica-se a pena destes últimos, aumentada de um terço (1/3) a dois terços (2/3), na forma do disposto no art. 18, inciso III. Sustentar o contrário equivaleria, além da transgressão ao sistema, compactuar com o *bis in idem*, tratamento inconcebível, até mesmo no atinente a autores de infrações tão abjetas.

A propósito do tema, vale transcrever a opinião de Menna Barreto («Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos», 1976, pág. 88): «Se o agente, além da associação, cometer, em decorrência dela, outras ações que se possam caracterizar como de comércio ilícito de drogas, por exemplo, terá a sanção destas majorada de um a dois terços, na forma do disposto no art. 18, nº III, da Legislação. Com isso, atende-se à necessidade de uma repressão mais severa ao tráfico que se origina de acordo prévio, ainda que eventual, o que se explica pela maior periculosidade da ação criminosa — como também dirimem-se as dúvidas da jurisprudência quanto à existência de concurso material entre os dois delitos.»

Diante do exposto e, consideradas as circunstâncias judiciais referidas na sentença, defiro, em parte, o pedido para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao requerente, a cinco (5) anos de reclusão, como incurso no art. 12 da Lei nº 6.368/76,

sendo três (3) anos correspondentes à pena-base e dois (2) anos às causas especiais de aumento previstas no art. 18, incisos I e III, do mesmo estatuto, à razão de um terço (1/3) para cada uma delas.

VOTO VENCIDO, EM PARTE

O Sr. Ministro José Cândido: Voto no sentido de que se reduza a pena para 4 (quatro) anos, sendo 3 (três) anos pela pena-base, com acréscimo de 1/3 (um terço), em face do art. 18 da Lei de Entorpecentes.

EXTRATO DA MINUTA

RCr. 390-GO — Rel.: Min. Torreão Braz. Repte.: José Osvaldo Rodrigues. Reqda.: Justiça Pública.

Decisão: A Seção, por maioria, deferiu, em parte, a revisão para reduzir a pena a 5 anos de reclusão, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Sr. Ministro José Cândido que reduzia a pena a 4 anos de reclusão, sendo 3 anos pela pena-base, com o acréscimo de 1/3 em face do art. 18 da Lei de Entorpecentes. (Em 5-8-81 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Otto Rocha, William Patterson, Pereira de Paiva, Flaquer Scartezzini, Néri da Silveira e Carlos Madeira votaram com o Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Gueiros Leite, Lauro Leitão e Adhemar Raymundo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho.